

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de
Alicante*

Extracto:

Es casi un lugar común señalar cómo, en los últimos años, el legislador se ha entregado con fervor a regular los numerosos aspectos que lindan con ese tan nombrado y nada fácil objetivo de conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Y es frecuente también desvelar la otra cara de esta moneda y poner de manifiesto cómo esa intensa actividad normativa carece de la más elemental planificación y, por ello, ofrece como resultado el reconocimiento de un desordenado e incoherente cúmulo de derechos.

Manifestación palmaria de ese desorden es la disociación que frecuentemente existe entre la regulación de los distintos derechos laborales contemplados en el ET y su proyección en el plano procesal y/o de Seguridad Social. Algo de extrema importancia porque el inadecuado reflejo de determinado derecho laboral en el ámbito procesal o, más significativamente, en el de seguridad social fructifica con frecuencia en un perjuicio para el trabajador. Y cuando ello es así, en la medida en que el ejercicio del derecho se dificulta, la propia efectividad del derecho se ve comprometida.

De todo ello, la regulación de la reducción de jornada por motivos familiares (art. 37.5 del ET) ofrece un ejemplo de libro, por cuanto se trata de un derecho mal definido en el ET, abiertamente descoordinado de su plasmación en el artículo 138 bis de la LPL, y también disociado de su proyección en el ámbito de la Seguridad Social, donde la norma no manifiesta ninguna inquietud a la hora de minimizar el reflejo de la reducción de jornada. Buena muestra de ello es lo que acontece cuando el trabajador accede a la prestación por desempleo tras la extinción de un contrato afectado por una reducción de jornada por cuidado de familiares. Un asunto en el que la doctrina y la jurisprudencia barajan distintas construcciones para paliar ese desajuste o para respaldarlo, y sobre el que se reflexiona en las páginas que siguen.

Sumario:

1. Introducción.
2. El régimen de cotización durante la reducción de jornada y su incidencia en la cuantía de la prestación por desempleo.
3. La cuestión de la aplicabilidad del artículo 211 de la LGSS. Las posiciones de la jurisprudencia.
4. ¿Debe aplicarse el artículo 211 de la LGSS a la prestación que deviene de la extinción de un contrato afectado por una reducción de jornada por motivos familiares?

NOTA: Este trabajo ha sido publicado –en soporte informático– en la *Revista General de Derecho del Trabajo* (www.iustel.com), núm. 9, 2005.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los frentes de actuación normativa más intensos en los últimos años es, sin duda, el que tiene por objeto ese tan nombrado acompañamiento de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, a cuyo amparo, como es sabido, se ha ido articulando a favor del trabajador un conjunto de derechos de muy variada índole tanto en el plano contractual como en el ámbito de la protección social. Un conjunto –para decirlo todo– tan desordenado y falto de coherencia como era dable esperar a la vista de la técnica *aluvional*¹ empleada por el legislador para construirlo.

Manifestación palmaria de este desorden es el grado de descoordinación o disociación que a menudo se observa entre la regulación de los distintos derechos laborales contemplados en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y su proyección en el plano procesal y de Seguridad Social. No hace falta decir que los efectos de esta disociación no son pocos ni menores porque, además de las cuestiones dogmáticas y de los numerosos problemas aplicativos que inevitablemente genera, el inadecuado o insuficiente reflejo de determinado derecho laboral en el ámbito procesal o, más significativamente, en el de Seguridad Social, fructifica con frecuencia en un perjuicio para el trabajador. Y cuando ello es así, en la medida en que el ejercicio del derecho se dificulta, la propia efectividad del derecho se ve comprometida.

Ejemplos paradigmáticos de todo cuanto se dice los ofrece la regulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares regulada en el artículo 37.5 del ET. De entrada, ya es casi un lugar común decir que en el plano sustantivo el derecho aparece mal definido y que, por eso, la concreta plasmación de su alcance es todavía hoy un inagotable semillero de cuestiones abiertas al debate en la doctrina judicial (si el derecho ampara o no el cambio de turno; si la distribución de la reducción ha de ser necesariamente «*horizontal*») que vienen a sumarse a las que inevitablemente acarrea la insuficiencia de la norma a la hora de deslindar las reducciones de jornada de la regulación genérica del contrato a tiempo parcial² (como la de cuál deba ser el salario de cálculo de la indemnización por despido).

¹ Elocuente expresión utilizada por TUDELA CAMBRONERO en «Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», en AA.VV., *Ley de Procedimiento Laboral. Comentarios, jurisprudencia, concordancias y doctrina*, Madrid, (Colex), 2002, pág. 310.

² En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» (III), en *Relaciones Laborales*, n.º 19, 1999, pág. 5.

Tampoco ofrece un saldo favorable la coordinación del plano sustantivo y el plano procesal. Cuestiones puntuales al margen –que las hay– es conocido que la doctrina ha denunciado de modo unánime cómo el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) verifica un importante desmentido a la rotundidad con que el ET reconoce al trabajador el derecho a fijar los términos de la reducción de jornada. Y no de otra manera, desde luego, parece que pueda explicarse el evidente desajuste entre una y otra norma. En el ET el derecho a fijar los términos de disfrute del derecho se atribuye al trabajador, indicándose, a renglón seguido, que, en caso de surgir discrepancias con el empresario, éstas serán resueltas por la vía del artículo 138 bis de la LPL. Un esquema que parece conducir a la idea de que se articula, en este ámbito, una suerte de *ius variandi* a favor del trabajador, ante el cual corresponde al empresario adaptar la organización del trabajo y, en caso de disconformidad, reaccionar procesalmente interponiendo la oportuna reclamación. Pero en el terreno de lo procesal la norma parece partir de una base distinta, porque la regulación contenida en el artículo 138 bis de la LPL más bien conduce a pensar que el derecho del trabajador no va más allá de «proponer» al empresario los términos de disfrute del derecho y, por eso, ante la disconformidad de éste, es el trabajador quien ocupa la posición de demandante en el proceso³.

