



Madrid, 21 de diciembre de 2004

**A LAS SECRETARIAS RESPONSABLES DE MUJER  
A LOS DEPARTAMENTOS DE MUJER**

**DE: FEDERACIONES ESTATALES  
UNIONES ESTATALES  
UNIONES TERRITORIALES**

**Circular : 22 / 04**

**Asunto:**

**+ Sentencia del Tribunal Supremo sobre la reducción de jornada y prestación de desempleo**

Estimadas/os compañeras/os:

Os adjuntamos una sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 6 de abril de 2004, en virtud de un recurso de casación para Unificación de Doctrina sobre el cálculo de la prestación de desempleo en el caso que la trabajadora haya estado disfrutando de una reducción de jornada por razones de guarda legal, meses antes del reconocimiento de la prestación por desempleo.

Los antecedentes de hecho que motivan este recurso han sido los siguientes:

La Trabajadora demandante, con domicilio en Madrid, en julio de 2001 solicitó una reducción de jornada por guarda legal, para atender a su hija, con reducción proporcional de salario reducción que fue aceptada por la empresa. Meses después, en octubre de 2001, la trabajadora fue despedida por al empresa, siendo el despido reconocido como improcedente en el acta de conciliación.

La Dirección Provincial del INEM reconoció a la actora el derecho a la prestación por desempleo con una base reguladora diaria de 6000 Ptas., (base reducida como consecuencia de su reducción de jornada con reducción proporcional de salario).

La trabajadora formuló reclamación previa y ante los tribunales solicitando su derecho a percibir las prestaciones de desempleo sobre una base reguladora de 9000 Ptas. (base de cotización íntegra sin aplicarle la reducción salarial por el disfrute de la reducción de jornada), pretensión que fue rechazada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 diciembre de 2002.

La trabajadora consideró contradictoria esta sentencia con una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Superior de Cataluña de 26 de enero de 2001.

El pronunciamiento de la sentencia de Tribunal Superior de Cataluña, ante un supuesto de hecho idéntico, trabajadora a quien se le reconoce la reducción de jornada por guarda legal de un hijo recién nacido y su contrato es extinguido



unos meses después de su reconocimiento, solicita la prestación por desempleo, fue diferente a la sentencia del Tribunal Superior de Madrid.

En las dos sentencias se pretende por las trabajadoras demandantes que la base reguladora de la prestación de desempleo debe fijarse conforme a la jornada completa y cotización consecuente realizada antes de la reducción de jornada y salario por guarda legal.

A pesar de la identidad sustancial existente entre ambas sentencias, los pronunciamientos fueron diferentes. La sentencia de Madrid desestimó la pretensión de la actora "con base en que la cuantía de la prestación de desempleo esta en función de la cotización correspondiente al salario percibido durante el periodo previo y predeterminado en el Art. 211 .1 de la LGSS por lo que se pretende compensar es la pérdida de la remuneración que se estaba percibiendo, en el periodo computable, en el trabajo donde se ha cesado involuntariamente". La sentencia de Cataluña "contiene un pronunciamiento diferente argumentando que nos encontramos delante de una situación provisional de reducción de jornada laboral por guarda legal y continuar desarrollando la actividad laboral, y añadiendo que aunque el trabajo se presta a tiempo parcial en la fase inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación, nos hallamos ante un supuesto de desempleo total para el que rige la normativa antes señalada y no la proporción que pretende establecer la entidad gestora cuya aplicación establece el punto cuatro del propio Art. 211 para los supuesto de desempleo parcial".

La existencia de estas dos sentencias contradictorias motivo un recurso de casación para Unificación de Doctrina, con el fin de obtener pronunciamientos idénticos ante situaciones de hecho iguales.

En el Fundamento segundo, la sentencia, establece que "la complejidad de normas aplicables induce a extraer una primera conclusión y es que el problema litigioso no debe resolverse simplemente en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 LGSS a cuyo tenor la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base reguladora por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días".

