

XXIX JORNADAS DE DERECHO SOCIAL

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIONES LABORALES

**MUJER Y DERECHOS LABORALES:  
PRESENTE Y FUTURO DEL TRABAJO DE  
LA MUJER. PUNTOS CRÍTICOS Y  
PROPUESTAS PARA UNA NUEVA  
REGULACIÓN DE LAS RELACIONES  
LABORALES**

Barcelona, marzo de 2018

Dalila Dopazo Blanco, Magistrada del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER, ¿DE QUÉ HABLAMOS? III. PUNTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES Y ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. 3.1. La discriminación de la mujer en el acceso al empleo. 3.2. La discriminación de la mujer durante la vigencia de la relación laboral. 3.2.1. La discriminación salarial. 3.2.2. El trabajo a tiempo parcial como sistema de discriminación por razón de género. 3.2.3. El trabajo doméstico. 3.2.4. La externalización como forma de precarización y causa de discriminación de género. 3.2.5. Nuevas tecnologías y discriminación laboral por razón de género. 3.2.6. La discriminación laboral de género en el acceso a las prestaciones por desempleo. 3.2.7. La discriminación laboral por razón de género en relación al sistema de pensiones de jubilación y de incapacidad. IV. LA MATERNIDAD Y SU INFLUENCIA EN LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER. 4.1. El despido de la trabajadora embarazada. 4.2. Las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. 4.2.1. La reducción de jornada y la concreción horaria. 4.2.1.1. La reducción de jornada. 4.2.1.2. La concreción horaria (sin reducción de jornada). 4.2.1.3. La interpretación de los tribunales. 4.2.2. Los permisos de maternidad y de paternidad. 4.2.2.1. La protección de la maternidad. 4.2.2.2. La protección de la paternidad. 4.2.2.3. La corresponsabilidad como vía para la eliminación de la discriminación por razón de género derivada de la maternidad. V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO COMO CRITERIO LEGISLATIVO Y DE INTERPRETACIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

Resulta complejo abordar un tema tan amplio, con tantas cuestiones a analizar y tantos matices como el de las relaciones laborales y la mujer, en especial si se tiene en cuenta que en el ámbito laboral, como en cualquier otro de la vida, la cuestión de género está vinculada a unos condicionamientos históricos y socioeconómicos que han configurado no sólo la realidad jurídica sino también las estructuras mentales de todas nosotras y todos nosotros.

Coincide, además, que esta ponencia se presenta un 8 de marzo de 2018, precisamente en una fecha en la que se ha convocado la primera huelga general de mujeres en el ámbito laboral, doméstico y de consumo para visibilizar la importancia de la actividad de las mujeres en el desarrollo de la vida diaria, incluso en sus elementos más esenciales.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este trabajo se va a hacer alusión sólo a alguno de los problemas que se evidencian para la mujer en el ámbito laboral y algunas de las medidas que se han intentado implantar o que podrían ser intentadas para superar una situación de discriminación laboral histórica que, aunque sea una paradoja, no afecta a un grupo minoritario de la población.

Asimismo, se hará referencia en algunos casos concretos a la posible influencia de las nuevas tecnologías (tema de estas jornadas) en las condiciones laborales de las personas trabajadoras desde el punto de vista de su influencia sobre el trabajo realizado por las mujeres. Las nuevas tecnologías son un futuro que ya se encuentra entre nosotros/as y del que se pueden derivar grandes posibilidades de progreso pero también grandes peligros de explotación laboral que deben ser afrontados de forma decidida por todos los poderes públicos.

Es preciso indicar, en todo caso, que en esta ponencia se analizará lo anterior desde una perspectiva concreta que coincide en gran medida con algunas de las tesis de la denominada Teoría feminista de Derecho. Muchas son las variantes del feminismo en el ámbito jurídico y fuera de él, cierto. El concepto de feminismo que en este trabajo se

defiende es el de la configuración del feminismo como una teoría de liberación, de liberación de la mujer y también del hombre. Una teoría puesta al servicio de la eliminación de todos aquellos estereotipos y ataduras que nos hacen a mujeres y a hombres menos libres y que limitan nuestra dignidad como seres humanos.

A esta finalidad libradora debe servir el Derecho.

## **II. DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER, ¿DE QUÉ HABLAMOS?**

Antes de entrar en el análisis de algunos de los problemas laborales de la mujer en el Estado español y sus posibles soluciones, es preciso tener presente un hecho que, como se verá, se confirma con los datos objetivos: existe una discriminación laboral de la mujer por el hecho de serlo.

La discriminación de género supone una subordinación de la mujer respecto al hombre como consecuencia de los prejuicios de género e implica un trato desfavorable o una desventaja respecto al varón en idénticas circunstancias.

Es obvio que la identificación de la existencia de discriminación es sencilla en los casos en los que el trato es abiertamente desfavorable, pudiendo hablarse en estos supuestos de discriminación directa. En otros casos, la identificación de la discriminación es más compleja dado que se encuentra oculta, por lo que se puede hablar de una discriminación indirecta.

Según Glòria Poyatos<sup>1</sup> para que exista discriminación indirecta por razón de género en el ámbito laboral, deben concurrir estas condiciones:

- 1.- Una disposición, decisión o práctica empresarial determinada.
- 2- Que sea aparentemente neutra, es decir, que no tenga ánimo discriminatorio (aparente, por lo menos).

---

<sup>1</sup> POYATOS MATAS, GLÒRIA. Juzgar con perspectiva de género. El camino judicial hacia la igualdad real. Jornadas de Outono organizadas por Xustiza e sociedade. Vigo. 2017

3.- Esta disposición, decisión o práctica debe provocar una desventaja particular con respecto a las personas del otro sexo.

4.- Y que la disposición, decisión o práctica carezca de justificación objetiva, de finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad no sean los necesarios y adecuados.

Para que se pueda considerar admisible la justificación, debe reunir los siguientes requisitos:

- Tener una justificación objetiva desconectada de toda discriminación.
- Perseguir una finalidad legítima conectada con la justificación objetiva.
- Los medios por el empleador deben ser los idóneos y aptos para lograr el objetivo perseguido.