Y no menor grado de desajuste puede decirse que existe entre los derechos reconocidos en el artículo 37.5 del ET y su proyección en el ámbito de la Seguridad Social. Si bien se aprecia una cierta preocupación por contener los costes empresariales durante el ejercicio de estos derechos que se manifiesta a efectos de cotización (la reducción de jornada se equipara al contrato a tiempo parcial), no puede decirse que exista esa misma inquietud a la hora de articular mecanismos que minimicen su reflejo de cara a evitar que proyecte efectos negativos sobre la protección social del trabajador. Porque el hecho de que durante la reducción de jornada el régimen de cotización se equipare al de los contratos a tiempo parcial –no hace falta decirlo– tendrá su incidencia tanto en la carrera asegurativa del trabajador como en la cuantía de las futuras prestaciones. Buena muestra de ello es lo que acontece cuando el trabajador accede a la prestación por desempleo tras la extinción de un contrato afectado por una reducción de jornada por cuidado de familiares. Un asunto en el que doctrina y jurisprudencia tejen y destejen distintas construcciones para paliar el desajuste o para respaldarlo, y sobre el que, a día de hoy, pende una cuestión de constitucionalidad.

2. EL RÉGIMEN DE COTIZACIÓN DURANTE LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y SU INCIDENCIA EN LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

La reducción de jornada a que tiene derecho el trabajador por el cuidado directo del menor, del disminuido o del familiar, como el propio ET señala, lleva aparejada la disminución proporcional del salario. Y tiene también su reflejo en la cotización, que se efectúa conforme al régimen previsto para los contratos a tiempo parcial: la base de cotización durante la reducción de jornada viene determinada por la retribución percibida en función de las horas trabajadas (arts. 65 y 66 del

³ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado», *Revista del MTAS*, n.º extraordinario, 1999, pág. 89; y ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2001, pág. 46.

RD 2064/1995)⁴. Esta equiparación de la reducción de jornada a los contratos a tiempo parcial a efectos de cotización tiene su reflejo en la prestación por desempleo a la que el trabajador pueda tener derecho tras la extinción del contrato.

En principio –y matizaciones no menores al margen– de cara a la protección por desempleo subsiguiente a la extinción del contrato, la reducción de jornada y este sistema de cálculo de la base de cotización no condicionan ni el acceso a la prestación ni su duración, porque para la determinación del período de cotización –del que penden uno y otro– se tiene por cotizado cada día trabajado, con independencia de la duración de la jornada (art. 3.4 del RPD)⁵. Ello, por lo que aquí importa y en términos generales, implica que la duración de la prestación por desempleo será la misma que la que correspondería si no existiera la reducción de jornada⁶.

Por el contrario, donde sí se proyectan los efectos de la jornada reducida y de su régimen de cotización es sobre la cuantía de la prestación. La base reguladora de la prestación se obtiene, como se sabe, promediando la base de cotización de los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 211 de la LGSS)⁷. Y como durante la reducción de jornada la base de cotización se calcula en atención a las horas trabajadas, la cuantía de la prestación resulta ser menor que la que correspondería si la jornada no se hubiera reducido. Por decirlo frontalmente: resulta ser la que correspondería a un contrato a tiempo parcial.

Un primer acercamiento a la norma evidencia, pues, que el régimen de cotización aplicable durante la reducción de jornada incide en la base reguladora y deviene en una menor cuantía de la prestación. Pero una mirada más detenida obliga a preguntarse si éste es el único efecto. Dado que este régimen de cotización a que se somete la reducción de jornada es el propio de los contratos a tiempo parcial, y dado que, por ello, la prestación generada tiene la misma cuantía y duración que si ésta tuviera su origen en la pérdida de un contrato a tiempo parcial, habrá de dilucidarse si la presta-

⁴ Establece el artículo 66 del Real Decreto 2064/1995 que lo dispuesto con respecto a la cotización en los supuestos de contratos a tiempo parcial y de relevo «será de aplicación a la cotización respecto de aquellos trabajadores o asimilados incluidos en el campo de aplicación de los regímenes del sistema de la Seguridad Social que, habiendo sido contratados a jornada completa, sin embargo, por razones de guarda legal y en virtud de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, en el apartado 1 f) del artículo 30 de la Ley 30/1994, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, pasen a realizar jornada reducida».

⁵ Establece el artículo 3.4 del RPD: «cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada».

⁶ El precepto ha planteado importantes y numerosos problemas aplicativos que pueden incidir en el supuesto aquí planteado –especialmente aquellos que guardan relación con la distribución «vertical» u «horizontal» de las horas trabajadas–. Sobre ellos puede consultarse un cumplido panorama en CABEZA PEREIRO, J.: «Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», *AS* n.º 6, 2000. BIB 2000/504.

