



Roj: **STS 2942/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2942**

Id Cendoj: **28079140012022100565**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2022**

Nº de Recurso: **2000/2019**

Nº de Resolución: **634/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Oviedo, núm. 1, 23-11-2018,**  
**STSJ AS 912/2019,**  
**STS 2942/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 634/2022**

Fecha de sentencia: 07/07/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2000/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: TDE

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2000/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 634/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Ángel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance



D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Carlos María Meana Suarez, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Angustia , contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 45/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, de fecha 23 de noviembre de 2018, recaída en autos núm. 507/2018, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Angustia frente al Servicio Público de Empleo Estatal, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Servicio Público de Empleo Estatal, representado por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de noviembre de 2018, el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

1º) Angustia , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, prestaba servicios para la empresa Institución asturiana de nuevas profesiones SL, dedicada a la docencia, desde el 19 de abril de 2004, ostentando la categoría profesional de profesora (jefa de estudios), percibiendo una retribución bruta mensual de 2.634,55 euros.

2º) En fecha 13 de septiembre de 2017 formuló demanda judicial, cuyo conocimiento recayó en el Juzgado de lo Social Nº 3 de esta localidad, dando lugar a los autos 662/17, en la que interesaba la extinción de su contrato de trabajo por falta de pago y retrasos en el salario pactado con amparo en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los trabajadores . Recayó sentencia el día 24 de octubre de 2017, confirmada por otra del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de febrero de 2018, en la que se desestimaba su petición de extinción del contrato de trabajo. Copia de ambas obra unida al ramo de prueba de la parte actora, dándose su contenido por íntegramente reproducido.

3º) El día 20 de noviembre de 2017 la empresa Institución asturiana de nuevas profesiones SRL entrega a la actora comunicación en la que se procede a modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo, en concreto, su jornada de trabajo que pasaba a ser del 18,19%, así como una reducción de salario en la misma proporción y una modificación de su horario de trabajo, todo ello con efectos al día 6 de diciembre de 2017, amparado en causas económicas, organizativas y productivas. Copia de la comunicación obra unida al ramo de prueba de la parte actora, dándose su contenido por íntegramente reproducido.

4º) En fecha no determinada presentó demanda judicial impugnando la anterior modificación de las condiciones de trabajo, cuyo conocimiento recayó en el Juzgado de lo Social Nº 4 de esta localidad, dando lugar a los autos 905/17, que dictó sentencia el día 12 de febrero de 2018 en la que se desestimaba la demanda, declarando justificada la decisión empresarial, reconociendo el derecho de la actora a extinguir su contrato de trabajo, dentro de los términos legales, concediéndole al efecto el plazo de quince días. Copia de la sentencia obra unida al ramo de prueba de la parte actora, dándose su contenido por íntegramente reproducido. El día 15 de febrero la actora optó por la extinción del contrato de trabajo.

5º) El día 21 de febrero de 2018 solicita la prestación de desempleo, recayendo resolución de 21 de febrero de 2018 en la que se le reconoce la prestación por desempleo, tomando en consideración 2187 días cotizados, 720 días de derecho, período reconocido del 16 de febrero de 2018 al 15 de febrero de 2020, base reguladora diaria 60,59 euros y cuantía diaria inicial 28,14 euros. La entidad gestora tomó en consideración las bases de cotización de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2017, en cuantía de 2.634,55 euros, diciembre de 2017 en importe de 838,44 euros, enero de 2018 en cuantía de 479,23 euros y 15 días de febrero de 2018 en cuantía de 239,62 euros. 6º) La reclamación previa formulada el día 12 de julio de 2018 fue desestimada el 13 de julio de 2018".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D<sup>a</sup>. Angustia contra el Servicio Público de Empleo Estatal, absolviendo al demandado de todas las pretensiones de la demanda".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D<sup>a</sup>. Angustia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 29 de marzo de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Angustia



contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre Desempleo, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada".

