

La cuantía de las prestaciones por desempleo y la reducción de jornada por guarda legal (SSTS de 2 de noviembre de 2004)

The amount of unemployment benefits and the reduction of working hours for legal guardians (SSTS [Supreme Court Sentences] of 2 November 2004)

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*
 <https://orcid.org/0000-0002-1883-8421>

Cita sugerida: MÁRQUEZ PRIETO, A.; "La cuantía de las prestaciones por desempleo y la reducción de jornada por guarda legal (SSTS de 2 de noviembre de 2004)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario 2021*: 219-229.

Resumen

Se comenta la doctrina del Tribunal Supremo en sendas sentencias de 2 de noviembre de 2004 (refrendada en STS de 4 de noviembre de 2004), que corrigen un pronunciamiento anterior de 6 de abril del mismo año. Por aplicación del antiguo artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social las sentencias convalidan la aplicación de una prestación por desempleo con cuantía reducida a la mitad, debido a que en el corto tiempo próximo a la extinción del contrato la jornada estaba reducida –también a la mitad– por motivos de conciliación familiar. Posteriormente la ley ha cambiado y ya se respeta una cuantía completa de la prestación por desempleo para estos supuestos. Pero las sentencias constituyen una muy buena oportunidad para analizar la aplicación de la justicia a la relación jurídica concreta, distinguiendo entre las tres siguientes dimensiones: hechos, legalidad y contextualidad. En cada una de ellas se identifican vacíos de justicia. Se analizan los límites del principio de legalidad y los márgenes de orientación efectiva hacia la justicia.

Abstract

The doctrine of the Supreme Court is commented on in two rulings of 2 November 2004 (endorsed in STS of 4 November 2004), which correct a previous ruling of 6 April of the same year. By application of the old article 211 of the General Social Security Act, the rulings validate the application of an unemployment benefit with an amount reduced by half, because in the short time near the termination of the contract, the working day was reduced - also halved - for reasons of family conciliation. Subsequently, the law has changed and a full amount of unemployment benefit is already respected for these cases. But the rulings are a very good opportunity to analyse the application of justice to the specific legal relationship, distinguishing between the following three dimensions: facts, legality and contextuality. Gaps in justice are identified in each of them. The limits of the principle of legality and the margins of effective orientation towards justice are analysed.

Palabras clave

prestación por desempleo; reducción de jornada; conciliación de la vida laboral y familiar; justicia relacional; equidad

Keywords

unemployment benefit; reduction of working hours; Reconciling work and family life; relational justice; equity

1. INTRODUCCIÓN

Ambas sentencias comentadas¹ se han referido en su día a la cuantía de las prestaciones por desempleo, lo que se regulaba a la sazón en el artículo 211 del Real Decreto Legislativo

¹ SSTS de 2 de noviembre de 2004, que deciden los r.c.u.d núms. 5013/20003 (RJ/2004/7782) y 5502/2003 (RJ/2005/1053); siendo en ambas ponente D. Aurelio Desdentado Bonete (q.e.p.d.), al cual agradezco efusivamente –desde aquí abajo– sus atención personal y afecto durante tantos años (desde que yo realizaba la tesis doctoral, contacto y aprecio recíproco que se ha ido prolongando y afianzando con ocasión de sus muchas visitas a Málaga para participar en seminarios, foros y conferencias).

1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Y, más concretamente, se han centrado en el cálculo de la base reguladora cuando la extinción del contrato se produce tras un período de reducción de jornada por guarda legal de menores conforme al artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Es verdad que, una vez que el mencionado artículo 211 fue modificado tres años más tarde, se podría pensar que el comentario a estas sentencias ha perdido su interés, porque la pretensión que estas sentencias rechazaron resulta hoy aceptable, en virtud del cambio legal producido (por la L.O. 3/2007). Pero en realidad es justo al contrario: hay que valorar, en todo lo que suponen, estas sentencias, por el hecho de brindar una oportunidad magnífica para la indagación de la labor y el desafío de buscar la justicia en la relación jurídica concreta.

En efecto, las sentencias comentadas no sólo traen a colación otras sentencias directamente relacionadas (que hacen aflorar un entramado particular de argumentaciones que descienden a cuestiones de mucho fondo); sino que además de ello permiten hacer visible la relación jurídica compleja e interconectada que constituye su objeto: básicamente, la relación laboral entre empresa y trabajadoras (que reducen su jornada y salario por guarda legal de hijos), así como la relación de ambos a efectos de cotización y de las trabajadoras con el INEM para el disfrute de prestaciones por desempleo. Donde se genera la disputa judicial es en esta última relación, que, por otro lado, no es posible desconectar de las otras. Por tanto, en primer lugar, las conductas recíprocas, las circunstancias que concurren y las pretensiones expresadas, es decir, todo lo que se engloba comúnmente dentro de los antecedentes fácticos, y que engrosa el objeto litigioso, presenta ya una situación con posibles vacíos de justicia –como se detallará–. En segundo lugar –o segunda dimensión– es necesario un planteamiento de justicia respecto a la propia legalidad y su aplicación e interpretación. Estas sentencias están muy marcadas por el dato legal (principalmente –aunque no sólo– por haberse centrado en la aplicación de un precepto que posteriormente ha sido modificado). Y al mismo tiempo entra en escena la equidad, que aparece invocada, en su acepción de adaptación o corrección de la norma a las particularidades del caso. Quedan así, por tanto, destacadas y distinguidas las dos dimensiones clásicas que aparecen en todas las sentencias (hechos y fundamentos jurídicos). Pero además de ello es necesario evidenciar la importancia de una tercera dimensión de la labor de enjuiciar: el ensamblaje de racionalidad que, con orientación al conjunto del ordenamiento jurídico, como contexto, constituye la argumentación y motivación del fallo; dimensión ésta que permanece tantas veces, casi desapercibida, dentro del marco de los fundamentos de Derecho.

