



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y MATERNIDAD (O de cómo hacer más difícil aún si cabe la conciliación de la vida laboral y familiar)

*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005 **

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS **

SUPUESTO DE HECHO: *STS de 14 de marzo de 2005:* se trata de un trabajadora que tras dar a luz a dos hijos, y antes de agotar el período de descanso por maternidad, solicitó a la empresa una reducción en su jornada al amparo del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. Dicha reducción fue concedida quedando su jornada en el 66'66% de la jornada correspondiente a tiempo completo. El día 7 de enero de 2003 fue despedida, por lo que se solicitó por la trabajadora al INEM la correspondiente prestación por desempleo. La entidad gestora concedió la prestación de conformidad a las bases de cotización correspondientes por el salario recibido por la trabajadora de conformidad a la jornada reducida que realizaba.

STS de 2 de noviembre de 2004: se trata de una funcionaria del Régimen General que solicitó al Ayuntamiento donde trabajaba una reducción de jornada de un tercio al amparo del art. 37.5 del ET. Durante dicha situación dio a luz otro hijo, por lo que solicitó la correspondiente prestación por maternidad. El INSS halló la cuantía de la prestación por maternidad promediando las cotizaciones del año inmediatamente anterior a la solicitud de la prestación por maternidad en el entendimiento de que se trataba de una trabajo a tiempo parcial.

* Dictada en Recurso 2457/2004, ponente D. Víctor Eladio Fuentes López. En idéntico sentido, la Sentencia de 2 de noviembre de 2004, Rec. 5876/2003, ponente D. Aurelio Desdentado Bonete.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: *STS de 14 de marzo de 2005:* se discute si la base reguladora adoptada para la determinación de la prestación por desempleo por el Servicio Público de Empleo Estatal-INEM, correspondiente a la media de las cotizaciones realmente efectuadas en los seis meses anteriores es o no la correcta. Y ello porque la trabajadora solicitaba que la base reguladora se determinara sobre las bases de cotización correspondientes a la jornada completa ya que la no realización de la misma tenía su razón de ser en una causa legal como era la guarda legal de un menor. En esta sentencia el Tribunal Supremo, siguiendo su propia doctrina establecida en SSTs de 2 de noviembre 2004, estima que la entidad gestora ha calculado correctamente la prestación por desempleo.

STS de 2 de noviembre de 2004: se discute si la base reguladora adoptada para la determinación de la prestación por desempleo por el INSS, correspondiente a la media de las cotizaciones realmente efectuadas en el año inmediatamente anterior al momento de la solicitud de la prestación por maternidad es o no la correcta. Y ello porque la trabajadora solicitaba que la base reguladora se determinara sobre las bases de cotización correspondientes a la jornada completa ya que la no realización de la misma tenía su razón de ser en una causa legal como era la guarda legal de un menor. En esta sentencia el Tribunal Supremo, siguiendo su propia doctrina establecida en sentencias dictadas el mismo día y año, 2 de noviembre 2004, y referidas a una situación de protección por desempleo respecto de una trabajadora con jornada reducida estima que la entidad gestora ha calculado correctamente la prestación por maternidad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. El cambio de doctrina del Tribunal Supremo y la nueva postura restrictiva
 - 1.2. La aplicación de esta nueva doctrina a la protección por maternidad de trabajadoras con jornada reducida
2. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES CON JORNADA REDUCIDA: ¿TRABAJADORES A TIEMPO COMPLETO O A TIEMPO PARCIAL?
3. SOBRE LA NECESIDAD DE INTERPRETAR EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA EN EL MARCO DE LA LEY 39/1999 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL
4. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL DESEMPLEO Y DE LA MATERNIDAD DE LOS TRABAJADORES CON REDUCCIÓN DE JORNADA, ¿UNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?

1. INTRODUCCIÓN

Se comentan dos sentencias que aunque referidas a distintas prestaciones contributivas de la Seguridad Social tienen una base común: se trata trabajadoras que han ejercido su derecho legal a reducir la jornada de trabajo



por la guarda de un menor y que durante la misma han solicitado prestaciones del sistema de Seguridad Social, bien por haber extinguido su contrato de trabajo y pretender una prestación contributiva por desempleo bien por haber dado a luz y ejercer su derecho a obtener una prestación por maternidad. El haberlo hecho de forma conjunta lo es porque los comentarios que pueden hacerse a las mismas pueden ser comunes en muchos aspectos.

