



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS RETRIBUCIONES EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

*Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)
de 25 de enero y 15 de marzo de 2005*

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO *

SUPUESTO DE HECHO: La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 resuelve el recurso de casación interpuesto por la Federación de Asociaciones Sindicales FASGA contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2002, que desestima la demanda interpuesta por la misma en proceso de conflicto colectivo. En el mismo sentido se pronuncia antes la sentencia de 25 de enero de 2005, en aquel caso, ante un recurso planteado por la Federación Estatal de Comercio de Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CC.OO), al que se suma FASGA (previamente codemandada por ser firmante del convenio aplicable), en este caso, ante la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2002.

En ambas sentencias, en el *petitum*, las respectivas partes actoras solicitaban que los trabajadores de la empresa demandada (Carrefour) que accedieran a una prestación de servicios a tiempo parcial por guarda legal (o, en general, todos aquellos trabajadores a los que se les haya reducido su jornada laboral «por cualquier otra circunstancia relacionada con la transformación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial», tal como se extendía el objeto del recurso en la primera de las sentencias) percibieran el complemento de antigüedad en la misma cuantía en que lo percibían antes de que se produjera la reducción de la jornada por dicho motivo.

La parte recurrente, tal como concluye el Tribunal en la primera de las sentencias en el tiempo en su fundamento jurídico segundo, «...construye su recurso, esencialmente, sobre la naturaleza del complemento de antigüe-

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



dad, al que considera independiente del salario percibido por unidad de tiempo, y, a partir de esta premisa, considera que la norma paccionada, contenida en el artículo 23 del convenio colectivo de aplicación, no permite el fraccionamiento del importe de la antigüedad en proporción a la duración de la jornada realizada»¹.

Por su parte, el artículo 9.1 del convenio colectivo aplicable (convenio colectivo de medianas y grandes empresas de distribución —grandes almacenes—, publicado en el BOE de 10 de agosto de 2001, y con vigencia hasta 31 de diciembre de 2005) dispone, entre otras cosas, en referencia a las diferentes modalidades de contratación —sin establecer distingo alguno—, que «las condiciones pactadas en el presente Convenio Colectivo se refieren a la realización de la jornada máxima ordinaria pactada en su artículo 31, por lo que se aplicarán proporcionalmente en función de la jornada efectiva que se realice. Los trabajadores a tiempo parcial que realicen una jornada igual o superior al 80% de la máxima prevista en el Convenio, disfrutarán de iguales derechos que los empleados a tiempo completo, salvo los salariales que se abonarán a prorrata de su jornada».

La Audiencia Nacional resolvió la cuestión planteada de manera parca «al ser tan clara la cuestión que no necesita interpretación», tal como afirma literalmente en la sentencia de ocho de noviembre de 2002. Para la Audiencia Nacional «lo que la actora más bien pretende es que la Sala cambie las palabras del Convenio»; reafirmando, de esta forma, la claridad de la literalidad de la norma convencional respecto del *petitum* de los demandantes.

RESUMEN: El Tribunal Supremo confirma, en casación, las sentencias de la Audiencia Nacional en los mismos términos. Según afirma el Alto Tribunal por dos veces en las sentencias citadas, «dado que el artículo 9.1 del Convenio expresamente establece que las condiciones pactadas en el Convenio Colectivo, y por tanto las retributivas, cualquiera que fuese la modalidad contractual, se refieren a los supuestos de realización de la jornada máxima ordinaria pactada en el art. 31», dichas condiciones de trabajo se aplicarán proporcionalmente en función de la jornada efectiva que se realice. Sólo establece el Convenio una previsión específica al respecto: los

¹ Dicho artículo 23 del convenio colectivo, además de fijar su cuantía, dispone: «...El importe de cada cuatrienio comenzará a abonarse desde el día primero del mes siguiente al de su cumplimiento. Los valores de los cuatrienios previstos en la tabla anterior, permanecerán invariables en la cuantía durante la vigencia del Convenio Colectivo. El trabajador que cese definitivamente en la empresa y posteriormente ingrese de nuevo en la misma, sólo tendrá derecho a que se compute la antigüedad a partir de la fecha de este nuevo ingreso, perdiendo todos los derechos de antigüedad anteriormente obtenidos».



trabajadores a tiempo parcial que realicen una jornada igual o superior al 80 % de la máxima prevista en el Convenio disfrutarán de iguales derechos que los empleados a tiempo completo. Siendo así, según resuelve el Tribunal Supremo, «la consecuencia que se extrae es la de que a los trabajadores acogidos a la reducción legal de jornada ordinaria en la cuantía a que se refiere el conflicto colectivo, como razona acertadamente la sentencia recurrida, no tienen derecho a lo que pretenden en su demanda, esto es a percibir el complemento de antigüedad como si se realizase la jornada ordinaria».

Con ello, argumenta al mismo tiempo el Tribunal Supremo, tampoco existe trato desigual, dada la literalidad del propio Convenio, respecto a los trabajadores que tuvieran una jornada de trabajo por encima del 80 % de la jornada ordinaria para los que no se aplicaría la regla de proporcionalidad en la determinación de las condiciones de trabajo pactadas convencionalmente.