En base, pues, a esas tres dimensiones del enjuiciamiento (en coincidencia con las tres dimensiones de la relación jurídica)², se estructura este comentario: 1) Hechos y conductas recíprocas (relación jurídica analizada como *reciprocidad* de actuaciones); 2) Legalidad (*institucionalidad* o soporte normativo de la relación); y 3) Contextualidad (*socialidad*, es decir, red de relaciones que ofrece sostenimiento colectivo, como sujetos y destinatarios, al contexto del ordenamiento jurídico, con sus principios y postulados de justicia).

2. HECHOS Y CONDUCTAS RECÍPROCAS

Ambas sentencias tienen en común el planteamiento de litigio judicial por parte de tres trabajadoras de la misma empresa cuyo contrato laboral se extingue por expediente de regulación de empleo en un momento en el que habían ejercido su derecho de reducción de jornada al 50 % por guarda legal de cuidado de hijos menores y familiares (después de haber ya disfrutado una de las trabajadoras, tras el descanso por maternidad, de un período de

² MÁRQUEZ PRIETO, A., «Justicia relacional: enfoque, línea y método», en AA.VV., *Justicia relacional y principio de fraternidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 145-215.

excedencia para el cuidado de hijos). La reclamación previa y posterior demanda y recursos (de suplicación y de casación para la unificación de doctrina) se deben al cálculo de la base reguladora de la prestación efectuada por el INEM, en base a la cotización real de los últimos 180 días que, como consecuencia de la reducción de jornada, corresponde a la mitad de la cotización que habrían tenido en caso de no haberse acogido al derecho a reducir su jornada como medida de conciliación de la vida profesional y familiar (conforme al art. 37 ET).

Interesa advertir que ya en la fase de antecedentes fácticos (hechos y conductas recíprocas) puede ser detectado algún vacío de justicia en la relación jurídica, que en esta dimensión es analizada como reciprocidad de actuaciones. Las partes pueden alegar falta de justicia en la actuación de unos hacia otros, en los hechos y circunstancias concurrentes, así como en la consideración de esos hechos, conductas y pretensiones, ya sea como reproche entre las propias partes o dirigido a los juzgadores. De hecho, los propios tribunales pueden encontrar en esta interacción de hechos y conductas alguna orientación de justicia, que puede al menos plantearse como cuestionamiento o incluso hipótesis. Como ha puesto de manifiesto el magistrado SANCHO GARGALLO en referencia al oficio de juzgar (sustantivizado como técnica propiamente judicial también en el mundo anglosajón con la denominación *judge craft*), junto con la calificación de los hechos (relevantes), lo que se hace en función de las pretensiones de las partes, y sin perjuicio de que se confirmarán o no los hechos aducidos a través de la práctica de la prueba, puede ya aparecer una primera conclusión, acerca de lo que es justo³.

Pues bien, debemos referirnos en este caso a dos vacíos de justicia (entiéndase que, de forma paralela y coherente con lo dicho en el párrafo anterior, estos vacíos de justicia se expresan –en este apartado y en el siguiente– todavía de forma provisional y condicionada a la valoración de conjunto que se contiene en el último apartado). En primer lugar, la falta de reciprocidad a la que se refieren –en otros términos– las recurrentes, quienes reclaman una prestación por desempleo proporcional a la pérdida de un puesto de trabajo a tiempo completo. En efecto, contemplamos los hechos y conductas en sus correspondientes relaciones jurídicas (pero sin considerar de momento las mismas más que como reciprocidad de obligaciones, es decir, sin valorarlas desde el punto de vista de su regulación), vemos que el conflicto se plantea en la relación de prestación, pero ésta está condicionada por la de cotización, que a su vez está condicionada por la de trabajo. Es ésta la cuestión: que una medida coyuntural, amparada de manera protectora por el legislador, que da a la trabajadora un derecho que puede ser ejercitado voluntariamente (con la misma voluntariedad de renuncia, cuyo efecto es recuperar de forma automática tanto la reciprocidad de prestación de servicios y remuneración a jornada completa como la cotización a jornada completa), afecta drásticamente al percibo de la prestación. En la relación de prestación se toma en consideración (a efectos del cumplimiento de la carencia y para determinar la duración del percibo) el tiempo de cotización de los seis años previos; pero, estrictamente para el cálculo de la base reguladora, se atiende proporcionalmente sólo a la cotización de los últimos 180 días (considerando el último semestre como representativo del sexenio completo anterior). Por ello resulta crucial el hecho de que la protección por desempleo se refiera a la pérdida de un puesto de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial, correspondiendo consiguientemente una prestación en términos proporcionales. De ahí que