El origen de esta controversia se encuentra, quizás, en que salvo para el supuesto de riesgo durante el embarazo, las modificaciones producidas por la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral no se han visto acompañadas por la correspondiente protección o modificación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, «lo que contribuye a reducir el alcance de la pretendida conciliación del trabajo y la familia»¹.

1.1. El cambio de doctrina del Tribunal Supremo y la nueva postura restrictiva respecto de la protección del desempleo

Inicialmente, el Tribunal Supremo, en STS de 6 de abril de 2004, estimó que en un caso similar al que se ocupa la primera sentencia que se comenta que la trabajadora tenía derecho a percibir la prestación de desempleo, aplicando la teoría del paréntesis, hallando su cuantía con las bases de cotización de los 6 meses anteriores al momento del ejercicio del derecho a reducción de jornada y con ello evitando las bases de cotización «reducidas» durante esta situación.

Y ello en base a los siguientes argumentos:

- En aplicación analógica de la protección por desempleo en las situaciones de excedencia por cuidado de hijos, que lleva consigo la aplicación de la teoría del paréntesis.
- Por lo establecido en la Directiva 96/34/CEE, en el sentido de que «los derechos conseguidos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental».
- En base a la aplicación del principio de igualdad de trato.
- Y, por supuesto, en aplicación del art. 39 CE ya que la jornada reducida por cuidado de un menor tiende a proteger no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

¹ Como indica RIVAS VALLEJO, P., en «La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica», *Tribuna Social* núm. 108, 1999, pág. 11.

Pues bien, seis meses más tarde, aparecen varias sentencias del mismo Tribunal ², en las que se determina que el criterio de la STS de 6 de abril de 2004 ha de ser modificado ofreciendo distintas argumentaciones según hayan sido dictadas en Sala General o no.

Las argumentaciones dadas en Sección fueron las siguientes:

- En primer lugar, que no existe discriminación o trato peyorativo entre quienes pierden un empleo a tiempo completo y los que los pierden teniendo una jornada reducida por guarda legal, ya que las situaciones subjetivas que han de compararse, según el Tribunal Constitucional, han de ser homogéneas o equiparables. No puede aplicarse, en virtud del art. 39.1 CE, un diferente trato promocional o favorable, pues este es un principio rector de la política social y económica que está dirigido al legislador y que sólo puede ser alegado ante la jurisdicción de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.
- En segundo lugar, que no cabe realizar una interpretación analógica con la situación de excedencia por cuidado de hijos.
- En tercer lugar, porque no es posible, en base a la consecución de unos objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, la interpretación en el sentido de aplicar la base reguladora formada por las bases de cotización a tiempo completo, esto es, las anteriores inmediatas al momento del inicio de la reducción de jornada y ello porque «el establecimiento de este tipo de medidas corresponde al legislador y no a los órganos judiciales».
- En cuarto lugar, se indica que la Directiva 96/34/CEE no es aplicable, pues, de un lado, la misma deja «a la legislación estatal el establecimiento de medidas en materia de Seguridad Social» y, de otro lado, «no hay un derecho adquirido a cobrar la prestación de desempleo en una determinada cuantía en relación con una base histórica, ni este supuesto derecho está en curso de adquisición, porque la norma que regula esta adquisición, porque la norma que regula esta adquisición establece un criterio de cálculo en función de las retribuciones y de las bases de cotización futuras».

Las argumentaciones dadas en Sala General fueron las siguientes:

- En primer lugar, porque no es de aplicación analógica el régimen jurídico previsto para la excedencia por cuidado de hijos, que permite la aplicación de la teoría del paréntesis y ello porque no exis-

² Recs. 3108/03 (Ponente Calvo Ibarlucea) de 4-11-2004 en Sala General; 4028/03 (Ponente Botana López) de 2-11-2004 en Sala General; 5013/02 (Ponente Desdentado Bonete) de 2-11-2004; y 5502/03 (Ponente Desdentado Bonete) de 2-11-2004.

te una laguna en la regulación ni hay semejanza ni identidad de razón entre ambos supuestos. Razonamiento utilizado en las otras, como se ha visto.

- En segundo lugar, y como razonamiento «distinto», se argumenta que para que el coste de la «carga social» que supone atender a un menor recaiga en las instituciones públicas, es necesario que esté expresamente contemplada, lo que impide que por vía interpretativa se introduzca «el vehículo compensatorio del cincuenta por ciento de las cotizaciones que no se han satisfecho por no corresponder a la jornada efectivamente realizada».