De la misma forma, en la sentencia de 15 de marzo, tampoco entiende el Alto Tribunal que la aplicación de la regla de proporcionalidad prevista con carácter general «cualquiera que sea la modalidad de contrato» en el artículo 9.1 del Convenio implique la novación del contrato de quienes accedan a una reducción de jornada por guarda legal en contrato a tiempo parcial.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL; EN PARTICULAR EN LOS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO POR GUARDA LEGAL O CUIDADO DE FAMILIARES
2. GUARDA LEGAL Y CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL ART. 12 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A TODOS LOS SUPUESTOS DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
3. APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMPROMETIDO POR GUARDA LEGAL
4. CÁLCULO Y DEVENGO DEL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL; EN PARTICULAR EN LOS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO POR GUARDA LEGAL O CUIDADO DE FAMILIARES

Las sentencias del Tribunal Supremo que comentamos no aportan en realidad muchas novedades sobre algunas de las cuestiones que más insistentemente pueden aparecer en los supuestos de trabajo a tiempo parcial, en

general, y en la modalidad de contrato a tiempo parcial, en particular. Efectivamente, los pronunciamientos del Alto Tribunal, como los antecedentes de la Audiencia Nacional en las sentencias recurridas en casación, se centran en la interpretación literal del convenio colectivo aplicable sin entrar en más consideraciones —salvo algunas referencias más bien indirectas— sobre el régimen aplicable al trabajo a tiempo parcial y a los supuestos de guarda legal.

Sin embargo, y pese a ello, estas sentencias sí pueden servirnos para dar pie a algunas reflexiones respecto del régimen jurídico aplicable a distintas formas de trabajo a tiempo parcial —entre ellas, obviamente, el de guarda legal, único supuesto, por otra parte, de reducción legal de jornada de trabajo a instancias del trabajador prevista legalmente—; y, en particular, en lo que hace a la extensión con que debe entenderse la aplicación de la regla de proporcionalidad, además de la vigencia y extensión del principio de igualdad.

Ambos aspectos se han entendido como elementos contradictorios, si se nos permite la expresión, en la regulación del régimen jurídico a aplicar al trabajo a tiempo parcial. Si se quiere, la regla de absoluta proporcionalidad ha sido corregida no sólo legalmente sino también judicialmente² (y, aún más, constitucionalmente) en el ámbito del trabajo a tiempo parcial. Tanto es así, que la lógica aplicación de esta regla de *pro rata temporis* presenta algunas exigencias legales de determinación previa que evitan su aplicación inmediata respecto de cualquiera condición de trabajo, pese a que evidentemente aún sigue informando el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial (y, por extensión, de cualquier forma de trabajo a tiempo parcial)³. Así puede comprobarse acudiendo a la previsión del artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores⁴.

² Con ciertas «alternancias», si se nos permite la expresión. Al respecto confr. las sentencias, a que después aludiremos, del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001, en relación con el cálculo de la indemnización por despido, que admite el cómputo del salario como si la trabajadora estuviera a tiempo completo; o, la más reciente, de 2 de noviembre de 2004, que no admite el cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo como si estuviera a tiempo completo en caso de despido durante la situación de reducción de jornada por cuidado de familiares.

³ Así decíamos en nuestro trabajo sobre contrato a tiempo parcial: DEL REY GUANTER (dir.), VALVERDE ASENCIO, GALA DURÁN y LUQUE PARRA; «El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de seguridad social». *La Ley*. 2003, pág. 62.

⁴ Afirmábamos en dicho trabajo, que la regulación legal contenida en el segundo inciso del artículo 12.4.d) parecía deducir con claridad la necesidad de «exigir el pronunciamiento legal o convencional para la aplicación de tal principio de proporcionalidad», cerrando así cierta discusión sobre la aplicación automática o no del mismo. Al respecto conf. YANINI BAEZA; «Trabajo a tiempo parcial: notas sobre su régimen jurídico». *Tribuna Social* núm. 85, 1998; pág.



Pero aún más, esta determinación previa de la aplicación de la regla de proporcionalidad —que, insistimos, siempre ha de ser corregida desde la perspectiva de la garantía del principio de igualdad efectiva— presenta otra exigencia no menos importante. Nos referimos a la exigencia de precisar, efectivamente, el objeto concreto, la condición de trabajo precisa, sobre la que aplicar dicha regla de proporcionalidad. En este sentido, la condición de trabajo sobre la que gira el conflicto que se plantea en las sentencias que comentamos es un ejemplo claro. La retribución del trabajador, y, en particular, el complemento de antigüedad, requiere que se precise sobre qué ha de aplicarse dicha regla de proporcionalidad, si ésta debe aplicarse sólo sobre su cuantía o si afecta al cómputo de tiempo (años de servicio) a efectos de su reconocimiento.

Parte del recurso se sustancia en base a estos argumentos. La misma alusión de las partes al quebranto del artículo 37.2 de la Constitución y la pretensión de modificar los hechos declarados probados en relación con la previsión del convenio⁵, así como el fundamento del Tribunal cuando precisamente admite la inclusión de la aplicación de la regla de proporcionalidad en el contenido del artículo 9.1 del convenio —incluso en la alusión al artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores en la primera de las sentencias—, centran la cuestión, al menos implícitamente, en este tema. Que la regla de proporcionalidad esté prevista o no en el convenio para los supuestos de reducción de jornada es requisito ineludible para aplicar la misma.

En todo caso, con ser importante —quizá indispensable—, no es la única de las cuestiones que han de plantearse. Como decimos, la relación entre

18. Al respecto, en otro sentido, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ; *El contrato a tiempo parcial*. Aranzadi, pág. 212. Antes, como referencia obligada, MERINO SENOVILLA; *El trabajo a tiempo parcial*. Lex Nova. 1994, págs. 268 y ss.