³ Dejando claro que dicho autor apostilla que el juzgador “Bajo este «prejuicio» practica y valora la prueba, a la vez que indaga en la regla jurídica aplicable, lo que contribuye a confirmar, modificar o cambiar aquella primera conclusión”. Y, previamente, al comienzo del mismo párrafo, afirma que el proceso de enjuiciamiento “tiene un carácter global y unitario”, aunque en él se puedan distinguir distintas fases: “la constatación de los hechos y su calificación jurídica, la búsqueda de la regla jurídica aplicable (de origen convencional, legal o jurisprudencial) y la conclusión o fallo” (SANCHO GARGALLO, I., *Judge craft: el arte u oficio de juzgar*, *InDret*, n. 4, 2020, pp. 446-461, cit. p. 454).

resulte rota la reciprocidad que es razonable esperar cuando la base reguladora sea calculada (como en estos casos) al 50 %, a pesar de que el puesto de trabajo perdido es a tiempo completo, y ha venido siendo así durante los seis años previos, por concurrir en el período de los últimos 180 días (período crítico) una reducción de jornada, que es provisional y coyuntural –porque sigue a disposición de las afectadas recuperar la jornada completa, al seguir siendo su puesto de trabajo de tiempo completo– y que responde además a una medida promocional de conciliación de la vida laboral y familiar. Bien es cierto que la regulación legal –podemos anticipar– hace depender estrictamente la base reguladora de la base de cotización del último semestre; pero es lógico colegir que dicha regla atiende con carácter general a supuestos en que no exista reducción de jornada por el motivo expresado. Verse afectadas por esa regla genérica y sufrir consiguientemente la reducción a la mitad, como si su puesto de trabajo hubiese sido a tiempo parcial en todos los años anteriores o pudiera ya ser considerado definitivamente a tiempo parcial, es lo que explica el descontento y la reclamación de las recurrentes⁴. Paralelamente es igualmente comprensible que el principal dato fáctico en el que insista la STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2001 –aducida como sentencia de contraste en el recurso de casación– sea “que se trata de una situación provisional de reducción de la jornada que no debe influir en el cálculo de la base reguladora de una prestación de desempleo total”⁵.

El segundo vacío de justicia se refiere a la consideración de los hechos por parte de los juzgadores, que extrañamente parecen no dar ninguna importancia al carácter provisional de la reducción de jornada. De hecho, de forma casi contradictoria, aun reconociendo que la situación no se corresponde con el desempleo parcial, aplican a la reducción de jornada el mismo efecto que si fuese tal, sin atender en absoluto a su cariz coyuntural. Una de las dos sentencias comentadas de 2 de noviembre de 2004 (la que decide el recurso 5502/2003) afirma que “la pérdida de empleo ha sido total, aunque respecto a una jornada reducida”, a la cual se le atribuye, sin más, un trato de jornada a tiempo parcial, independientemente de su causa u origen, en tanto que afirma: “La comparación correcta es la que debería establecerse entre quien trabaja con jornada reducida por guarda legal y quien lo hace también con jornada reducida, pero por cualquier otra causa, y es claro que el tratamiento legal es el mismo, por lo que ni hay desigualdad de trato, ni discriminación alguna”. Llama la atención el desconocimiento del carácter provisional de la reducción de jornada por guarda legal, con el efecto de igualar esta situación –en cuanto a la base reguladora– a la de desempleo parcial. Dicho desconocimiento no significa que al Tribunal le pase inadvertido que el supuesto es de reducción de jornada por guarda legal; se trata más bien de una decisión de no considerar más que dos opciones, que son las contempladas por el artículo 211 de la LGSS vigente en el momento de dictar sentencia: o bien jornada completa o bien jornada reducida, haciéndose corresponder, respectivamente, con las dos únicas situaciones de desempleo, total o parcial. Pero dicha opción de los juzgadores, ciertamente influida y apoyada por la regulación legal, supone un vacío de justicia en cuanto a la consideración de los hechos como tales, ya que estos supuestos son de pérdida de un puesto de trabajo a tiempo completo; no son de desempleo parcial, a pesar de que en el último semestre –no así en el último sexenio– la jornada haya estado reducida de manera coyuntural. Como prueba de que es ésta la concepción claramente compartida por el Tribunal Supremo en ese momento está la sentencia, también de Sala General como las dos sentencias comentadas, dictada sólo dos días más tarde, con otro

⁴ La reclamación judicial, interponiendo demanda y recursos posteriores de suplicación y casación, se ha de basar lógicamente en el incumplimiento de las normas vigentes, aunque el vacío de justicia al que nos referimos se refiere estrictamente a la dimensión de la reciprocidad fáctica y de conductas. Lógicamente en la medida en que una situación no aparezca –hipotéticamente– contemplada por las normas jurídicas no puede tampoco ser formulada ni atendida como reclamación, quedándose en un problema que sólo el legislador puede solucionar.