Pues bien, la sentencia que se comenta de 14 de marzo de 2005, al remitirse a las sentencias, reiterando en «versión resumida» los argumentos adoptados en las sentencias de noviembre de 2004 pero, a mi juicio, con una importante particularidad ya que al tratar el tema de la discriminación en estas situaciones, aflora la cuestión desde la perspectiva de «género» y se indica que «no puede apreciarse discriminación en el tratamiento jurídico que dicho precepto da a la mujer que tiene a su cargo un menor y por virtud del cual tiene reducida su jornada, en cuanto que ese mismo tratamiento es el que se le da a hombres y mujeres que han hecho uso de la facultad que al respecto viene contemplada en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores».

1.2. La aplicación de esta nueva doctrina a la protección por maternidad de trabajadoras con jornada reducida

Respecto de la protección por maternidad de las trabajadoras con jornada reducida por guarda legal se han planteado varias posibilidades en la determinación de la base reguladora:

- La aplicación, en base a la teoría del paréntesis adoptada por la STS de 6 de abril de 2004, de la base de cotización del mes anterior, esto es, a tiempo completo, al momento de ejercer el derecho de la reducción de jornada. Tesis mantenida por la sala del TSJ de Castilla-La Mancha.
- La adoptada por el Juez de Instancia en este asunto, que supone que la base reguladora, al tratarse de una situación a tiempo parcial, sería la del año inmediatamente anterior al inicio del descanso por maternidad. Y ello en aplicación del art. 5.2 RD 144/1999, en el que habrían de elegirse las bases de cotización del año anterior incluidas las trabajadas a tiempo completo en ese período (por no haberse ejercido aún el derecho a reducción de jornada).
- La mantenida inicialmente por el INSS que supone que ha de aplicarse la base reguladora del contrato a tiempo parcial pero redu-

ciendo la regla del cálculo del art. 5.2 del RD 144/1999 al lapso de tiempo durante el que se ha ejercido la reducción de jornada.

- Y, finalmente, otra propuesta por el INSS en el recurso de casación y contrario a la anterior, pues propone adoptar la base reguladora de un trabajador a tiempo completo por maternidad, esto es, la del mes anterior al momento de inicio del descanso por maternidad.

Pues bien, en aplicación de la doctrina recogida en las sentencias apuntadas en el epígrafe anterior, y de igual fecha, pero respecto de la protección por desempleo a esta prestación, la STS que se comenta, recuerda que en nuestro ordenamiento no existe la posibilidad de calcular la base reguladora de una prestación de un trabajador con jornada reducida con base de cotización distintas a las que realmente les corresponde. Y ello porque en nuestro ordenamiento jurídico se parte del «principio de proporcionalidad» entre la renta sustituida (el salario perdido) y la renta de sustitución (la prestación contributiva correspondiente a la Seguridad Social). 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» y que «responde a una lógica fundamental de la protección social que impide que la renta de sustitución sea superior a la renta sustituida».

Por ello, nuevamente, se señala que es necesario rectificar la doctrina de la STS de 6 de abril y para ello copia los mismos argumentos que más arriba se han expuesto en las sentencias de sección del TS (y que por cierto corresponden al mismo ponente).

2. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES CON JORNADA REDUCIDA: ¿TRABAJADORES A TIEMPO COMPLETO O A TIEMPO PARCIAL?

Pues bien, como se sabe, la reducción de la jornada por el ejercicio del derecho a cuidar de los menores conlleva la correspondiente reducción salarial, en proporción al tiempo real de servicios prestados. Evidentemente, esa reducción salarial conlleva el ahorro de costes en cotizaciones, ya que se disminuye la base de cotización que formará parte de la base reguladora de las prestaciones futuras³.