En otro orden de consideraciones, es importante tener en cuenta que esta regla de cómputo del período cotizado a tiempo parcial a efectos del período de carencia no es la que rige para el acceso a las restantes prestaciones del sistema. Sobre las peculiaridades de la protección otorgada a los trabajadores a tiempo parcial, *vid.*, por todos, ROQUETA BUI, R.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, Madrid (CES), 2002; y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial*, Valencia, 1998.

⁷ Establece el artículo 211 de la LGSS: «La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período al que se refiere el apartado 1 del artículo anterior» (esto es, anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar).

ción se encuentra sujeta también a las demás previsiones establecidas para cuando la prestación tiene su origen en un contrato a tiempo parcial. Más concretamente, habrá de verse si a la cuantía de la prestación resultan aplicables los topes «*generales*» o los correspondientes a la prestación que tiene su origen en un contrato a tiempo parcial.

El asunto no es menor porque, como se sabe, con carácter general la cuantía de la prestación se sujeta a unos topes mínimo y máximo que se sitúan en un porcentaje del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM); pero cuando la prestación deviene de la pérdida de un contrato a tiempo parcial el porcentaje se determina sobre este indicador «*en función de las horas trabajadas*»⁸. De modo que cuando la prestación deviene de un contrato a tiempo parcial no sólo la cuantía de la prestación es menor sino que los topes máximo y mínimo a los que está sometida son también menores.

En mi opinión, el hecho de que en los casos de reducción de jornada la prestación resulte ser la misma que correspondería por la pérdida de un contrato a tiempo parcial no implica que deban aplicarse a ella los topes de cuantía establecidos para cuando la prestación deviene de un contrato a tiempo parcial. Si bien se mira, la norma –art. 211.3 de la LGSS– vincula los topes aplicables a la cuantía de la prestación a la naturaleza de la relación que se extingue, de modo que resultarán aplicables unos u otros atendiendo al hecho de que la relación que se extingue y da origen a la prestación sea una relación a tiempo completo o a tiempo parcial.

La pregunta que se abre, entonces, es qué naturaleza tiene una relación afectada por una reducción de jornada. Y la respuesta, a mi juicio, es que la relación tiene su naturaleza «*originaria*» –a tiempo completo o a tiempo parcial– porque el tipo contractual no sufre alteración alguna por efecto de la reducción de jornada. Es una obviedad decir que un contrato a tiempo parcial no cambia de naturaleza por el hecho de que se reduzca la jornada⁹. Y es claro también, en mi opinión, que el contrato a tiempo completo no muta su naturaleza en un contrato a tiempo parcial como efecto de la reducción de jornada¹⁰. Porque para que esta novación tenga lugar es precisa la existencia de un acuerdo de las partes sobre el hecho mismo del cambio de tipo contractual, cosa que aquí no sucede. Ya es dudoso que pueda decirse que la reducción de jornada por motivos familiares tenga en su base un acuerdo de las partes, pero es indiscutible que éste no gira sobre la naturaleza de la relación, sino únicamente sobre la alteración transitoria de las condiciones en las que la relación se desenvuelve. Por eso creo que,

⁸ Establece el artículo 211.3 de la LGSS: «*La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador.*

La cuantía mínima será del 107 por 100 o del 80 por 100 del indicador público de rentas a efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.

En el caso de desempleo por pérdida de un empleo a tiempo parcial, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los párrafos anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de renta de efectos múltiples en función de las horas trabajadas».

⁹ El ET no veda el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de familiares a los trabajadores a tiempo parcial, por lo que no cabe –en principio– deducir su exclusión. En este sentido es significativo que algunos convenios colectivos prevean expresamente el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores a tiempo parcial, como es el caso del Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de Madrid. En este sentido, *vid.*, GARRIGUES JIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, Madrid, (CES), 2004, pág. 151.

¹⁰ En contra, GORELLI HERNANDEZ entiende que en estos casos se produce una novación contractual de trabajo a tiempo completo en contrato a tiempo parcial [*La protección por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 351].

cuando la jornada se reduce, la relación conserva su naturaleza de origen: es un contrato a tiempo completo o a tiempo parcial que, transitoriamente, se manifiesta en régimen de jornada reducida ¹¹.

Partiendo de la base de que la reducción de jornada no altera la naturaleza «original» de la relación contractual sobre la que opera y partiendo de la base de que la determinación de los topes aplicables a la cuantía de la prestación dependen del tipo de contrato extinguido –si a tiempo completo o si a tiempo parcial–, necesariamente habrá de concluirse que el hecho de que la jornada se encuentre reducida no tiene incidencia a la hora de dilucidar qué topes son los aplicables a la cuantía de la prestación. Aunque ello no implica que la reducción de jornada tenga un efecto absolutamente neutro en este asunto.

En efecto, aunque la determinación del tope aplicable no dependa de la existencia o no de una reducción de jornada sino del tipo de relación que se extingue, es lo cierto que esta solución de aplicar los topes en función de la naturaleza de la relación produce efectos de signo diverso cuando el contrato extinguido está afectado por una reducción de jornada. Si así puede decirse, tiene efectos «benéficos» cuando el contrato extinguido es un contrato a tiempo completo: como los topes de cuantía para un contrato a tiempo completo son, directamente, un porcentaje sobre el IPREM, la cifra en la que éstos se concretan será siempre la misma, esté o no afectado el contrato por una reducción de jornada. Pero, cuando lo perdido es un contrato a tiempo parcial, la regla actúa en un sentido muy distinto porque, en este caso, el porcentaje en el que el tope consiste se modula «en función de las horas trabajadas», de modo que su concreción arrojará una cifra mayor o menor en atención a las horas trabajadas; y es obvio que, cuando existe una reducción de jornada, las horas trabajadas son menos y, por ello, los topes resultarán ser de menor cuantía.

