04/2005

Sobre el ámbito de cobertura de la prestación de desempleo parcial: A propósito de la STCO 213/2005 de 21 de julio

Dra. Esther Sánchez Torres

Profesora Titular de derecho del trabajo y de la Seguridad Social

ESADE Universitat Ramon-Llull

1. Introducción

La Sentencia comentada da solución a una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de lo Social de Zamora, en relación con el art. 203.3 LGSS. La cuestión surge a propósito de la reclamación judicial de una trabajadora que vio reducida su jornada, con ocasión de una modificación sustancial de condiciones de trabajo instada por la empresa al amparo del art. 41 ET, y que tras solicitar la prestación por desempleo parcial, obtuvo denegación por la Dirección Provincial del INEM, de conformidad con lo dispuesto en el art. 208 LGSS, al no haber sido autorizada su reducción de jornada por resolución de la autoridad laboral dictada en expediente de regulación de empleo.

En efecto, tal y como prescribe el art. 203 .3 LGSS, "*el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato*".

Estima el Auto del Juzgado de lo Social, que dicha regulación niega un beneficio prestacional a colectivos que están en situación objetivamente igual, vulnerando por ello el art. 14 CE. Sería el caso, en primer lugar, de aquellos trabajadores que ven reducida su jornada durante un lapso temporal determinado por aplicación del art. 41 ET y, en segundo, de los trabajadores pluriocupados, en el caso de que pierdan uno de los empleos. Esta desigualdad, arrastra a su juicio una afectación del art. 35 CE, especialmente en el primero de los supuestos, en los que el trabajador sí tendría derecho a la prestación por desempleo en el caso de que ejercitase la acción resarcitoria prevista en el art. 41.3 ET, de donde paradójicamente el legislador estaría menoscabando el derecho al trabajo. E igualmente, resulta a su criterio una vulneración del art. 41 CE.

2. La falta de identidad de los términos de comparación

Sabido es que, como reitera el TC en la sentencia, "*lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, y de otro, 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*".

Con este punto de partida, el Tribunal Constitucional entiende que no cabe considerar como igual, la situación del trabajador que ve reducida su jornada en el marco de un expediente de regulación de empleo, de la que se encuentra un trabajador pluriempleado, que ve reducida su actividad laboral por haber extinguido uno de los contratos. Efectivamente en este caso no puede admitirse el término de comparación, no sólo porque no estamos ante una reducción de jornada –sino de actividad laboral-, sino porque este trabajador se encontraría en la situación que le permitiría acceder de pleno derecho a la prestación por desempleo, pese a que puedan plantearse problemas de compatibilización entre ésta y las rentas obtenidas del contrato vigente, cuya resolución –en todo caso- no trasciende al ámbito constitucional, sino que debe mantenerse en el ámbito de la legalidad ordinaria.

Diferente valoración merece, a nuestro juicio, la consideración del Tribunal Constitucional con respecto a los supuestos de reducción de jornada ex art. 41 ET. Se parte en la sentencia de la diferencia ontológica entre los arts. 47 y 51 ET y el art. 41 ET, especialmente como consecuencia de la "*secularización*" de éste último. Esto es, pese a que en ambos casos las causas que justifican las medidas de modificación son literalmente las mismas, la valoración que de ellas han hecho el propio legislador y los Tribunales, llevan al Tribunal Constitucional a considerar que la modificación ex art. 41 ET es una medida que "*se inscribe en el marco de una actuación ordinaria de gestión de los recursos humanos en la empresa"*, a diferencia de lo que ocurre con la reducción de jornada operada a propósito del art. 47 o 51 ET, con la que se persigue "*la superación de una situación coyuntural negativa o de riesgo para la viabilidad de la empresa"*.

Utilizando los términos de la sentencia, "*desde la perspectiva analizada no parece casual, ni que responda a una consideración meramente formal, el que la ley reserve el reconocimiento de las prestaciones por desempleo a aquella medida que se configura como <de regulación de empleo> y que constituye –también en el caso de la reducción de jornada- un mecanismo de ajuste cuantitativo de los volúmenes de empleo; y que frente a ello, otorgue un tratamiento legal diferente y basado en una lógica puramente contractual a aquellas medidas de flexibilidad y de adaptación cualitativa de las condiciones de trabajo adoptadas por la empresa en el ejercicio de sus facultades de gestión mediante la modificación de los contratos de trabajo"*. Esta es la razón por la cual se entiende que la acción del sistema de protección por desempleo "*desborda el campo de la mera cobertura de la situación individual de necesidad derivada de la disminución de ingresos que conlleva, para desarrollar al mismo tiempo, a través del acompañamiento de los procesos de reestructuración y ajuste empresarial, una función reguladora del mercado de trabajo intrínseca a una concepción del sistema de protección por desempleo integrada y coherente con los objetivos de la política de empleo"*.