**TERCERO.-** Por la representación de D<sup>a</sup>. Angustia , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 15-07-14 (Rec. Nº 1304/2014).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 17 de octubre de 2019, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando que existe falta de contenido casacional al ajustarse la sentencia impugnada a la doctrina de esta Sala, recogida en las SSTs de 27 de diciembre de 2016, rcud 3132/2015, 16 de enero de 2018, rcud 370/2017, y 9 de octubre de 2019, rcud 655/2019. También considera que no existe contradicción con la sentencia de contraste al confirmarse en la recurrida la resolución administrativa impugnada cuando en la referencial se reconoce el derecho a la prestación con coeficiente reductor. En todo caso, considera que siendo la situación legal de desempleo provocada cuando se encontraba con reducción de jornada esa es la que debe regir para determinar la prestación.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el que considera que el recurso debe ser desestimado por falta de contradicción porque en la recurrida no hay pronunciamiento alguno sobre la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

**SEXTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de julio de 2022, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar el periodo de 180 días que se ha de tomar para determinar la base reguladora de la prestación por desempleo cuando al finalizar el contrato existía una reducción de jornada declarada judicialmente como modificación sustancial de condiciones de trabajo ajustada a derecho.

La parte actora ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Asturias, de 29 de marzo de 2019, en el recurso de suplicación núm. 45/2019, que desestimó el interpuesto por la citada parte, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, en los autos 507/2018, que había desestimado la demanda, en la que se impugnaba la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal, O.A. por la que se le reconocía una prestación por desempleo de 720 días con una base reguladora diaria de 60,59 euros y cuantía inicial de 28,14 euros.

La sentencia recurrida resuelve sobre las siguientes premisas fácticas. Según resulta de los hechos declarados probados, a la parte actora le fue notificado, el 20 de noviembre de 2017, una reducción de jornada del 81.81% pasando de 1644 horas/año a 299 horas/año, adoptada al amparo del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), por lo que presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, dictándose sentencia el 12 de febrero de 2018, en la que se declaró ajustada a derecho la modificación y otorgando a la parte actora 15 días para que pudiera extinguir el contrato de trabajo. La extinción del contrato se produjo con efectos del día 15 de febrero de 2018. Seguidamente, la parte actora interesó la prestación por desempleo que es objeto del presente procedimiento, siéndole reconocida tomando en consideración las cotizaciones que se efectuaron entre la fecha de efectividad de la modificación y la de la extinción, lo que supone una cotización en función de las 299 horas realizadas. Disconforme con la decisión de la Entidad Gestora de la protección por desempleo, formuló demanda en la que considera que las cotizaciones a computar deberían ser las correspondientes a jornada completa partiendo de que la situación legal de desempleo trae causa de una modificación sustancial que, aun siendo ajustada a derecho y ejecutada, finalmente, ha provocado la extinción del contrato. También consideraba que de no haber impugnado la modificación la prestación por desempleo se hubiera calculado sobre el salario a tiempo completo, al no haberse ejecutado la modificación, de forma que es el ejercicio de un derecho procesal en el que, además, no se han respetado los plazos legales, el que perturba la configuración de su derecho prestacional siendo ello contrario al art. 24 de la Constitución Española (CE), en la vertiente de indemnidad.

El Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimatoria de la demanda porque la normativa aplicable, en orden a la determinación de la base reguladora de la prestación por desempleo, es clara y no hay excepción alguna que acoja lo que pretende la parte actora, quién libremente optó por impugnar la modificación , siendo consciente de la situación económica que atravesaba la empresa, cuyas consecuencias debe asumir, no constituyendo



ello una falta de tutela judicial porque si esa vulneración se vincula al retraso en el proceso de impugnación de la modificación, ello tiene un cauce específico pero no el de repercutir en el coste de la prestación que debe atender la Entidad Gestora. Esta decisión judicial fue objeto del recurso de suplicación que la Sala del TSJ desestimó y cuya sentencia es la aquí recurrida.

