

# La determinación de las prestaciones por desempleo y maternidad en el sistema de Seguridad Social. Ponderación y proporcionalidad a examen en la doctrina judicial del Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete

## The determination of unemployment and maternity benefits in the Social Security system. Weighting and proportionality to be examined in the judicial doctrine of the Hon. Mr Aurelio Desdentado Bonete

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

<https://orcid.org/0000-0002-1248-6015>

Cita sugerida: LÓPEZ INSUA, B.M.: "La determinación de las prestaciones por desempleo y maternidad en el sistema de Seguridad Social. Ponderación y proporcionalidad a examen en la doctrina judicial del Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario 2021*: 231-240.

### Resumen

Una de las cuestiones que más debate ocasiona en la jurisprudencia del Tribunal Supremo consiste, precisamente, en la determinación de la base reguladoras de las distintas prestaciones del sistema de Seguridad Social. Se trata ésta de una materia que no siempre queda clara pues, de un lado, habrá que traer a consideración las reglas que dispone la Ley General de la Seguridad Social al tiempo que, de otro, se tienen en cuenta las circunstancias del caso concreto. El ex-magistrado Aurelio Desdentado Bonete ha mostrado siempre –a través de sus sentencias– su buen criterio y sentido interpretativo aspirando, con criterios teleológicos, respetar las bases mismas que fundamentan la Seguridad Social en España.

### Palabras clave

subsidio; desempleo; maternidad; base reguladora y proporcionalidad

### Abstract

One of the issues that causes the most debate in the jurisprudence of the Supreme Court consists, precisely, in determining the regulatory basis for the different benefits of the Social Security system. This is a matter that is not always clear; on the one hand, the rules established by the General Social Security Act will have to be considered but, on the other hand, the circumstances of the specific case are taken into account. Through his rulings, former magistrate Aurelio Desdentado Bonete has always shown his good judgment and interpretative sense, aspiring, with teleological criteria, to respect the very bases that underpin Social Security in Spain.

### Keywords

subsidy; unemployment; maternity; regulatory base and proportionality

*"La confusión multiplica los litigios y los alarga desproporcionadamente, pues después de llegar al final en un orden jurisdiccional... hay que comenzar la carrera desde cero en el otro..."*

Aurelio Desdentado Bonete<sup>1</sup>

<sup>1</sup> DESDENTADO BONETE, A: "La jurisdicción de la Seguridad Social entre el orden Contencioso-Administrativo y el orden social. Estado de la cuestión, reflexión crítica y propuesta de reforma", *Foro de Seguridad Social*, septiembre de 2006, pág. 219.

## 1. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: FINALIDAD, COBERTURA DE LAS PRESTACIONES Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS

El análisis del Derecho a la Seguridad Social como ciencia debe hacerse desde una perspectiva integradora que comprenda las vertientes dogmática o interna y la externa en el Derecho<sup>2</sup>. Y es que, al igual que ocurre con las distintas ramas del Derecho<sup>3</sup>, las labores de conocimiento, interpretación y aplicación de la vertiente *iustlaboralista* deberán afrontarse desde una perspectiva jurídico-crítica entendiendo así aquella que conforman sus dimensiones jurídico-formal, estructural, funcional y político-jurídica<sup>4</sup>. De lo contrario, el método empleado para el conocimiento del Derecho –en general– y del Derecho a la Seguridad Social –en particular– quedará incompleto<sup>5</sup>, al reducir su ámbito de estudio a uno o varios compartimentos estancos que desconocen la realidad del Derecho como forma social.

El Derecho a la Seguridad Social, como parte del ordenamiento jurídico general no puede ser interpretado por los tribunales a través de métodos sustancialmente distintos de los empleados para el resto de las ramas jurídicas que integran el Derecho. En cualquier caso, son pensables las modalizaciones de los métodos generales y quizás una mayor insistencia en el tratamiento científico de su faceta social por su objeto de tratamiento: la composición del conflicto entre trabajo asalariado y capital<sup>6</sup>.