⁵ Como afirma el antecedente de hecho primero de la sentencia de 25 de enero, el recurso se fundamenta, entre otros motivos, «al amparo del apartado d) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral por “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. Por el que se pretende adicionar un nuevo hecho probado, del siguiente tenor literal: “El importe del complemento personal de antigüedad se percibe de acuerdo con cantidades fijas y preestablecidas por cuatrienio, iguales para todos los trabajadores al margen y con independencia de la categoría o grupo profesional al que estén adscritos y del salario base de grupo o salario convenio que perciban, según establece el art. 23 del Convenio de Aplicación”». A esta pretensión el Tribunal Supremo contesta que «es claro que el artículo 23 del Convenio de aplicación —en la terminología del recurrente— no puede subsumirse bajo el concepto de hecho, sino de fuente de derecho, y ello al margen que efectivamente este precepto convencional diga lo que expresa el recurso, cuando transcribe literalmente el contenido de este precepto»; siendo así que, entiende aplicable al caso la previsión antes relatada del artículo 9.1 del convenio.

proporcionalidad e igualdad efectiva o material centran en gran medida parte de la discusión que siempre ha de tenerse en cuenta respecto a la determinación de las condiciones de trabajo en los supuestos de trabajo a tiempo parcial.

Pero no es éste el único elemento a tener en cuenta. La aplicación de las reglas previstas para el contrato a tiempo parcial a los supuestos de guarda legal (como para otros supuestos de trabajo a tiempo parcial) es un tema recurrente en el análisis de cualquier forma de reducción de jornada más allá de su formalización como contrato a tiempo parcial.

Como hemos referido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo evita calificar al supuesto de reducción de jornada como una novación de un contrato a tiempo completo previo en contrato a tiempo parcial. Ello impide la calificación como contrato a tiempo parcial de este supuesto de reducción de jornada, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de proporcionalidad previstas en el convenio colectivo. Sin embargo, queda pendiente precisar, como por otra parte debe ser ineludible, cuál es el régimen jurídico aplicable; qué normas de las previstas en el artículo 12 serían aplicables a los casos de guarda legal (o a otros supuestos posibles de reducción de jornada). Es una cuestión interesante sobre la que creemos deberíamos reflexionar siquiera brevemente al hilo de una sentencia como ésta.

Finalmente, y en relación con lo anterior, hay que precisar también cuál es la extensión del principio de igualdad en estos supuestos; sobre todo desde la perspectiva antes referida de que esta garantía de igualdad o de equidad del trabajador a tiempo parcial (cualquiera que sea la modalidad de trabajo a tiempo parcial podría añadirse) modula, condiciona e, incluso, limita la aplicación estricta de la cualquier regla de proporcionalidad.

Además, en supuestos como éste, hay que tener en consideración que concurre un bien jurídico a proteger como es la conciliación de la vida familiar con la laboral que da lugar a una institución como la de la guarda legal y que ello puede (¿o debe?) aportar algunos elementos nuevos en la consideración (y extensión) de este principio de igualdad⁶.

Es cierto que, sobre todo en el recurso que da lugar a la segunda de las sentencias del Tribunal Supremo, el planteamiento de la demandante y posterior recurrente se centra en un aspecto meramente formal del principio de igualdad (frente a los trabajadores con una dedicación de jornada de más del 80 %), pero se podría plantear en qué grado podría afectar a la consideración del citado principio de igualdad la aplicación del mismo a supuestos de reducción de jornada que tienen como consecuencia la efectividad de un bien jurídico como el indicado (así aparece aunque «escuetamente», tal como

⁶ Téngase en cuenta que la propia Ley atiende de forma particular a una institución como ésta al declarar como nulo el despido de un trabajador en estos supuestos (artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores).



lo califica el Tribunal, en el recurso planteado por la Federación de Comisiones Obreras).

En definitiva, aunque realmente el Tribunal Supremo resuelve la cuestión sobre una interpretación literal de la previsión del convenio, algunas de las cuestiones que suscita un supuesto como el planteado hace, en nuestra opinión, interesante que se haga alguna referencia a las mismas. Muchas de estas cuestiones, por no decir todas, son recurrentes en el trabajo a tiempo parcial; algunas podrían tener una especial incidencia en esta forma de reducción de jornada a instancia del trabajador como es la guarda legal; y, en todo caso, está latente la necesidad de calificar jurídicamente de manera lo más precisa posible dicho supuesto a efectos de determinar su propio régimen jurídico y la aplicación de las normas contenidas en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores para el contrato a tiempo parcial.

2. GUARDA LEGAL Y CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL ART. 12 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A TODOS LOS SUPUESTOS DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La regulación del contrato a tiempo parcial tal como queda configurada tras la Ley 12/2001 (antes tras el RDL 5/2001; y, aún antes, tras el RDL 15/1998) implicó, entre otras novedades importantes, la creación de un régimen jurídico diferenciado entre contrato a tiempo parcial y contrato a tiempo completo⁷. Aspectos tales como la prohibición en la realización de horas extraordinarias (salvo en los supuestos de fuerza mayor del art. 35.3 del Estatuto de los Trabajadores), la posibilidad de formalizar un pacto de horas complementarias o un tratamiento específico de seguridad social, conflúan en este auténtico régimen especial del contrato a tiempo parcial respecto a la regulación común del contrato a tiempo completo.