La sentencia realiza un recorrido por la normativa nacional y comunitaria sobre como "la protección de la maternidad se ha ido incrementando de forma patente en los últimos años" y de este recorrido normativo extrae las siguientes conclusiones:

1) "Una interpretación finalista de las normas mencionadas y singularmente del artículo 4 de Ley 4/1995 al que se refiere el ordinal 2 de la disposición Adicional 3ª del R1251/2001, de 16 de noviembre, bajo el rötulo "Situación asimilada al alta en excedencia por cuidado de familiares", conducen a la estimación de la pretensión actora, pues si conforme a este precepto, la madre que disfruta de excedencia por tres años, de los cuales, además, el primero se califica de excedencia forzosa (artículo 46.3 ET) tiene derecho a que esta situación se conceptúe de paréntesis o periodo muerto a los efectos de protección por desempleo, con mayor fundamento y lógica debe conservar este derecho la madre que trabajó, aún con jornada disminuida, durante el tiempo que pudo permanecer en situación de excedencia forzosa, máxime cuando este periodo anual tiene la consideración de "cotización efectiva", según el artículo 180.b) LGSS".

2) Continúa la sentencia diciendo que la finalidad de la directiva 96/34/ CEE, es 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 el caso presente la madre a la finalización del permiso parental tenía concertado con la empresa 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 a tiempo parcial. El contrato continua 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 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 la existencia de jornada completa, que tendría la madre al finalizar el periodo temporal durante el que se concedió la reducción de jornada, no en su propio beneficio sino por <<razones de guarda legal>>”.

“La teoría del paréntesis en el cómputo de cotizaciones reconocida, en ocasiones, por esta Sala, respecto a aquellas situaciones en que no existe obligación de cotizar, debe ser aplicable, también, al presente caso, en el que habiéndose extinguido un contrato a tiempo completo, pero durante la fase temporal en que la jornada se redujo para cuidar al recién nacido, y consecuentemente el salario y su base de cotización, la base reguladora de la prestación -al igual que ocurre en situaciones de excedencia <<para atender al cuidado de cada hijo>>-debe fijarse en el periodo de seis meses a contar, hacia atrás, desde el día anterior a la fecha en que disminuyo la jornada laboral”.

3) También realiza la sentencia un análisis de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 18 de marzo de 2004 sobre el reconocimiento del disfrute de las vacaciones en periodo diferente al disfrute del permiso de maternidad, y de la Sentencia de del Tribunal Supremo 11 de diciembre de 2001 sobre el salario regulador de la indemnización de despido, considerando que éste debe ser el correspondiente a la jornada completa, con el fin de lograr una interpretación finalista de la norma que es objeto de este recurso, si bien reconoce expresamente que estas sentencias responden a controversias diferentes.

En el Fundamento Tercero y último dice la sentencia “que en virtud de lo expuesto, y en cuanto la sentencia recurrida infringe al aplicar literal y mecánicamente el artículo 211.1 LGSS, sin tener en cuenta el bloque normativo que regula la situación precedente derivada de la maternidad y concretamente la establecida para el supuesto de excedencia para el cuidado de hijo- como se ha dicho en esta situación y durante el primer año la excedencia se considera situación acumulada al alta <<sin perjuicio de la consideración como periodo cotizado a efectos de prestaciones de seguridad social, salvo las de incapacidad temporal y maternidad (D.A. 3.19 Real decreto 1251/2001- procede a casar y anular la sentencia recurrida. Ello conduce a resolver el debate en los términos planteados en suplicación y **confirma la sentencia de instancia, con la matización de que la base reguladora de la prestación de desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado los últimos días anteriores a la fecha en que se comenzó a cotizar conforme al salario de una jornada reducida**”.

En resumen, la sentencia reconoce en el caso de una trabajadora que haya disfrutado de una reducción de jornada por guarda legal con reducción proporcional de salario, la base reguladora para la prestación de desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado los últimos 180 días



anteriores a la fecha en que se comenzó a cotizar conforme al salario de una jornada reducida.

La argumentación en que se basa la sentencia para no aplicar literal y mecánicamente e la Ley General de Seguridad Social (Art.211.1) es a una interpretación finalista del todo el bloque normativo que regula la situación derivada de la maternidad y en concreto con respecto a la excedencia por cuidado de hijos.

La sentencia establece que si la legislación reconoce el derecho a obtener prestaciones de desempleo en los casos de la excedencia por cuidado de hijos esta protección debe extenderse a los supuesto que la madre trabaja aun cuando sea con jornada reducida.

Consideramos que esta sentencia es muy importante, porque además de sentar una postura única que sirva como precedente jurisprudencial en posibles reclamaciones, eleva el nivel de protección social del desempleo para aquellas trabajadoras o trabajadores que disfruten de una reducción de jornada por cuidado de hijos.