Por ello, la interpretación en Seguridad Social necesariamente debe venir condicionada por su funcionalidad esencialmente económico-política: de respuesta política del capitalismo al conflicto social entre el capital y el trabajo como rasgo caracterizador de las relaciones de producción hegemónicas<sup>7</sup>. Se realza así, desde esta perspectiva, la función de integración e institucionalización que realiza del ordenamiento laboral del conflicto social dentro del sistema económico de producción<sup>8</sup>, y también la virtualidad del Derecho como instrumento de composición de conflictos sociales. Desde un punto de vista funcional, la Seguridad Social se aborda en vista de las consecuencias sociales que conllevan ciertas instituciones jurídicas convertidas en modelos de acción.

<sup>2</sup> Para un conocimiento más exhaustivo, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, págs. 334-341.

<sup>3</sup> Se refiere a la división del Derecho en distintas subdisciplinas, cada una de las cuales encierra un ámbito de aplicación y, por ende, un comportamiento humano. BOBBIO, N: "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje" en *Contribuciones a la teoría del Derecho*, 1950, pág. 174.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, F: *Metodología del Derecho*, Valletta, Buenos Aires, 1990, págs. 45-47; BOBBIO, N: *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1993, págs. 7 y siguientes.

<sup>5</sup> Para la escuela histórica el Derecho constituye una ciencia jurídica que resulta "... productiva no sólo por la forma, en tanto que reduce a un todo conexo el agregado de normas de un Derecho, sino porque por su proceder sistemático puede modificar las normas dadas e incluso formular otras nuevas", véase GONZÁLEZ VICÉN, F: "La escuela histórica del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Ejemplar dedicado a: Savigni y la ciencia jurídica del siglo XIX)*, nº18-19, 1978-1979, págs. 1-48.

<sup>6</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo... op.cit.*, pág. 370.

<sup>7</sup> MONTALVO CORREA, J: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975, págs. 235-236. Desde la perspectiva sociológica, el trabajo clásico de DAHRENDORF, R: *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, 4a ed., Rialp, Madrid, 1979. HABERMAS, J: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1986, págs. 42 y siguientes.

<sup>8</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C: *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995. MARTÍN VALVERDE, A: "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en VV.AA., *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, op. cit., pág. 77, añadiendo este último autor –a su función política de perpetuación del orden establecido– su función ideológica en tanto que la forma jurídica de regulación de las relaciones sociales suele incorporar una serie de ingredientes que difuminan la significación real de su contenido.

El Derecho de Seguridad Social, como parte del ordenamiento general, tiene que ser conocido por métodos semejantes al que se emplean en el resto de ramas, sin embargo, resulta necesario insistir aquí en el fundamento u objeto del mismo, esto es, en su faceta social.

Ahora bien, la concepción universal respecto al tema ha llevado a cada nación a organizarse con el objeto de configurar variados modelos al servicio de este objetivo. Siendo obligación del Estado asegurar que todas las personas que habitan su territorio estén protegidas contra riesgos tales como: accidentes, enfermedades, desempleo, embarazo, jubilación... etcétera. Así pues, se hace referencia, por tanto, a una institución sumamente compleja y lamentablemente caótica, que exige una permanente actualización, tanto para asumir los sucesivos cambios legales como para integrar en ellos las nuevas tendencias hermenéuticas de nuestros tribunales. Pero también se habla de un derecho que viene condicionado por su funcionalidad económico y política, de ahí que, aunque haya nacido con una finalidad lo cierto es que puede ser que, a día de hoy, ese sentido se haya perdido.

La Seguridad Social tiende a asegurar un sistema de poder y de protección a "todos" los ciudadanos que, desgraciadamente, se encuentra mediado "políticamente"<sup>9</sup>. De ahí que, en unos momentos y dependiendo de las circunstancias sociales, culturales... primen más una racionalidad económica y, en otros, una racionalidad más protectora con los derechos sociales y fundamentales implicados (a saber: el derecho a la conciliación de la vida laboral y familia, adecuación durante los primeros meses de vida al menor –en caso de maternidad–, protección de la salud –en caso de Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente–, derecho a la vejez –en caso de jubilación–, percibo de unas rentas que permitan la subsistencia del individuo –en caso de desempleo–... etcétera). Desgraciadamente, para muchos autores se puede afirmar que, hoy día, prima en muchos casos más esa racionalidad económica. Y ello es porque las normas caminan, en bastantes casos, muy alejadas de la realidad social. Esa falta de sintonía o de compás entre la evolución y las necesidades sociales constituye la principal razón que motiva la existencia de crisis en el Derecho Laboral. Y es que, en el fondo, lo que está en crisis es precisamente una determinada concepción de la cultura jurídica ante un cambio de la función del Derecho en las sociedades complejas<sup>10</sup>.