⁵ STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2001, AS 2001/573.

ponente, que, en relación a un supuesto idéntico, refuerza la aplicación al caso del artículo 211.4 LGSS –es decir, dándole un tratamiento de desempleo parcial– y rechaza “la tesis de la recurrente de convertir una jornada, con aprovechamiento y salario parcial, así como la cotización, en una jornada a tiempo completo, de manera ficticia a fin de que la prestación por desempleo se calcule como correspondería a una jornada a tiempo completo”⁶.

3. LEGALIDAD

Llegados a este momento tal vez sea oportuno insistir en que este enfoque de análisis, centrado en la justicia que merece la relación jurídica y desglosado en las dimensiones de ésta, en coincidencia y paralelismo con las tres fases (hechos, legalidad y contextualidad argumentativa) de la labor de juzgar para el discernimiento y necesaria motivación del fallo (arts. 24 y 120.3 Const., SSTC 303/2015, 421/2015), recordando el sometimiento de jueces y magistrados al imperio de la ley y sin olvidar que es justicia lo que constitucionalmente administran (al consignarse ambas menciones, justicia y ley, en el mismo art. 117.1 Const.), pretende sopesar en qué medida el enjuiciamiento ha dado lugar a una tutela efectiva (art. 24.1 Const.) mediante la identificación de posibles contenidos o vacíos de justicia. Puede que sólo algunos de ellos resulten achacables a la actividad de juzgar, ya que puede tratarse de una falta de adecuación de la propia legalidad que no pueda ser salvada mediante la *prudentia iuris* (que es lo que, en síntesis, se alega en estos supuestos por parte de las sentencias comentadas, dejando ciertamente un margen razonable de incertidumbre al respecto); y puede ser también que la inadecuación de la norma dificulte a los juzgadores apreciar algún vacío de justicia aplicable a la dimensión de los hechos y las conductas recíprocas. Es esto precisamente lo que queda señalado al final del apartado anterior: el tribunal ha aplicado a los hechos la óptica reductiva de la ley, produciendo el efecto de romper la reciprocidad que razonablemente cabía esperar entre las obligaciones y prestaciones, entre las relaciones jurídicas conectadas, debido a una consideración inadecuada de las situaciones fácticas.

En relación a la legalidad los problemas de justicia pueden presentarse como defectos de reciprocidad o de adaptación respecto a los hechos y conductas interactivas. La adaptación entre las dos primeras dimensiones de la relación jurídica consiste en que las normas han de prever conductas para orientarlas hacia la justicia (mediante reglas obligatorias, incentivadoras, indicación de fines, bienes jurídicos, principios, etc.), pudiendo darse esa falta de adaptación por defecto en la norma o por defecto en la aplicación.

Atendiendo en primer lugar a un posible defecto en la norma, podemos decir que el vacío de justicia puede darse: a) por no existir una regla obligatoria que oriente determinados comportamientos; b) por preverlos, pero sin orientarlos a la justicia; c) por no contemplar determinados supuestos más concretos o incluso excepcionales. En los supuestos que analizan las sentencias comentadas la principal norma aplicable (el art. 211 LGSS) adolece del tercero de los defectos, por no prever regla específica adecuada para determinar la base de cotización en caso de reducción de jornada por guarda legal. En ello puede verse un ejemplo de que la legalidad –o institucionalidad en general–, en la medida en que aporta el elemento obligatorio, sostiene, como instrumento idóneo, la justicia en la relación jurídica; pero supone al mismo tiempo un límite para la misma (según hasta dónde llegue su previsión, según sea su redacción). De hecho esa falta de previsión legal ha sido subsanada tres años más tarde por la Ley Orgánica 3/2007, mediante la incorporación al artículo 211 LGSS de un apartado 5, que establece el incremento hasta el 100% (de la base de cotización y, consiguientemente, de la

⁶ STS de 4 de noviembre de 2004, RJ 2005\1055, siendo ponente D^a María Milagros Calvo Ibarlucea (FJ 4^o).

base reguladora) en casos de reducción de jornada conforme al artículo 37 ET⁷. Pero, independientemente de esa modificación legislativa, que ha zanjado definitivamente la cuestión⁸, como ya se ha anticipado en la Introducción, lo importante e interesante es que al hilo de estas sentencias comentadas pueden analizarse los límites que la legalidad plantea y los márgenes que la misma permite en la búsqueda de la justicia en las relaciones jurídicas afectadas por estos casos (en un momento en que el artículo 211 LGSS todavía no ha recibido la incorporación del precepto que prevé específicamente el cálculo de la base reguladora cuando ha existido reducción de jornada por guarda legal).

Debemos en segundo lugar aludir al defecto achacable, no a la propia norma, sino a su aplicación. Puede en este sentido existir un vacío consistente: a) en la no aplicación de las normas invocadas, en la medida en que resulten adecuadas al caso, b) en la aplicación de normas inadecuadas, c) en la interpretación incorrecta y d) en la falta de una interpretación adecuada. En el caso de las sentencias comentadas hay motivos para considerar que han podido existir –en mayor o menor medida– prácticamente todos los defectos mencionados, por lo que se sigue explicando. De hecho, el Tribunal despacha de forma demasiado expeditiva la invocación sobre la infracción de preceptos normativos sin llegar a considerar con suficiente atención el sentido de la alegación de las partes. En concreto, las trabajadoras rechazan que se les aplique, sea la norma establecida en el artículo 211.4, porque se refiere al desempleo parcial, sea la prevista con carácter general en el artículo 211.1 (promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 180 días), aduciendo que no está incluida en tal regla general el supuesto concreto de reducción provisional de jornada que prevé el artículo 37 ET (alegando infracción también de los artículos 14 y 39 Const.). Ante lo cual el Tribunal responde que lo establecido en dicho artículo 211 es lo contrario de lo que sostiene la parte recurrente y, tras referir someramente lo que sus apartados 1 y 4 expresan, abandona sin más la argumentación, dando a entender que dichos apartados –sin mucha aclaración sobre cuál de los dos– son efectivamente de aplicación⁹. A continuación se queja el Tribunal –en ambas sentencias– de que la parte recurrente pretende que la Sala introduzca una regla excepcional, no prevista en el