Dicho argumento rompe radicalmente con la teoría del "*escalonamiento aplicativo"* (LUQUE PARRA), según la cual todos los mecanismos de reestructuración interna previstos en el ET, en la medida en que otorgan flexibilidad y adaptabilidad pueden articularse entre ellos. De este modo, en función de su impacto individual y colectivo y de su intensidad modificativa, dicha teoría explica que pueda recurrirse a ellas –en el marco de una política preventiva y defensiva- tanto de forma correlativa o gradual (primero modificación y, si no se consigue el objetivo, extinción), como de forma alternativa (primero medidas de carácter individual, aunque comporten extinción, que medidas modificativas de alcance colectivo o general).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional rompe la conexión que el art. 41 ET pudiera tener con el principio de "*estabilidad en el empleo"*, en cuanto medida alternativa a un expediente de regulación de empleo de bajo impacto. Igualmente desconoce como, el rigor procedimental del art. 47 ET, provoca en la práctica que el art. 41 ET se utilice en muchos casos como su sustitutivo cuando la Autoridad Laboral deniega la autorización solicitada por el empresario (SOLÀ MONELLS).

Cierto es que, como así se apunta en la sentencia, la reforma del art. 12 ET reduce considerablemente el calado del debate jurídico, por la prohibición de que a través del 41 ET pueda reducirse la jornada de un trabajador, arrastrando con ello la novación contractual o su conversión en trabajador a tiempo parcial. Sin embargo, no puede olvidarse que –situados ya en el ámbito del contrato a tiempo parcial y, por tanto, a nivel "*intracontractual*"- el problema persiste, desde el momento en el que el art. 41 ET vuelve a ser operativo, de donde necesariamente cobra una relevancia decisiva el carácter temporal o indefinido de la modificación jornada-salario.

En este sentido, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional pretende clarificar el enclave jurídico de las modificaciones temporales de jornada y salario y cerrar definitivamente su ubicación en el art. 47 ET, en lógica con el carácter especial del precepto y su mejor adaptación al contexto que eventualmente exija su adopción (SOLÀ MONELLS). Sin embargo, parece obviar la problemática de las modificaciones permanentes y su juego como medida diferenciada de otras alternativas de flexibilidad en jornada (pactos de jornada irregular y bolsas de horas, esencialmente), que se traducen en la práctica en verdaderos instrumentos de oportunidad o conveniencia y que, incluso, pueden llegar a convertir en marginal el recurso al art. 41 ET para modificar jornada y salario.

En definitiva, curiosamente y alterando nuestro discurso, parece que a los ojos del Tribunal Constitucional el art. 203.3 LGSS, en el marco de la protección de la contingencia por desempleo, debe interpretarse precisamente desde una perspectiva de "*escalonamiento aplicativo*" realmente útil para la Seguridad Social. A saber, el desempleo parcial tiene su sentido, no tanto como instrumento compensatorio del perjuicio salarial resultante de una decisión empresarial de reducción de jornada, sino como instrumento de cobertura de un estado de necesidad, que podría verse agravado, de extinguirse el contrato de trabajo.

Desde esta perspectiva, y en la medida en que el planteamiento de partida es que con la reducción de jornada se preserva el principio de estabilidad en el empleo al evitarse la extinción contractual, resulta que la limitación en los términos de interpretación del art. 203.3 LGSS contribuye claramente a preservar más los intereses de la entidad gestora, que los de los trabajadores potencialmente afectados.

Cabe señalar que esta dimensión económica es apuntada, si bien sutilmente, por el TCO, cuando afirma que "*el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales"* o con mayor claridad cuando autolimita su actuación reconociendo que "*este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable"*.

3. La necesidad de control administrativo: ¿el verdadero desencadenante del fallo?

La diferente función que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, tienen los arts. 47 y 51 ET con respecto al 41 ET, tiene su traducción lógica en las diferencias de régimen jurídico, diferencias que le permiten ahondar en el argumento sobre la ausencia de término comparativo desde el que estimar vulnerado el art. 14 CE.

En esta lógica, la configuración de la reducción jornada-salario como medida de reacción o respuesta y no como medida situada en el campo de la oportunidad, viene avalada por la intervención de la Autoridad Laboral, desde la que se permite trazar un punto de conexión con las políticas públicas de Seguridad Social.