Así pues, aplicando rectamente la normativa⁴, el Tribunal Supremo entiende que la base reguladora de las prestaciones por desempleo de una tra-

³ La cotización en situación de reducción de jornada por guarda legal se asimila a la cotización de los trabajadores a tiempo parcial según el art. 65 del RD 2064/1995 sobre cotización y liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

⁴ Aunque no correctamente a mi juicio.



bajadora que disfruta de una reducción de jornada por cuidado de hijos no puede ser otra que la establecida en el art. 211 LGSS y art. 4 del RD 625/85. Esto es, será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia⁵ durante los últimos seis meses (180 días) anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Lo que supone que si las bases de cotización durante ese período son reducidas de conformidad con la nueva jornada realizada, se entiende que es la misma forma que hallarla para los trabajadores a tiempo parcial. No obstante ello, si para el supuesto de la protección por desempleo, el Tribunal Supremo no ha sido muy claro en la consideración de la reducción de jornada como trabajo a tiempo parcial, para el supuesto de la maternidad la sentencia de 2 de noviembre de 2004 sí lo ha sido, pues, ha elegido como base reguladora de la prestación por maternidad de una trabajadora con jornada reducida por guarda legal la correspondiente a los trabajadores a tiempo parcial que disfrutaban de tal prestación (la media de las bases de cotización de los últimos doce meses)⁶.

La pregunta que debíamos hacernos es si el ejercicio al derecho a la reducción de jornada por parte de los trabajadores que quieren atender a un hijo o un familiar les convierten en trabajadores a tiempo parcial o no. Esto es, si se trata de una novación del contrato de trabajo a tiempo completo a trabajo a tiempo parcial⁷ o si se trata de la pérdida de un contrato a tiempo completo que de forma temporal se prestan los servicios en una jornada inferior.

Y es que no sería lo mismo entender a estas trabajadoras a tiempo completo o a tiempo parcial. Creo que no existe una novación del contrato de trabajo a tiempo parcial⁸ y ello por tres motivos: el primero, porque se trata del ejercicio de un derecho de forma temporal, lo cual no tiene que afectar al contrato de trabajo que originariamente se suscribió entre el empresario y el trabajador ya que, independientemente de los efectos jurídicos del ejer-

⁵ Se excluirán las retribuciones por horas extraordinarias realizadas en dicho período, con independencia de que se incluyan en la base de cotización por dicha contingencia (ex art. 224 LGSS).

⁶ Arriesgada consideración ya que en este caso no encontramos con una funcionaria de carrera del cuerpo de Técnicos de Administración Local, incluida en el Régimen General, cuya consideración como funcionaria «a tiempo parcial» implicaría una modificación de la correspondiente relación de puestos de trabajo, cosa que no se ha producido y una modificación en su condición de funcionaria que implica la actuación de la Administración.

⁷ Como indica GORELLI HERNÁNDEZ, J. en *La protección por maternidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 351.

⁸ LÓPEZ GANDÍA, J.: «Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares» (Comentario a las STS, sala 4.ª de 2 y 23 de noviembre de 2004). *RDS* núm. 28, 2005, pág. 167.

cicio del derecho del trabajador, no es una modificación del contrato de trabajo del mismo. El segundo porque ello no casa con la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial puedan ejercer este derecho⁹. Y el tercero porque el contrato de trabajo, supone el acuerdo de la voluntad de las dos partes que lo suscriben y el ejercicio del derecho a reducir la jornada no es consecuencia de un acuerdo de ambas partes sino de sólo una, la del trabajador o trabajadora que encontrándose en la situación prevista por la norma decide ejercer un derecho que el empresario ha de respetar¹⁰. Más aún, cuando en el art. 12.1 del ET cuando se regula el contrato a tiempo parcial se entiende el mismo celebrado cuando «se haya acordado» la prestación de servicios de un número de horas inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. Acuerdo, supone llegar a un punto de encuentro entre las posturas de ambas partes, cosa que no ocurre en este caso pues sigue tratándose del ejercicio de un derecho del trabajador para conciliar su vida laboral y familiar¹¹. Además, cuando el apartado 4 del art. 12 en su letra e) habla de la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial no parece referirse a esta situación ya que aunque habla de la voluntariedad por parte del trabajador (cosa que coincide con el ejercicio del derecho a reducción de jornada) establece «que no se podrá imponer de forma unilateral». Y no puede ello aplicarse a la situación de reducción de jornada por cuidado de hijos porque en estos casos el ejercicio del derecho supone «una imposición» al empresario que tendrá que acatarla y si la imposición «unilateral» se refiere al empresario no casa con la figura porque la reducción de jornada por cuidado de hijos se trata de un derecho que no le pertenece al empresario y por tanto no puede imponerlo al trabajador que es el que tiene que decidir si lo ejercita o no.