Así las cosas, y resumiendo, puede decirse que cuando la prestación por desempleo deviene de la extinción de un contrato a tiempo completo afectado por una reducción de jornada, esta reducción de jornada tiene su reflejo en una menor cuantía de la prestación. Y que, cuando el contrato afectado por la reducción de jornada lo fuera a tiempo parcial, a la menor cuantía de la prestación ha de sumarse otro efecto adverso: que los topes a los que se sujeta la cuantía de la prestación resultan ser también menores de los que correspondería aplicar si la reducción de jornada no hubiera tenido lugar.

3. LA CUESTIÓN DE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 211 DE LA LGSS. LAS POSICIONES DE LA JURISPRUDENCIA

Como acaba de verse, la norma no contiene ninguna previsión específica para cuando la prestación deviene de la extinción de un contrato que –ya sea a jornada completa ya a tiempo parcial– se encuentra afectado por una reducción de jornada. De modo que su cuantía habrá de determinarse en cualquier caso

¹¹ En este sentido, afirma LÓPEZ GANDÍA que «la reducción de jornada no supone sino una mera alteración transitoria de la relación que antes y después tiene carácter de trabajo a jornada completa» («Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares», en *Revista de Derecho Social*, n.º 28, 2004, pág. 167).

También la STS de 6 de abril de 2004 (Ar. 5909) en un supuesto de acceso a la prestación por desempleo derivada de un contrato a tiempo completo con reducción de jornada por motivos familiares señala con respecto a esta cuestión que «esta relación contractual ni se novó, ni sufrió modificación respecto a su naturaleza, ni se convirtió por voluntad de las partes en un contrato a tiempo parcial».

en aplicación de la regla general contenida en el artículo 211 de la LGSS. Una regla que vincula el montante de la prestación a la cuantía de cotización ingresada en el período inmediatamente anterior al hecho causante y que tiene como efecto el logro de una cierta equivalencia entre la renta sustituida (salario que se venía percibiendo al tiempo de la extinción) y renta de sustitución (prestación).

Consecuencia inevitable de la aplicación de esta regla general es un doble efecto. El primero es que, aun tras una dilatada «vida laboral» con jornada «sin reducir», la cuantía de la prestación se puede ver seriamente recortada si los seis meses anteriores a la extinción del contrato se cumplieron con jornada reducida, porque la cuantía de la prestación guardará relación con el salario percibido durante este período de reducción de jornada. Y el segundo es que la protección otorgada en los supuestos de reducción de jornada –en los que el menor salario y la menor jornada son elementos coyunturales en la relación– resulta ser la misma que correspondería por la extinción de un contrato a tiempo parcial; esto es, resulta ser la misma que se derivaría de la pérdida de un contrato en el que el trabajador no tuviera ninguna expectativa cierta de realizar en el futuro una más amplia jornada y de percibir un mayor salario.

Ciertamente, la práctica totalidad de las reglas de cálculo de las prestaciones –no sólo ésta de desempleo– por su necesaria formulación general ofrecen como resultado inevitable el hueco –más o menos amplio– en el que puede encontrar cabida un resultado de injusticia material. Pero también cabe pensar que este desajuste en el resultado tiene perfiles propios cuando la situación de partida entronca con el cumplimiento de un mandato constitucional y tiene su base un derecho de cuyo ejercicio no debieran derivarse efectos adversos para el trabajador, como es el caso de la reducción de jornada por motivos familiares.

Mirado el asunto desde ese ángulo, surge entonces la cuestión de hasta qué punto la aplicación de la regla general de cálculo de la prestación por desempleo pueda resultar inadecuada y pueda o no ser obviada en su aplicación cuando la extinción del contrato tiene lugar durante la reducción de jornada por motivos familiares. Una cuestión, como es conocido, largamente abierta al debate judicial y resuelta en una accidentada unificación de doctrina.

En efecto, la cuestión de la aplicabilidad o no de la regla general de cálculo de la cuantía de la prestación a los supuestos en que ésta deviene de la extinción de un contrato con jornada reducida por cuidado de familiares ha recibido en los tribunales soluciones muy heterogéneas ¹² que, en un primer acercamiento, se pueden aglutinar distinguiendo aquellas que propugnan su aplicación, de aquellas otras que defienden la aplicabilidad de distintas alternativas ¹³.

Premisa mayor de la que parten las posiciones que sustentan la necesidad de aplicar algún mecanismo alternativo y/o corrector de la regla general de cálculo de la cuantía de la prestación es

¹² Incluido el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del Juzgado de la Social n.º 3 de Madrid (AS 2003, 1982). Un comentario a esta cuestión prejudicial puede verse en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Base reguladora del desempleo tras la reducción de jornada por cuidado de hijo» en *Aranzadi Social*, n.º 14, 2003 (BIB 2003/1359).

¹³ Un comentario detenido sobre las distintas posturas mantenidas en la doctrina judicial puede consultarse en SEMPERE NAVARRO y SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Prestación de desempleo sobrevenida con jornada reducida por cuidado de hijo» en *Aranzadi Social* (BIB 2005/400) y LÓPEZ GANDÍA, J.: «Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares», en *Revista de Derecho Social*, n.º 28, 2004.

la idea de que del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, y que, por ello, «no deben limitar, en principio, aquellas prestaciones económicas de seguridad social a las que los trabajadores tengan derecho cuando se produzca el hecho causante de las mismas»¹⁴.

