

**Cálculo de la prestación por desempleo y reducción de jornada por cuidado de familiares: paso hacia atrás en el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar (M<sup>a</sup> Teresa v. INEM). Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2004**

Dra. Carolina Gala Durán

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona

La importancia de esta sentencia se halla en que viene a resolver de una forma, parecer ser, definitiva el debate surgido en los últimos años en el marco de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a la forma de calcular la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos en que el trabajador o trabajadora afectada por la extinción de su contrato de trabajo se encontraba, en ese momento, en una situación de reducción de jornada por cuidado de familiares, prevista en el artículo 37 del ET.

A estos efectos, la posición en los Tribunales Superiores de Justicia no era unánime, pudiéndose distinguir claramente dos bloques: aquellos que defendían que el cálculo de la prestación por desempleo debía hacerse considerando que el trabajador o trabajadora se encontraba realmente a tiempo completo y no con jornada reducida, y aquellos que se decantaban por la opción contraria, calculando la prestación únicamente sobre la jornada reducida.

Los argumentos esenciales que fundamentaban la primera posición eran los siguientes:

1º. No se podían aplicar los mismos criterios que si se tratase de un contrato a tiempo parcial, ya que esta reducción de jornada está prevista legalmente para atender a una finalidad específica: la de protección de la familia y del menor, permitiendo conciliar adecuadamente la vida familiar con la vida laboral del trabajador.

2º. El ejercicio del derecho a la reducción de jornada no puede ocasionar ningún perjuicio al trabajador, siendo tan intensa la protección que incluso el artículo 55.5 b) del ET sanciona con la nulidad el despido de los trabajadores que se encuentren disfrutando de este derecho.

Y, 3º. De aplicarse el criterio de tomar en consideración la jornada reducida se situaría al trabajador que recurre a esta medida de conciliación en peor situación que si hubiera ejercido su derecho a la excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3 del ET) y no hubiera sido readmitido por la empresa en su puesto de trabajo.

Esta posición se recoge, entre otras, en las SSTSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2003 (AS 4024) y 14 de mayo de 2003 (AS 2596).

Con carácter complementario también se estableció que, en estos casos, no existía infracotización por parte del empresario y, por tanto, no se trataba de un supuesto de responsabilidad empresarial por falta de cotización a la Seguridad Social regulado en el artículo 126.2 de la LGSS: en este sentido se manifiesta la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2002 (AS 3336).

Por el contrario, la segunda posición judicial, menos favorable para el trabajador, se fundamentaba en los siguientes argumentos:

a) El carácter oneroso de la prestación por desempleo obliga a adecuar las prestaciones devengadas a las cotizaciones efectivas dentro del período de cómputo legal, dado el carácter reglado de la disposición de los fondos públicos.

b) Aunque resultaría deseable que se ampliaran las prestaciones por desempleo, especialmente ante un caso como el que estamos examinando, debe igualmente protegerse la coherencia del sistema de prestaciones, ante el carácter limitado y escaso de los fondos públicos.

c) Corresponde al legislador, y no a los Tribunales, el ampliar las prestaciones a favor de aquellos colectivos que se estimen más desprotegidos o necesitados.

Y, d) no puede hablarse de discriminación, ya que por la misma razón que la reducción de jornada lleva consigo una reducción salarial, no es discriminatorio que produzca también una reducción de la prestación por desempleo, que es una prestación de carácter contributivo.

Esta tesis se recoge, entre otras, en la STSJ de Navarra de 16 de septiembre de 2003 (Jur 2004/3166).

Pues bien, el Tribunal Supremo ha optado, en la sentencia que comentamos, por considerar aplicable la segunda de las posiciones judiciales antes apuntadas, concluyendo, por tanto, que en un caso de reducción de jornada por cuidado de familiares se tendrán en cuenta las bases de cotización reales y no se considerará ese tiempo como cotizado a tiempo completo. Los argumentos empleados para fundamentar esta opción son los siguientes:

1) Desde una perspectiva constitucional, señala el Tribunal Supremo que el artículo 39 de la CE permite el establecimiento, en su caso, de fórmulas encaminadas a promocionar la situación de colectivos o grupos que se encuentran en una situación más desfavorable (como puede ser el supuesto de hecho analizado), pero tal tarea corresponde al legislador y no a los jueces.

