

De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares: ¿Es inconstitucional el art. 211.1 de la LGSS ? Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de octubre de 2005 (núms 9258/03 y 6453/04).

Carolina Gala Durán
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona.

1. Planteamiento de la cuestión.

No hay duda que este Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña supone un hito muy importante en el largo –y cambiante- debate la sobre 1 forma de cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los supuestos en que se recurre a la reducción de jornada por cuidado de hijos, familiares o discapacitados, prevista en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Y ello, por cuanto a través del mismo se presenta una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al considerarse que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 211.1 de la Ley General de la Seguridad Social y, en consecuencia, el cálculo de la base reguladora de la citada prestación no sobre la base de la jornada completa sino de la reducida efectivamente prestada –criterio ratificado recientemente por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 27 de octubre y 16 de noviembre de 2004- puede suponer una vulneración del artículo 14 de la Constitución en relación con su artículo 39, basándose para ello en el hecho notorio de que son las trabajadoras las que fundamentalmente se acogen al derecho de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares.

Dada la enorme trascendencia del tema, consideramos conveniente trasladar aquí los argumentos esenciales en los que se fundamenta la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad; argumentos que, por otra parte, compartimos plenamente. Así se señala que:

1º) Cabe tener en cuenta que según los propios datos oficiales (Instituto de la Mujer), son las mujeres las que en un porcentaje superior al 90% abandonan el trabajo por razones familiares, y son también las mujeres trabajadoras asalariadas las que en mayor porcentaje trabajan en una jornada parcial por obligaciones familiares (cuidado de niños o de adultos enfermos o discapacitados).

Y no hay duda que ello se debe a los propios roles sociales todavía vigentes en relación con las tareas domésticas y de atención de las responsabilidades familiares.

A estos efectos, resulta evidente que dichas tareas siguen siendo asumidas hoy día, muy mayoritariamente, por las mujeres.

2º) El ejercicio del derecho de reducción de jornada recogido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores se coherente con el principio rector previsto en el artículo 39 de la Constitución, al constituir una evidente plasmación del mandato constitucional a los poderes públicos de asegurar la protección integral de la familia, y resultando que su ejercicio tiene, como veíamos antes, un obvio contenido de género, cabe plantearse si el artículo 211.1 de la Ley General de la Seguridad Social es contrario al mandato de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 de la Constitución), en tanto que el recurso a esa medida de conciliación de la vida familiar y laboral puede implicar una reducción de la cuantía de las prestaciones por desempleo.

3º) No es posible olvidar, para realizar una adecuada valoración de conjunto del tema al que nos enfrentamos, que mientras el intervencionismo heterónomo en materia laboral se encuentra en claro retroceso desde hace años, no está ocurriendo lo mismo en el marco de las cuestiones vinculadas con la maternidad y el "*ámbito familiar*": en estas materias no sólo se viene interviniendo desde hace ya bastantes años sino que también en los últimos tiempos –por influencia esencialmente de la normativa comunitaria- no sólo se han ampliado los derechos de los trabajadores, sino que, asimismo, se han incrementado los supuestos causantes (asimilándose a la maternidad los supuestos de acogimiento y adopción) y los sujetos titulares de dichos derechos (incorporando una perspectiva transversal), y se han aumentado también las garantías y tutelas frente a actitudes reactivas ante el ejercicio de los mismos.

Asimismo y en el marco específico del sistema de Seguridad Social, mientras que la tendencia general ha sido endurecer los requisitos exigidos para poder acceder a las prestaciones y limitar su contenido, en estas materias en concreto se ha optado por la solución contraria. Como prueba de todo ello cabe citar la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.

La misma tendencia se manifiesta, por otra parte, tanto en la normativa internacional (Convenios nº 103 y 156 de la OIT) como comunitaria (Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, y 96/34/CEE, de 3 de junio de 1996, entre otras), sin olvidar tampoco la importante labor desempeñada en este ámbito por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Obviamente, los compromisos derivados de esas normas han condicionado y condicionan nuestra normativa interna.

De ese panorama –interno, internacional y comunitario- se deduce que en la actualidad existe en nuestro ordenamiento jurídico un marco diverso de derechos y obligaciones relacionados con la maternidad y con la conciliación de la vida laboral y familiar con trascendencia en la relación entre privados a nivel contractual, así como en materia de

Seguridad Social. Marco de derechos y obligaciones con el que se pretende atender, asimismo, al mandato constitucional contenido en el artículo 39 de la Constitución, lo que implica que el “*hecho familiar*” se convierte en un bien superior al propio contrato de trabajo, objeto de unas específicas garantías por parte del Estado –y del propio sistema de Seguridad Social- imponiéndose al empleador una serie de obligaciones específicas.