Pues bien, como se indicó, debemos partir de la afirmación de que la mujer se encuentra discriminada en el ámbito laboral, a veces de forma directa y otras de forma indirecta, hecho sobre el que se debe incidir a través del empleo de las técnicas de actuación adecuadas con la finalidad de superar esta situación discriminatoria (a la forma de superación de la discriminación se hará referencia en el último epígrafe de esta ponencia).

### **III. PUNTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES Y ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

#### **3.1. La discriminación de la mujer en el acceso al empleo**

La incorporación de la mujer al mercado laboral es menor que en el caso de hombre y la brecha de género a este respecto asciende a 13 puntos en el período de 2010 a 2014, según los datos del INE. Entre los años 2013 y 2014 se observa una leve recuperación

de la tasa de empleo en general que afecta tanto a hombres como a mujeres pero entre estas sigue existiendo una mayor tasa de desempleo en todas las edades.

El descenso más elevado de la tasa de empleo en el período 2010-2014 se produce entre las mujeres con edades comprendidas entre los 25 a 54 años (las de edades comprendidas entre 20 a 24 no recuperan empleo debido a la continuación de su período educativo), si bien se observa que en muchos casos abandonan el mercado laboral en un momento determinado alegando la existencia de personas dependientes a las que deben proporcionar cuidados. En lo que se refiere a las mujeres de más de 55 años, en el período indicado, los datos acreditan una mayor tasa de empleo aunque vinculada a la realización de trabajos de escasa cualificación y muy precarizados que se asocian a sectores fuertemente feminizados (limpieza, cuidado de personas dependientes, menores o ancianos...).

En realidad, se puede constatar que existe una cultura social y empresarial que asocia la condición de mujer a los costes de un posible embarazo y a la necesidad de compatibilizar el trabajo con las obligaciones familiares, lo que hace que en los procesos selectivos las mujeres resulten una mano de obra menos “atractiva” frente a los candidatos varones al puesto de trabajo y que tengan características de formación y capacitación similares.

Esta dificultad de la mujer para el acceso al empleo (en especial, el de calidad) es especialmente preocupante en el caso de los grupos humanos que se encuentran en situación de exclusión social, como es el caso de las mujeres de familias monoparentales, las mujeres inmigrantes, las que son víctima de violencia de género, las que sufren drogodependencia o trastornos adictivos, las que son objeto de explotación sexual o las que forman parte de los colectivos de mujeres jóvenes o mayores<sup>2</sup>.

A este respecto, las nuevas tecnologías pueden tener unos efectos ambivalentes en el acceso de la mujer al mercado laboral. Desde el punto de vista positivo, es obvio que el desarrollo de actividades en las que se usen las nuevas tecnologías puede dar lugar a que la mujer se pueda incorporar a puestos de trabajo de cierta calidad con unas condiciones

---

<sup>2</sup> Para un análisis de estos colectivos, puede leerse la obra de RODRÍGUEZ ESCANCIOANO, SUSANA y MARTÍNEZ BARROSO, MARÍA REYES (directoras) y ÁLVAREZ CUESTA, HENAR (coordinadora). La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

salariales y laborales más beneficiosas. Sin embargo, para ello será preciso, entre otros requisitos, una formación adecuada (existe una “brecha digital de género”) y también en este aspecto pesan los estereotipos de tal forma que las mujeres estudian carreras técnicas en mucho menor grado que los hombres (25,64% de mujeres en ingeniería y arquitectura) y la presencia de mujeres en los sectores de alta y alta-media tecnología es de alrededor del 30%.

### **3.2. La discriminación de la mujer durante la vigencia de la relación laboral**

En los años 90 del S. XX se inició la progresiva devaluación de las condiciones laborales de las personas trabajadoras tanto en lo que se refiere a las cuestiones estrictamente retributivas como a la seguridad y estabilidad en el empleo y los restantes elementos que conforman la relación laboral. Como consecuencia de ello se habla de “precariado” y de “trabajadores pobres”, es decir, personas que carecen de trabajos estables y/o en los que se respeten unas mínimas condiciones laborales que permitan la subsistencia en condiciones de dignidad (lo que se define por la OIT como “trabajo decente”).

Este fenómeno abarca supuestos muy variados<sup>3</sup> y afecta a todos los colectivos de personas trabajadoras pero de forma más intensa a aquellos que se encuentran en una situación de partida más desfavorable. Ése es el caso de las mujeres que, como ya hemos visto, parten de una situación de discriminación laboral. Se produce, pues una precarización de unas condiciones laborales ya de por sí precarias.

Analizaremos a continuación algunos de los supuestos en los que se puede observar este fenómeno e intentaremos apuntar algunas propuestas interpretativas y legislativas que permitan superar esta situación de precarización y discriminación laboral.

---

<sup>3</sup> Vid. RENTERO JOVER, Jesús. “La nueva precariedad en el mercado laboral”. XXVII Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo: In memoriam profesor M. R. Alarcón. Cuadernos digitales de formación, CGPJ, vol. 22. Año 2016.

### **3.2.1. La discriminación salarial.**

La diferencia salarial de género (también conocida como brecha salarial de género) es la diferencia existente entre los salarios de los hombres y los de las mujeres expresada como un porcentaje del salario masculino, de acuerdo con la OCDE.

Según el informe “Brecha salarial y techo de cristal” elaborado por el sindicato de técnicos de hacienda GESTHA<sup>4</sup>, en el Estado español las mujeres cobran un 30 % menos que los hombres (unos 4745 euros anuales). Por otro lado, la brecha salarial se hace más evidente a partir de los 16000 euros de salario y también se amplía al tiempo que se incrementa la edad de la trabajadora. Así, el incremento es significativo en el tramo de 26 a 45 años (lo que se pone en relación con la edad fértil y el cuidado de los/as hijos/as) y continúa creciendo en el tramo de 46 a 65 años hasta alcanzar un tercio de sueldo. A partir de los 65 años las mujeres cobran un sueldo por debajo de la mitad del cobrado por los hombres de su misma franja de edad.

En lo que se refiere a las diferencias por Comunidades Autónomas, Asturias es el territorio con una mayor brecha salarial (las mujeres cobran un 38% menos que los hombres) y Canarias tiene la menor diferencia de salarios por género (16%). Por otro lado y respecto a estudios anteriores, se concluye que Murcia, Melilla, Asturias y La Rioja son las CCAA en las que la brecha salarial se ha reducido menos (por debajo del 3%) mientras que los datos de reducción son mejores en comunidades como Catalunya, Illes Balears, Extremadura, Andalucía, Aragón, Canarias y Castilla la Mancha<sup>5</sup>.