O en palabras de la STS de 6 de abril de 2004, «En el presente caso, la madre a la finalización del permiso parental tenía concertado con la empre-

⁹ Como señala ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., se justifica la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial también disfruten de este derecho ya que el art. 37.6 ET alude a que el ejercicio de este derecho a la reducción de la jornada por cuidados familiares «corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria»; ello supondría que los límites legales a dicha reducción también va referida a la jornada de trabajo acordada y no a la jornada completa, en *Familia y trabajo*, *op. cit.*, pág. 81.

¹⁰ La única posibilidad de que el empresario se oponga o limite este derecho será cuando se trate de varios beneficiarios en la misma empresa y con respecto al mismo sujeto causante, y siempre que resulte necesario por razones justificativas de funcionamiento de la empresa.

¹¹ De considerarlo así, también tendría que entenderse como tal situación la reducción de jornada de una hora tanto por lactancia como por cuidados de neonatos hospitalizados ya que el resultado final sería una jornada inferior a la un trabajador a tiempo completo comparable.



sa un contrato de trabajo a jornada completa. Esta relación contractual ni se novó, ni sufrió modificación respecto a su naturaleza, ni se convirtió por voluntad de las partes en contrato parcial. El contrato continuó siendo a jornada completa, y lo único que se alteró, hasta el plazo máximo legal fue la duración de la jornada y consecuentemente el salario y cotización. Pero esta alteración que produce sus efectos en relación con el empresario, no cabe predicarla respecto a la base reguladora de la prestación por desempleo de la Seguridad Social, pues en tal contingencia ha de partirse de la existencia de jornada completa, que tendría la madre al finalizar el período temporal durante el que se le concedió la reducción de jornada, no en su propio beneficio sino ‘por razones de guarda legal’».

Si ello es así, no casa que a un trabajador a tiempo completo se le aplique una base reguladora que se compone de bases de cotización reducidas como si se tratara de un trabajador a tiempo parcial, por lo que sería necesaria la aplicación de la conocida teoría del paréntesis (de creación del propio Tribunal Supremo) y ello porque, de conformidad con el principio contributivo, las prestaciones tienen como objeto proporcionar rentas de sustitución, esto es, prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir. Y las rentas salariales de estas trabajadoras son rentas a tiempo completo ya que han ejercitado un derecho que tiene su fundamento en otro de carácter constitucional como es el de protección a la familia.

En definitiva, no puede estarse de acuerdo con esta postura del Tribunal Supremo. Entender el que la reducción de jornada equivale a novación de contrato a tiempo parcial es simplemente «diluir» un derecho reconocido. Me explico, se trataría de la misma manera a un trabajador a tiempo completo que ejerce un derecho de reducir su jornada que a una persona que teniendo responsabilidades por cuidado de hijos decide acceder al mercado de trabajo mediante un contrato a tiempo parcial. El objeto de la reducción de la jornada es conciliar la vida laboral y familiar. Para equiparar dicha situación a una contratación a tiempo parcial no habría hecho falta ningún despliegue normativo porque con la negociación entre las partes se podría haber llegado al mismo fin, bien mediante la novación del contrato a tiempo parcial bien mediante la utilización de la figura de la excedencia.

3. SOBRE LA NECESIDAD DE INTERPRETAR EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA EN EL MARCO DE LA LEY 39/1999 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

En la interpretación que el Tribunal Supremo hace de la legislación de protección social, se puede llegar a la conclusión de que el cuidado de los hijos no es una actividad socialmente valorada ni querida por el legislador, a pesar de que éste ha pregonado formalmente la necesidad de conciliar la

vida familiar y la laboral. Y ello, porque en dicha interpretación, las rentas sustitutorias de las prestaciones por maternidad o desempleo no cubren el valor social del cuidado de los hijos, objeto de la reducción de jornada que previamente al inicio de tales prestaciones han ejercido como derecho recogido en la legislación laboral con la intención, precisamente, de conciliar la vida laboral y familiar.

Desde la redacción inicial de 1980 del ET se ha contemplado en nuestro ordenamiento jurídico laboral el derecho a una reducción de jornada por razones de guarda legal de un menor o minusválido. Para conseguir cierta armonización entre el trabajo y la familia se han adoptado una serie de medidas en distintas disposiciones legales que configuran la política de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. En ese «limitado alcance» que supuso la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral (en adelante, LCVFL), ya que aún queda mucho por hacer, se adoptaron una serie de medidas que cubren numerosos flancos¹² entre los que se encuentra la reducción de jornada por cuidado de hijos. Pues bien, la última redacción dada por la LCVFL amplía este derecho para los casos de cuidados directos de familiares, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que sean dependientes, esto es, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos (y siempre que no desempeñen actividad retribuida).