Una de las dudas que, por lo anterior, se planteaba era la extensión de estas peculiaridades de régimen jurídico a otras formas de trabajo a tiempo parcial más allá del contrato a tiempo parcial formalizado como tal⁸.

Algunas formas de trabajo a tiempo parcial parecían requerir legalmente la formalización como contrato a tiempo parcial; así ocurre respecto a la

⁷ DEL REY GUANTER y VALVERDE ASENCIO; «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 18, 1999; pág. 15.

⁸ Especialmente la analizábamos respecto al trabajo a tiempo parcial del jubilado parcial pese a su calificación legal como contrato a tiempo parcial; *vid.*, en este sentido; libro sobre contrato a tiempo parcial. En «El nuevo contrato a tiempo parcial...»; *cit.*, págs. 132 y ss.

jubilación parcial. Sin embargo, en otras formas de prestación de servicios a tiempo parcial como la prevista en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores no se exige, en ningún momento, la formalización de dicha reducción de jornada a través del contrato a tiempo parcial, lo que supondría una novación contractual que en ningún momento se plantea —antes al contrario, habría que afirmar, si atendemos a la propia naturaleza de la institución—. En uno y en otro caso (no existen muchos más casos típicos legalmente de trabajo a tiempo parcial más allá del contrato a tiempo parcial del art. 12) la cuestión que inmediatamente ha de traer a colación es, en el sentido que antes decíamos, si las normas previstas para la regulación del contrato a tiempo parcial son aplicables o no y en qué medida.

La sentencia de 15 de marzo, frente a la antecedente de 25 de enero, no aclara estos términos. Ni siquiera entra a valorar la cuestión.

Sin embargo, sí podemos encontrar algunos matices interesantes en ambos pronunciamientos jurisprudenciales.

En este sentido, esta última sentencia citada (la de 25 de enero de 2005) sí alude directamente a la previsión del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores para fundamentar su fallo, sin cuestionar en momento alguno su aplicación a los supuestos regulados en el artículo 37.5. Ello puede servir de indicio claro de cómo la aplicación, al menos, de determinadas normas reguladoras del contrato a tiempo parcial, se hace de forma «natural» a otras instituciones que suponen una prestación de servicios de jornada reducida.

Por su parte, y pese a este antecedente inmediato, la sentencia de 15 de marzo apunta, *obiter dicta*, alguna precisión que puede resultar interesante.

Es cierto que no cuestiona, al igual que hace su antecedente, la aplicación de la regla de proporcionalidad; antes al contrario, se convierte en el argumento indiscutido del pronunciamiento jurisprudencial al aceptar —como criterio interpretativo incuestionable— la aplicación de lo previsto en el art. 9.1 del Convenio colectivo, que alude a «modalidades contractuales».

Pero, en segundo lugar, y quizá a estos efectos más interesante, llega a la conclusión antes mencionada de aceptar la aplicación efectiva de la regla de proporcionalidad no tanto aludiendo al carácter disponible o no de la previsión del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, como hace la sentencia de 25 de enero —sin cuestionar su aplicación, tal como decíamos—, sino negando la existencia de una novación contractual —algo previsto expresamente en el convenio⁹— y, por tanto, admitiendo también en este su-

⁹ En este sentido, el apartado 3 del artículo 9 de la norma convencional dispone en su segundo inciso lo siguiente: «No se considerará novación de contrato de trabajo la reducción de jornada por los supuestos legalmente reconocidos en la Ley sobre la Conciliación de la vida laboral y familiar».



puesto, la aplicación de la norma convencional que regula, con carácter general, la aplicación de la regla de proporcionalidad.

Ello implica, en nuestra opinión, sin que quepa entender que estamos sobrevalorando una cuestión indirecta en el proceso, que el Alto Tribunal distingue perfectamente entre el supuesto de reducción de jornada a instancias del trabajador por guarda legal que conlleva una prestación de servicios a tiempo parcial y contrato a tiempo parcial. Sin perjuicio de que, obviamente, por la concurrencia de los presupuestos de la analogía, fueran aplicables determinadas normas como las atinentes a la determinación proporcional de las condiciones de trabajo.

En este sentido, la negación de la existencia de una novación contractual, obvia por otra parte, supone claramente que el Tribunal Supremo niega, en estos supuestos, la existencia de un contrato a tiempo parcial típico tal como queda configurado en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo anteriormente expuesto permite que puedan hacerse algunas consideraciones que por evidentes no dejan de ser interesantes:

En primer lugar, que, tal como hemos expuesto, no hay novación contractual en la reducción del tiempo de trabajo en los supuestos de guarda legal; por tanto, no estamos ante un supuesto de contrato a tiempo parcial ex artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

Y, en segundo lugar, que, pese a lo anterior, ello no supone que no sea de aplicación la regla de proporcionalidad prevista en tal norma en la medida en que esté recogida en convenio colectivo, dado que la propia sentencia del Tribunal Supremo (como, más tajante, la anterior de instancia de la Audiencia Nacional) parte de la interpretación literal del convenio para afirmar, sin duda, la aplicación de tal regla de proporcionalidad.