Unas de las principales obstáculos para ejercitar el derecho a la reducción de jornada es la reducción proporcional de salario y consecuentemente la reducción de las bases de cotización a la Seguridad Social. Esta sentencia, por tanto, pretende evitar las consecuencias negativas que tiene la reducción de jornada, en el cálculo de las prestación por desempleo.

Un saludo,

**Almudena Fontecha López**  
**Secretaria para la Igualdad**

JUR 2004\272711

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 abril 2004

Jurisdicción: Social

Recurso núm. 4310/2002.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

### Texto:

En la Villa de Madrid, a seis de abril de dos mil cuatro. Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Armando Gil Benitez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Esther C. I., contra la sentencia dictada en fecha 26 de septiembre de 2002 ( PROV 2002\282492) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 3808/2002, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada en 28 de mayo de 2002 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid en los autos núm. 87/2002 seguidos a instancia de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Esther C. I., sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Es parte recurrida el Instituto Nacional de Empleo, representado por el Abogado del Estado y D. Laureano Fructuoso C. R., representado por el Letrado D<sup>a</sup> Eugenio Fernández López.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, contenía como hechos probados:

«I.-La demandante -Dña. M<sup>a</sup> Esther C. I.-venía prestando servicios por cuenta de D. Laureano Fructuoso C. R., siendo su retribución salarial, hasta junio de 2001, de 288.384 ptas. mensuales prorrateadas (Documento núm. 6 de la parte actora y "certificado de empresa" obrante en el expediente del INEM).

II.-El 16 de enero de 1999 la actora dio a luz a una hija (Elena) -Libro de Familia obrante en el expediente del INEM-.

III.-El 19 de junio de 2001 la actora solicitó de la empresa "una reducción de mi jornada habitual del 46'87%..., todo ello con la correspondiente reducción de salarios.. Dicha solicitud de reducción de jornada ruego surta efectos desde el día 1 de julio de 2001, hasta el 31 de diciembre del año 2004, fecha a partir de la cual me incorporaré a mi jornada habitual..." (Documento núm. 13 de la parte actora).

IV.-Por la empresa se accedió a la solicitud de modo que el salario de la actora pasó a reducirse proporcionalmente, siendo desde julio de 2001 de 156.716 ptas., y desde septiembre de 157.113 ptas. (Documentos núm. 7 y 9 de la parte actora y "certificado de empresa").

V.-A partir de ese momento, la empresa pasó a cotizar en los términos correspondientes a la retribución efectiva abonada a la actora.

VI.-No consta que, en relación con la base de cotización que la empresa pasó a aplicar desde julio de 2001, se haya apreciado irregularidad alguna por parte de las entidades gestoras (INSS. o INEM) ni por la Inspección de Trabajo; ni tampoco que se haya formulado denuncia en tal sentido.

VII.-Mediante comunicación de 19 de octubre de 2001 el empleador Sr. C. R. procedió a despedir disciplinariamente a la actora (Documento núm. 1 de la demandante).

VIII.-Mediante acta de conciliación ante el SMA.C. suscrita el 21 de noviembre de 2001 se obtuvo avenencia entre la actora y el empleador, en el sentido de reconocerse la improcedencia del despido, con abono a la trabajadora de "3.841.500 ptas. netas" por "indemnización, saldo y finiquito" (Documento núm. 3 de la parte actora).

IX.-Por Resolución de la Dirección Provincial del INEM de 10 de diciembre de 2001 se reconoció a la actora el derecho a la prestación por desempleo, con un período prestacional de 720 días, siendo la Base Reguladora diaria de 6.006 ptas. (Documento núm. 12 de la parte actora).

X.-Por la demandante se formuló reclamación previa que fue desestimada por resolución de 15 de enero de 2002.

XI.-La demanda iniciadora de estas actuaciones se presentó el 30 de enero de 2002, solicitándose en su "suplico" que "se declare mi derecho a percibir las prestaciones de desempleo sobre una base reguladora diaria de 9.600 ptas. condenando al Organismo demandado a estar y pasar por dicha declaración". El Fallo de la misma sentencia es el siguiente: «Que desestimando la demanda formulada por Dña. M<sup>a</sup> Esther C. I. frente al INEM y a D. Laureano Fructuoso C. R., absuelvo a los demandados de la pretensión frente a ellos deducida en el presente procedimiento».