La sentencia recurrida confirmó la de instancia porque, en relación con lo planteado en el recurso de suplicación, consideró que la denuncia del art. 24 de la Constitución Española (CE) y art. 138.5 y 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) tenía que haberse articulado por la vía del apartado a) del art. 193 de dicha ley procesal. Junto a ello, refiere que el recurso no fundamenta la infracción, limitándose a invocar normas legales y una sentencia de un TSJ. Seguidamente, reflejando los hechos a tener en consideración, se remite al art. 267.1 a) 5 y 270.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con el art. 4.1 del Real Decreto (RD) 625/1985, de 2 de abril, para indicar que la regla general para tomar los 180 días que configuran la base reguladora de la prestación es los precedentes a la fecha de la solicitud, sin que la excepción de reducción de jornada por cuidado de menor sea el caso de la demandante. Además, recuerda que la actora no optó por la extinción del contrato cuando, el 20 de noviembre de 2017, le fue notificada la jornada reducida sino que impugnó la misma siendo posteriormente cuando decidió rescindir esa relación con efectos del 15 de febrero de 2018.

En dicho recurso de unificación de doctrina se formula un solo punto de contradicción para el que se identifica como sentencia de contraste seleccionada la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco, de 15 de julio de 2014, rec. 1304/2014.

La sentencia de contraste se pronuncia sobre un supuesto similar en el que, confirmada la procedencia de la reducción de jornada en vía judicial, el trabajador optar por la extinción del contrato, siendo cuestionada la base reguladora de la prestación por desempleo y si, en definitiva, el planteamiento de una acción judicial, puede vulnerar el derecho de tutela judicial efectiva en tanto que éste impide que aquella base recaiga sobre unas bases de cotización sin jornada reducida que es lo que hubiera correspondido de no existir aquel proceso. La Sala de suplicación en aquel caso, entendió que no es admisible que el ejercicio de una acción judicial perjudique derechos prestacionales que hubieran correspondido de no activar aquella vía por lo que acude a lo que denomina técnicas integradoras de lagunas normativas y, en definitiva, sostener que el supuesto guarda analogía con las excepciones que se contemplan para las reducciones de jornada por cuidado de hijo.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios. Alega la parte recurrida que no existe contradicción entre las sentencias contrastadas porque en una se confirma la resolución de la Entidad Gestora y en la otra se reconoce el derecho reclamado, pero ello, precisamente, es lo que evidencia la contradicción de los respectivos fallos, ante situaciones idénticas.

Tampoco puede acogerse la razón que ofrece el Ministerio Fiscal para justificar esa falta de contradicción porque, aunque es cierto que la sentencia recurrida ha expulsado del recurso la infracción del art. 24 de la CE por defectuoso amparo del motivo en el que lo invoca, e, incluso, ha llegado a afirmar de forma muy genérica que carecía de fundamentación, lo cierto es que resuelve la cuestión de fondo argumentando la razón por la que confirma la sentencia recurrida. Siendo ello así, la identidad en hechos, fundamentos y pretensiones de las partes entre las sentencias contrastadas es concluyente. No hay que ignorar que la referencia a la tutela judicial efectiva es un argumento que la parte recurrente ya adujo en la demanda, anudado al principio de indemnidad y lo reprodujo en suplicación como cuestión de fondo, e incluso exponiendo el criterio que ahora trae como doctrina de contraste. Es por ello por lo que, dado que la sentencia recurrida resolvió el fondo, los argumentos mayores o menores que haya dado no son lo que sirven para establecer la identidad de supuestos, como viene reiteradamente señalando esta Sala.