Las causas de la brecha salarial son variadas pero es preciso destacar que, con carácter general, no nos encontramos ante una discriminación directa sino indirecta en la que influyen distintos factores<sup>6</sup>:

---

<sup>4</sup> Vid. <http://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=507>

<sup>5</sup> Para analizar los datos por comunidades autónomas, véase también el informe de UGT a consultar en [http://www.ugt.es/Publicaciones/Brecha%20salarios%20por%20comunidades-OK%20\(3\).pdf](http://www.ugt.es/Publicaciones/Brecha%20salarios%20por%20comunidades-OK%20(3).pdf). Asimismo, los datos de Catalunya entre 2008-2015 [http://observatoritreball.gencat.cat/web/.content/05\\_-\\_recursos/documents/fragments\\_de\\_coneixement/arxiu/Evolucio-bretxa-salarial-de-genero-2008-2015.pdf](http://observatoritreball.gencat.cat/web/.content/05_-_recursos/documents/fragments_de_coneixement/arxiu/Evolucio-bretxa-salarial-de-genero-2008-2015.pdf)

<sup>6</sup> Vid. <http://www.ugt.es/Publicaciones/18-02%20INFORME%20BRECHA%20SALARIAL.pdf> y [http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/2304202-Informe\\_Brecha\\_salarial\\_El\\_peaje\\_de\\_la\\_discriminacion.pdf](http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/2304202-Informe_Brecha_salarial_El_peaje_de_la_discriminacion.pdf)

- Existen sectores de actividades fuertemente feminizados en los que los salarios suelen ser bajos (como la limpieza, por ejemplo).
- Los empleos relacionados con las tecnologías y la ciencia suelen estar mejor pagados y en ellos es menor la presencia de mujeres que hombres.
- Las mujeres trabajan menos horas que los hombres porque prestan servicios a tiempo parcial en mayor proporción y reducen sus jornadas para el cuidado de hijos/as o dependientes (el 22,6% de las mujeres ha reducido su jornada por esta causa frente al 3,44 % de los hombres).
- Las mujeres perciben menos complementos salariales por distintos factores:
  - Mala clasificación profesional, de forma que aunque se preste el mismo trabajo, en los sectores más feminizados las categorías profesionales existentes perciben salarios más bajos que en sectores con menos empleo femenino.
  - Incorrecta valoración de algunos complementos de tal forma que sólo se tienen en cuenta en sectores masculinizados. Así, el complemento de toxicidad es habitual que se recoja en los convenios colectivos de recogida de basuras (sector masculinizado) y no en la limpieza de oficinas (sector feminizado) a pesar del uso de productos químicos que pueden ser corrosivos, irritantes o cancerígenos.
  - Pérdida de ciertos complementos debido a reducciones de jornada o trabajo a tiempo parcial por la necesidad de atender a cargas familiares o no obtención del complemento de disponibilidad por idéntica causa.

Frente a esta situación, el Gobierno del Estado ha propuesto en la Mesa de Calidad del Empleo el establecimiento de la obligación para las empresas de comunicar de forma regular a los/s representantes de los/as trabajadores/as los salarios por categorías desglosados por géneros, así como la posibilidad de realizar auditorías salariales y la creación de un registro de los planes de igualdad con la finalidad de que las

---

remuneraciones por género puedan ser conocidas por las personas trabajadoras y sus representantes pero también por las autoridades.

Como indican los sindicatos, las medidas gubernamentales se fundamentan en los planes de igualdad y el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece que sólo son obligatorios en las empresas de más de 250 trabajadores/as (un número pequeño en relación con el total de actividad empresarial en el Estado). Por esta razón y por la existencia de múltiples factores que influyen en la diferencia retributiva entre hombre y mujeres, es necesaria una norma que aborde esta problemática de un modo global.

A este respecto, es preciso destacar la proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres que fue registrada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En comú podem- En marea el 24 de octubre de 2017 y que ha sido aprobado por el Congreso con 210 votos a favor y 127 abstenciones (PP) en la sesión de 22 de febrero de 2018. En el texto<sup>7</sup>, tras una larga exposición de motivos en la que se indica la importancia de adoptar medidas para erradicar la brecha salarial de género, se introducen modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en materia de forma y tipos de contratos, clasificación profesional, formación profesional, ascensos, descansos y permisos, horas extraordinarias, subcontratación de obras y servicios, representación de los/as trabajadores/as y negociación colectiva. Cuestiones similares se abordan en la reforma del Estatuto Básico del Empleado Público y, junto con otras reformas normativas de menor importancia, se presta una especial atención a la regulación del régimen de sanciones (con la modificación de la LISOS y la de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

El día 20 de febrero de 2018 se registró también la proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva presentada por el Grupo Parlamentario socialista<sup>8</sup>. También en este caso se propone la

---

<sup>7</sup> Vid texto completo en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-171-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-171-1.PDF#page=1)

<sup>8</sup> Vid texto completo en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-214-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-214-1.PDF#page=1)

modificación del Estatuto de los Trabajadores, el Estatuto Básico del Empleado Público y la LISOS en términos muy similares a lo propuesto por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En comú podem- En marea. Asimismo, se establece una modificación de la LO 3/2007 en relación con el contenido de los planes de igualdad.

Si analizamos el contenido de ambas normas, podemos realizar las siguientes valoraciones:

- Ambas normas propuestas establecen que se deben publicar anualmente los sueldos de los diferentes puestos con diferenciación de sexo de forma promediada y desglosada, cuestión que debe ser objeto de desarrollo reglamentario. En el proyecto presentado por el PSOE, la publicación se hará en un libro un libro registro atendiendo a las retribuciones medias mientras que en el proyecto de Unidos Podemos se indica tanto la media como la mediana deben constar en las nóminas, ya se trate de la prestación de servicios en el sector privado como en el público.
- Las dos propuestas establecen una presunción de la existencia de discriminación retributiva en base a un porcentaje del 20% en el caso de Unidos Podemos y del 25% en el caso del PSOE.
- En ambos proyectos, las empresas que tengan más de 250 trabajadores deberán realizar auditorías salariales (en el caso de Unidos Podemos, tal auditoría va incluida ya en el plan de igualdad) y se fijan sanciones en caso de incumplimiento. La diferencia radica en el tipo de sanción dado que en el proyecto de Unidos Podemos se prevén sanciones fijas hasta el máximo de 187.000 euros para la infracción muy grave y en la propuesta del PSOE las sanciones se calculan “en atención a un porcentaje de la masa salarial” con una graduación que, de existir una infracción muy grave, será del 1,3% en el grado máximo (como crítica, cabe indicar que este sistema podría dar lugar a sanciones más reducidas que las existentes en la actualidad, lo que dificultaría la función preventiva de la norma).