Esto que decimos no resuelve completamente la cuestión general sobre la aplicación, y con qué extensión, de las normas previstas para el contrato a tiempo parcial a otros supuestos, como el presente, de reducción del tiempo de trabajo comprometido. Pero, sin embargo, sí es indicio claro de lo expuesto a) que no estamos ante una modalidad de contrato a tiempo parcial, dado que, como afirma el Tribunal Supremo no hay novación contractual; b) que, por tanto, no es aplicable —y esto es ya una deducción propia— completamente el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial —diferenciado, según lo dicho, del previsto para el contrato a tiempo completo común—; y, c) que, no obstante lo anterior, sí hay normas como la prevista regla de proporcionalidad, donde no se cuestiona su aplicación.

Quedaría, por tanto, plantear qué normas propias del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial serían aplicables a los supuestos de reducción de jornada (en este caso, a instancias del trabajador, como derecho del mis-

mo ¹⁰, por cuidado de familiares o guarda legal de hijo menor de seis años). En este sentido, sin ánimo exhaustivo —dado que lo contrario excedería de lo que pretende ser simplemente una reflexión al hilo de las sentencias comentadas en este trabajo—, es evidente que determinados aspectos del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial no son ontológicamente aplicables a supuestos de reducción de jornada como el que vemos.

Así, no sería aplicable, por no estar incluido dentro del supuesto de hecho del RD 1131/2002, el régimen de cómputo de cotizaciones previsto para el contrato a tiempo parcial a efectos del acceso a prestaciones de seguridad social. El que no sea aplicable dicho régimen específico significa, en nuestra opinión, una vez declarado inconstitucional el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores en su versión anterior al RDL 15/1998, que el cómputo ha de ser por el período completo en que se sucede la reducción de jornada ex artículo 37.5 (independientemente, además, de que la reducción de jornada conlleve una jornada reducida diaria —lógica, pero no necesaria, por la naturaleza o motivo de la institución— u otra forma de distribución irregular de la misma ¹¹).

Igualmente, no tendría sentido, como en el supuesto de jubilación parcial ¹², plantear la aplicación de fórmulas de ampliación de la jornada, más allá de los supuestos de horas extraordinarias por fuerza mayor en su caso. Del régimen de horas complementarias porque, obviamente, ni siquiera se dan los presupuestos previstos para la formalización del pacto de horas complementarias (no estamos formalmente ante un contrato a tiempo parcial indefinido; a lo sumo ante un contrato indefinido con una reducción de jornada), además de que, como decimos, no tiene sentido alguno plantearse un pacto de distribución irregular del tiempo de trabajo añadido en un supuesto de reducción de jornada para el cuidado de familiares. Esta consideración última podría mantenerse igual para las horas extraordinarias ordinarias, de realización voluntaria, cuya ampliación efectiva del tiempo de trabajo o cuya distribución irregular implícita del tiempo de trabajo que podría conllevar casa mal con la institución.

Finalmente, el régimen de distribución de jornada, es particular, con la conflictividad propia de ser la única institución típica legalmente en que se

¹⁰ Sobre esta consideración, legalmente asumida en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, confr., por ejemplo, a RODRÍGUEZ COPÉ; «Delimitación del poder empresarial en la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada del trabajador por guarda legal»; *Temas Laborales* núm. 64, págs. 163 y ss. y la doctrina citada por la misma (específicamente en pág. 167).

¹¹ Partiendo de las diferentes posibilidades de elección del disfrute de dicha reducción de jornada. Confr. al respecto, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia citada en AA.VV. (Del Rey Guanter dir.); «Estatuto de los Trabajadores». *La Ley*, 2005, págs. 588 y ss.

¹² «El nuevo contrato...»; cit., págs. 158 y ss.



reconoce la reducción de la jornada a instancias del trabajador (y, por tanto, como derecho del mismo) ¹³.

Sin embargo, respecto a la determinación de las condiciones de trabajo en sentido estricto, y particularmente el salario (cuando éste es a tiempo) sí es necesario mantener el mismo criterio que el empleado para el contrato a tiempo parcial; como repetiremos después, siquiera por la aplicación analógica de las normas contenidas en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores (toda vez que puede constatarse la ausencia de norma al respecto en el artículo 37.5).

Por tanto, parece clara la necesidad de entender aplicable al régimen de la guarda legal determinadas normas del contrato a tiempo parcial; específicamente, la regla de proporcionalidad. Ahora bien, esta regla de proporcionalidad requiere algunas precisiones. En primer lugar, también en esta institución la regla de proporcionalidad ha de ser matizada por la efectividad del principio de igualdad, tal como queda de manifiesto respecto al contrato a tiempo parcial (incluso ha de ser matizada desde la perspectiva del bien jurídico a que responde —aunque dicha pretensión haya sido rechazada por el Tribunal, en este caso, por inconsistente—). En segundo lugar, debe ser aplicable, siquiera por mera aceptación de los presupuestos de la analogía como decíamos, el artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores con las limitaciones intrínsecas que se contienen cuando regula, precisamente, la norma de proporcionalidad aplicable al contrato a tiempo parcial; principalmente, hay que tener en cuenta la exigencia de que dicha norma de proporcionalidad esté prevista en el convenio colectivo (tal como en el caso admite el Tribunal Supremo, sin dudas, aunque haya sido precisamente una de las cuestiones que discuten las partes recurrentes en ambos recursos).

Siendo así, el siguiente paso debe ser precisar qué incidencia tiene y si la tiene, respecto a la determinación de condiciones de trabajo, la aplicación del principio de igualdad material respecto al supuesto de reducción de jornada por guarda legal.

3. APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMPROMETIDO POR GUARDA LEGAL

Afirmada e indiscutida por lo dicho —y, con más claridad, por lo contenido en las sentencias que comentamos— la aplicación de la regla de proporcionalidad, también es necesario, tal como decimos, ver qué matización

¹³ Al respecto *vid.*, el trabajo ya citado de RODRÍGUEZ COPÉ y su comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 1 de diciembre de 2000.

podría tener dicha aplicación en la garantía del principio de igualdad material o de equidad.

La recurrente justifica su demanda inicial, y el posterior recurso que resuelve el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de marzo, en la aplicación del principio de igualdad, pero desde una perspectiva exclusivamente formal. Según se afirma en el *petitum*, la recurrente pretende que «los trabajadores de la empresa demandada que ejerzan el derecho a la reducción de su jornada laboral por las causas establecidas en el art. 37.5 ET perciban íntegramente la cantidad que según el Convenio Colectivo y demás legislación aplicable les corresponda en concepto de complemento de antigüedad, en la misma cuantía en que lo percibieran antes de practicarse la reducción de jornada, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración». Toda vez que, según afirma el fundamento jurídico tercero de la sentencia, «la tesis de los recurrentes niega que en tal supuesto quepa aplicar al complemento de antigüedad, dicha reducción con base al art. 23 del Convenio colectivo y la naturaleza personal del complemento de antigüedad, negando sea de aplicación el artículo 9-1 y 3 del Convenio».

Sin embargo, en la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, las partes recurrentes (en aquella ocasión la Federación Estatal de Comercio de Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras, a la que se une FASGA), además de a los anteriores argumentos, sí aluden a cuestiones de índole material.

En este sentido, se recoge dentro del fundamento jurídico segundo de la citada sentencia lo siguiente en relación con la petición de las partes:

«Argumenta, en síntesis, la parte recurrente que «el complemento de antigüedad de acuerdo con el art. 23 del convenio de aplicación, está desconectado de la categoría profesional y del salario base o convenio que se perciba por el trabajador al tratarse de cuantías fijas y predeterminadas de carácter general para todos los trabajadores»; que «se trata de un concepto salarial que no se percibe por unidad de tiempo trabajado, ni su cuantía se calcula con referencia al salario que percibe el trabajador», que el «complemento de antigüedad, se conecta a la promoción económica del trabajador y no de forma inexorable al tiempo de trabajo o a la jornada que realice el trabajador, tal como sostiene la sentencia recurrida», para concluir finalmente que «la sentencia recurrida no integra en el análisis jurídico los dos aspectos fundamentales reseñados y referidos a la regulación propia y específica del complemento de antigüedad en el artículo 23 del convenio, que desconecta este y sus importes del salario percibido por el trabajador en función de la jornada realizada, y el criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la naturaleza jurídica de dicho complemento personal».

Pero a este argumento formal, sí se añade una alusión «escueta», tal como la califica el Tribunal, a la naturaleza de los derechos establecidos en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores y al principio de igualdad.



Como afirma la sentencia citada en el mismo fundamento jurídico al aludir al contenido del recurso, la recurrente afirma que:

«La naturaleza jurídica de los derechos establecidos en la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral y recogida en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuya referencia a la luz de los artículos 14 y 35 de nuestra Constitución y de las Directivas Europeas no puede quedar afectado o penalizado, con la pérdida o limitación de un complemento personal, conectado a premiar la vinculación o permanencia en la empresa»

La exigencia de la aplicación del principio material de igualdad como modulación necesaria de la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad tiene un hito esencial, sin duda, en el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, que declara la inconstitucionalidad del art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1995.

En dicho pronunciamiento, la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad, tal como estaba prevista en materia de cómputo de cotizaciones y determinación del período de carencia a efectos del acceso a prestaciones de seguridad social en la norma cuya constitucionalidad cuestiona el juzgado de lo social núm. 1 de Pontevedra, es declarada no conforme a la constitución por quebrantar materialmente el principio de igualdad.

En este sentido, la matización a la regla de *pro rata temporis* llega desde el cuestionamiento de su propia justificación y la desproporción que provoca su aplicación estricta y desde la afectación material al principio de igualdad por razón de género.

Como afirma el Tribunal Constitucional, «el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existencia entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida».

Siendo así, queda por definir si los condicionantes que refiere la citada doctrina es aplicable a los supuestos de guarda legal, tanto desde la perspectiva de la justificación de la aplicación estrictamente proporcional de determinadas condiciones de trabajo (como en este caso un complemento salarial como el de antigüedad) como desde la perspectiva del bien jurídico protegido y la posible afectación material del derecho a la igualdad por razón de género.

En este sentido, tal como decíamos antes, junto a la concurrencia de un bien jurídico a proteger como es la conciliación de la vida laboral con la familiar, qué duda cabe de que se mantienen, respecto a la reducción de jornada por guarda legal, los mismos o similares presupuestos que los tenidos en consideración por la sentencia del Tribunal Constitucional referida.

Planteada esta cuestión en supuestos distintos como los ya citados, a efectos del cálculo de la indemnización por despido y a efectos del cálculo de las prestaciones por desempleo (y cómputo de las cotizaciones en relación con el cálculo de su base reguladora), el Tribunal Supremo, admitiendo en todo caso la peculiaridad de la institución, llega a soluciones diversas.

En el primer caso, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de diciembre de 2002 —reiterando la doctrina de una sentencia anterior¹⁴—, afirma que, toda vez 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, el cálculo de la indemnización por despido —aun cuando fuera opción de la trabajadora al ser aforada— debe hacerse sobre la base del salario global como si estuviera prestando sus servicios a tiempo completo.