El recurso no incurre en la falta de contenido casacional que invoca la parte recurrida. La doctrina de esta Sala, recogida en las SSTs de 27 de diciembre de 2016, rcud 3132/2015, lo que resuelve es el cálculo del porcentaje de parcialidad con arreglo al art. 211.3 LGSS en su redacción dada por el RDL 20/2012, respecto de un supuesto de contrato de trabajo a tiempo parcial; la misma materia es la que tratan las otras sentencias que se identifican por la parte recurrida, la de 16 de enero de 2018, rcud 370/2017, y 9 de octubre de 2019, rcud 655/2018. En definitiva, en ninguna de ellas se resuelve un tema como el que es objeto del presente recurso que afecta a un trabajador que, por modificación sustancial de condiciones de trabajo, ve reducida su jornada de trabajo, en las circunstancias expresadas anteriormente y lo que pretende es obtener una prestación por desempleo acorde con el contrato que se está extinguiendo.,

**SEGUNDO.** - La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa del art. 24 de la CE y art. 4.1 del Código Civil (CC), en relación con el art. 211.5 de la LGSS



Según dicha parte, los argumentos que ofrece la sentencia de contraste para justificar la pretensión que, articulada en su demanda, son los que deben acogerse al darse en ellos respuesta a una situación que respetaría el principio de tutela judicial efectiva y otorgar con tal interpretación el derecho que le asiste.

Lo primero que hemos de concretar es el ámbito normativo sobre el que debe ser resuelto el motivo, Así, el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone, en relación con la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual que "En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones".

El art.138.7 de la LRJS, en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo señala que "La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa.

La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días".

En materia de desempleo, el art. 262.1 de la LGSS, en relación con el objeto de la protección, indica que "El presente título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267, identificando, en los demás apartados del precepto, lo que es el desempleo total y el desempleo parcial, así como señalando lo que se entiende por reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo

Ese precepto fue producto de la reforma que introdujo el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y posterior Ley 35/2010 y que pretendía reforzar los instrumentos de flexibilidad interna, mediante medidas de reducción temporal del tiempo de trabajo proporcionando al trabajador, según se decía, mayor seguridad, no solo conservando el contrato de trabajo sino manteniendo su nivel económico mediante la protección por desempleo, lo que se articuló por la vía del art. 47 del ET y mediante la figura de la reposición de las prestaciones de desempleo, entre otras.

El art. 267. 1 a) 5º de la LGSS, al definir las situaciones legales de desempleo, dispone como supuesto el de la extinción de la relación laboral: "Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, **41.3**, 49.1.m) y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

El art. 269.1 de la LGSS en el que, en relación con la duración de la prestación por desempleo, dispone que "La duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la siguiente escala".

El art. 270.1 de la LGSS, al regular la cuantía de la prestación por desempleo, señala que "1. 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 ciento ochenta días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior

[...]

En el supuesto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial, para determinar los períodos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine en la normativa reglamentaria de desarrollo

El apartado 6 del citado precepto dispone que "En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 5, 6 y 8 del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial".

Por tanto, a la luz de la normativa anteriormente citada, es evidente que la reducción definitiva de una jornada no tiene anclaje en el concepto de desempleo, total o parcial, por cuanto que el trabajador no ha generado la contingencia que se pretende proteger cuando se siguen prestando servicios, de forma que cuando a este





trabajador se le extinga la relación laboral lo será en un momento en el que la jornada no lo es a tiempo completo. Ya lo dijo claramente la STC 213/2005 a la que más adelante aludiremos.

Siendo ello así, como bien razona la sentencia de contraste, nos encontramos con un debate en el que habrá que interpretar esa normativa sobre la base de establecer previamente si la existente cubre el supuesto para, en otro caso, entender si existe una laguna legal y cómo debería afrontarse su existencia. Todo ello en relación con la determinación de la base reguladora cuando se genera la situación legal de desempleo por la extinción de contrato de trabajo que se produce, tras ser efectiva la reducción de jornada durante la tramitación del proceso en el que aquella medida se impugnó y fue declarada ajustada a derecho, ejercitando el trabajador el derecho extintivo que inicialmente no activó.