Lo cierto y verdad es que la figura que centra la resolución del Tribunal Supremo objeto de este comentario ha pasado de ser una «simple» causa de reducción de la jornada de trabajo a incardinarse en un conjunto sistemático de medidas englobadas en la LCVFL, norma cuya razón de ser, además de políticas comunitarias, se encuentra en el objetivo de protección a la familia que da cumplimiento, en cierto modo y en el ámbito sociolaboral, al art. 39 de la Constitución.

Así, pues, parece necesario tener en cuenta en la interpretación de la reducción de jornada los objetivos marcados por la LCVFL. Tales objetivos serían: trasponer en nuestro ordenamiento algunos preceptos de Directivas comunitarias que aún no se habían adoptado; conciliar las responsabilidades familiares y laborales; eliminar obstáculos que impidan a la mujer acceder al empleo; y, finalmente, facilitar que las obligaciones familiares también sean compartidas por el hombre¹³.

¹² De carácter «totalizador» la califica GARCÍA MURCIA, J. en «La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Justicia Social* núm. 1, 2000, pág. 14.

¹³ En este sentido, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., en *Familia y trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales*, Comares, Granada, 2002, págs. 9 a 11.

Es cierto que se trata de una figura, como otras tantas, que ya se conocía en nuestro ordenamiento jurídico antes de la citada Ley, porque la verdad es que se trata de una reforma, la producida por la LCVFL, poco innovadora que pretende perfeccionar unos mecanismos de protección ya establecidos con anterioridad¹⁴. Independientemente de que la modificación operada por esta norma pueda conseguir la conciliación de las responsabilidades, el observar esta cuestión desde un prisma global, cuyo eje vertebrador es la familia y su protección, da como resultado el tener que interpretar la normativa de acorde a lo más adecuado para conseguir la protección de los intereses familiares del trabajador.

En concreto, se ha indicado que la reducción de jornada por cuidado de hijos es una forma más de proteger la «maternidad», dentro de las tres medidas generales previstas para ello: las que protegen la salud de la madre, de feto y del hijo/a, durante el embarazo, parto y lactancia; las que garantizan el principio de igualdad impidiendo que la maternidad tenga efectos discriminatorios para la mujer trabajadora; por último, las que fomentan la corresponsabilidad de ambos sexos en esa realidad, procurando que la maternidad/paternidad sea asumida y compartida por ambos progenitores¹⁵.

Evidentemente, el interés familiar protegido es facilitar el cuidado y atención de hijos en sus primeros años de vida, por ello se permite por la legislación laboral dos tipos de medidas concretas, de un lado, la suspensión del contrato de trabajo a través de una solicitud de excedencia por cuidado de hijos y, de otro lado, la que aquí nos afecta, la reducción de jornada, a modo de derecho individual de los trabajadores, ya sean hombres o mujeres¹⁶. Respecto de esta última, será quien tenga el derecho a esta reducción de jornada, de entre un tercio y un medio de la suya habitual, el que tenga que concretar el período de disfrute y la determinación del horario y, si hubiere discrepancias con el empresario, se resolverán ante el Juez de lo social.

Finalmente, ha de recordarse que el Informe V de la OIT (1997) sobre la protección de la maternidad en el trabajo ha señalado igualmente la necesidad de que haya infraestructuras sociales que puedan encargarse del cui-

¹⁴ Así, lo indica VIDA SORIA, J., en «Reflexiones generales y finales sobre la Ley 39/1999, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en AAVV: *Conciliación de la vida familiar y laboral*, Principado de Asturias, Oviedo, 2001, pág. 116.

¹⁵ MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.; y PARDELL VEÁ, A, en «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales», AS núm. 15, 1997, págs. 20-21.

¹⁶ Lo que se ha entendido como una «suspensión parcial» del contrato de trabajo, así lo indica GARCÍA ARCE, M.C.: «Reducciones de jornada y permisos de de trabajo por razones familiares», en AAVV, *Mujer y trabajo*, Bomarzo, 2003, pág. 108.

dado del hijo mientras los padres trabajan. Lo que demuestra el valor social de esta reducción de jornada.

4. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL DESEMPLEO Y DE LA MATERNIDAD DE LOS TRABAJADORES CON REDUCCIÓN DE JORNADA, ¿UNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?