Todo ello supone que, aun cuando en algunos casos, los derechos propios de la esfera familiar pueden ser formalmente considerados gravosos y descompensadores del sinalagma contractual o del principio de reparto en materia de prestaciones, los problemas jurídicos dimanantes de los mismos no deben ser analizados desde una perspectiva estrictamente contractual o de simple legalidad, sino que, por el contrario, la hermenéutica al respecto debe centrarse en la protección de la salud, la maternidad o la familia, como elementos jurídicos constitucionales de superior jerarquía.

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico no puede obviar el contenido específico del mandato del citado artículo 39 de tutela y protección del hecho familiar, que se conforma actualmente como un valor superior a la simple legalidad ordinaria. Por tanto, y pese a no ser en puridad un derecho, resulta evidente que dicho precepto impone a los poderes públicos determinadas salvaguardias en torno a la maternidad y a la conciliación. Asimismo, nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho y el principio de efectividad del modelo obligan a una protección integral de la familia, que debe incluir, entre otros aspectos, una política social que favorezca la incorporación y la presencia de la mujer en el mercado de trabajo y una política de Seguridad Social con medidas específicas destinadas a la familia.

4º) No debe obviarse que, al margen del valor interpretativo general, el artículo 39 de la Constitución, aun tratándose de un principio rector, opera también, de alguna forma, como canon de constitucionalidad de las leyes, tal y como la doctrina del Tribunal Constitucional ha puesto reiteradamente de manifiesto (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, y 116/1999, de 17 de junio).

Asimismo, no cabe olvidar que la cuestión de inconstitucionalidad planteada no se fundamenta en la simple vulneración de dicho precepto sino que dicha norma se conecta también con el derecho recogido en el artículo 14 del texto constitucional, en cuanto que, como en otros ámbitos, en el reconocimiento de los derechos derivados del sistema de Seguridad Social que tengan origen o relación con la familia, deberá tenerse en cuenta la prohibición de no discriminación y el reconocimiento del derecho a la igualdad previstos en dicho precepto.

Todo ello implica que la medida de conciliación de la vida laboral y familiar contemplada en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores tiene un evidente

cobijo constitucional en lo señalado en el artículo 39 en relación con el artículo 14 de la Constitución.

5º) Pese al mandato de no discriminación del artículo 14 de la Constitución, es obvio que las desigualdades sociales por razón de género persisten en nuestra realidad social (STC 128/1987, de 16 de julio [2](#)) y, más concretamente, en el seno de la familia.

En efecto, la mujer se encuentra en una clara situación de desventaja respecto al hombre ante el mercado de trabajo, pues junto a las conocidas discriminaciones sociales de tipo laboral, a ella le corresponde, en función de la vigente distribución de roles, la responsabilidad principal frente a las obligaciones familiares. Ello conlleva una situación de evidente disparidad entre géneros, más allá del reconocimiento de la igualdad formal en la Ley [3](#).

Asimismo, cabe recordar que la lucha contra la discriminación no se limita a las meras declaraciones formales (aquéllas que establecen sin causa un trato diferenciado por razón de sexo), sino que también comprende las discriminaciones indirectas (SSTC 198/1996, 145/1991, 286/1994, 147/1995, 41/1999, etc.) [4](#). En efecto, el artículo 14 alcanza también a aquellas situaciones respecto a las que la condición de género no es, *prima facie*, origen de un tratamiento normativo diferenciado, pero que, sin embargo, tienen consecuencias últimas que incluyen un perjuicio para los sujetos de un determinado sexo, aunque la cláusula o disposición no tenga esa intención. Por tanto, resulta imprescindible someter a un riguroso juicio de razonabilidad a aquellas situaciones en las que el sexo no es constitutivo de desventaja, pero que ocasionan en la práctica condiciones menos favorables para las mujeres. Y ello debe hacerse en función de un análisis del mercado de trabajo, proyectando las consecuencias sobre el conjunto de los trabajadores asalariados a fin de identificar aquellas prácticas o disposiciones que tienen como resultado que las trabajadoras se encuentren en desventaja profesional o de cobertura del sistema de Seguridad Social.

6º) Aun no tratándose de un supuesto de contratación a tiempo parcial, resulta trasladable plenamente al supuesto contemplado en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea elaborada en torno a dicha modalidad de contratación.