Los criterios doctrinales que podemos tomar como referentes para dar respuesta al específico debate que nos ocupa deben partir de la doctrina constitucional sobre el ámbito de que dispone el legislador al regular el régimen de protección de la Seguridad Social. Como recuerda de forma reiterada el Tribunal Constitucional, los derechos que los ciudadanos pueden ostentar en materia de seguridad social son derechos 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 sistema. Como recuerda la STC 172/2021, y la que más adelante referiremos ( STC 213/2005), " No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento ( STC 65/1987). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho ( STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico ( SSTC 103/1984 y 27/1988), ni vulnera el principio de igualdad'.

En la misma STC 197/2003 advertimos que, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales 'es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva - art. 53.3 CE-', 'este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable ( STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)" [ STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 5]".

Del mismo modo, podemos recordar brevemente los criterios constitucionales y jurisprudenciales que han venido exponiendo las diferencias entre las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales, las medidas de flexibilidad interna y el contrato de trabajo a tiempo parcial, como forma de identificar más claramente el entorno en el que se produce la situación legal de desempleo de la que debemos partir. Así, la STC 213/2005, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en la que se cuestionaba la falta de protección por desempleo para las reducciones de jornada definitivas, llegó a decir que a partir de la reforma del contrato a tiempo parcial introducida en el art. 12 del ET por el RD Ley 15/1998, ya no era posible llevar a cabo una reducción de jornada en más de un tercio de la duración impuesta al trabajador contra su voluntad por la vía del art. 41 del ET, a la vista del contenido que se dio al art. 12.4 e) del ET. Es más, refiere que, tras la reforma de la Ley 12/2001, cualquier reducción de jornada por debajo de la ordinaria implica la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, lo que conlleva necesariamente la exigencia de voluntariedad en la reducción con exclusión de la aplicación del art. 41 del ET. A tal efecto, señala que "una reducción de la jornada de trabajo, ya sea de carácter temporal o de duración indefinida, no comporta la pérdida del empleo. El trabajador que ve reducida su jornada de trabajo mantiene su empleo y, por lo tanto, no es propiamente un trabajador "desempleado", del mismo modo que no lo es quien accede inicialmente a un empleo a tiempo parcial. Añade, en relación con el art. 203.2 de la LGSS que lo que hace este precepto es " reconocer el acceso a la protección por desempleo parcial en las situaciones de reducción de la jornada de trabajo autorizadas por la autoridad laboral por un período de regulación de empleo, y no reconocerlo en las de modificación sustancial de condiciones de trabajo decididas por el empresario al amparo del art. 41 LET, aunque la modificación consista en una reducción de la jornada de trabajo", insistiendo el tribunal en que las reducciones de jornada temporales de aquel precepto de la LGSS obedecen a medidas coyunturales de regulación de empleo para superar situaciones económicas o riesgos de viabilidad ( art. 47 del ET), dice " En el funcionamiento de estos instrumentos de regulación de empleo de carácter temporal, 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" Y respecto del art. 41 recuerda que " La regulación del art. 41 LET que ofrece el legislador de 1994 trata de conciliar, como señala la exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el reconocimiento de las facultades derivadas de la necesidad de adaptabilidad de las empresas con la garantía de los derechos de los trabajadores frente a modificaciones arbitrarias. A tal efecto, el legislador diseña un sistema que faculta al empresario para la adopción de este tipo de modificaciones en virtud de causas tasadas y de acuerdo con un determinado procedimiento diferenciado según el carácter individual o colectivo de la modificación, con sujeción a un eventual posterior control judicial sobre el carácter justificado o injustificado de la modificación y con el reconocimiento del derecho del trabajador perjudicado de instar la rescisión de su contrato de trabajo con derecho a indemnización, lo que sitúa la cuestión en un terreno prácticamente idéntico al de un despido por motivos justificados pero ajenos a la conducta del trabajador. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en relación con la regulación precedente a la reforma de 1994, la situación resultante de la opción del trabajador de no rescindir su contrato de trabajo y de aceptar su transformación en un contrato a tiempo parcial no se consideró susceptible de cobertura por el sistema de protección, equiparando así la situación de estos trabajadores a la de aquéllos contratados ya desde el inicio de su relación laboral mediante un contrato a tiempo parcial" [...]. Al analizar las causas del art. 41 y 47 del ET, llega a afirmar que "en el caso de la modificación de condiciones del art. 41 LET, en el que la decisión es adoptada exclusivamente por el empresario -en su caso, tras la celebración de un período de consultas- y resulta directamente ejecutiva, sin perjuicio de su posible impugnación judicial (art. 41.3 LET). 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 LET citado, entre otras razones porque sólo actúa a iniciativa del propio trabajador [...] el trabajador que se enfrenta a una decisión empresarial de esta naturaleza que objetivamente le perjudique puede adoptar una de estas dos decisiones (al margen, lógicamente, de la de impugnar la decisión en caso de que la considere infundada): o bien aceptar la modificación y continuar su relación laboral desde las nuevas bases modificadas, o bien decidir que su contrato ha quedado extinguido por causas imputables al empresario y con derecho a ser indemnizado por ello.