⁷ El núm. Trece de la Disp. Adic. Décimo Octava de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres incluye un apartado 5 en el art. 211 LGSS (que se mantiene en el art. 270 de la LGSS vigente), cuyo primer párrafo dice así: “En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial”. Igualmente la Disp. Adic. Undécima introduce una modificación similar (en la Disp. Adic. Octava ET) para el cómputo de salarios, a efectos de indemnización por despido, respecto a los mismos supuestos del art. 37 ET. Dicho salario será “el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”.

⁸ Es ciertamente la modificación legislativa lo que ha zanjado la cuestión. Parecía haber quedado zanjada por la seguridad de argumentos mostrada por el Tribunal Supremo, tanto en las dos sentencias que aquí se comentan, como en la de 4 de noviembre arriba mencionada (es decir, dictada dos días después, en la que el Tribunal es aún más contundente), coincidiendo las tres en rectificar la doctrina de la STS de 6 de abril de 6 de abril de 2004, RJ 2004/5909. Pero lo que viene a llenar el vacío de justicia, por la carencia de previsión legal concreta, que a la vez restituye la reciprocidad en las obligaciones en las distintas relaciones jurídicas conectadas, ha sido el cambio legal.

⁹ “Puede considerarse, por tanto, que la parte recurrente denuncia como infringidos los artículos 211, números 1 y 4 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores y con los artículos 14 y 39 de la Constitución. La denuncia de la infracción de los números 1 y 4 del artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social no puede aceptarse, pues estos preceptos establecen precisamente lo contrario que sostiene la parte, que es el cálculo de la base reguladora en función del promedio de las bases de cotización de los 180 días anteriores al inicio de la situación protegida o, en su caso, al momento en que se extinguió la obligación de cotizar, bien en el promedio total o en la proporción que corresponda si se tratase de un desempleo parcial, lo que además aquí no sucede, porque la pérdida del empleo ha sido total, aunque respecto a una jornada reducida”. (STS 2 de noviembre de 2004, r.c.u.d. 5502/2003, FJ 2º).

artículo 211. En eso lleva razón el Tribunal Supremo, pues es ciertamente lo que se deduce de las alegaciones de los recursos, y por tanto hay que seguir valorando hasta qué punto la legalidad deja margen, atendidas las razones que luego se abordan, para la no aplicación a estos casos de la regla general del artículo 211, que es lo que en realidad se hace, con escaso razonamiento. Utilizando además las sentencias una argumentación errónea cuando rechazan la posibilidad de discriminación, ya que, ante la comparación que las trabajadoras plantean (verdaderamente de manera poco rigurosa, confundiendo además el art. 24 Const. con el 14), entre quienes tienen que conciliar su trabajo con la familia y quienes no (advirtiendo el perjuicio para los primeros si a ambos se les aplica la misma regla general), el Tribunal corrige que la comparación correcta es entre quienes tienen reducción de jornada por una u otra causa. Es cierto que –tal como explica– lo dice para que los términos de comparación sea homogéneos y equiparables; pero cae en el error de equiparar todas las jornadas reducidas, ya sean coyunturales o no, ya se hayan mantenido sólo en el último período o hayan sido permanentes durante años, ya se deban a un motivo promocional de conciliación o al libre y común acuerdo; concluyendo que el tratamiento legal es en cualquier caso el mismo, por lo que se le acaba aplicando a la reducción de jornada por guarda legal la solución establecida para la situación de desempleo parcial¹⁰.

Por otro lado, volviendo al análisis del margen posible de opciones dentro del plano de la institucionalidad legal, es decir, dentro de esta dimensión de posible adaptación de la institucionalidad a la realidad fáctica, podríamos pensar en dos posibles expedientes que, hipotéticamente, podrían ofrecer solución legal a un caso particular no previsto por la norma: tanto la aplicación de la analogía como de la equidad, aunque en uno y otro caso son soluciones meramente hipotéticas, que deben ser descartadas. El propio Tribunal Supremo, en las sentencias comentadas, se encarga de rechazar la analogía, como uno de los argumentos esenciales para oponerse a su propia resolución de 6 de abril de 2004, insistiendo en que en estos supuestos no se dan ninguno de los dos requisitos exigidos en el artículo 4.1 del Código civil para la aplicación analógica: que las normas no contemplen un supuesto específico y que, al mismo tiempo, regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Sin embargo, la STS de 6 de abril de 2004, aunque establece la comparación entre la situación de reducción de jornada por guarda legal conforme al art. 37 ET y la de excedencia por cuidado de hijo –en los términos y con los efectos regulados en el art. 4 de la Ley 4/1995–, desarrolla una argumentación mucho más amplia, que no puede reducirse al criterio de aplicación analógica que, por otro lado, no menciona.