- Para garantizar la efectividad en el cumplimiento de la ley, el PSOE propone la creación, dentro de la Inspección de Trabajo, de una Oficina Nacional de Lucha contra la discriminación por razón de sexo en la empresa y la ocupación. Por su parte, Unidos Podemos defiende la creación de tres organismos diferentes:
  - Una Unidad especializada en materia de igualdad de trato que existirá en todas las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social.
  - Una Dirección General para la Igualdad Retributiva, que dependerá de la secretaría de Estado de Servicios Sociales.
  - Una Comisión interministerial para la igualdad retributiva en materia de género.
- Se le atribuye al Instituto de la Mujer la función de colaborar con la Inspección de Trabajo en esta materia y, en el caso del proyecto de Unidos Podemos, se prevé que realice también informes o dictámenes sobre discriminación retributiva.

### ***3.2.2. El trabajo a tiempo parcial como sistema de discriminación por razón de género***

Como se indicó, existe un elevado grado de empleo femenino a tiempo parcial. Según los datos del INE, en el año 2014 el 72% de las jornadas a tiempo parcial existentes eran asumidas por las de mujeres. Este dato no sólo es relevante en relación a porcentaje sino también por las causas alegadas por las empleadas para aceptar este tipo de trabajo. Así, las mujeres que trabajan a tiempo parcial indican que lo hacen porque no encuentran un trabajo a tiempo completo (62% de los casos frente al 70% de los hombres con ese tipo de jornada) o porque tienen que asumir el cuidado de niños o adultos con necesidades de asistencia (13,5% de los casos, sin que esta causa se especifique como motivo en el caso de los hombres).

Este tipo de trabajo se regula en el artículo 12 del ET, precepto que ha sufrido diferentes reformas que deben ser valoradas de forma negativa para los/as trabajadores/as en general y para las mujeres en particular ya que permite la realización de horas extraordinarias (limitada a los supuestos del artículo 35.3 ET) y, tras la modificación introducida por el RDL 16/2013, autoriza la realización de horas complementarias de forma muy flexible, estableciendo la posibilidad de un tramo de “horas de aceptación voluntaria”. Esta situación favorece una flexibilidad en el contrato que sólo beneficia al empleador, situando a la persona trabajadora ante una situación de disponibilidad e inseguridad que impide la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Por lo tanto, el contrato a tiempo parcial se configura en el Ordenamiento jurídico español como una fuente de discriminación indirecta para las mujeres por las siguientes razones:

- Son las mujeres las que en mayor proporción están sometidas a este tipo de relación contractual.
- Las trabajadoras, al realizar pocas horas de trabajo, perciben salarios más reducidos.
- La disponibilidad derivada de la organización empresarial (horas ordinarias, horas extraordinarias, horas complementarias) dificulta la conciliación a pesar de que según las estadísticas son las mujeres las que llevan el peso de los cuidados en el ámbito familiar y de que precisamente por esta razón se ven obligadas en mayor medida a aceptar los contratos parciales (lo que perpetúa los roles de género propios de la sociedad patriarcal).

Por otro lado, la política gubernamental es manifiestamente deficiente en la lucha contra esta discriminación ya que existe la tendencia a considerar el contrato a tiempo parcial como el modo más adecuado para facilitar la incorporación de la mujer al mercado laboral y la conciliación vista siempre desde la óptica femenina y sin mención a la idea de corresponsabilidad<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Así se deduce del contenido del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016.

En suma, es necesaria una nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial que garantice que las personas trabajadoras no se encuentren sometidas a la libre voluntad empresarial en lo que se refiere al tiempo de prestación de servicios y, como indica el profesor Cristóbal Molina Navarrete, el reequilibrio de los intereses entre las partes en este tipo de contrato puede alcanzarse también con el establecimiento de unas horas mínimas de prestación de servicios (salvo excepciones) y unos mínimos salariales que sean proporcionalmente más elevados que los del trabajo a tiempo completo.<sup>10</sup>

### ***3.2.3. El trabajo doméstico***

El trabajo doméstico constituye un sector fuertemente feminizado, etnificado y precarizado.

Si se atiende a los datos estadísticos, el 95% de las personas que prestan servicios en este sector son mujeres, de las cuales un porcentaje superior al 50 % son extranjeras. Asimismo, casi todas las personas trabajadoras del sector prestan servicios en la economía sumergida ya que los cálculos más optimistas indican que sólo un 30% de las trabajadoras están afiliadas a la Seguridad Social.

En lo que se refiere a la afiliación a la Seguridad Social se produjo un incremento del 40% en el año 2011 pero las reformas introducidas por el PP provocaron un estancamiento de las altas en la Seguridad Social al permitir que dependiese de la voluntad de la trabajadora en aquellos casos en los que trabajasen menos de 60 horas al mes.

Las condiciones laborales de estas trabajadoras son realmente muy precarias dado que no existe prestación por desempleo, no cabe la posibilidad de acudir al FOGASA en caso de insolvencia del empleador, las indemnizaciones por desistimiento de la persona empleadora y despido improcedente son inferiores a las de otros sectores, la cuantía de

---

<sup>10</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Mujer y políticas de fomento de empleo a tiempo parcial: una pareja cada día peor avenida*". En *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*. Aranzadi, 2016.

cotización es de 862 euros mensuales (lo que supone una baja cotización que afecta a la cuantía de las pensiones futuras) y existen carencias importantes en materia de salud y prevención de riesgos laborales.<sup>11</sup>

Es necesario, por lo tanto, una modificación legislativa importante que tenga en cuenta también la intervención de la Inspección de Trabajo con la finalidad de hacer aflorar la situación de economía sumergida y de falta de respeto a unas condiciones laborales adecuadas. Dentro de estas medidas es indispensable que se ratifique por el Estado español el Convenio 189 de la OIT (vigente ya desde el año 2013) y que se incorporen algunas de las reglas que se recogen en el mismo (equiparación al resto de los sectores en materia de prestación por desempleo, favorecimiento del sindicalismo y del asociacionismo..). Asimismo, debe realizarse una identificación de los riesgos para la salud y de las enfermedades profesionales (físicas y psicológicas) que afectan a este tipo de trabajadoras y un sistema de categorías profesionales que diferencie y ponga en valor las diferentes actividades que se realizan. Por último, es obvio que es necesario un convenio colectivo para el sector que garantice el respeto a unas condiciones laborales mínimas y que evite la precariedad derivada de la negociación individual<sup>12</sup>.