Igualmente, respecto de la evolución que la protección por desempleo ha tenido en materia de reducción de jornada, la citada sentencia subraya que, en ese marco de maniobra del legislador ordinario al estructurar la protección del sistema, en relación con el art. 14 de la CE, recalca que " no resulta objetable desde el art. 14 CE la decisión del legislador de articular de forma diferenciada la consideración y protección de los derechos de los trabajadores en cada uno de los supuestos, ni la de utilizar, en el caso de uno de ellos, el instrumento del sistema de protección por desempleo para compensar la reducción transitoria de los salarios. 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. Tal opción supone elegir una concreta solución a través de la articulación de diversos preceptos reguladores de una misma materia -lo que, por lo demás, impide la contemplación de un único precepto aislándolo del sistema en el que se integra- y es tan constitucionalmente admisible, en función de los objetivos a alcanzar, como otras que habrían sido igualmente posibles".

Esa misma consideración que diferencia el contrato de trabajo a tiempo parcial y la modificación sustancial de condiciones de trabajo es la que advirtió esta Sala diciendo que "la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo; y que ésta se configura como única [ arts. 1, 4 y 5 ET ], aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empleador, que cuando afectan a la jornada pueden integrar modificación sustancial de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el art. 41 ET. Y tratándose -en concreto- de una reducción de jornada en doce horas semanales [por pérdida de una contrata en el sector de limpieza de edificios y locales], tal decisión puede constituir la referida modificación sustancial, pero en modo alguno un despido", y que "De otra parte, aunque también se haya mantenido que "todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial", lo cierto es que la Sala considera -con gran parte de la doctrina- que el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye -al menos actualmente- una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida] o de utilización reducida del tiempo de trabajo ["jornada parcial"]. En definitiva, entiende que dado el carácter voluntario de la transformación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, la misma debe ser consensuada con el trabajador "y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones" ex art. 41.1.a) ET . Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación



colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador" ( STS de 14 de mayo de 2007, rcud 85/2006, y las recordadas en el ATS de 19 de febrero de 2014, rcud 2460/2013)

La STS de 4 de diciembre de 2018, rcud 470/2017, dice que el art. 41.3 del ET "autoriza a los trabajadores a resolver el contrato si una modificación sustancial de las condiciones de trabajo les produce un perjuicio. La acción resolutoria que se les reconoce, trata de paliar los efectos derivados de una alteración contractual que sobrepasa unos límites objetivos, evitando a su vez que las decisiones unilaterales de la empresa se fundamenten en valoraciones subjetivas". Como recuerda la STS de 23 de julio de 2020, rcud 720/2020, "Si el legislador hubiera querido que toda MSCT comportara el derecho a que las personas afectadas pudieran extinguir su contrato con derecho al percibo de la indemnización expuesta ( art. 41.3 ET) y acceder a la situación legal de desempleo ( art. 267.1.5º LGSS) debiera haber redactado el artículo 41.3 ET en otros términos" [...].Corresponde, en su caso, al legislador introducir las innovaciones que considere adecuadas cuando desee alterar el expuesto esquema".