**SEGUNDO** La sentencia ( PROV 2002\282492) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Maria Esther C. I. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Madrid, de fecha veintiocho de mayo de dos mil dos, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente al Instituto Nacional de Empleo y Laureano Fructuoso C. R., en reclamación por Desempleo, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución».

**TERCERO** La parte recurrente considera como contradictoria con la sentencia impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 26 de enero de 2001 ( AS 2001\576) (Rec. 6820/2000); habiendo sido aportada la oportuna certificación de la misma.

**CUARTO** El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo en fecha 8 de noviembre de 2002. En él se alega como motivo de casación, la infracción del art. 211, en relación con el art. 210, ambos de la Ley General de la Seguridad Social ( RCL 1994\1825) , en relación con el art. 24 de la Constitución Española ( RCL 1978\2836) .

**QUINTO** Por providencia de esta Sala dictada el 24 de octubre de 2003, se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez

días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

**SEXTO** Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 25 de marzo de 2004.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** 1.-La cuestión litigiosa, que ha sido resuelta en forma diferente por la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid en fecha 10 de diciembre de 2002 (sic) ( PROV 2002\282492) , y la contraria, pronunciada por equivalente Sala y Tribunal de Cataluña en fecha 26 de enero de 2001 ( AS 2001\576) , se puede resumir de la siguiente manera:

1) Uno y otro caso hacen relación a una trabajadora a quien le es reconocida la reducción de su jornada, con causa en la guarda legal de un hijo menor recién nacido, que extingue su contrato unos meses después del reconocimiento y que, seguidamente, solicita la prestación por desempleo. La entidad gestora reconoce la prestación de desempleo conforme a una base reguladora calculada, proporcionalmente, en función de la jornada, el salario y la cotización vigentes en los cientos ochenta días inmediatamente anteriores a la extinción contractual.

2) En ambos supuestos se pretende por la actora-beneficiaria que la base reguladora de la prestación de desempleo debe fijarse conforme a la jornada completa y cotización consecuenta realizada antes de la reducción de la jornada y salario por guarda legal.

2.-A pesar de la identidad sustancial existente entre las sentencias que se contrastan a efectos de determinar la concurrencia del presupuesto de contradicción, los pronunciamientos han sido diferentes, así: a) La sentencia recurrida desestima la pretensión actora, que alegaba «la infracción del art. 211.1 LGSS ( RCL 1994\1825) en relación con el art. 24 CE ( RCL 1978\2836) y con el criterio de equidad», con base (fundamento de derecho único) en que la cuantía de la prestación de desempleo está en función de la cotización correspondiente al salario realmente percibido durante el período previo y predeterminado en el art. 211.1 de la LGSS, porque lo que se pretende compensar es la pérdida de la remuneración que se estaba percibiendo, en el período computable, en el trabajo donde se ha cesado involuntariamente. b) La sentencia contraria contiene un pronunciamiento diferente, argumentando (fundamento de derecho tercero) que «nos encontramos delante de una situación provisional de reducción de jornada laboral por guarda legal y continuar desarrollando la actividad laboral» y añadiendo que «aunque el trabajo se presta a tiempo parcial en la fase inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación, nos hallamos ante un supuesto de desempleo total para el que rige la normativa antes señalada y no la proporción que pretende establecer la entidad gestora cuya aplicación establece el punto cuatro del propio art. 211 para los supuestos de desempleo parcial».

3.-En definitiva, pues, concurre el presupuesto de contradicción en cuanto las sentencias en comparación resuelven una idéntica cuestión, manifestada en la triple vertiente de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales ante litigantes en la misma situación jurídica, cual exige el art. 217 LPL ( RCL 1995\1144, 1563) .

**SEGUNDO** Evidenciada, pues, la existencia del presupuesto de contradicción es preceptivo entrar a

conocer del motivo legal de infracción que se alega en el recurso: «art. 211, en relación con el art. 210, ambos de la Ley general de seguridad social ( RCL 1994\1825) , en relación con el art. 24 CE ( RCL 1978\2836) ». El recurso así planteado debe ser estimado en virtud de los argumentos siguientes:

1.-Parece indicado expresar, a efectos de un adecuado examen de la cuestión litigiosa, que una misma situación o contingencia, cual es la maternidad, se regula, tanto desde el punto de vista laboral -suspensión del contrato de trabajo por el descanso de la trabajadora, derecho a una hora de ausencia por período de lactancia, minoración de la jornada con disminución correlativa del sueldo (art. 37.4 y 5 ET [ RCL 1995\997] ) y concesión de un año de excedencia forzosa a partir del nacimiento y de voluntaria dos años mas (art. 47.3 ET)- como desde la perspectiva de las prestaciones económicas regulada por la Seguridad Social. Esta complejidad de normas aplicables induce a extraer una primera conclusión y es que el problema litigioso no debe resolverse simplemente en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 LGSS, a cuyo tenor «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.