## **2. PROTECCIÓN FRENTE A SITUACIONES DE NECESIDAD Y DETERMINACIÓN DE BASES REGULADORAS: LOS SUBSIDIOS POR MATERNIDAD Y DESEMPLEO A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

El movimiento de extensión de las técnicas de cobertura contra los riesgos sociales, ha sido una de las cuestiones que menos ha cesado en ponerse de manifiesto desde los últimos tiempos<sup>11</sup>. Ya incluso desde los antiguos esquemas de previsión social, a través del mecanismo de seguros sociales, se puso de relieve la preocupación por la tan necesaria protección contra los riesgos<sup>12</sup> de enfermedad, accidente común o laboral, desempleo, maternidad, vejez, muerte y supervivencia, que posteriormente determinaron el desarrollo y surgimiento del actual sistema público de Seguridad Social<sup>13</sup>. Al tiempo que el Estado asumía el papel de asegurar a los ciudadanos una cobertura frente a tales riesgos, se hacía igualmente responsable de llevar a cabo la función de reparto de los mismos y organización de los servicios públicos<sup>14</sup>. De tal

<sup>9</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. ET AL: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2019.

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J. L: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo...* op.cit, pág. 347.

<sup>11</sup> DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pág. 317.

<sup>12</sup> ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, séptima edición, 1991, pág.218.

<sup>13</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pág. 44.

<sup>14</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., pág. 44.

manera que al final, es el Estado, como sistema de normas<sup>15</sup>, el que interviene dando garantías de cumplimiento y asegurando que esa actividad de protección se ejerza de manera permanente<sup>16</sup>. Y ello con la finalidad última de procurar a todos los ciudadanos los medios necesarios para la existencia digna<sup>17</sup>.

Si se recurre a los datos históricos, se observa como la acción protectora, esto es, la forma como se organizan los mecanismos específicos para la cobertura de las necesidades sociales<sup>18</sup>, se ha formado a través del desarrollo de la noción de riesgo social<sup>19</sup>. No obstante, el alcance de la acción protectora dependerá de la propia conformación y evolución de los sistemas de Seguridad Social<sup>20</sup>, por lo que el objetivo mismo de las obligaciones del Estado y el sentido de su acción se encuentran siempre determinadas por la situación económica del país y las necesidades de sus habitantes<sup>21</sup>.

Con la finalidad de neutralizar las situaciones de inseguridad social, procurar reducir los riesgos y en caso de no poder evitarlos, atender a sus consecuencias dañosas<sup>22</sup>, la Seguridad Social se ha dotado de un conjunto de prestaciones sociales: incapacidad temporal (IT), incapacidad permanente (IP), jubilación, desempleo, maternidad, muerte...etcétera<sup>23</sup>. Prestaciones que otorga el sistema de Seguridad Social en dinero o en especie, que permitirá a todo individuo asegurado ser repuesto al estado anterior a la verificación del riesgo, en la medida en que sea físicamente posible o, en otro caso, ser resarcido por el exacto daño económico al que le ha sometido la contingencia<sup>24</sup>. Sin embargo, las prestaciones no pueden atender a estas valoraciones concretas, sino que es preciso acudir a unos parámetros fijados por la ley en base a una valoración preventiva y abstracta<sup>25</sup>. Es importante tener en consideración que el concepto de prestaciones, cualquiera que sea su naturaleza, pero singularmente las de carácter económico, por su relevancia y entidad, han simbolizado el contenido fundamental del objeto de la relación jurídica de protección social pública en que se materializa la Seguridad Social<sup>26</sup>.

Se constituye así el sistema de la Seguridad Social como "un derecho de prestación legalmente condicionada al cumplimiento de determinados requisitos prefijados por el ordenamiento jurídico"<sup>27</sup>, que son a este respecto los del artículo 41 de la Constitución

<sup>15</sup> KELSEN, H: *Teoría General del Estado*, Estudio preliminar "Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen", a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2002, pág. 22.