Nótese como dicho argumento ya fue esgrimido de forma explícita en el escrito del Fiscal General del Estado, cuando se apuntaba que "*toda la normativa que regula el reconocimiento y abono de prestaciones públicas exige un control fiscalizador previo a sus satisfacción y este control debe realizarse por la Administración que fuere competente en la materia. Se trata con ello de evitar posibles situaciones de fraude o abuso, dado que, de facto, la iniciativa para generar el derecho a la prestación correspondería exclusivamente a uno de los protagonistas primordiales de dicho mercado, como es el empresario, pues bastaría con que decidiera, al amparo del art. 41 ET, una reducción significativa de la jornada laboral de sus trabajadores para que se originara automáticamente el derecho al percibo de la prestación por desempleo por parte de éstos"*.

La misma línea argumental sigue el Tribunal Constitucional cuando afirma que "*el legislador considera ajena a la configuración del sistema de cobertura de aquellos supuestos en los que la reducción de jornada, por su carácter definitivo, implica una nueva situación económica y profesional /…/ consideración en la que legítimamente puede intervenir el criterio de que el reconocimiento de la prestación en tales supuestos resultaría contradictorio con la naturaleza misma de la contingencia, carecería en gran parte de los casos de toda posibilidad de control –tanto sobre la justificación de la medida como respecto de la involuntariedad para el trabajador de la situación resultante-/…/"*.

A ello añade que "*el eventual control judicial posterior sobre el carácter justificado o injustificado de la medida no constituye una garantía a los efectos del art. 51.5 ET, entre otras razones porque sólo actúa a iniciativa del propio trabajador"*.

Es cierto que la Ley 31/1984, de protección por desempleo, que con anterioridad a la entrada en vigor de la LGSS se encargaba de regular la prestación por desempleo parcial, entró en vigor en un momento en el que las diferentes vías legales a través de las que operar una reducción de jornada, arts. 41, 47 y 51 ET, requerían procedimentalmente la intervención de la Autoridad Laboral, intervención que se suprimió en 1994, exclusivamente para el primero de los preceptos citados. Sin embargo, resulta claro que dicha supresión trajo como consecuencia la modificación del art. 1.4 RD 625/1985, acogiendo la redacción actual que restringe expresamente el supuesto de reducción temporal de la jornada al operado en el marco de un expediente de regulación de empleo, de donde resulta evidente la concurrencia entre control y atribución del derecho.

No obstante, entendemos que no cabe llevar esa concurrencia al extremo de entender que la voluntad del legislador era conectarlas necesariamente. Así, teniendo en cuenta que, la reforma de la prestación por desempleo operada por la Ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, otorgó al acto extintivo, sin necesidad de intervención pública articulada a través del acto de conciliación, el poder de activar la situación legal de desempleo y, con ello, la posibilidad de que el empresario desencadene una obligación prestacional a cargo del INEM, no se entiende, en abstracto, el argumento esgrimido por el Tribunal.

En cualquier caso, téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional acaba poniendo en evidencia toda una serie de contradicciones y falta de correlación sistemática entre instituciones, que comprometen si no el art. 14 CE, sí la función compensadora del Derecho del Trabajo, en un terreno especialmente sensible, visto como las exigencias económicas del mercado, están llevando a muchas empresas a estrategias de flexibilidad que sacrifican de forma constante la jornada y el salario de los trabajadores y a las que siguen expedientes de regulación de empleo que, incluso, cuentan con dificultades de ajuste legal.

En esta línea, resulta lógico que se trate de evitar que la Administración se vea sobrecargada al pretenderse que asuma la responsabilidad económica por actos de modificación de la empresa.

Sin embargo, esta idea, que subyace claramente en la fundamentación de la sentencia y a la que aludimos más arriba, no puede servir de base objetiva y razonable desde la que excluir, sin más, la aplicación del 14 CE. Menos, cuando a las razones expuestas se añade otra relacionada con el carácter "*involuntario"* que debe tener la situación de desempleo a efectos prestacionales y que queda comprometido desde el momento en que el trabajador opta por aceptar la modificación, en lugar de ejercitar la acción extintiva prevista en el art. 41 ET.

A nuestro entender, resulta del todo improcedente admitir que una diferencia entre los arts. 47 y 51 ET y el 41 ET está en el carácter imperativo o forzoso de las medidas de reducción de jornada y salario incardinadas en aquéllos y que no cabe apreciar en éste. Del mismo modo entendemos que dicha consideración no puede servir de base para defender que, reconocer el derecho al desempleo parcial, *"implicaría en última instancia, una disparidad de trato con respecto a los trabajadores inicialmente contratados a tiempo parcial, que no lucran tal prestación salvo que hayan accedido al nuevo contrato desde una previa situación de desempleo protegido"*, por tratarse, ahora sí, de dos situaciones claramente diferenciadas.