Esta garantía de indemnidad frente a los efectos adversos que pudieran devenir del ejercicio del derecho se fundamenta en la poco dudosa cuestión de que la reducción de jornada por motivos familiares forma parte del entramado normativo que tiene por objeto la conciliación de la vida laboral y familiar y, por ello, participa del anclaje constitucional y comunitario que todo ese conjunto tiene en su base: el artículo 39 de la CE (deber de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia), el artículo 14 de la CE (derecho a la no discriminación por razón de sexo) y las Directivas CEE 92/85 (protección de la maternidad) y 96/34 (permiso parental). Desde ahí, la reducción de jornada por motivos familiares cobra carta de naturaleza.

Significada así la reducción de jornada por motivos familiares, no es difícil mantener que la aplicación del artículo 211 de la LGSS –la aplicación de la regla general– ofrece resultados contrarios al espíritu promocional y protector que debe informar toda norma emparentada con la conciliación de la vida laboral y familiar, por cuanto casa mal con ese espíritu el hecho de que el ejercicio de este derecho tenga como efecto una disminución de la cuantía de la prestación. Si a ello se une, además, que un derecho tan cercano a esta reducción de jornada como es la excedencia por cuidado de familiares cuenta con un mecanismo específico que modula la aplicación del artículo 211 de la LGSS, es posible pensar que la norma contiene un déficit de regulación que debe ser paliado.

Sentado que en los casos de reducción de jornada no puede determinarse la base reguladora atendiendo a los 180 últimos días trabajados –atendiendo a la regla general–, cuál deba ser el parámetro a utilizar en su lugar es un asunto que no ha tenido una respuesta unívoca. Algunas sentencias –las menos– se inclinan por considerar que el parámetro que ha de tomarse en cuenta es la base de cotización que hubiera correspondido en el momento de extinguirse el contrato si no hubiera tenido lugar la reducción de jornada¹⁵; otras –las más– optan por considerar que ha de tomarse en cuenta la base de cotización del período anterior a la reducción de jornada¹⁶.

Esta última posición es la avalada inicialmente en unificación de doctrina que, aplicando análogamente parte de la solución que la Ley 4/1995 ofrece para el cálculo de la base reguladora cuando a la situación de desempleo precede una excedencia por cuidado de hijos¹⁷, opta por calcular la

¹⁴ STS –ud– de 6 de abril de 2004 (Ar. 5909) (NSJ015987).

¹⁵ En este sentido, *vid.*, por todas, las STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2003 (As. 2596) (NSJ013399) y 6 de junio de 2003 (As. 183430).

¹⁶ En este sentido, *vid.*, por todas, las STSJ Cataluña de 26 de enero de 2001 (As. 576); Aragón de 1 de diciembre de 2004 (NSJ017372), y la STS de 4 de abril de 2004 (5909).

¹⁷ Señala el artículo 4 de la Ley 4/1995: «La situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 y 210 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa».

base reguladora en atención a las cotizaciones anteriores a la situación de reducción de jornada, por entender que «*si... la madre que disfruta de excedencia por tres años... tiene derecho a que esta situación se conceptúe de paréntesis o periodo muerto a efectos de la protección por desempleo, con mayor fundamento y lógica debe conservar este derecho la madre que trabajó, aun con jornada disminuida, durante el tiempo en que pudo permanecer en situación de excedencia*»¹⁸.

La aplicación de la doctrina del paréntesis a las situaciones de reducción de jornada –como se verá más adelante– no deja de presentar sus dificultades, pero éstas no parecen ser la razón que informa el drástico cambio de rumbo que –pocos meses más tarde y esta vez en Sala General– experimenta la doctrina unificada¹⁹. La idea-fuerza que la sustenta arranca de «*negar la mayor*»: no existe laguna normativa que colmar. Se entiende que la regla general que contiene el artículo 211 de la LGSS resuelve el modo en que ha de determinarse la base reguladora de la prestación y que no puede otorgarse un tratamiento distinto a los casos en que el contrato extinguido se encuentra afectado por una reducción de jornada por cuidado de hijos porque no existe ningún mandato normativo que obligue a ello: tanto el artículo 39 de la CE como las normas internacionales (Convenio 156 OIT) y comunitarias (Directiva CEE 96/34) que pudieran avalar un tratamiento específico, son normas que requieren una previa instrumentación para poder ser aplicadas. De modo que, desde esta perspectiva, aunque pudiera ser deseable que la reducción de jornada por motivos familiares se rodease de ciertas medidas promocionales, éstas son competencia del legislador y no de los órganos judiciales.

Por lo demás, tampoco el asidero del artículo 14 de la CE se tiene por bastante para amparar la aplicación de una regla de cálculo distinta de la contenida en el artículo 211 de la LGSS puesto que ésta no vulnera el mandato de no discriminación. En ninguno de los sentidos que pudiera hacerse valer. Por un lado, porque el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares se reconoce sin distinción de sexo de modo que los resultados que de ella se derivan son iguales para varones y mujeres²⁰. Y, por otro lado, porque la norma no contiene un tratamiento peyorativo con respecto a quienes reducen su jornada por motivos familiares y quienes la reducen por cualquier otro motivo.