<sup>16</sup> DUGUIT, L: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Estudio preliminar "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit", a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Comares, 2007, pág. 27.

<sup>17</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., pág. 45.

<sup>18</sup> DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979, pág. 309.

<sup>19</sup> GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2003, pág. 9.

El profesor Paul Durand no define a los riesgos sociales como todo aquello: "... que podía obligar a un obrero a cesar en su trabajo, temporal o definitivamente". Ver DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social... op.cit., pág. 58.

<sup>20</sup> GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., pág. 3.

<sup>21</sup> DUGUIT, L: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado...* op.cit., pág. 27.

<sup>22</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., pág. 46.

<sup>23</sup> PERSIANI, M: *Diritto della Previdenza Sociale*, Padova, Cedam, 2009, pág. 27.

<sup>24</sup> VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, pág. 202.

<sup>25</sup> VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., págs. 202- 206.

<sup>26</sup> GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., pág. 70.

<sup>27</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "El derecho a la Seguridad Social" (art. 41 CE), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª N (DIRS): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, (...)

Española de 1978. En un principio entraban dentro de este concepto tan sólo los trabajadores pero poco después, ya se abarcó a todos los ciudadanos en situación objetiva de necesidad<sup>28</sup>. Lo cual refleja, la concepción o principio de “universalidad” que fundamenta a la institución de Seguridad Social<sup>29</sup>.

## 2.1. Antecedentes y hechos probados

En los hechos que se describen en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de junio de 1998 (RJ 1998/5784) y 2 de noviembre de 2004 (RJ 2005/855) se analizan los problemas de determinación de las bases reguladoras de los subsidios por desempleo y maternidad, en el caso de dos trabajadores con responsabilidades familiares.

En la sentencia del Supremo de 17 de junio de 1994, la actora solicitó en noviembre de 1994 el subsidio por desempleo. Dicho requerimiento fue denegado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), alegándose superar la renta mensual del conjunto de la unidad familiar, esto es, el 75% del salario mínimo interprofesional. Cabe tener presente, que la unidad familiar se compone aquí de tres miembros: la actora, su cónyuge y el hijo de ambos. La razón por la que el INSS rechaza dicho requerimiento trae su base en las rentas que, por unidad familiar, habían percibido a fecha de octubre de 1994. Y es que, por parte de la Entidad Gestora, se constata que el marido de la actora había estado trabajando, durante el mencionado mes, como trabajador fijo discontinuo en la empresa "Agrupada, S.A", motivo por el cual la renta del mes de octubre habían resultado más elevadas –en comparación con la de meses anteriores–. En efecto, el cónyuge de la actora había percibido durante el año anterior a la solicitud del subsidio un promedio de 124.474 pesetas (mientras que ahora las rentas ascendían a 140.430 pesetas). Vistos los hechos, el Tribunal Supremo se pregunta acerca del cálculo de la base reguladora por desempleo, a saber: ¿debe tenerse en cuenta el conjunto de la renta anual o por mensualidad?

Tanto la sentencia del Juzgado de lo Social núm.2 de Almería, como del Tribunal Superior de Justicia de Granada entienden que debe establecerse una valoración anual. Y para ello justifican o apoyan su decisión en la sentencia de la sala de lo Social de Andalucía (Sevilla)<sup>30</sup>, que analiza los artículos 13.1 de la Ley 31/1984 y 18.1 del Real Decreto 625/1985. De este modo, este tribunal concluye que "no puede afirmarse que es el último mes percibido el que debe operar ineluctablemente", sino que, por el contrario, debe prevalecer la consideración anual que permite una mayor independencia de "fluctuaciones cuantitativas episódicas".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2005/855) analiza, igualmente, el problema de la determinación de la base reguladora pero en base al subsidio por maternidad de la actora. En este caso, la trabajadora había solicitado –a fecha de 1 de marzo del año 2000– una reducción de la jornada por el cuidado de su hijo menor de seis años. Ahora bien, con motivo del nacimiento de otro hijo el 11 de julio del año 2000 solicitó la actora las prestaciones correspondientes a la baja maternidad. La Dirección Provincial del INSS dicta resolución, a fecha de 18 de agosto del 2000, reconociéndole la prestación pero sobre una base reguladora inferior a la que esperar. Y ello es porque la Gestora no tiene en cuenta el cómputo anual para el cálculo de la base reguladora por maternidad, sino el correspondiente a la situación de reducción de la jornada por guarda legal. La cuestión a

Granada, Comares, 2001, pág. 1426. VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., págs. 213 y siguientes.