4. El principio de transversalidad como argumento alternativo a favor de la inconstitucionalidad

Apunta el Tribunal Constitucional que la evolución normativa del art. 41 ET y del art. 203.3 LGSS ponen claramente de manifiesto que la "*voluntad del legislador es configurar el desempleo parcial como contingencia protegida en relación únicamente con los supuestos de reducción de jornada autorizados de forma temporal por la autoridad laboral como medida de regulación de empleo, dejando por el contrario fuera de dicha cobertura a las reducciones definitivas o de duración indefinida decididas por el empresario al amparo del art. 41 LET"*.

En apoyo de esta tesis, argumenta que la reforma del art. 12 ET, por el que se regula el contrato a tiempo parcial, cierra prácticamente las posibilidades de que se opere una reducción de la jornada a través del art. 41 ET, dado que ello supondría una novación contractual, en consecuencia sólo podría llevarse a cabo de forma consensuada y, siendo ello así, no procedería la solicitud de desempleo parcial por faltar el elemento esencial de la "*involuntariedad*" propia de esta contingencia.

Se trata, sin embargo, de un argumento limitado a las modificaciones que pudieran operarse en el ámbito de un contrato a tiempo completo, pero no con respecto a las que puedan imponerse, con carácter temporal o indefinido, en el marco de un contrato a tiempo parcial, donde la operatividad del art. 41 ET no puede discutirse. Téngase en cuenta, que la definición del contrato a tiempo parcial vigente desde el Real Decreto-Ley 39/1998 permitiría fácilmente una reducción unilateral de la jornada de un contrato a tiempo parcial, sin que pudiera ser considerada como novación extintiva, en los casos en los que se parta de una jornada muy cercana a la de un trabajador comparable a tiempo completo.

Siendo ello así, cabría plantearse hasta qué punto no pudieran ser de aplicación los mismos argumentos que esgrimió el Tribunal Constitucional en su sentencia 253/2004, de 22 de diciembre.

Esto es, una vez constatado estadísticamente, a partir de los datos de la encuesta de población activa, un mayor porcentaje de mujeres que de hombres contratadas a tiempo parcial, cabría defender que la limitación operada por el art. 203.3 LGSS, tiene un impacto especialmente perjudicial para las mujeres, de donde se podría concluir la vulneración del art. 14 CE, no por los motivos esgrimidos, sino por no cumplirse con el principio de transversalidad que, en materia de discriminación indirecta por razón de género, impone dicho precepto.

Cuestión distinta, aunque relacionada con la protección por desempleo parcial, es hasta qué punto cabría equiparar la situación de reducción de la jornada pactada –en el caso de transformación de un contrato a tiempo completo por otro a tiempo parcial-, o la de suscripción inicial de un contrato a tiempo parcial, con la solicitud de reducción de jornada por cuidado de menores y otros familiares (art. 37 LET). Si bien, en los tres casos, la reducción de la actividad viene derivada de un acto voluntario y, por tanto, que excluiría a priori la posibilidad de acceso a la prestación por desempleo, no cabe duda de que el último de los supuestos mencionados reviste ciertas particularidades, que deberían ser tenidas en cuenta en el debate que suscita la sentencia que comentamos.

De hecho, a partir de una interpretación sistemática y acorde con el principio de transversalidad, se podría concluir que del mismo modo en que la excedencia por cuidado de menores y otros familiares recibe el tratamiento normativo de la excedencia forzosa, la reducción de jornada que obedece a la misma finalidad aún siendo menos traumática, debería ser calificada también como "reducción forzosa" de la jornada. De este modo, podría obtenerse cierta cobertura prestacional que, en lógica con la normativa en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, permitiese dotar de mayor utilidad y eficacia práctica a una previsión normativa que, hoy por hoy, está infrautilizada, como consecuencia de la merma económica que arrastra su ejercicio y que, como tal, contribuye a que, en todo caso, sea la mujer la que lo solicite mayoritariamente, por cuanto, con carácter general, el salario de la mujer es más bajo que el del marido y, consiguientemente, es éste el que se acaba sacrificando.

Es cierto que, como afirma la STCO, que si bien *"el derecho que puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél"*, no es menos cierto –y de acuerdo con sus propias palabras- que el art. 41 CE *"consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales"*.

En base a esta lógica, y retomando uno de los argumentos básicos del Juzgado de lo Social de Zamora, no parece adecuada la interpretación que realiza la STCO, ya que "*si bien el art. 41 CE no obliga a dar protección a las situaciones de desempleo parcial, si el legislador asume y desarrolla la protección por tal contingencia, no puede hacerlo excluyendo de la misma a supuestos idénticos o incluso más graves desde el punto de vista de la necesidad de protección que los incluidos, por afectar con ello al derecho a la igualdad en la ley del art. 41 CE".*

UPF, Barcelona

Imprimir