De este modo, cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reiterado, en relación con las Directivas 79/7 y 86/378, que son susceptibles de vulnerar el derecho a la no discriminación por razón de sexo aquellas normas o prácticas nacionales que tienen efectos negativos, aun indirectos, en materia prestacional para el colectivo femenino. Como consecuencia de ello se han considerado contrarias al ordenamiento jurídico comunitario aquellas disposiciones que, en la práctica –aun carentes de ánimo discriminatorio–, conllevan efectos negativos para las mujeres, en

función de los elementos sociales, históricos o simplemente estadísticos concurrentes (así, entre otros, Asuntos Ruzius y Roks [5](#), Barber, Bilka, Rinner-Khün, Kowalska, Ten Oever, Moroni, Beune, Dietz...).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha recogido esa doctrina comunitaria, entre otras, en las sentencias 253/2004, de 22 de diciembre [6](#), 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo.

Y, 7º) lo dispuesto en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores constituye, como hemos señalado, una de las vías a través de las que se desarrolla el contenido del artículo 39 de la Constitución, consistente en la reducción de la jornada de trabajo con la finalidad de atender a los hijos o a familiares dependientes, con la consiguiente reducción del salario y, en consecuencia, de la correspondiente base de cotización, con los efectos que esto último conlleva a la hora de acceder o de calcular las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Esa última situación plantea precisamente la duda de si existe una vulneración del derecho a la no discriminación, en tanto que en la realidad social actual el ejercicio de esa medida de conciliación tiene una evidente composición femenina. Ello comporta que, en la práctica, sean mayoritariamente las mujeres las que se vean perjudicadas en sus derechos de Seguridad Social por recurrir a esa medida, en tanto que por el juego de roles sociales imperante, son ellas las que se encargan generalmente de atender las responsabilidades familiares.

En definitiva, la persona que opta por acudir a la vía del citado artículo 37.5 va a ver limitada, en su caso, la futura cobertura que recibirá del sistema de Seguridad Social. Ahora bien, en la medida en que ese derecho es ejercido esencialmente por mujeres, esa limitación legal comporta una merma de legítimas expectativas que va en detrimento del mandato constitucional de no discriminación y, por ende, de la obligación de los poderes públicos de protección de la familia.

Como consecuencia de ello, es evidente que, en la práctica, el derecho a la reducción de jornada por razón de responsabilidades familiares no tiene una condición neutra. El artículo 211.1 de la Ley General de la Seguridad Social se convierte, de hecho, en una rémora para la actividad profesional de las mujeres, el nivel de cobertura de las prestaciones de Seguridad Social y la debida atención de la familia a sus miembros y, especialmente, a los hijos. Ello supone, en definitiva, que estamos ante un precepto de redacción aparentemente neutra pero que, en la práctica, impacta de una forma negativa sobre el colectivo de mujeres trabajadoras que son quienes en un porcentaje muy alto se ven afectadas por la reducción del importe de las prestaciones. Ese impacto negativo es el que hace perder su carácter neutro a la norma, llevando a considerar que se trata de una vía de discriminación indirecta por razón de sexo.

Y junto a ello, no cabe olvidar que, conforme a la regulación vigente, se hace de peor condición a quienes –sobre todo mujeres- por voluntad o por necesidad mantienen el vínculo con el sistema compatibilizando el trabajo con el cuidado de los familiares mediante la fórmula de la reducción de jornada, que a quienes se desvinculan temporalmente del mercado de trabajo optando por la excedencia por cuidado de familiares regulada en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores. Debe señalarse también que precisamente la compatibilización de trabajo y cuidados, con la fórmula de la jornada reducida es una opción que refuerza la igualdad de oportunidades de forma eficaz, pues en la medida en que no hay alejamiento del mercado de trabajo, se potencia la inserción, se mantienen mejores condiciones de competencia profesional y se asegura la vinculación con el mercado de trabajo.

Y ese trato diferenciado no parece tener una explicación objetiva que lo justifique, habiéndose descartado por el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea argumentos economicistas o presupuestarios. Siendo ello así, no se encuentran motivos que amparen causalmente la imprevisión del legislador en esta materia, en tanto que los cambios experimentados en los últimos tiempos en materia de protección a la familia (como consecuencia de las nuevas necesidades sociales y el papel motriz de las normas comunitarias) no ha ido acompañado de una reforma del criterio de acceso a la prestación de desempleo en el supuesto analizado. En definitiva, el trato socialmente diferenciado entre géneros que provoca el artículo 211.1, aun su carácter neutro, carece de razón justificativa, constituyendo, por tanto, un supuesto evidente de discriminación indirecta por razón de sexo.