Es cierto, como norma general, que el régimen de la seguridad social contributiva se asienta sobre la relación triangular entre salario, base de cotización y base reguladora, pero es sabido que, en determinadas ocasiones, la propia Ley trunca esta relación: así, sin ir más lejos, la prestación de desempleo contributiva está limitada en cuanto su cuantía al 170% y 220% del salario mínimo interprofesional, según el trabajador tenga o no hijos a su cargo, conforme el artículo 211.3 LGSS. y también, como se dirá más tarde, existen situaciones que contemplan exenciones o disminuciones de cotización no obstante lo cual -"cotizaciones ficticias"- estas se computan para establecer la cuantía de la prestación, como si realmente se hubieran producido.

2.-Con referencia al ámbito de la seguridad social, la protección por maternidad se ha incrementado en forma patente en los últimos años, tanto en lo referente a los beneficiarios -su disfrute se ha extendido a los padres y ha cobijado, también, a la adopción y acogimiento- como en lo relativo al reconocimiento de la situación específica que comporta y el incremento de la prestación- la Ley 42/1994 de 30 de diciembre ( RCL 1994\3564 y RCL 1995, 515) procedió a deslindar la incapacidad temporal de la maternidad y a fijar la cuantía de la prestación en "un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora" y en la incorporación de la prestación por riesgo en el trabajo, instaurada por la Ley 39/1999 ( RCL 1999\2800) .

Otra manifestación más del interés del legislador de conciliar la vida laboral y familiar, y evitar que la mujer trabajadora se aparte durante un período extenso del trabajo, es la regulación de la nueva figura del permiso por maternidad a tiempo parcial, en virtud de la cual se permite que el descanso y su correspondiente protección pueden alargarse durante más de las 16 semanas -que son las previstas para su disfrute regular ordinario- mediante la compatibilización entre el descanso y prestación y la realización de una jornada reducida del trabajo, sin que ello altere la modalidad contractual. Esta forma de disfrutar el descanso alarga, cronológicamente, el período de maternidad, en cuanto la interesada, -o interesado, caso de que quien haga uso del mismo derecho sea el progenitor- puede durante un tiempo más largo, compaginar su actividad laboral con el cuidado del hijo.

3.-Una primera medida que, en principio, favoreció la posición laboral de la madre fue la instaurada en el Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre ( RCL 1998\2242) , que estableció una bonificación del cien por cien en las cuotas empresariales de la seguridad social -incluidas las de los accidentes de

trabajo, y de recaudación conjunta- de los contratados como interinos, para sustituir a los trabajadores que disfrutaban del permiso de maternidad, con independencia de quien de los cónyuges ejerciera el derecho. Otro paso más para alcanzar lo que ha sido bautizado como coste cero, fue dado por la Ley 12/2001, de 9 de julio ( RCL 2001\1674 ) , que extendió, en su disposición adicional segunda, la bonificación de las cotizaciones, que antes sólo comprendía el trabajador interino, al propio trabajador sustituido. Pero, además, la propia Ley 12/2001, incorpora otra medida -cuya destinataria sólo era la mujer- tendente a fomentar el empleo de la madre que haya tenido un hijo, a cuyo efecto bonificó el cien por cien la cuota empresarial por contingencias comunes durante los doce meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato, cuando se contrata mujeres desempleadas, inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo, que sean contratadas a los 24 meses siguientes a la fecha del parto. Con posterioridad se han adoptado otras medidas, como la establecida en el ordinal 1, apartado 4 y en el ordinal 3, apartado 9, del artículo 44 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre ( RCL 2003\3093 y RCL 2004, 5, 892) de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (MFAOS) -que reproduce lo establecido en análoga Ley 53/2002, de 30 de diciembre ( RCL 2002\3081 y RCL 2003, 933) - que bonifica la cuota empresarial por contingencias comunes "del cien por ciento" durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el período de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia del cuidado del hijo y siempre que la reincorporación se produzca durante los dos años siguientes a la fecha del parto.