#### ***3.2.4. La externalización como forma de precarización y causa de discriminación de género***

El fenómeno de la externalización es aquél a través del que una empresa opta por no realizar con sus propios medios materiales y personales alguna fase o actividad concreta que precisa dentro de su proceso productivo, optando por transferirla a otras empresas o personas mediante diferentes acuerdos.

Se trata de una actividad que no es nueva pero que se ha desarrollado de forma más intensa como consecuencia de las crisis económicas al ser una forma de abaratar costes

---

<sup>11</sup> SERNA CALVO, Mar. La invisibilidad y precariedad de los trabajos domésticos. En *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 185. Febrero 2018.

<sup>12</sup> DÍAZ GORFINKIEL, Magdalena. La organización de los trabajos de cuidados: el empleo del hogar como necesidad social. En *Debate sobre el futuro del trabajo ante el centenario de la OIT*.

y tiene como principales efectos para las personas trabajadoras, la degradación de las condiciones laborales y la eliminación del principio de igualdad dentro de centro de trabajo (los/as trabajadores/as nucleares y periféricos/as no tienen necesariamente los mismos derechos).

La externalización se ha intentado someter a unos límites legales mediante la regulación de las empresas de trabajo temporal, responsabilidad de contratas de obras y servicios y cesión ilegal (artículos 42 y 43 del ET) pero en los últimos años han proliferado nuevos fenómenos interpositivos de la relación laboral, como es el caso de las empresas multiservicios. Se trata de empresas que precarizan las condiciones laborales de las personas trabajadoras al no someterse siquiera a los límites que vinculan a las empresas de trabajo temporal y que plantean importantes problemas en lo que se refiere al convenio colectivo de aplicación.

Las empresas multiservicios actúan en diferentes sectores, muchos de ellos precarizados y fuertemente feminizados, lo que implica todavía una mayor precarización de las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Así ocurre en el sector de la hostelería en el que el 54% del total de las trabajadoras son mujeres, que reciben un salario inferior al de los hombres con igual actividad (15368 euros anuales de salario para los hombres frente a los 12381 euros en el caso de las mujeres)<sup>13</sup>

Esta precariedad que afecta de forma especial a las mujeres<sup>14</sup> ha sido puesta de manifiesto en diferentes casos por la jurisprudencia:

- STSJ de Andalucía núm. 1458/2005, de 8 de junio de 2005: indica que las trabajadoras que hacían funciones de camareras limpiadoras y que prestaban servicios para la empresa multiservicios eran retribuidas conforme al convenio de limpieza, lo que suponía un salario de 695,70 euros frente a los 909,50 euros que les serían de aplicación en el caso de que se les pagase conforme al convenio colectivo de hostelería para un hotel de cuatro estrellas (que era de

---

<sup>13</sup> Vid. [http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/2304202Informe\\_Brecha\\_salarial\\_El\\_peaje\\_de\\_la\\_discriminacion.pdf](http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/2304202Informe_Brecha_salarial_El_peaje_de_la_discriminacion.pdf)

<sup>14</sup> Para conocer de primera mano los testimonios de las vidas de estas trabajadoras puede leerse la obra: CAÑADA, Ernest. Las que limpian los hoteles. Historias ocultas de la precariedad laboral. Icaria. 2015.

aplicación a las camareras limpiadoras que estaban en plantilla del hotel y que hacían iguales funciones).

- STSJ de Madrid núm. 222/2007, de 26 de marzo de 2007: las trabajadoras de la empresa a favor de la que se externalizó el servicio cobraban “13,60 euros hora supervisora de habitación; 10,75 euros hora camarera de áreas; 5,30 euros camarera de habitación por habitación”.
- STSJ de Catalunya núm. 1659/2009, de 25 de febrero de 2009: en la que se indica que el servicio externalizado de limpieza de habitaciones del hotel se realizaba por una empresa (se declara la cesión ilegal) en la que la mayoría de las operarias eran temporales (66%) y cobraban menos de lo debido al aplicarles el convenio colectivo de limpieza y no el de hostelería.

Una resolución especialmente interesante desde el punto de vista de la discriminación por razón de género es la STS del 20 de noviembre de 2015 (ROJ STS 5791/2015) en la que se analiza la solicitud de declaración de nulidad de un despido colectivo realizado por los hoteles Meliá Barajas y Tryp Alameda respecto al personal de camareras de habitaciones y limpiadoras. En el caso concreto el despido se había producido alegando causas productivas y organizativas con el fin de externalizar las actividades que realizaban las personas despedidas (casi todas mujeres) y se alegaba como causa de nulidad, entre otras, la existencia de una discriminación indirecta por razón de género.

El TS rechazó la existencia de esta discriminación indirecta al indicar que *no hay un tratamiento peyorativo de la mujer pues la decisión de externalizar los servicios de limpieza es ajena al sexo de los trabajadores afectados, pues se ha tomado por razones objetivas, relacionadas con una mejor organización del servicio que, además, redundaría en una reducción de costes y no con el fin de prescindir de trabajadores del sexo femenino. La decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho, lo que luego se verá, se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones*

Como bien indica Glòria Poyatos Matas analizando esta cuestión, la decisión e TS no se puede considerar correcta teniendo en cuenta el concepto de discriminación indirecta que se recoge en la STC núm. 253/2004 que indica que *para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe*

*producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que puede ser contemplada como posible límite al referido derecho. A esta doctrina hace referencia, precisamente, el voto particular de la STS concluyendo que *partiendo del relato de hechos probados, se constata que el despido colectivo se ha producido como consecuencia de haberse externalizado el Departamento de Pisos y Limpieza afecta, en su gran mayoría, a mujeres, al tiempo que no se constata acreditado que sea otra circunstancia la que haya motivado la decisión empresarial impugnada en este proceso ni que existan criterios objetivos que, ajenos a la condición de las trabajadoras, aunque muy directamente relacionados, pues la afectación a las mujeres ha sido consecuencia de ser una actividad profesional que, normalmente, está segregada ocupacionalmente ya que se configura por personas del sexo femenino mayoritariamente, lo cual por sí solo pudiere resultar discriminatorio desde el momento de acceso al empleo.* Finalmente, también el voto particular es claro al valorar la existencia de una externalización ilícita por abusiva dado que *se trata de una medida que conduce, en el caso, a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado *dumping social*, cuanto menos del salario, ya que el ahorro que consigue la empresa es a costa de un descenso de hasta el 50% de los salarios de las trabajadoras.**

Teniendo en cuenta lo anterior, es obvia la necesidad de que se aborden modificaciones legislativas que supongan una limitación a este tipo de comportamientos empresariales que precarizan las condiciones laborales de colectivos ya de por sí fuertemente precarizados.

A este respecto, las camareras de habitaciones se han organizado<sup>15</sup> para reivindicar sus derechos laborales tanto en lo que se refiere a la carga de trabajo, como a sus salarios. Esta organización fructificó en una propuesta de reforma de los artículos 42, 43 y 44 ET que fue finalmente asumida como propia por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En comú podem-En marea. Así, se presentó una propuesta no de ley que fue aprobada el

---

<sup>15</sup> Son conocidas como las “Kellies”

25 de noviembre de 2016<sup>16</sup> y en la que se instaba por parte del Congreso de los Diputados al Gobierno a:

- Elaborar un Plan sectorial de empleo en el que, tras la necesaria negociación, se abordase el problema de las condiciones laborales de las camareras de piso desde un punto de vista multidisciplinar.
- Señalar este colectivo de trabajadoras como prioritario y que se adaptasen medidas para fijar un número máximo de habitaciones y apartamentos a limpiar y de salidas a realizar de forma diaria.
- Abordar el problema de salud de estas trabajadoras (condiciones ergonómicas y psicosociales, enfermedades profesionales), promover la posibilidad de una rebaja en la edad ordinaria de jubilación y estudiar la siniestralidad (accidentes y enfermedades profesionales) de este sector específico
- Realizar un plan estratégico en relación a los riesgos laborales y desarrollo de actividades formativas específicas para el sector de la hostelería para mejorar las condiciones laborales.
- Promover un marco legal que impida la externalización con rebaja de las condiciones laborales de estas trabajadoras.

Más allá de las camareras de piso pero en relación con el fenómeno de la externalización, el Grupo Parlamentario Socialista registró el 8 de agosto de 2016 una proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados “con el fin de garantizar que los trabajadores que son subcontratados para realizar servicios comprendidos dentro de la propia actividad del empresario principal tengan las mismas condiciones que tendrían de ser contratados directamente

---

<sup>16</sup> Vid texto en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-58.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-58.PDF)

por éste, tanto si dichas condiciones traen causa del convenio colectivo de la empresa principal como si son acordadas por esta empresa en el momento de la contratación”<sup>17</sup>.

### **3.2.5. Nuevas tecnologías y discriminación laboral por razón de género**

La economía colaborativa es un fenómeno que ha transformado el modelo de empresa a través el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación mediante el uso de internet y proliferación de terminales móviles inteligentes, lo que ha permitido que se incrementasen las posibilidad de interacción entre grupos humanos y una reducción de costes.

Tal y como indica Todolí<sup>18</sup> la economía colaborativa abarca una multiplicidad de actividades que pueden ser muy diferentes entre sí y que tienen como elemento común la existencia de una plataforma virtual. Así, este autor distingue dos tipos básicos de modelos de negocio:

---

<sup>17</sup> El texto inicial fue objeto de números enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de Unidos Podemos- En comú podem. En Marea, Esquerra Republicana de Catalunya, Partit Demòcrata Català y Ciudadanos, muchas de las cuales pretendía una modificación más ambiciosa que abarcase no sólo el artículo 42 del ET sino los artículos 43 y 44 y la negociación colectiva. Tras la incorporación de enmiendas en el debate parlamentario el texto resultante fue votado (169 votos a favor, 132 en contra y 37 abstenciones). Se puede consultar en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000015\\*.NDOC.%29](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000015*.NDOC.%29)

<sup>18</sup> TODOLÍ, Adrián. El trabajo en la era de la economía colaborativa. Tirant on line.

- La economía colaborativa en sentido estricto (sharing economy), en la que se incluyen aquellas empresas que tienen como finalidad la de explotar bienes personales infrautilizados, convirtiendo en emprendedores a pequeña escala a los propietarios.
- Crowdsourcing (externalización abierta de tareas o colaboración abierta) o crowdwork, en donde lo relevante es la prestación de un servicio (las prestaciones de servicios se descentralizan y pasan a ser realizados por un gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria).

Dentro del segundo de los tipos se puede diferenciar, a su vez, el crowdsourcing genérico y específico y el crowdsourcing offline (que requiere un desplazamiento a un lugar específico, como el caso de Uber) y online (como el caso de Amazon).

No voy a extenderme en estas cuestiones ya que son abordadas en estas mismas Jornadas de forma extensa en las ponencias de los profesores Ignasi Beltrán de Heredia Ruíz y Consuelo Chacártegui Jávega a cuya lectura me remito. Únicamente indicar que es relevante tener en cuenta que el fenómeno es muy complejo y variado y que en la actualidad las herramientas normativas propias del Derecho laboral se ven desbordadas por esta realidad nueva y cambiante<sup>19</sup>.

La digitalización de la economía ha dado lugar a una devaluación de los derechos de los trabajadores/as, con una huida del Derecho del trabajo (no siempre es fácil distinguir la existencia de una relación laboral o mercantil), incremento de la temporalidad de forma exponencial y sin justificación razonable, salarios exiguos o incluso “novedosas” propuestas como la de Globo de que los repartidores (riders) deban abonar una cantidad por el uso de la plataforma<sup>20</sup>, relaciones laborales con escasas horas de trabajo y cambios de horarios en función de los exclusivos intereses de las empresas, vulneración de los principios de la negociación colectiva...