2) La aplicación por vía analógica del artículo 4 de la Ley 4/1995 no es posible, porque, según el artículo 4.1 del Código Civil, para que proceda esta aplicación es necesario que las normas no contemplen el supuesto específico debatido, pero regulen otro semejante con el que se aprecie identidad de razón, y ninguna de esas exigencias se dan entre la excedencia por cuidado de hijos del artículo 46.3 del ET y la reducción de jornada por guarda legal del artículo 37.5 del mismo texto legal.

En primer lugar, no se cumple la exigencia de que exista una laguna legal, porque el supuesto de reducción de jornada está regulado en el artículo 211 de la LGSS que establece el principio general de proporcionalidad entre la renta sustituida (el salario perdido como consecuencia del desempleo) y la renta de sustitución (la prestación por desempleo); regla que se aplica a todos los supuestos de pérdida de la renta de activo, sea esta pérdida referida a un empleo a tiempo completo o a jornada reducida.

En segundo lugar, no hay semejanza entre los supuestos que se comparan, pues mientras que en el caso de la excedencia la entrada en la situación de desempleo se produce desde una situación de no actividad en la que no hay percepción de una renta en el período de cómputo de la base reguladora, en la reducción de jornada hay una situación previa de empleo retribuido en ese período.

Y por último, no hay identidad de razón entre los supuestos, pues mientras que en la excedencia el empleo retribuido que se pierde –a tiempo completo o a tiempo parcial– no tiene un término de referencia real en el período de cómputo, en la reducción de jornada esa referencia real sí existe –el empleo efectivo con reducción de jornada–, aunque la aplicación de esa referencia se considere inconveniente.

Como consecuencia de todo ello, la aplicación de la regla del artículo 4 de la Ley 4/1995 produce un resultado contrario a la lógica esencial de la protección social, que evidencia claramente la ausencia de identidad de razón, pues en la reducción de jornada la prestación otorgada –calculada a tiempo completo– será normalmente superior a la renta sustituida a tiempo parcial, fomentando así la opción por el paso a la situación por desempleo, pues el interesado ganará más con una prestación de desempleo a tiempo completo, que trabajando con reducción de jornada, lo que, unido a la presión de la atención familiar, fomentará la salida del mercado de trabajo de los afectados.

3) Si bien resultaría adecuado promocionar las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, se trata, en todo caso, de una labor que corresponde al legislador y no a los Tribunales. Por otra parte, ese objetivo no podría instrumentarse exclusivamente a través de medidas tradicionales de sustitución de rentas, sino que tendría que abordarse también con medidas de complemento de rentas, con eventual compensación pública de la propia reducción de jornada, para evitar el desajuste entre la renta sustituida y la de sustitución.

4) La solución adoptada no resulta contraria ni al Convenio 156 de la OIT –que recoge meras orientaciones sin aplicación directa-, ni a la Directiva CEE 96/34, que deja en manos de los Estados el establecimiento de medidas en materia de Seguridad Social.

Y, 5) no resulta aplicable el criterio establecido para el caso de la indemnización por despido en las SSTS de 15-10-1990 (RJ 7685) y 11-12-2001 (RJ 2002/2025), que consiste precisamente en computar el tiempo de reducción de jornada como jornada a tiempo completo a los efectos del cálculo de la citada indemnización, ya que los supuestos de hecho son diferentes y la finalidad que se persigue también.

A nuestro entender, no hay duda que esta sentencia –que interpreta de una forma muy estricta la normativa aplicable en materia de desempleo- supone un paso hacia atrás en la política de fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar, al suponer, de hecho, el reconocimiento expreso de que el recurso a una medida de conciliación, como es la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, tendrá un efecto negativo en el cálculo de las futuras prestaciones por desempleo o de cualquier otra prestación de la Seguridad Social, ya que el efecto será el mismo en todos los casos.

También es un ejemplo más de un hecho que, a pesar de haber sido puesto de manifiesto por el propio Consejo Económico y Social en un informe del año 2000, sigue sin resolverse: que si bien se han implantado –y promocionado- medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el marco laboral, se han descuidado totalmente sus efectos negativos desde la perspectiva de la normativa de Seguridad Social, lo que reduce, sin duda alguna, el impacto real de dichas medidas. Es necesaria, pues, una valoración de conjunto y una coordinación de los efectos que las medidas de conciliación tienen en el ámbito laboral y de Seguridad Social si realmente pretendemos seguir avanzando.