<sup>28</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., pág. 45.

<sup>29</sup> MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M<sup>n</sup> y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020, pági. 86.

<sup>30</sup> AS 1996/875.

debatir parte del principio de proporcionalidad entre la renta sustituida (el salario perdido) y la renta de sustitución (la prestación por desempleo o maternidad), operando así una cierta semejanza con el cálculo del subsidio por desempleo. Por todo ello, debe responderse así a la siguientes pregunta ¿puede la renta de sustitución ser superior a la renta sustituida?

Ambas son dos sentencias que guardan puntos en común, aunque al final la resolución o fallo del Tribunal Supremo sean diferentes. Y es que, no se olvide, que a la hora de interpretar las normas se deben tener en cuenta las circunstancias concurrente en el caso concreto, así como la finalidad última de las normas.

## 2.2. Fundamentos de derecho y puntos críticos

Analizaremos por separado ambas sentencias para entender los fundamentos de una y otra, así como los puntos en común.

Primeramente, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de junio de 1998 parte de la finalidad del subsidio por desempleo. El desempleo o “paro forzoso” constituye una prestación, por la cual la Seguridad Social pretende hacer frente a las situaciones de necesidad de aquellos que queriendo y pudiendo no encuentran empleo. Recuérdesse, a este respecto, que en todo Estado Social y Democrático se debe garantizar el derecho de toda persona a una existencia digna (artículo 10.1 Constitución Española –CE–), por lo que si no se consagra de forma efectiva el desarrollo de una actividad laboral (artículo 35.1 CE) deberán los Poderes Públicos intervenir. Debiendo éstos hacer uso de los mecanismos de políticas de empleo (artículo 40.1 CE)<sup>31</sup>, al tiempo que se activan los mecanismos sustitutivos del salario (*lucro cesante*) por el sistema de Seguridad Social. Por lo que, al final, tendrá el Estado<sup>32</sup> que buscar fórmulas de políticas activas de empleo (actuando en el campo de la formación, mejora en el acceso al empleo y fomento del mismo)<sup>33</sup> y proteger al desempleado, en tanto que repara el daño patrimonial mediante la concesión de una prestación (políticas pasivas)<sup>34</sup>. De este modo, la protección por desempleo se inscribe dentro del marco de las políticas orientadas al pleno empleo por imperativo constitucional (artículos 35.1 y 40.1

---

<sup>31</sup> “Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del Derecho del Trabajo y éste es un factor de integración y condición para la democracia se puede comprender por qué la política de empleo ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado Social contemporáneo...”. Ver, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 9 a 31.

<sup>32</sup> Aquí se incluyen también las distintas Administraciones Públicas (Nacional, autonómica y local), incluida las Supranacionales. GARCÍA MURCIA, J.: “Desempleo”, en VV.AA, *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pág. 52 y siguientes.

<sup>33</sup> A este respecto, cabe conectar la protección por desempleo con la organización de los servicios públicos de colocación. De esta forma, se facilita la consecución de un empleo gracias al desarrollo de “...acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación” (tal y como indica la LGSS).

<sup>34</sup> En definitiva, “la protección por desempleo (pasiva) y la política activa habrán de desenvolverse dentro de una misma programación: ni las acciones activas pueden desconocer la posibilidad del desempleado de obtener ingresos sustitutivos del salario, ni éstos pueden actuar en sentido contrario a los objetivos de incentivación del empleo...”, ver GARCÍA MURCIA, J.: “Desempleo”... op.cit., pág. 82.

CE) y aplicación de la normativa internacional<sup>35</sup>, al insertarse su tutela, de forma específica, en el artículo 41 de la Carta Magna<sup>36</sup>.