El otro expediente al que nos referimos es el criterio de equidad que, por otro lado, las recurrentes no invocan, sino que se menciona en la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2001, sentencia aportada como resolución de contraste para el recurso. Al igual que la aplicación analógica debemos descartar el criterio de equidad en su consideración de expediente puntual, único o principal para encontrar una solución jurídica a un supuesto fáctico sin previsión normativa adecuada. Es cierto que en su acepción principal la equidad significa adaptación, corrección e incluso humanización de la norma –general, universal– para aplicar la justicia

¹⁰ El motivo establece una comparación incorrecta entre quienes pierden un empleo a tiempo completo y los que lo pierden teniendo una jornada reducida por guarda legal. Pero la doctrina constitucional exige a efectos del juego del principio de igualdad que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (sentencias del Tribunal Constitucional 48/1986, 29/1987 y 1/2001) y esta homogeneidad no se da entre quien trabaja a tiempo completo y quien lo hace con jornada reducida. La comparación correcta es la que debería establecerse entre quien trabaja con jornada reducida por guarda legal y quien lo hace también con jornada reducida, pero por otra causa, y es claro que el tratamiento legal es el mismo, por lo que ni hay desigualdad de trato, ni discriminación alguna” (STS 2 de noviembre de 2004, en referencia, aún, a la que resuelve el r.c.u.d. 5502/2002, FJ 2º).

adecuadamente al caso concreto y particular¹¹. Pero el criterio de la equidad debe ser descartado como razón principal y exclusiva, a tenor del artículo 3.2 del Código civil¹²; aunque sí puede ser considerado como principio interpretativo, junto con otros principios, siendo esta valoración interpretativa general y de conjunto lo que se aborda en el apartado siguiente. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien ha tratado de remarcar que la equidad no es por sí sola fuente del Derecho¹³, al mismo tiempo, reconociendo que esta institución puede haber sido sometida a incertidumbre, ha querido dejar claro que es “una forma, procedimiento, o, si se prefiere, elemento de interpretación a la vez que corrector de la generalidad de la Ley” (STS de 9 de mayo de 1983, RJ 1983\2678), “de ahí que se tome en consideración a la hora de aplicar las leyes, *eludiendo el rigor literal* de éstas, *con búsqueda de su espíritu y finalidad*” (STS de 10 de octubre de 1988, RJ 1988\7653). Incluso la STS de 15 de marzo de 1995 (RJ 1995\2654) aporta una declaración equilibrada y clarificadora al afirmar que “el párrafo 2 del artículo 3 del CC veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, *no veda en modo alguno la equitativa ponderación* con que se ha de hacer la aplicación de las normas”. De hecho el Código civil no sólo no prohíbe esa “ponderación”, sino que la exige, al afirmar que “la equidad habrá de *ponderarse* en la aplicación de las normas”, reforzando así su papel como criterio de interpretación dentro a su vez de un contexto interpretador. Incluso la redacción del mencionado artículo 3.2 ha quedado un poco corta respecto al texto de la Ley de Bases, que indica la necesidad de que la equidad *presida* la aplicación de las normas¹⁴.

4. CONTEXTUALIDAD

La racionalidad jurídica en que consiste la labor de enjuiciar, por un lado es algo más que la mera aplicación de la norma. Es, sobre todo, la búsqueda de la justicia en la relación jurídica, pero con miras a toda la relacionalidad jurídica (no sólo la del caso concreto). La pregunta es el criterio que ha de seguir la racionalidad jurídica para no transgredir el principio de legalidad. Pudiéndose quizá responderse que la racionalidad debe indagar el contexto jurídico de cada norma concreta, huyendo de una visión fragmentaria, porque el sometimiento

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines: Discurso leído por el Excmo. Señor Don José Castán Tobeñas en la solemne apertura de los tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1950, Ed. Reus, Madrid, 1950.

¹² Art. 3.2 Código civil: “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

¹³ La STS de 9 de mayo de 1983 (RJ 1983\2678) alude con razón a “la discutida figura de la «aequitas»”, puesto que algunas sentencias marcaron la parte negativa e inoperante de la equidad (no poderse invocar de forma exclusiva salvo cuando la ley lo permita), haciéndose eco de la redacción de la exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil: “A modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos ha de considerar el valor reconocido a la equidad. *Esta no aparece invocada como fuente del derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros*”. Es la frase reduccionista recogida, entre otras, en las SSTS de 15 de octubre de 1982 (RJ 1982\6175) y 2 de febrero de 1983 (RJ 1983\1098). Un poco más adelante, en el mismo párrafo, añade dicha exposición de motivos que “Queda exceptuada la hipótesis de que la ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad”. Pueden citarse también otras sentencias en las que, con recuperación del equilibrio, se destaca el valor del criterio de equidad como regla de interpretación y de dulcificación del Derecho. En este sentido, además de las sentencias indicadas arriba, en el texto principal (que son suficientemente expresivas de este valor interpretativo general), pueden citarse las SSTS de 5 de mayo y de 30 de diciembre de 1993 (RJ 1993\3442 y RJ 1993\9904, respectivamente).