Tradicionalmente, la mujer ha asumido un papel que la vinculaba a las responsabilidades familiares, pero su acceso al mercado de trabajo ha llevado consigo una «redistribución», aún bastante limitada, de papeles y tareas en el seno de la relación familiar.

En el fondo de la regulación realizada por la LCVFL se encuentra el fomento de la igualdad de oportunidades de la mujer en su inserción en el mercado de trabajo y en la consecución del objetivo de protección a la familia que pretende, a modo de principio rector, el art. 39 de la Constitución.

La sentencia que se comenta de 14 de marzo de 2005, al tratar el tema de la discriminación en estas situaciones, hace aflorar la cuestión desde la perspectiva de «género» e indica que «no puede apreciarse discriminación en el tratamiento jurídico que dicho precepto da a la mujer que tiene a su cargo un menor y por virtud del cual tiene reducida su jornada, en cuanto que ese mismo tratamiento es el que se le da a hombres y mujeres que han hecho uso de la facultad que al respecto viene contemplada en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores». Ciertamente es que la LCVFL ha establecido una serie de medidas para conceder los permisos, licencias, reducciones y suspensiones de la relación laboral por motivos que implican o pueden implicar «conciliación de la vida laboral y familiar» en pie de igualdad para hombres y mujeres (salvo la protección por maternidad que es un derecho de la mujer trabajadora que puede «ceder» parte de su disfrute al marido)¹⁷. Pero mucho me temo que sólo se ha dado un pequeño avance formal en el deber establecido por el art. 9.2 de la CE en el que se atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para la consecución de la

¹⁷ En la Exposición de Motivos de la LCVFL se reconoce que es «necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada» y que es necesario, para hacer real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades para ambos sexos, fomentar la utilización de medidas normativas que faciliten al trabajador varón la adecuada asunción de sus cargas familiares.

igualdad real. O dicho de otro modo, «apenas es posible deducir intentos bastante rudimentarios para la consecución de la mera igualdad formal entre sexos» y es que el presupuesto fundamental para la conciliación no puede realizarse al margen del reparto de las tareas tradicionalmente femeninas entre hombres y mujeres¹⁸.

Y es que, lo que se ve en la sociedad española no es otra cosa que una atribución casi absoluta de las responsabilidades familiares en el cuidado y atención de hijos¹⁹. De hecho, y a pesar de que el Tribunal Supremo haya dicho que es el mismo tratamiento el que se le da a los hombres y las mujeres lo que no deja de ser formalmente cierto, la reducción de jornada por cuidado de hijos es un derecho de ejercicio mayoritariamente femenino. No es casualidad que todas las sentencias denegatorias de una base reguladora a tiempo completo durante el período de reducción de jornada tengan como solicitantes de ese derecho a mujeres. Puede ser que haya alguna referida a un hombre, pero, sinceramente, no la hemos encontrado²⁰.

A nivel mundial, desde 1979, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de UN (art. 5.a) se estableció que los Estados habrían de tomar todas las medidas apropiadas para «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres». Por ello, como indica ARGÜELLES BLANCO, la protección laboral de la familia no puede establecerse de cualquier modo. Debe cuidarse que no se articule, como sucedió en el pasado, a través de instituciones que acaben suponiendo un hecho de discriminación

¹⁸ Así lo indica BALLESTER PASTOR, M.A. en *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 9 y 10.

¹⁹ Como indica NAVADO FERNÁNDEZ, M.J., en «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y Seguridad Social)», t. I y II, *REDT* núm. 105 y 106,

«Con todo, siendo cierto que la discriminación viene a darse de común en el mundo del trabajo, no ha de olvidarse que su origen se encuentra extramuros del mismo: ¿acaso ha desaparecido el reparto tradicional de papeles sociales con titularidad femenina —en exclusiva podría decirse— de las tareas domésticas y de responsabilidad familiar? Parece claro que mientras no cambien las condiciones materiales a las que se ve sometida la mujer del siglo veintiuno, no pasan algunas de las medidas que se consagren de ser meramente simbólicas».