En este recuerdo de medidas legislativas que tienen por objeto evitar las consecuencias nocivas que pueden tener para la mujer la situación cronológica de la maternidad y conciliar, a su vez, esta circunstancia con la vida familiar y laboral -finalidad que se concreta, en el ámbito comunitario, con ciertas Directivas europeas, entre las que cabe mencionar las Directivas 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 ( LCEur 1992\3598) , respecto a la protección de maternidad y 96/34/CEE, de 3 de junio ( LCEur 1996\1756) , en relación al Acuerdo Marco sobre permiso parental, y, en el ámbito internacional, con el Convenio 156 de la OIT ( RCL 1985\2688) - no debe olvidarse la Ley 4/1995 ( RCL 1995\955) , que contempla y regula la situación de desempleo en el supuesto de la situación de excedencia disfrutada por la mujer por un período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo. Su artículo 4 establece las consecuencias específicas que derivan de esta excedencia, cual son: a) "tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener prestaciones por desempleo"; b) Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este computo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 y 210 del TRLGSS ( RCL 1994\1825) por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa».

5.-Las consideraciones antes expuestas condicen a extraer las siguientes conclusiones:

1) Una interpretación finalista de las normas mencionadas y singularmente del artículo 4 de la Ley 4/1995 -al que se refiere el ordinal 2 de la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 1.251/2001, de 16 de noviembre ( RCL 2001\2768) , bajo el rótulo «Situación asimilada al alta en excedencia por cuidado de familiares», conducen a la estimación de la pretensión actora, pues si conforme a esta precepto, la madre que disfruta de excedencia por tres años, de los cuales, además, el primero se califica de excedencia forzosa (artículo 46.3 ET [ RCL 1995\997] ) tiene derecho a que esta situación se conceptúe

de paréntesis o período muerto a los efectos de protección por desempleo, 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, (en el caso debatido, el hijo nació el 1 de julio de 2001 y el contrato se extinguió por despido el 19 de octubre de 2001, teniendo reconocida, la madre, la reducción de la jornada hasta el 31 de diciembre de 2004).

2) La finalidad de la Directiva 96/34/CEE, en la forma que proyecta su cláusula 2.6 y 6, expresiva 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», pudiera ser infringida por la sentencia recurrida.

En el caso presente, la madre a la finalización del permiso parental tenía concertado con la empresa un contrato de trabajo a jornada completa. Esta relación contractual laboral 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 la existencia de jornada completa, que tendría la madre al finalizar el período temporal durante el que se le concedió la reducción de la jornada, no en su propio beneficio sino «por razones de guarda legal».

En definitiva lo que se quiere decir es que los períodos de descanso y otros derechos que la Ley concede en los diferentes supuestos de «maternidad» y «guarda legal» no deben limitar, en principio, aquellas prestaciones económicas de seguridad social, a las que los trabajadores tengan derecho cuando se produzca el hecho causante de las mismas. La teoría del paréntesis en el cómputo de cotizaciones reconocida, en ocasiones, por esta Sala, respecto a aquellas situaciones en que no existe obligación de cotizar, debe ser aplicable, también, al presente caso, en el que habiéndose extinguido un contrato a tiempo completo, pero durante la fase temporal en que la jornada se redujo para cuidar al recién nacido, y consecuentemente el salario y su base de cotización, la base reguladora de la prestación -al igual que ocurre en situaciones de excedencia «para atender al cuidado de cada hijo»- debe fijarse en el período de seis meses a contar, hacia atrás, desde el día anterior a la fecha en que se disminuyó la jornada laboral.

3) Aunque se trata de un asunto diferente -más relacionado con la condición biológica femenina- esta interpretación finalista de la norma sería acorde con la doctrina mantenida por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de marzo de 2004 ( TJCE 2004\69) . Este Tribunal resolvió la controversia litigiosa, producida por la coincidencia temporal entre los período de baja por maternidad y vacaciones cuando ambos se solapan, en el sentido de que «una trabajadora deberá poder disfrutar de vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad». Late, en la sentencia, la idea de un persistente avance de la jurisprudencia comunitaria en orden a la igualdad, si bien como se ha dicho la igualdad de la mujer se conecta con la situación biológica de la maternidad, y no con la situación derivada del cuidado del menor -el hombre también puede solicitar la excedencia a tal fin-.