---

<sup>19</sup> La conflictividad en amplia y abarca tanto dificultades de determinación del tipo de relación laboral/mercantil que une a las personas que prestan el servicio

<sup>20</sup> Vid. noticia en <http://www.finanzas.com/noticias-001/todos/20180228/glovo-cobrara-repartidores-quieran-3792211.html>

Lo anteriormente indicado se manifiesta de forma más obvia, si cabe, en el caso de las mujeres, al incidir esta precarización en un colectivo ya de por sí más precarizado.

Como ejemplo ilustrativo de lo afirmado, se puede acudir a un informe elaborado en enero de 2018 por cinco economistas (dos de ellos profesores de economía en la Universidad de Stanford) para la empresa Uber<sup>21</sup> en el que se indica que los conductores y conductoras que realizan los mismos trayectos cobran lo mismo pero se reconoce que existe también una brecha salarial de género. En el informe se analizan las causas de esta brecha salarial de una forma manifiestamente incorrecta dado que se parte de datos que se consideran neutros cuando en realidad no lo son<sup>22</sup>.

En primer lugar, se afirma que una de las causas por las que las mujeres cobran menos en Uber que los hombres se debe a su forma de conducción ya que conducen de forma más lenta. Se perpetúa así un estereotipo de género sin que se concrete en el estudio la real influencia en el salario dado que, al mismo tiempo, se reconoce que los hombres sólo conducen un 2% más rápido que las mujeres<sup>23</sup>.

En segundo lugar, se ponen de manifiesto varias circunstancias supuestamente derivadas de la libre voluntad femenina que suponen un menor salario que los hombres. Así se indica que las mujeres cobran menos porque “eligen”:

- Permanecer menos tiempo en la empresa (6 meses de media frente a los dos 2 años de los hombres), lo que les impide conocer las rutas mejores u otras habilidades para el trabajo.
- No trabajar en barrios conflictivos, en los que hay menos oferta de conductores y por eso se paga mejor.

---

<sup>21</sup> Se puede consultar el documento en inglés <https://web.stanford.edu/~diamondr/UberPayGap.pdf>

<sup>22</sup> Así lo indica la profesora Ballester Pastor en su colaboración en el blog [https://adriantodoli.com/2018/02/27/uber-saca-un-estudio-que-culpa-a-las-mujeres-de-la-brecha-salarial/amp/?\\_twitter\\_impression=true](https://adriantodoli.com/2018/02/27/uber-saca-un-estudio-que-culpa-a-las-mujeres-de-la-brecha-salarial/amp/?_twitter_impression=true)

<sup>23</sup> Eso sí, admitiendo que ambos respetan la seguridad y las norma del tráfico, por supuesto.

- No trabajar tantas horas como los hombres o hacerlo en horarios típicos y no, por ejemplo, por las noches o fines de semana, en los que se abonan cantidades mayores.

El carácter sesgado del estudio de Uber tiene como fundamento la existencia de una concreta ideología en la que se parte de la afirmación acrítica de que las personas que prestan sus servicios para esta empresa lo hacen en condiciones de libertad idílica, en una igualdad de plano con la mercantil cuya existencia es imposible cuando las condiciones vienen impuestas por sólo una de las partes de la relación contractual (la empresa, que es la única con capacidad de imposición). Al tiempo, no se analizan las causas de esa “elección” y en estas causas es en donde radica una obvia discriminación indirecta de las mujeres conductoras de Uber. Algunas preguntas que deberíamos hacernos para un estudio serio de la brecha salarial serían:

- ¿Por qué las mujeres no quieren trabajar en barrios conflictivos? ¿Tienen una percepción negativa de su seguridad? ¿Existen datos objetivos que justifiquen esta percepción de que, por ser mujeres, tienen más posibilidades de que su integridad física se pueda ver vulnerada?.
- ¿Por qué las mujeres abandonan antes el trabajo o no trabajan los sábados o los domingos por las noches? ¿Tienen hijos/as o dependientes que deban cuidar? ¿Existe corresponsabilidad en su ámbito familiar en los cuidados? ¿Las cantidades cobradas en Uber son suficientemente dignas como para permitirles contratar ayuda profesional para esos cuidados familiares mientras están trabajando?

Ninguna de las anteriores cuestiones se formula en el informe.

Junto con la brecha salarial de género, muchas de las empresas vinculadas al uso de nuevas tecnologías inciden de forma especialmente negativa en la mujer debido a su rol de madre y cuidadora (papel estereotipado que sigue vigente en la sociedad). Los horarios cambiantes y la absoluta disponibilidad de los mismos a voluntad de las empresas impiden la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Esta disponibilidad a la voluntad de la empresa se pone de manifiesto en una acta de la Inspección de Trabajo de Valencia concluida el 11 de diciembre de 2017 (considera que existe laboralidad) en la que

La situación anteriormente indicada provoca, con carácter general, condiciones laborales muy devaluadas y que en no pocos casos se deben cualificar de cuasi explotación, lo que tiene que ser abordado de forma urgente con la aprobación de una normativa en la que se protejan los derechos de los/as trabajadores/as a todos los niveles en un trabajo que merezca la cualificación de decente según los mínimos fijados por la OIT.

A esta finalidad responde la interpelación urgente “sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para asegurar unas condiciones de trabajo dignas y de calidad en la economía digital” que se presentó por el Grupo Parlamentario Socialista el 15 de febrero de 2018. El texto<sup>25</sup> fue debatido en la sesión plenaria del Congreso el 20 de febrero de 2018 y fue aprobado, finalmente, por 208 votos a favor y 129 en contra, tras la incorporación de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario confederal de Unidos Podemos-En comú podem-En marea y por el Grupo Parlamentario Mixto (el diputado Sr. Campuzano del PdCat). Se habían presentado enmiendas también por Ciudadanos, que fueron rechazadas y que estaban orientadas a la adopción por las Comunidades Autónomas de los cheques de formación, y la puesta a disposición de los servicios públicos de empleo del programa de perfilado estadístico “basado en los datos personales y competencias profesionales de las personas desempleadas”.

No sólo resulta interesante el resultado del acuerdo sino también el debate parlamentario, en el que las diferentes intervenciones giraron en torno a la necesidad de evitar los abusos de temporalidad, falsos autónomos y externalización precarizadora que en muchos casos se producen como consecuencia de la economía digital, así como la necesidad de formación para conseguir por la vía del mercado digital un empleo de calidad, introduciéndose en el debate también una perspectiva de género.