²⁰ La edad del hijo desempeña un papel importante en las tasas de actividad de las madres, de modo que, en términos generales, cuanto mayor es el hijo mayor es la presencia de las madres en el mercado de trabajo y viceversa (véase GOULET, H., en «El cuidado de los niños en los países de la OCDE», en *Perspectivas del Empleo*, Informes OCDE núm. 50, MTAS, Madrid, 1995).

de la mujer. Ello requiere, además de la intervención jurídica en el sentido estricto, una intervención política que procure un cambio en la mentalidad de la sociedad española. Por otro lado, sería necesario soslayar, y aquí es mucho el camino por andar, el peligro que el propio derecho del trabajo introduzca reglas que provoquen o incidan en la disgregación de la familia. Es preciso, pues, que se tenga presente el interés de la familia en la regulación de cualquier obligación o derecho laboral que pueda tener una trascendencia de ésta naturaleza, sin que quepa olvidar el compromiso que los poderes públicos han contraído en su elección ²¹.

Por ello, los poderes públicos, incluyendo no sólo al legislador sino también a los jueces y tribunales y a la Administración, deberán procurar siempre que la protección de los intereses familiares no encubran formas inconscientes de discriminación, directa o indirecta, contra el trabajo femenino. Conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente ²², en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar» ²³.

Pero en estos asuntos puede verse, a mi entender, una forma de discriminación indirecta como consecuencia del papel que tradicionalmente se ha atribuido a la mujer en el cuidado de los hijos, porque es ella la que se aparta «parcialmente» del trabajo para asumir las responsabilidades familiares en la atención y guarda de los hijos. Nuestro Tribunal Constitucional en no pocas ocasiones ha considerado contraria al art. 14 de la CE la discrimina-

²¹ *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 15.

²² El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötél; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

²³ Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «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» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

ción indirecta²⁴. Así pues, podemos decir que existe la prohibición de discriminación indirecta entendiendo como tal cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo.

Cierto y verdad es que el art. 37.5 del ET, es un precepto «neutro», afecta por igual a los trabajadores, sean hombres o mujeres, ya que no establece diferencia alguna por razón del sexo. Pero en los supuestos en los que puede observarse una «discriminación indirecta» no es necesario aportar un «tertium comparationis» ya que lo que se comparan no son los individuos sino los grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales, esto es, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en este caso las mujeres.

Para observar un supuesto de discriminación indirecta han de darse dos presupuestos: en primer lugar, que exista 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 (por ejemplo, las que ejercen el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos) y, en segundo lugar, que los poderes públicos no justifiquen que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo²⁵.

Pues bien, si estadísticamente se demostrara, lo que es más que seguro, que el ejercicio del derecho a la reducción jornada por cuidado de hijos es «una cosa de mujeres», o dicho de otro modo, que afecta de forma predominante al sexo femenino, habrá que examinarse con mayor cautela el impacto de la regla de cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de la Seguridad Social tras haber disfrutado, o encontrándose en el disfrute, del derecho reconocido en el art. 37.5 del ET. Pues si, se acredita numéricamente la realidad sociológica indicada, «esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (disparate effect), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art.

²⁴ Como aquel 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 un determinado sexo (*vid.*, SSTC 145/1991, 286/1994, 147/1995, 198/1996, 41/1999, 240/1999 y 253/2004).

²⁵ En definitiva, 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 perjudicial 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» (STC 253/2004).



14 CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio» (STC 253/2004).

Y algo muy importante, la justificación en el sentido de aplicar el criterio de proporcionalidad entre cotización y prestaciones no valdría, a mi juicio, como forma de evitar la discriminación indirecta en esta interpretación, y ello porque la reducción de jornada, y correspondiente salario, se da para llevar a cabo «una función social sustitutiva de servicios o funciones públicas»²⁶, en aras al cumplimiento de un precepto constitucional como es la protección de la familia y el cuidado de los hijos (art. 39 CE), precepto, que aunque no sea directamente aplicable como recalca el Tribunal Supremo en estas sentencias, sí pueden y deben utilizarse en su caso, como criterio interpretativo a la hora de aplicar las normas (cosa que incomprensiblemente olvida). Además de que, en cumplimiento de la Directiva 96/34 CE, habrá de tenerse en cuenta «la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social para los diferentes riesgos, lo que afecta tanto al mantenimiento de las prestaciones como a la «incolumidad prestacional» como consecuencia del disfrute del permiso parental, que no puede justificar una minoración de la acción protectora²⁷.

²⁶ Como indica LÓPEZ GANDÍA, J., *op. cit.*, pág. 160.

²⁷ Nuevamente, LÓPEZ GANDÍA, J., *op. cit.*, pág. 166.