Concretada la finalidad de esta prestación, cabe preguntarse ahora acerca del cálculo de su base reguladora y las reglas específicas para la determinación de la cuantía del subsidio. A este respecto, el artículo 274 LGSS (antiguo artículo 215 de la LGSS de 1994), al referirse a las rentas de los solicitantes, indica que el cómputo será mensual. Y, esta misma línea, se pronuncia el artículo 18.1 del Real Decreto 625/1985<sup>37</sup>. Aunque ninguna de estas normas contiene especificaciones en cuanto al período de cómputo, el artículo 7.1 del Real Decreto 625/1985 si aclara que las rentas que no procedan del trabajo y que se perciban con periodicidad superior al mes se computarán a estos efectos prorrateándose mensualmente. De acuerdo con este orden de ideas, el período de cómputo a efectos del subsidio por desempleo será mayor<sup>38</sup>. Por ello, cabe ahora preguntarse por el alcance de las rentas que percibe el cónyuge de la actora para así determinar si el cálculo ha de hacerse por unidad familiar o por mensualidad.

El Alto Tribunal razona que quizás no sea realista computar por mensualidad, pues recuérdese que el cónyuge de la actora percibió un ingreso puntual que es el que ahora se compara. Así es, la renta del cónyuge en el mes anterior no pondera suficientemente el carácter permanente de este ingreso y tampoco permite vislumbrar la realidad de la situación económica familiar<sup>39</sup>. Por todo ello, el Tribunal Supremo determina que el cómputo de la base reguladora sea anual y no mensual. Y para ello fija el subsidio en el 75% del SMI vigente en 1994.

En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 2 de noviembre de 2004 declara, por contra, que el cómputo de la base reguladora por maternidad sea durante el período en el que la trabajadora estuvo con jornada reducida por cuidado del menor de 6 años y lo hace tras un largo estudio a las soluciones adoptadas en caso de desempleo<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico...* op.cit., pág. 34. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M<sup>o</sup>N Y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., pág. 445.

<sup>36</sup> “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”.

<sup>37</sup> De 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1994, de 2 de agosto, de Protección por desempleo.

<sup>38</sup> Véase la Sentencia de 28 junio 1994 (RJ 1994\5499) en donde, igualmente, se insiste en que la limitación del promedio anual a las rentas distintas del trabajo no tiene una significación excluyente, pues «las rentas procedentes del trabajo o de otras fuentes de ingreso son equivalentes y deben tener el mismo tratamiento cuando se trata de establecer el nivel de suficiencia de los ingresos de un individuo o de un grupo, porque lo decisivo aquí no es el origen de la renta, sino la capacidad económica que ésta concede para hacer frente a las necesidades vitales».

<sup>39</sup> Recuerda el Tribunal Supremo aquí la Sentencia de 13 mayo 1997 (RJ 1997\4270), «la referencia al cómputo mensual no es decisiva porque afecta al elemento final de la comparación: la renta mensual y el salario mínimo interprofesional también mensual», pero «de ello no se deriva que para establecer ese cómputo hayan de tomarse únicamente los ingresos de un mes (el del hecho causante o el de la solicitud en las diversas hipótesis), porque en ese caso el cómputo sería demasiado aleatorio».

<sup>40</sup> Primero: “Planteado así el problema, hay que llegar a la misma solución que se ha establecido por las sentencias dictadas en los recursos 3108/2003, 4028/2003, 5013/2003 (RJ 2004, 7782) y 5363/2003 (RJ 2004, 7986) , en relación con el cálculo de las prestaciones de desempleo. En estas sentencias se establece que la regla general que determina que el cálculo de la prestación sobre el período coincidente –sólo en parte en el presente caso– con el tiempo de reducción de jornada no puede obviarse con una regla especial, según la cual el cálculo debería realizarse sobre las bases de cotización a tiempo completo, porque esa regla no existe en nuestro ordenamiento (artículo 133 quater de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 13 del Decreto 1646/1972 en el supuesto general y con el artículo 5 del Real Decreto 144/1999 para los contratos a tiempo parcial), que parte del principio general de proporcionalidad entre la renta sustituida (el salario perdido) y la renta de sustitución (la prestación de desempleo o maternidad); regla que se aplica a todos los supuestos de pérdida de la renta de activo, (...)