¹⁴ El número Dos de la Base Segunda de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar, ofrece una redacción muy equilibrada, porque atribuye un papel general a la equidad en la aplicación de las normas, al tiempo que garantiza el principio de legalidad: “Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella sólo podrán fundamentar sus resoluciones los Tribunales cuando la Ley expresamente lo permita”.

a la ley está referido a la integridad del ordenamiento, a todas las fuentes a las que se refiere el art. 1.6 del Código Civil, incluidos todos los principios, incluida “la finalidad de la norma en su contexto”¹⁵, dando cumplimiento a un deber de *contextualidad*, conforme al artículo 3.1 del mismo Código: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”¹⁶.

En relación a lo anterior es necesario afirmar que la racionalidad jurídica de las sentencias comentadas del Tribunal Supremo no responde a una contextualidad adecuada, lo que ha de considerarse un claro vacío de justicia. Ya en el apartado anterior se ha aludido a la forma en que se ha rechazado por parte del Tribunal el alegato de incumplimiento de las normas invocadas. Ahora hay que añadir que el conjunto de argumentaciones que las sentencias ponen en juego está dirigido también, como en ellas se dice, a rectificar el criterio de la STS de 6 de abril de 2004, dictada siete meses antes¹⁷. Y en cuanto a ello lo destacable es que, a diferencia de lo que se hace en la sentencia de abril, las sentencias de noviembre, al rechazar el criterio de la doctrina anterior, que atiende de forma extensa al contexto y finalidad del bloque de normas afectadas, se centra en la defensa de una legalidad focalizada y fragmentada, como a continuación se detalla sintéticamente. Previamente a las dos consideraciones que siguen es preciso aclarar que, en la medida en que es el Tribunal Supremo tan autor de las sentencias de noviembre como de la de abril, lo adecuado –por encima de la crítica subyacente– es reconocer el contenido de justicia aportado en abril, muy de celebrar según la opinión personal de quien ahora puede observar retrospectivamente, y lamentar que esa racionalidad orientada al contexto y a la finalidad no se haya mantenido en las sentencias comentadas, que contradicen y corrigen la doctrina anterior¹⁸.

Por un lado, la STS de 6 de abril de 2004 identifica un amplio bloque de normas que regulan la situación de maternidad, refiriéndose a diversos aspectos laborales, como la

¹⁵ “Un juez (normal, no necesariamente portentoso) no es –y nunca lo ha sido, ni en los momentos de la máxima efervescencia revolucionaria francesa– un autómatas aplicativo, la mera boca que pronuncia las palabras de la ley. La naturaleza ineludible de su quehacer le lleva a una creación jurídica, la sentencia, distinta de la ley, por respetuosa que con la ley sea esa sentencia. El respeto al Derecho que sólo condiciona al juez independiente no es la pereza de quedarse en la letra de la ley, sin genuina interpretación, sin discurrir sobre la finalidad de la norma en su contexto y sin la debida atención a los detalles de cada caso y a su posible relevancia. El juez hace *jurisprudencia* porque la prudencia guía su trabajo de decidir y le exige una atenta y esforzada consideración de los diversos materiales, fácticos y jurídicos, de cada caso” (De la OLIVA SANTOS, A., “Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, vol. 2, 2012, pp. 243-294, cit. p. 269).

¹⁶ Agradezco al profesor SEMPERE NAVARRO el sustantivo “contextualidad” para denominar esta tercera dimensión de la labor de enjuiciar, que acomete el objetivo de expresar la racionalidad del ordenamiento jurídico en su integridad (una vez analizados los hechos y las normas aplicables, como primera y segunda dimensión). No pasó desapercibida su respuesta, a la solicitud de un sustantivo apropiado al respecto, por parte de quien suscribe, tras su intervención como ponente el pasado 30 de junio de 2021 en el XV Foro Aranzadi Social de Málaga. Dicha denominación, que atiende al ordenamiento jurídico como contexto y a la racionalidad del mismo como un conjunto, resulta homogénea y coherente con el término “socialidad”, usado desde hace años por quienes analizamos la justicia en la relación jurídica, indicando con este apelativo la tercera dimensión de dicha relación, es decir, la red de relaciones jurídicas, que sostiene –como sujetos y destinatarios– el conjunto de valores jurídicos, principios y contenidos de justicia que constituyen el contexto integral correspondiente a un ordenamiento jurídico. Hablar de contextualidad es también, además, hablar de generalidad, en referencia a todos los destinatarios: no sólo la relación jurídica, sino todas las relaciones jurídicas, toda la socialidad (jurídica).

¹⁷ STS de 6 de abril de 6 de abril de 2004, RJ 2004\5909 (ponente D. Mariano Sampetro Corral).