4. ¿DEBE APLICARSE EL ARTÍCULO 211 DE LA LGSS A LA PRESTACIÓN QUE DEVIENE DE LA EXTINCIÓN DE UN CONTRATO AFECTADO POR UNA REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES?

El hecho de que la doctrina unificada haya mantenido tan contrarias posiciones en tan breve tiempo ya es indicativo de que el asunto de la aplicabilidad o no del artículo 211 de la LGSS a los supuestos en que el contrato ha estado afectado por una reducción de jornada por motivos familiares

¹⁸ STS de 6 de abril de 2004 (Ar. 5909) (NSJ015987).

¹⁹ STS de 2 de noviembre de 2004 (Ar. 37604). Con posterioridad, STS de 2 de noviembre de 2004 (Ar. 5502) y 16 de noviembre de 2004 (Ar. 166).

²⁰ Por conocido, no hace falta decir que la prohibición de discriminación por razón de sexo alcanza también a las denominadas «*discriminaciones indirectas*» identificándose éstas con «*un tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de determinado sexo*», como recuerda la STCo de 22 de diciembre de 2004 (con cita de sentencias anteriores, 198/1996; 145/1991; 286/1994 y 147/1995). A la luz de los datos que arrojan las estadísticas sobre reducción de jornada por motivos familiares, no es descabellado pensar que esta doctrina puede encontrar aquí un amplio campo de aplicación.

no es fácil de resolver, y el breve recorrido que acaba de hacerse en torno al andamiaje que sustenta una y otra posible respuesta evidencia que, desde luego, es complicado ofrecer una solución sin fisuras.

Aunque es obvio que el artículo 211 de la LGSS formula una regla de cálculo de la base reguladora de la prestación que tiene alcance general y que, por eso, resulta, en principio, aplicable a aquellos supuestos en los que la prestación deviene de un contrato que se encuentra afectado por una reducción de jornada, en mi opinión, no faltan argumentos para mantener la posibilidad y la necesidad de otorgar un trato distinto –y, por tanto, obviar la aplicación de la regla general– cuando esta reducción de jornada que afecta al contrato es de aquellas que el artículo 37.5 del ET regula para el cuidado de menores y familiares. Porque, en atención a los elementos en juego, no me parece del todo inviable mantener la existencia de un cierto vacío normativo ²¹.

En términos generales, puede decirse que la protección por desempleo en su nivel contributivo se asienta en una relación triangular: salario, base de cotización y base reguladora de la prestación. Y puede decirse también que reflejo de esta relación triangular es la cuantía de la prestación resultante. En esta construcción, punto de partida y de llegada es el logro de una cierta proporcionalidad entre la renta sustituida (salario que se pierde) y renta de sustitución (prestación que se percibe).

En los casos en que la prestación deviene de un contrato no sometido a reducción de jornada, esta equivalencia gira sobre –si así puede decirse– la «realidad» y la «normalidad» del contrato que se extingue: el salario perdido es el salario percibido en ese momento por el trabajador y es también el salario que corresponde al contrato celebrado. Y lo mismo puede decirse de la cotización. Pero no puede decirse lo mismo cuando la prestación deviene de un contrato afectado por una reducción de jornada, porque aquí la equivalencia opera sobre parámetros «transitoriamente alterados»: el salario perdido y su cotización son reflejo del trabajo prestado por el trabajador en ese momento, pero no son un reflejo del contrato que se extingue. Con la extinción, el trabajador pierde un contrato al que, en situación de normalidad, corresponde una mayor jornada, un mejor salario y una más alta cotización. La equivalencia experimenta, en estos casos, un cierto desajuste, que obra en perjuicio del trabajador.

Ciertamente, lo que acaba de decirse es predicable de todo contrato sometido a reducción de jornada, sea cual sea el motivo de la que la reducción traiga su causa. Y, ciertamente, también puede pensarse que esa disfunción no es desconocida para el legislador. Yo creo que las dos cosas son ciertas, pero también creo que no desautorizan la idea de que es posible un trato distinto cuando la reducción de jornada obedece a motivos familiares.

Aun dando por supuesto que este tratamiento penalizador del que es objeto la reducción de jornada es deliberado, una cosa es mantener que la norma pueda partir de la base de que ese efecto perjudicial es un riesgo que debe ser asumido por el trabajador cuando su contrato sufre una reducción de jornada y otra distinta es mantener que ese efecto deba o pueda recaer sobre un trabajador que reduce su jornada por motivos familiares. Por dos motivos. El primero es que de cara a la protección por desempleo la situación del trabajador no es exactamente la misma en ambos casos. Y el segundo es que la causa que ampara la reducción de jornada por cuidado de familiares impide que de su ejercicio pueda derivarse un efecto negativo.

²¹ En este sentido, SEMPERE NAVARRO y SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Prestación de desempleo sobrevenida con jornada reducida por cuidado de hijo» en *Aranzadi Social* (BIB 2005/400).