5) También con reconocimiento explícito de que la controversia es diferente, cabe traer a colación, en apoyo a la interpretación lógico-finalista que opera en la presente sentencia, la STS de 11 de diciembre de

2001 ( RJ 2002\2025) . Se debatía, en el proceso, el salario regulador de la indemnización por despido en un supuesto en el que la madre-trabajadora fue cesada cuando cobraba un salario inferior al de jornada completa, por haber sido reducida la jornada por guarda de un hijo menor de seis años. Resolviendo la contradicción de las sentencias en comparación -la recurrida resolvió a favor del salario reducido, la «contraria» a favor del salario completo-, la Sala considera que el salario regulador para fijar la indemnización es el correspondiente a la jornada completa en virtud de las siguientes consideraciones:

1.-Una de las excepciones al principio de que el salario regulador es el realmente percibido en el momento del despido es, la atinente a los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no solo 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. 154.1 del Código Civil ( LEG 1889\27) , sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. De ahí que esta Sala haya señalado que «en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995\997) , ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución [ RCL 1978\2836] ) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa». ( S. 20-VII-2000 [ RJ 2000\7209] , rec. 3799/99).

2.-Añade la sentencia que, sin duda, fue esa finalidad tuitiva la que llevó a la STS 15 de octubre de 1990 ( RJ 1990\7685) a concluir que «la indemnización que previene el apartado a) del núm. 1 del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1980\607) para el supuesto de no readmisión del trabajador cuyo despido se haya declarado improcedente, constituye el resarcimiento de los perjuicios que le irroga la extinción de su contrato, objetivado y cuantificado ex lege. Es lógico, pues, que sean las sustanciales normas rectoras de la relación extinta las computables para su determinación: retribución debida y antigüedad. En el presente caso, los salarios a que atiende el Magistrado son los que corresponden a una jornada normal, que es la que tenían contratada las demandantes. La reducción de ella (consecuente al derecho ejercitado por las demandantes y que lleva aparejada la del salario en proporción) no supone sino una alteración transitoria de la relación, que antes y después del plazo temporal que la sentencia explícita de dichas reducciones tuvo y tendría las consecuencias inherentes a la prestación de jornada completa. De ahí se sigue que el cálculo de las indemnizaciones que ha realizado el Juzgador y que determina su pronunciamiento en cuanto al monto de las mismas no infringe, en manera alguna la normativa jurídica como pretende la demandada recurrente».

3.-Concluye la sentencia que «Del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la Ley, con la única contrapartida para el empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja». Así lo reconoce también, lealmente, la empresa en su escrito de impugnación, razonando que «el criterio neutral consistente en calcular la indemnización en función del salario realmente percibido, perjudicaría de forma desproporcionada a las personas que utilizan esta vía legal de compaginación de su trabajo con el cuidado de sus hijos».

**TERCERO** En virtud de lo expuesto, y en cuanto la sentencia recurrida infringe la Ley al aplicar literal y mecánicamente el artículo 211.1 LGSS ( RCL 1994\1825) , sin tener en cuenta el bloque normativo que regula la situación precedente derivada de la maternidad y concretamente la establecida

para el supuesto de excedencia para el cuidado del hijo -como se ha dicho en esta situación y durante el primer año la excedencia se considera una situación acumulada al alta «sin perjuicio de la consideración como período cotizado a efectos de prestaciones de seguridad social, salvo las de incapacidad temporal y maternidad (D.A. 3.19 Real Decreto 1251/2001 [ RCL 2001\2768] )- procede casar y anular la sentencia recurrida. Ello conduce a resolver el debate en los términos planteados en suplicación, lo que implica desestimar el recurso de tal naturaleza interpuesto por la entidad gestora y la confirmación de la sentencia de instancia, con la matización de que la base reguladora de la prestación de desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado los últimos 180 días anteriores a la fecha en que se comenzó a cotizar conforme al salario de una jornada reducida».

Por lo expuesto, en nombre de SM El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Armando Gil Benitez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Esther C. I., contra la sentencia dictada en fecha 26 de septiembre de 2002 ( PROV 2002\282492) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 3808/2002, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada en 28 de mayo de 2002 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid en los autos núm. 87/2002 seguidos a instancia de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Esther C. I., sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en los términos planteados en suplicación, desestimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por la entidad gestora y confirmamos la sentencia de instancia, con la matización de que la base reguladora de la prestación de desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado los últimos 180 días anteriores a la fecha en que se comenzó a cotizar conforme al salario de una jornada reducida.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**-En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.