¹⁸ Me refiero sobre todo a que lamentablemente esa forma de integrar la argumentación –por parte de la STS de 6 de abril de 2004–, adecuadamente contextualizada en la racionalidad conjunta del ordenamiento jurídico se ha visto muy desdibujada en las sentencias correctivas posteriores comentadas. Y no insistiría con la misma seguridad en el necesario mantenimiento, por parte del Tribunal, de la solución adoptada como fallo en la sentencia de abril, pues es comprensible que el Tribunal Supremo, meses más tarde haya visto necesario remediar algo que quizá ha considerado –o temido– que podía contrariar claramente la legalidad sin motivos suficientes.

suspensión del contrato de trabajo por el descanso de la trabajadora, el derecho a una hora de ausencia por período de lactancia, la reducción de la jornada con disminución correlativa del sueldo (art. 37 ET), la concesión de un año de excedencia forzosa a partir del nacimiento y de voluntaria dos años más (art. 47.3 ET), así como a la perspectiva de la Seguridad Social, sea en materia de afiliación y cotización o en lo relativo a prestaciones económicas. A partir de esta complejidad de normas la indicada sentencia de abril plantea la imposibilidad de que el problema litigioso encuentre solución simplemente en virtud del artículo 211.1 LGSS, que establece que “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”. Puesto que –razona la STS de 6 de abril de 2004– constituye infracción de la ley “aplicar literal y mecánicamente” el indicado precepto de la LGSS “sin tener en cuenta el bloque normativo que regula la situación precedente derivada de la maternidad”. Nótese que la sentencia de abril trata de evidenciar la existencia de un amplio bloque normativo conectando unas relaciones jurídicas y otras, en la medida en que se agrupan por el hecho de la maternidad, que da lugar a distintas fases (embarazo, nacimiento, descanso por maternidad, período de excedencia, reducción de jornada...), pudiéndose recordar, al hilo de ello, lo dicho más arriba sobre la reciprocidad entre obligaciones y entre relaciones. Pero por su parte las sentencias comentadas de 2 de noviembre no se atienen a una racionalidad de conjunto, sino que analizan una norma u otra (de las invocadas en la STS de abril) de manera fragmentaria, ignorando absolutamente la relación entre ellas. Ya se ha explicado en el apartado anterior cómo, de forma expeditiva, se rechaza la invocación relativa al artículo 211 LGSS. Pues bien, a partir de ahí –como también se ha dicho–, se rechaza de forma separada la vulneración del artículo 14 de la Constitución; acerca de la invocación del artículo 37 ET se afirma que no tiene que ver con la regulación de la base reguladora de la prestación por desempleo (lo que es cierto, pero constituye un ejemplo de cómo se desvinculan preceptos que están realmente relacionados); y por último se separan a partir de ahí –y también entre sí– los argumentos relativos a preceptos manejados en la STS de 6 de abril de 2004, tras establecer un límite con la frase “la Sala considera que el criterio de esa sentencia no se ajusta a la legalidad y debe ser rectificado”.

Y por otro lado, la STS de 6 de abril de 2004 defiende una interpretación finalista, citando para ello diversos preceptos y algunas sentencias, como, señaladamente, el artículo 4 de la Ley 4/1995 que da derecho, a la madre que disfruta de excedencia por tres años, a que esta situación se conceptúe de paréntesis o período muerto a los efectos de protección por desempleo. Por lo que entiende que “con mayor fundamento y lógica debe conservar este derecho la madre que trabajó, aún con jornada disminuida, durante el tiempo en que pudo permanecer en situación de excedencia forzosa, máxime cuando este período anual tiene la consideración de «cotización efectiva», según el artículo 180.b) LGSS”. Sin embargo en sus sentencias de 2 de noviembre de 2004 el Tribunal Supremo, en respuesta a esta argumentación se centra en rechazar la aplicación analógica –como se ha dicho–, sin que la sentencia de abril haya invocado en realidad la analogía, sino –como se ha dicho– una interpretación claramente finalista, basada también en la Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental y en la doctrina de dos sentencias (del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). En la argumentación de las sentencias comentadas, al respecto, es notorio que se huye de la propuesta de interpretación finalista y se atiende a los distintos preceptos invocados de manera separada y con cierto desenfoque¹⁹.

¹⁹ Además del desenfoque consistente en rechazar una interpretación conforme al art. 4 de la Ley 4/1995 alegando que no es posible la aplicación analógica (cuando no se trata de tal), también está el hecho de que rechaza la posible aplicación de la Cláusula Segunda, apartado 6 de la Directiva 96/34/CE, que incorpora un criterio claro a tener en cuenta (mantener sin modificaciones hasta el final del permiso parental los derechos adquiridos o en fase de (...))

No obstante, considerando la insistencia del Tribunal Supremo en la imposibilidad de ofrecer una solución particular a los supuestos planteados –de reducción de jornada por guarda legal– por vía interpretativa, aduciendo que ello corresponde al legislador, no es descartable que la argumentación de estas sentencias comentadas estuviera promoviendo de alguna manera la intervención legal. Ésta, ciertamente, se produjo –como es sabido– mediante la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó un apartado 5 al antiguo artículo 211 y que pervive en el actual artículo 270 de la LGSS vigente (lo que podemos decir que, en desigual medida, ha venido a dar satisfacción tanto a la STS de 6 de abril como a las de 2 de noviembre de 2004).

adquisición), remitiéndose a la legislación que regula las bases reguladoras de las prestaciones por desempleo. Las sentencias son TJUE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2009\69) y STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002\2025).