A partir de aquí, lo único que ha dicho esta Sala respecto de la extinción del contrato por la vía del art. 41.3 del ET es que constituye situación legal de desempleo total ( STS de 18 de septiembre de 2008, rcud 1875/2007).

Igualmente y dado que en las sentencias contrastadas se acude a las reducciones de jornada del art. 37 del ET es oportuno recordar lo que al respecto se ha dicho por esta Sala, en variadas controversias, como el despido producido desde esa situación y la necesidad de que las consecuencias económicas de un despido declarado no procedente se calcule sobre el salario no reducido, aplicando la previsiones legislativas que así lo indicaban (Disp. Transitoria 18ª del ET 1995 hoy Disp. Transitoria 19ª del ET 2015), como refiere la STS de 25 de abril de 2018, rcud 438/2018, que recuerda que el trato dado a esas situaciones arranca de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo objetivo es la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales mediante una serie de previsiones en favor del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y el fomento de una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, admitiendo que las reglas generales de una determinada materia es posible que pueda verse afectada por excepciones, como la de las del art. 37, llegando a decir que " 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 , 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, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional ( artículo 39 de la Constitución ) que establece la protección a la familia y a la infancia".

Con las anteriores referencias normativas y doctrinales la respuesta al caso debe partir, fundamentalmente, como bien señala la sentencia de contraste, de la situación de la trabajadora que, sin dejación de sus derechos, teniendo un contrato a tiempo completo ha mantenido durante la tramitación de un proceso judicial, una jornada reducida hasta que, judicialmente, le fue confirmada que era ajustada a derecho, siendo entonces cuando procedió a optar por la extinción del contrato que le otorga el art. 138 de la LRJS, en relación con el art. 41.3 del ET. Y es a partir de esta situación cuando se produce la controversia en relación con las cotizaciones que deben tomarse para configurar la base reguladora de la prestación por desempleo.

La base reguladora de la prestación por desempleo se configura en la forma que el legislador ha explicitado en el art. 270.1 de la LGSS. Por tanto, en aquellos casos en los que el trabajador que ha sufrido una modificación de sus condiciones de trabajo, reduciendo su jornada, si se opta por extinguir el contrato sin impugnar judicialmente la medida la base reguladora de la prestación por desempleo se obtiene de las bases de cotización que han integrado la actividad a tiempo completo. Pues bien, esta misma solución es la que corresponde al caso por las razones que pasamos a exponer.

Es cierto que, de seguir el criterio de la sentencia recurrida, y como destaca la sentencia de contraste, el ejercicio de la acción judicial perjudica la protección por desempleo en caso de que el trabajador opte por la extinción tras obtener la sentencia que declara justificada la modificación, ya que ello supone tomar como bases de cotización las inmediatas anteriores la extinción, entre las que se incluyen las realizadas con jornada reducida, lo que implica que dicha base sea inferior a la que hubiera tenido de no acudir a los tribunales. Si ese es el efecto del ejercicio de la acción judicial, siguiendo la doctrina constitucional que se cita en la sentencia de contraste, nos encontramos con un proceso judicial adverso para el trabajador que la activa. La STC 6/2011, entre otras que cita la sentencia de contraste, recuerda que del planteamiento de acciones judiciales no puede sufrir consecuencias perjudiciales, en el ámbito de las relaciones públicas o





privadas, la persona que los protagoniza. En el presente caso la demanda de modificación sustancial de las condiciones de trabajo no debería perjudicarle ni hacerle de peor condición que al trabajador que, en similares circunstancias, no recurre la misma. Es más, como bien refiere la sentencia de contraste, esa perniciosa consecuencia desincentiva cualquier impugnación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, haciendo inoperante la previsión legal al respecto.