Empero, antes de nada el Tribunal Supremo reflexiona acerca de la finalidad del subsidio por maternidad. La protección pública de la maternidad constituye, igualmente, una prestación del sistema de Seguridad Social que tiene por objetivo tutelar del interés de la mujer trabajadora (tanto en lo que respecta a la salud, como a su protección laboral y de Seguridad Social), pero, sin olvidar, que tras esa protección concurren también intereses de carácter social en una “sociedad del envejecimiento”.

Es necesario realzar que el reconocimiento de los derechos específicos de la mujer trabajadora ha exigido una larga evolución en la lucha por el Derecho que, como suele ocurrir, han sido en parte conquistados y en parte otorgados por el poder público. Así ha ocurrido desde la normativa internacional general (señaladamente en virtud de los Convenios de la OIT en materia de Seguridad Social) y por el Derecho Social Comunitario y la acción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya efectividad en el espacio social europeo ha exigido todo un proceso de revisión y transposición de la normativa de la Unión bajo el control de constitucionalidad de los Tribunales Constitucionales existentes en los Estados miembros. Este desarrollo ha permitido, de un lado, centrar la atención sobre los riesgos específicos de la mujer trabajadora y, de otro, conferir legitimidad a las distintas medidas de acción positiva dirigidas hacia ella. Lo que comporta un reconocimiento de las diferencias existentes y de las necesidades de introducir medidas encaminadas hacia la compensación de las desigualdades por razón de sexo. De ahí la tendencia a la tutela de la mujer como parte de un colectivo o grupo de riesgo desde la perspectiva no sólo de la Seguridad Social, sino también desde el punto de vista del Derecho de la prevención de riesgos laborales, en cuyo marco se protege a la mujer trabajadora respecto a los riesgos derivados del trabajo. En efecto, desde el ámbito de la Seguridad Social lo que trata de protegerse es de atender a las situaciones de necesidad económica de la trabajadora y, en su caso, del trabajador varón (respecto al cuidado de los hijos) cuando operado el procedimiento de inejecución temporal de la prestación de servicios

---

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, lo que ocurriría si el salario se calculara en función de una jornada reducida y la prestación social en función de la retribución correspondiente a una jornada completa”.

Segundo: “No desconoce la Sala que la doctrina de la sentencia recurrida ha sido en parte acogida por nuestra sentencia de 6 de abril de 2004 ( RJ 2004, 5909 ) , que se pronuncia sobre el mismo problema, pero respecto a las prestaciones de desempleo. Esta sentencia considera que el resultado a que se llega con la aplicación del artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social en estos casos no sería compatible con los principios de nuestro ordenamiento, que, siguiendo las directrices del Derecho Social Comunitario (Directiva CE 96/34, en especial artículo 2.6) y de la OIT (Convenio 156), se orienta claramente al establecimiento de una protección efectiva para promover la conciliación entre la vida familiar y el trabajo, protección que se ha reforzado a partir de la Ley 39/1999. Dentro de estas medidas de promoción tienen un especial relieve la excedencia para el cuidado de hijos del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores y la reducción de jornada por guarda legal del artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores. Pero para que estas medidas logren plena efectividad entiende la sentencia citada que es importante que de ellas no se deriven efectos negativos sobre los derechos en curso de adquisición de los trabajadores y en este sentido se orientan, por una parte, el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, que otorga la consideración del período de cotización efectiva al primer año de excedencia por cuidado de hijo, y el artículo 4 de la Ley 4/1995, que contiene la regulación ya mencionada, de la que puede deducirse una regla conforme a la cual el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo se podrá retrotraer descontando el tiempo en que el trabajador hubiera permanecido en excedencia. Con ello, si bien la base reguladora no podría integrarse con los valores a tiempo completo de la base de cotización en el momento de producirse la situación protegida, sí podría calcularse con los valores de esa base en el período de cómputo anterior a la iniciación de la reducción y en este caso de la excedencia que la precedió.