Con respecto al acceso a una futura prestación por desempleo, las situaciones de partida, en efecto, son muy distintas. Dejando al margen aquellos supuestos en que la reducción de jornada tiene su amparo en un expediente de regulación de empleo ²², con carácter general puede decirse que el hecho de que se produzca una reducción de jornada (cualquiera, sin causa en el cuidado de la familia) no «condena» al trabajador a sufrir los efectos de esta reducción de jornada en una futura prestación por desempleo. Porque el trabajador puede, por el tiempo de jornada liberado, acceder a otro trabajo. De modo que, si ello es así –de futuro–, cuando se produzca la extinción del contrato con jornada reducida, bien podrá compatibilizar la prestación con el salario proveniente de ese otro trabajo, o bien, en el caso de que el otro contrato también se hubiera extinguido, puede acceder a la prestación con una base reguladora más alta, como resultado de sumar las cotizaciones correspondientes a ambos trabajos. En este panorama, el hecho de que el trabajador sufra la incidencia de la reducción de jornada en una futura situación de desempleo es algo que –con todas las cautelas y matices con que hay que decir estas cosas– el trabajador puede, de algún modo, evitar o minimizar. En el esquema de la norma parece que es el trabajador el que asume el riesgo de minimizar o no esos efectos buscando un nuevo empleo.

Por el contrario, el escenario es muy distinto cuando la reducción de jornada tiene como causa el cuidado de familiares, porque la propia finalidad de la reducción de jornada parece excluir esa posibilidad de que el trabajador acceda a otro trabajo. Y, habida cuenta de que la causa que ampara la reducción de jornada y de la que deviene la imposibilidad de acceder a otro trabajo entronca con el cumplimiento de un fin constitucionalmente relevante (como es la atención a la familia) ²³, creo que puede decirse que, de cara a la protección por desempleo, la incidencia de la reducción de jornada por cuidado de familiares adquiere perfiles específicos.

A ello ha de añadirse, además, que la reducción de jornada por motivos familiares forma parte de todo un andamiaje normativo (–la conciliación de la vida laboral y familiar–) que, más allá de su entronque constitucional, encuentra también anclaje en la normativa internacional y comunitaria. Es cierto que ni el artículo 39 de la CE, ni la normativa internacional y comunitaria que puede traerse a colación en este asunto (Convenio 156 OIT y Directiva CEE 96/34) resultan de aplicación sin la instrumentación adecuada, pero también es cierto que todas ellas tienen su valor como criterio interpretativo a la hora de aplicar las normas ordinarias. Y de todas ellas se infiere –sin margen a la duda– la necesidad de minimizar los efectos negativos que para el trabajador pudieran derivarse del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral ²⁴. Y, mirada la cuestión desde este ángulo, en mi opinión, no resulta exagerado mantener la existencia de cierto déficit normativo, de cierto vacío. No resulta exagerado mantener, en fin, que falta en la norma un mecanismo corrector de esos efectos adversos.

²² Para los que la norma, como es conocido, articula la prestación de desempleo parcial.

²³ Que el artículo 37.5 del ET «forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia» y que esta finalidad «ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa» es algo ya señalado por el propio Tribunal Supremo y reiterado en la práctica totalidad de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que versan sobre la materia. Las frases entrecomilladas son de la conocida STS de 11 de diciembre de 2001 (Ar. 2025) (NSJ010881).

²⁴ En otro orden de consideraciones, tampoco me parece desdeñable el argumento que gira en torno a la posible vulneración del artículo 14 de la CE. Aunque es cierto que el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares se reconoce sin vinculación al sexo del trabajador y que, por ello, los efectos adversos que de su ejercicio puedan derivarse pueden indistintamente recaer en varones y mujeres, la estadística demuestra que la mayoría de las reducciones de jornada por este motivo son ejercitadas por mujeres. Y, desde ahí, puede pensarse que una norma aparentemente neutra deviene en un efecto adverso sobre el colectivo femenino y que estamos en presencia de una discriminación indirecta.

Cómo cubrir ese déficit es ya otro asunto que, en mi opinión, tiene que ser abordado en dos planos: qué solución cabe articular en tanto no se produce la intervención legislativa, por un lado; y, por otro lado, qué líneas de actuación podrían informar esa solución legislativa.

A la primera cuestión (qué bases de cotización han de tomarse en cuenta para calcular la base reguladora de la prestación), doctrina y jurisprudencia –como en páginas anteriores ya se señaló– han propuesto dos soluciones: una, la de tomar en cuenta la base de cotización que hubiera correspondido en el momento de extinguirse el contrato como si no existiera la reducción de jornada; y dos, la de tomar en consideración la base de cotización del período anterior a la reducción de jornada.

Calcular la base reguladora de la prestación tomando como referente las bases de cotización anteriores a la reducción de jornada no solventa del todo ese efecto adverso que habría de neutralizarse. Si la reducción de jornada ha tenido una duración dilatada en el tiempo (y puede tenerla, habida cuenta de cómo se configura el derecho en el ET), las bases de cotización anteriores a la reducción de jornada pueden ser incluso inferiores a las actuales correspondientes a la reducción de jornada, de modo que la cuantía de la prestación puede resultar menor que si fuera calculada sobre las bases correspondientes a la reducción de jornada. Y, aun cuando la reducción de jornada no hubiera tenido una duración significativamente prolongada, el mismo escenario puede producirse también si el número de horas en que la jornada se ha reducido es mínimo: las bases actuales –aun reducidas– pueden ser mayores que las correspondientes al período anterior a la reducción de jornada. Este efecto, desde luego, puede ser minimizado entendiendo que la prestación habrá de calcularse sobre las bases que –de entre estas dos– resulten más altas en cada caso. Pero, aún así, es preciso reconocer que, en estos casos –que pueden no ser pocos– la vía de calcular la base reguladora sobre las bases de cotización anteriores a la reducción de jornada resulta ineficaz, porque, al fin y al cabo, la solución «*más favorable*» para el trabajador resultaría ser la que se ajusta a la regla general cuyos efectos aplicativos tratan de corregirse.