2. Valoración

Tal y como apuntábamos al principio, compartimos plenamente los argumentos esenciales en los que se basa la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Y ello, por cuanto no hay duda, tal y como se ha señalado, que el artículo 211.1 de la Ley General de la Seguridad Social, aun tratándose de un precepto neutro, extiende sus efectos perjudiciales desde la perspectiva de la protección social –cálculo de una prestación sobre una jornada reducida y no completa- muy mayoritariamente sobre el colectivo de las mujeres trabajadoras, al ser éstas las que, en la gran mayoría de los casos, asumen las responsabilidades familiares y, por tanto, tienen que (o se ven obligadas a) recurrir a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, y entre ellas, a la reducción de su jornada de trabajo para el cuidado de sus familiares. Resultado, pues, que constituiría, a nuestro entender, una situación de discriminación indirecta por razón de sexo.

Situación de discriminación indirecta que, por otra parte, y salvando las distancias, se ha reconocido recientemente por el Tribunal Constitucional en las sentencias 49 y 50/2005,

también en el marco del sistema de Seguridad Social y en relación con el contrato a tiempo parcial.

Asimismo, no cabe duda que el propio mandato constitucional de protección de la familia recogido en el artículo 39 de la Constitución exige, para que sea verdaderamente efectivo, que cualquier fórmula legal de conciliación tenga siempre un efecto neutro, tanto desde una perspectiva general como de género. No resulta admisible, pues, si se pretende realmente –tal y como se deduce de la normativa internacional, comunitaria y estatal- fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores y trabajadoras que el recurso a una medida de conciliación se vea precisamente desincentivado por el hecho de que el mismo suponga, como ocurre actualmente, un obstáculo para la formación, la promoción profesional o el cálculo de la retribución o de las prestaciones futuras de Seguridad Social. Y tampoco, obviamente, resulta admisible que el “*peaje*” sea todavía mayor, en cuanto a número de afectados, para el colectivo de las trabajadoras.

Y a ello cabe añadir que cuando se recurre a una medida de conciliación existe no sólo un valor constitucional que debe protegerse sino también un interés a garantizar añadido al del propio trabajador o trabajadora solicitante. El valor constitucional es la familia, tal y como se deduce del artículo 39 de la Constitución, y el interés el del propio familiar para cuyo cuidado se solicita la medida, que tiene derecho a recibir la mayor y mejor protección posible, ya sea a través de medios públicos –siempre escasos– y/o a través del establecimiento adecuado de medidas de conciliación neutras a favor de aquellos que deban cuidarle. Este interés del familiar es un importante elemento a valorar cuando hablamos –y se regulan- las medidas de conciliación.

Finalmente, no cabe olvidar que el artículo 211.1 es también una muestra de que, hasta el momento, la promoción de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar se ha centrado principalmente en el marco del Derecho del Trabajo y no tanto en el del Derecho de la Seguridad Social, ya que junto a dicho precepto existen otros ejemplos en sede, por ejemplo, de excedencia por cuidado de hijos o familiares, en que el acceso a una medida de este tipo supone también un perjuicio desde la perspectiva del alcance de las prestaciones futuras de Seguridad Social a que se tendrá derecho; otros ejemplos también constitutivos, a nuestro entender, de supuestos de discriminación indirecta.

En este punto cabe recordar que el propio Consejo Económico y Social hizo constar en un informe del año 2000 que era necesario atajar, cuanto antes, esas diferencias en el marco del sistema de Seguridad Social.

En definitiva, creemos llegado el momento en que la no discriminación por razón de sexo y la garantía de indemnidad por el ejercicio de las medidas de conciliación, como vías de poner en práctica la protección de la familia recogida en el artículo 39 de la

Constitución, alcancen también plenamente el marco del Derecho de la Seguridad Social.

1 Al respecto, vid el comentario realizado en Iuslabor núm 2/2005.

2 “No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aún hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo. La realidad social (que no puede, a este respecto, ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer) es hoy claramente muy distante de una situación de igualdad...”.

3 Como se afirma en la STC 128/1987: “...pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultando de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador u otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales... No resulta, pues, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y, desde luego, tampoco reside en que la mujer tenga superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos. La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación...”.

4 Como se afirma en el art. 2.2 de la Directiva 2002/73, constituye una discriminación indirecta “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

5 En estas sentencias, relativas a los contratos a tiempo parcial, se llega a la conclusión que los efectos negativos en materia de prestaciones que dicha modalidad contractual comporta constituye una modalidad de discriminación indirecta, en tanto que el número

de mujeres afectadas era mucho mayor que el de hombres, con independencia de que la norma nacional estuviese redactada de forma neutra.

6 “Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999-, trabajadores con menos fuerza física –STC 149/1991-, etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no pueda probar que la norma dispensa una diferencia de trato que responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.. En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjuicio de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho...”.