Pero la Sala considera que el criterio de esa sentencia no se ajusta a la legalidad vigente y debe ser rectificado. La aplicación por vía analógica del artículo 4 de la Ley 4/1995 no es posible porque no hay identidad entre la excedencia por cuidado de hijos y la reducción de jornada por guarda legal por las razones que se exponen en las sentencias de esta misma fecha a las que se ha hecho referencia, aparte de que la norma del artículo 4 de la Ley 4/1995 se refiere a las prestaciones de desempleo; no a las de maternidad”.

se deja de percibir las retribuciones pertinentes<sup>41</sup>. De ahí que la maternidad se haya enmarcado dentro de la política del Derecho encaminada a propiciar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

Precisamente, la necesidad de conciliar trabajo con vida familiar constituye una de las reflexiones que introduce la parte actora para fundamentar la necesidad de que, a la hora del cálculo de la base reguladora, se tenga en cuenta el cómputo anual y no el correspondiente al periodo de reducción de la jornada por cuidado del hijo menor de seis años. Sin embargo, tras analizar el Tribunal Supremo la extensa normativa existente a nivel internacional, europeo y nacional, en particular: el Convenio 156 de la OIT, la Directiva CEE 96/34, la misma LGSS, y la Ley 39/1999 y el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, concluye este tribunal afirmando que no cabe asimilarse los periodos de excedencia por cuidado de hijos con los de reducción de la jornada. Y es que, en el caso de la maternidad, aparte de las reglas que dispone la Ley General de la Seguridad Social, también cabe aplicar lo preceptuado por el artículo 5.2 del Real decreto 144/1999 en donde ya se introduce una ponderación correctora de la repercusión del criterio de cálculo sobre la última base de cotización.

La ausencia de soluciones en la normativa internacional, europea y nacional, así como en la doctrina jurisprudencial aplicable al desempleo, lleva al Tribunal Supremo a tener en cuenta la suma de las bases de cotización del periodo que va desde el inicio de la reducción de la jornada hasta la fecha de nacimiento del segundo hijo y ello dividido por el número de días llevados a cabo con reducción de jornada. Por todo ello, este tribunal desestima el recurso interpuesto por la actora y confirma la sentencia de instancia.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

- ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, séptima edición, 1991.
- BOBBIO, N: "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje" en *Contribuciones a la teoría del Derecho*, 1950.
- CARNELUTTI, F: *Metodología del Derecho*, Valletta, Buenos Aires, 1990, págs. 45-47; BOBBIO, N: *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1993.
- DAHRENDORF, R: *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, 4a ed., Rialp, Madrid, 1979.
- DE LA VILLA GIL, L.E Y DESDENTADO BONETE, A: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979.
- DESDENTADO BONETE, A: "La jurisdicción de la Seguridad Social entre el orden Contencioso-Administrativo y el orden social. Estado de la cuestión, reflexión crítica y propuesta de reforma", *Foro de Seguridad Social*, septiembre de 2006.
- DUGUIT, L: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado, Estudio preliminar "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit"*, a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ Y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Comares, 2007.
- DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.
- GARCÍA MURCIA, J.: "Desempleo", en VV.AA, *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

<sup>41</sup> Y es que, hasta su reconocimiento por las sentencias del Tribunal Supremo de finales de 2016, se venía negando la prestación por maternidad. Por lo que, únicamente, se garantizaba el disfrute de la prestación por paternidad. Ver HIERRO HIERRO, F.J: "Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº127, 2007, págs. 112-113.

- GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2003.
- GONZÁLEZ VICÉN, F: "La escuela histórica del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Ejemplar dedicado a: Savigni y la ciencia jurídica del siglo XIX)*, nº18-19, 1978-1979.
- HABERMAS, J: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1986.
- HIERRO HIERRO, F.J: "Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº127, 2007.
- KELSEN, H: *Teoría General del Estado*, Estudio preliminar "Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen", a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2002.
- MARTÍN VALVERDE, A: "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en VV.AA., *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Universidad de Sevilla, Colección Anales de la Universidad Hispalense, Serie Económicas y Empresariales nº4, 1977, Sevilla.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- MONEREO PÉREZ, J.L: "El derecho a la Seguridad Social" (art. 41 CE), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, Mª N (DIRS): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001.
- MONEREO PÉREZ, J.L: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, MªN Y MALDONADO MOLINA., J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020.
- MONTALVO CORREA, J: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C: *Derecho del Trabajo e ideología*, 5a ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- PERSIANI, M: *Diritto della Previdenza Sociale*, Padova, Cedam, 2009.
- VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- VV.AA., Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Murcia, Laborum, 2014.