Más acorde con la finalidad que se persigue y más acorde con la realidad contractual que late en la pérdida de un contrato afectado por una reducción de jornada por motivos familiares es, a mi juicio, la primera solución: la de calcular la base reguladora sobre las bases de cotización que correspondería aplicar al contrato extinguido si no estuviera afectado por una reducción de jornada. Por esta vía –no hace falta decirlo– se consigue que la prestación resultante sea la misma que correspondería si la reducción de jornada no hubiera tenido lugar. Un resultado que da cumplida respuesta a las dos fundamentales cuestiones que no resuelve la regla general: por un lado, del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares no se deriva ningún efecto perjudicial de cara a la protección por desempleo; y, por otro lado, la protección otorgada se ajusta a los términos que corresponden a la relación laboral perdida y no a la alteración transitoria de esos términos en que la reducción de jornada consiste y se manifiesta²⁵. Con todo, es preciso reconocer que esta solución plantea problemas de entidad con respecto al complejo equilibrio entre lo previamente cotizado y la prestación generada, binomio sobre el que gira y se sustenta el nivel contributivo de la protección. Por eso, una solución de este tipo no puede defenderse sino con carácter de excepcionalidad y a la espera de que el legislador articule una respuesta más adecuada.

²⁵ Defiende la misma posición LÓPEZ GANDÍA, J.: «Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares», en *Revista de Derecho Social*, n.º 28, 2004, pág. 170.

Cuál pueda ser esa respuesta adecuada es el asunto que queda por ver. Un asunto complejo –y que excede con mucho de los límites de este trabajo– sobre el que sólo procede apuntar telegráficamente algunas de las que podrían ser sus líneas maestras.

En este sentido, y aun a riesgo de señalar lo evidente, conviene decir –de entrada– que esa futura respuesta legislativa habrá de tener por objeto la minimización de los efectos perjudiciales que pueda acarrear al trabajador el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares con carácter general, no sólo con respecto a la prestación por desempleo y no sólo en el ámbito de la Seguridad Social. Ya se han señalado al comienzo algunos de los muchos problemas abiertos con respecto a la reducción de jornada por motivos familiares y cómo es preciso –por ejemplo– acometer un claro deslinde de la reducción de jornada frente al régimen general del contrato a tiempo parcial.

Junto a ello, claro está, habrán de establecerse las medidas que neutralicen posibles efectos negativos en el ámbito de la Seguridad Social, porque es innegable que la propia efectividad del derecho a la reducción de jornada viene condicionada por la proyección que su ejercicio tenga en la protección social y que, por ello, las medidas que en este plano se articulen son decisivas²⁶. En este sentido, la propia STS de 2 de noviembre de 2004 reconoce la conveniencia de articular medidas protectoras de los objetivos de la conciliación de la vida laboral y familiar, y apunta a la solución de establecer «medidas de complemento de rentas, con eventual compensación pública de la propia reducción de jornada». Una propuesta, a mi juicio, acertada.

El tipo de compensación pública que pueda resultar más adecuada es algo discutible y en lo que yo creo que hay que tener en cuenta dos parámetros de partida. El primero es que esta compensación pública de la reducción de jornada, en mi opinión, no puede consistir en una prestación de desempleo parcial, porque difícilmente puede considerarse en situación de desempleo protegible al trabajador que disfruta de una reducción de jornada por motivos familiares cuando, como es conocido, la noción de desempleo protegible pasa –ahora más que nunca– por la disponibilidad para acceder al mercado de trabajo, por la disponibilidad para trabajar²⁷. Y el segundo es que, probablemente, para la definición de esa compensación pública pueda servir como patrón la prestación por maternidad o adopción en su «modalidad» de «a tiempo parcial» (RD 1251/2001), dado que, en ambos casos, la situación *de facto* que subyace y da pie a la protección –suspensión parcial, reducción de jornada– guardan importantes similitudes²⁸. Ello no empece a que se observen también importantes diferencias que habrían de ser específicamente tratadas, como las referidas a la extensión temporal del derecho –ilimitado en la reducción de jornada– y a la titularidad de los mismos –múltiple en la reducción de jornada– que, de cara a esa compensación pública, necesariamente habrían de someterse a un régimen limitativo.

Por lo demás, sólo resta esperar que con ocasión de esta deseable intervención legislativa se acometan también otras reformas que aporten un poco de orden y una mínima coherencia interna al caos que reina en el bloque normativo referido a la conciliación de la vida laboral y familiar.

²⁶ Muy elocuentemente, señala LÓPEZ GANDÍA que «es ingenuo o malintencionado pensar que basta con remover los obstáculos laborales... para que se consigan los objetivos de conciliación si no van acompañados de medidas protectoras de seguridad social y de servicios sociales adecuados» («Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares», en *Revista de Derecho Social*, n.º 28, 2004, pág. 160).

²⁷ Sobre ello, más detenidamente, *vid.* SEMPERE NAVARRO y SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Prestación de desempleo sobrevenida con jornada reducida por cuidado de hijo» en *Aranzadi Social* (BIB 2005/400).

²⁸ Sobre ese modo de ejercicio del derecho a la suspensión contractual, *vid.*, VIQUEIRA PÉREZ, C.: «El régimen jurídico de la suspensión contractual "a tiempo parcial" (art. 48.4 del ET)», en *Relaciones Laborales*, n.º 5, 2006.