Sin duda, dicho pronunciamiento del Alto Tribunal implica una corrección más que importante de la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad en materia de cálculo de la indemnización por despido, y, por tanto, indirectamente, en materia salarial. La cuestión se plantea quizá no tanto desde la perspectiva del principio de igualdad material o de equidad como desde la propia perspectiva de la institución de la guarda legal y del bien jurídico que se intenta proteger con la misma y la efectividad que ha de garantizarse. Pero, comoquiera que sea, de una forma o de otra, se está modalizando o matizando fuertemente en nuestra opinión, la aplicación rigurosa de la regla de *pro rata temporis*.

Sin embargo, en el segundo caso, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de noviembre de 2004, no se aparta del criterio de proporcionalidad para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo. Aceptando la peculiaridad de la situación remite al legislador para que complete lo que, en todo caso, parece reconocer como un defecto de la propia regulación legal de la institución; no asumiendo, como se ha hecho en otras ocasiones, la corrección de la aplicación estricta de la norma¹⁵.

Esta tensión entre la aplicación o no estricta de la regla de proporcionalidad que puede mantenerse respecto a determinadas condiciones de trabajo o respecto a las condiciones de acceso (cuantía) a las prestaciones de seguridad social no se ve realmente en el supuesto de las sentencias que comentamos.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1990.

¹⁵ *Vid.*, la crítica que hace a este pronunciamiento GALA DURÁN; «Cálculo de la prestación por desempleo y reducción de jornada por cuidado de familiares: paso hacia atrás en el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar. Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2004». *Iuslabor* núm. 2. <http://www.upf.edu/iuslabor/022005/art14.htm>.



La naturaleza salarial del complemento cuya cuantía se discute, pese a las peculiaridades planteadas por las partes, no deja ámbito a la discusión por parte del Tribunal.

Además, el propio planteamiento de las partes, que no cuestiona, salvo en una escueta referencia, el tema desde la perspectiva de la naturaleza de la institución, impide al Tribunal —y así parece reconocerlo implícitamente en la primera de las sentencias— pronunciarse desde la perspectiva del derecho a la igualdad.

Como decimos, ni las partes, salvo lo dicho sucintamente, plantean la cuestión desde una perspectiva material —sino que lo hacen desde un punto de vista exclusivamente formal sobre la exclusión o no de la aplicación de la norma convencional que tanto la sentencia de instancia como la de casación no dudan en aplicar—, ni se pone en juego, en principio y a salvo de las consideraciones que haremos respecto al devengo del complemento de antigüedad, la efectividad de la institución ni la garantía del bien jurídico a proteger por la misma.

Efectivamente, si en algún ámbito adquiere carta de naturaleza la aplicación de la regla de proporcionalidad éste es el salarial; la forma del cálculo del complemento de antigüedad no debe ser una excepción.

En este sentido, la aplicación del artículo 12.4.d) no tiene dudas al respecto. Si, como hemos tenido ocasión de plantear¹⁶, los presupuestos de dicha norma son la naturaleza de la condición de trabajo a tener en consideración y la previsión expresa del convenio colectivo, parece evidente que se dan en el caso objeto del litigio.

En primer lugar, porque, tal como decimos, en el ámbito salarial es donde se da necesariamente de forma natural, por la propia sinalagmaticidad del contrato de trabajo, la relación proporcional entre tiempo de trabajo y salario —cuando, efectivamente, sea la forma de cálculo de éste a tiempo—. Ello no queda desvirtuado, en nuestra opinión, por los motivos en que encuentra su causa el complemento de antigüedad aunque las partes aleguen los mismos para sostener el derecho de los trabajadores a mantener el pago íntegro de dicho complemento.

Y, en segundo lugar, porque en el caso objeto del litigio el convenio colectivo tiene una previsión general al respecto. Bien es cierto que esta norma convencional viene referida a cualquier «modalidad de contratación» y que, por tanto, podría cuestionarse este aspecto para los casos de guarda legal, donde, en puridad, no estamos ante una «modalidad de contratación», sino ante un mero supuesto de reducción legal de la jornada de trabajo pac-

¹⁶ *Vid.*, nota infra.



tada a instancias del trabajador en que concurren las circunstancias justificativas de la misma. Sin embargo, la propia sentencia del Tribunal Supremo, como hemos dicho antes, evita esta consideración sobre la base, precisamente, de negar la existencia de una novación contractual; admitiendo, por tanto, la aplicación de la referida norma convencional —artículo 9.1 del convenio colectivo—, que regula la aplicación general de proporcionalidad.

Todo ello conlleva a aceptar sin más la aplicación natural de la regla de proporcionalidad a este supuesto, y, por tanto, a la determinación o fijación del complemento de antigüedad. Por ello la sentencia de instancia resuelve la cuestión de forma tajante. No hay un cuestionamiento de la misma sobre la base del referido principio de igualdad o de equidad, una vez rechazado el planteado por la parte recurrente que se fundamentaba, tal como hemos reiterado, en aspectos meramente formales.

Sin embargo, queda una cuestión a plantear en las que no entra la sentencia. Nos referimos a la distinción que habría que hacer entre el cálculo del complemento de antigüedad a pagar a la trabajadora afectada y el devengo de dicho complemento de futuro (o, para ser más correctos, el devengo de los méritos que dan lugar al mismo). Un antecedente jurisprudencial como el citado en relación con el cálculo de la indemnización por despido en los supuestos de reducción de la jornada por guarda legal, se presenta sin duda como interesante al respecto dado que, efectivamente, difícilmente puede entenderse aplicable dicha regla de proporcionalidad para el cálculo futuro, para el devengo futuro de dicho complemento de antigüedad.