Ese perjuicio, que se produce de entender que la base reguladora se obtiene en la forma en que se ha adoptado por la sentencia recurrida, se supera si se hace una interpretación de la norma acorde con la situación que se está protegiendo por el desempleo. Y ello sin necesidad de acudir a instituciones como la analogía y menos tomando figuras que pudieran no tener la identidad de razón que es elemento esencial para su aplicación.

En efecto, la premisa de la que se debe partir es que no se ha extinguido un contrato a tiempo parcial. Y ello porque aquí tenemos una sentencia firme que ha declarado justificada la medida, aunque la reducción de jornada como la que ha sufrido el aquí demandante, sea del 81.81% y pudiera haber requerido su consentimiento-. Siendo ese el punto de partido, lo que se está extinguiendo es un contrato a tiempo completo. Precisamente y como hemos indicado anteriormente, esta Sala ha venido ya indicado que una modificación sustancial de condiciones de trabajo de un contrato de trabajo a tiempo completo, en la que se reduce la jornada, no altera la condición jurídica del contrato como a tiempo completo.

Esa condición jurídica persiste, incluso, aunque se haya impugnado la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en tanto que el derecho de extinción que se le ofrece al trabajador, con o sin impugnación, es de su relación laboral anterior a la decisión empresarial, sin que la ejecutividad de la medida pueda alterarlo y menos entender que tras el proceso judicial la extinción que se está operando es la del resto de la jornada ya que ello implicaría que se está extinguiendo un contrato a tiempo parcial que, como hemos indicado, hubiera requerido el consentimiento del trabajador. La opción que se le otorga al trabajador está entre asumir la modificación o extinguir su contrato a tiempo completo, que es al que se refiere el art. 41.3 del ET.

Partiendo de ello, la base reguladora se rige por el art. 270.1 de la LGSS. Este precepto, como hemos visto antes, se remite al art. 269.1 de la LGSS. En él se fijan dos momentos diferentes de los que se puede obtener el periodo de 180 días de ocupación cotizada. En el caso que nos ocupa, si estamos ante la extinción de un contrato a tiempo completo, lo adecuado será acudir al criterio de "momento que cesó la obligación legal de cotizar" por ser ese el contrato que se extingue y provoca el desempleo, lo que supone tomar las bases de cotización anteriores al momento en que se ejecutó la medida y en el que se estuvo cotizando por el 100% de la jornada. Y ello no choca con el hecho de que la situación legal de desempleo, que es el otro criterio que también sirve para calcular la base reguladora, se origine en estos casos a partir del momento de la extinción del contrato ya que la base reguladora es un elemento más, junto a la situación legal de desempleo, sobre los que se construye la protección por desempleo. Por tanto, siendo estando configurada la base reguladora en atención a uno de esos dos posibles parámetros, el aquí aplicado es el más adecuado a la situación que provoca la contingencia protegida.

Con esta interpretación de las normas, en atención a las circunstancias que concurren y que son las que realmente se están protegiendo por desempleo, no existiría laguna normativa que hubiera precisado de integración alguna ni se menoscaba el derecho de tutela judicial efectiva de que dispone el trabajador para defender los derechos que le asisten.

**TERCERO.** - Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado, por lo que la sentencia recurrida debe ser casada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, procede estimar el de tal clase interpuesto por la parte actora y, revocando la dictada por el Juzgado de lo Social, estimar la demanda declarando el derecho de la parte actora a una base reguladora de la prestación por desempleo por importe de 87,82 euros/día, cuya cuantía como la correspondiente a una jornada completa no consta que fuera controvertida.

Todo ello sin imposición de costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Carlos María Meana Suarez, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Angustia , contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 45/2019.



2.- Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de tal clase interpuesto por la parte actora y, con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, de fecha 23 de noviembre de 2018, recaída en autos núm. 507/2018, estimar la demanda, declarando el derecho del demandante a tener una base reguladora de la prestación por desempleo contributiva de 87,82 euros/día, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración.

3.- Sin imposición de costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