4. CÁLCULO Y DEVENGO DEL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Como decíamos, es necesario distinguir entre cálculo del complemento de antigüedad en los supuestos de trabajo a tiempo parcial y cómputo de años a efectos de devengar el derecho al mismo.

En esta cuestión no entran las sentencias que comentamos, ni siquiera los recursos que dan lugar a las mismas. A lo sumo podría entenderse que la referencia al modo de cálculo que alega la recurrente en la sentencia de 25 de enero —y que da pie a la petición de modificación de los hechos declarados probados— cuando alude al artículo 23 del convenio implica, necesariamente, una referencia al devengo (en la medida en que éste ha de estar íntimamente conectado con el modo de cálculo del complemento).

Sin embargo, sí es necesario en nuestra opinión dejar claro que una cosa es la forma de cálculo de la cuantía concreta del complemento de antigüedad durante el período en que la jornada de trabajo es reducida, admitiendo en el sentido antes expuesto la aplicación de la regla de pro-



porcionalidad¹⁷; y otra debe ser la forma en que computa tal antigüedad a efectos del devengo futuro de dicho complemento (y a otros efectos como podrían ser los referidos al cálculo de la indemnización por despido).

En este segundo aspecto, sí debe corregirse la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad por los motivos expuestos. El bien jurídico a proteger, la necesidad de fomentar realmente la conciliación de la vida laboral y familiar y la propia dinámica del trabajo a tiempo parcial, que no permite, en nuestra opinión acudir a este criterio (como se mantenía por otra parte a efecto de cómputo de cotizaciones en la norma declara inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004), además, de antecedentes como el citado cuando aludíamos a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002, exige que el cómputo del tiempo de servicios para devengar el complemento de antigüedad se mantenga como si el trabajador prestara sus servicios a tiempo completo.

En definitiva, en este caso, la aceptación de la regla de proporcionalidad en el cálculo de la cuantía del complemento de antigüedad no puede extenderse al cómputo del tiempo de servicios para devengar el mismo; lo contrario sería, en nuestra opinión, desnaturalizar completamente la propia institución.

¹⁷ A este respecto afirma el Tribunal Supremo que «no debe olvidarse que la estructura salarial pertenece al ámbito de la economía colectiva, y que si bien el artículo 26 ET reconduce las retribuciones del trabajador al salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo, y a los complementos salariales relativos a las condiciones personales del trabajador al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, cabe la existencia de otros complementos diferentes pero susceptibles de ser subsumidos en la estructura salarial descrita. Así una vieja jurisprudencia de la Sala (STS 26 de junio de 1995), afirmaba —a efectos de la absorción y compensación— que si bien el complemento de antigüedad reviste carácter personal, conforme el derogado artículo 5.a) del Decreto 2380/73, sin embargo, se singulariza en su configuración jurídico retributiva, por cuanto aparece ligado más rigurosamente, a ciertos efectos, al salario base, y no se haya condicionado a las características del trabajo realizado o al volumen y calidad de este último. Es cierto que, hoy día, modificado por la repetida Ley 11/1994, de 19 de mayo, el propio concepto de promoción económica, el complemento salarial tendrá la configuración que le otorgue la autonomía colectiva, pero, a falta de otra cualificación, siempre pudiera ser catalogado como complemento de carácter personal, que se integraría como complemento, en el salario, que a tenor del referido artículo 9 del Convenio debe ser satisfecho en proporción a la jornada realizada». Y concluye: «En definitiva no existe violación del bloque normativo que la parte recurrente alega en el motivo segundo del recurso. La regulación del complemento de antigüedad se aborda en la estructura salarial del convenio litigioso y esta regulación no permite, como pretende el recurrente, que la cuantía reconocida como promoción económica se satisfaga en forma única e invariable, abstracción hecha de la duración de la jornada legal, cuando la norma paccionada incluye el repetido complemento en su estructura salarial y determina su cuantía, aplicando el principio de proporcionalidad».



5. CONCLUSIÓN

Como habíamos anunciado, las sentencias que comentamos no aportan en realidad una novedad importante en relación con el régimen jurídico de los supuestos de trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, al hilo de las mismas sí pueden hacerse determinadas reflexiones necesarias al respecto.

Una de ellas es, sin duda, la determinación del régimen jurídico aplicable a los supuestos de reducción de jornada a instancias del trabajador por guarda legal o por cuidado de familiares. El actual régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, diferenciado del régimen común del contrato a tiempo completo, hace más necesaria esta reflexión. Y así se pone de manifiesto cómo determinados aspectos del régimen jurídico de aquél son incompatibles o no aplicables a estos casos de reducción de jornada.

Ello no impide que, efectivamente, sean aplicables, de forma natural, y con los requisitos y condicionantes jurídicos, otros aspectos como la regla de proporcionalidad.

Y así es; lo que no impide, antes al contrario, que dicha regla de proporcionalidad haya de ser matizada, como ha declarado el propio Tribunal Constitucional, por el principio de igualdad efectiva. En qué grado ello puede plantearse en relación con la determinación de condiciones de trabajo (salariales en este caso) es la cuestión que debe plantearse en cada caso concreto.