---

indica que el control de Deliveroo sobre sus riders llegaba al punto de recibir mensajes a través de la aplicación con expresiones como “sabemos que has recogido el pedido pero vemos que no te mueves, ponte en movimiento!”. Vid. [https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-deliveroo-son-laborales-y-no-autonomos/amp/?\\_twitter\\_impression=true](https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-deliveroo-son-laborales-y-no-autonomos/amp/?_twitter_impression=true)

<sup>25</sup> Consultar en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-308.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-308.PDF) desde la página 17.

El texto aprobado es extenso y se observa una voluntad no sólo de regular los problemas directamente relacionados con la economía digital sino también eliminar los problemas causados por la reforma laboral de 2012, que supuso un aumento del poder de decisión empresarial y, por lo tanto, un debilitamiento de las condiciones laborales y de la negociación colectiva.

En suma, se insta al Gobierno a que, previo acuerdo en el diálogo social y con la colaboración de las administraciones autonómicas, presente una Estrategia integral a corto, medio y largo plazo que permita “una transición justa a esta economía digital, que favorezca la creación de empleo de calidad y contribuya a prevenir y mitigar sus riesgos”. Tal estrategia deberá contener, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Evaluación y valoración del impacto de los cambios tecnológicos en los diferentes sectores productivos, ramas de actividad y grupos de población, “con distinción de sexo, edad, formación, renta, hogares y territorio”.
2. Adopción de modificaciones legales que eliminen las reformas laborales que han provocado precariedad, con inclusión del contrato a tiempo parcial, penalizando la temporalidad y alta rotación y favoreciendo los derechos de los trabajadores/as y la negociación colectiva.
3. Adopción de medidas de fortalecimiento de la negociación colectiva (se incide, entre otras cuestiones, en la igualdad de género y trato).
4. Incentivar la modernización tecnológica en los sectores tradicionales.
5. Adoptar medidas en el cambio educativo para garantizar la alfabetización digital, formar docentes, atender a los grupos más vulnerables por renta o población, fomentar la mayor incorporación de las mujeres a las carreras de ciencias, tecnológicas, ingenierías y matemáticas, entre otras.
6. Modificar la formación profesional.
7. Modernizar los servicios públicos de empleo para que garanticen las ofertas de formación en competencias digitales.
8. Articular ayudas a pymes y autónomos para los procesos de digitalización

9. Mayores dotaciones en inversión de I+D+i.
10. Adoptar medidas de protección social para impedir la exclusión social que se derive del proceso de digitalización.
11. Medias para retener el talento.
12. Planificación de los objetivos para alcanzar los estándares medios europeos antes de 2020.
13. Acogiéndose la enmienda del PDCat, se pide al gobierno que presente durante la actual legislatura un informe que verse sobre “la definición de las modificaciones normativas necesarias para adecuar las relaciones económico-laborales entre individuos y empresas en el marco de las plataformas digitales” (petición ya aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social el 13 de diciembre de 2017), en el que deberá identificarse “las reformas necesarias para adecuar la legislación económica laboral vigente, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a los desafíos del cambio tecnológico sobre nuestro sistema productivo, así como a las plataformas digitales y a sus usuarios”.

Todas las medidas anteriores, en caso de ser desarrolladas, pueden ser de gran importancia para la mejora de las condiciones laborales de los/las trabajadores/as que prestan servicios en el mercado laboral con presencia cada vez mayor de las nuevas tecnologías. Esa mejora redundará también en beneficio de las trabajadoras mujeres y, como se ha puesto de manifiesto, la interpelación aprobada atiende a la cuestión de género en especial en relación a la valoración y evaluación de impacto de las nuevas tecnologías, negociación colectiva y formación.

Para finalizar este punto de nuevas tecnologías y la relación laboral desde el punto de vista de género, es preciso hacer una referencia al teletrabajo. Esta figura está regulada en el artículo 13 ET que indica que “tendrá la consideración de trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante a distancia en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”.

La regulación interna del teletrabajo es insuficiente dado que no abarca supuestos en los que el lugar de trabajo no es el domicilio y tampoco un lugar elegido libremente por la

persona que presta servicios, como sucede en los casos de los telecentros o de los centros satélite.

Junto con el artículo 13 del ET, se han aprobado diversas normativas en el ámbito de las Administraciones Públicas sobre teletrabajo en base a la idea fundamental de voluntariedad.

También existen previsiones en los convenios colectivos aunque de una forma bastante limitada y vinculada casi siempre a la configuración del teletrabajo como una medida de conciliación de la vida laboral y familiar<sup>26</sup>.

La dispersión normativa no favorece la seguridad jurídica respecto al teletrabajo y es necesario que se aborde esta cuestión desde el punto de vista normativo tomando como referencia el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo y también las valoraciones que se realizan en un reciente estudio de la OIT al respecto titulado “Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral”<sup>27</sup>. En este informe se analiza la figura del teletrabajo en sus diferentes formas y su implantación en 15 países y se hace referencia a dos efectos contrapuestos de este tipo de actividad laboral para las personas trabajadoras:

- Efecto positivo: mayor autonomía sobre el horario de trabajo que permite organizar la jornada laboral con más flexibilidad, un menor tiempo de desplazamiento al lugar de trabajo que mejora el equilibrio entre la vida laboral y personal, y una mayor productividad.
- Efecto negativo: la tendencia a trabajar más horas, y una superposición entre el trabajo remunerado y la vida personal, lo cual puede generar niveles de estrés más altos.

---

<sup>26</sup> En el Libro Blanco del Teletrabajo en España se destacan las buenas prácticas de varias empresas en esta materia, con planes de implantación progresivos y programas piloto (BBVA, ENDESA, INDRA, IBERDROLA, LÍNEA DIRECTA, MICROSOFT, SANITAS y WOLTERS KLUWER).

<sup>27</sup> Vid. [http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS\\_544226/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_544226/lang--en/index.htm)

En suma, es necesario una normativa que permita regular el teletrabajo de forma global atendiendo a todas las modalidades y no sólo desde el punto de vista de la productividad sino también desde el respeto a los derechos de las personas trabajadoras para evitar que se convierta en una forma más de explotación laboral y de precarización (jornadas extenuantes, sin horarios, trabajo sin retribuir...). Además, esta normativa debe dictarse atendiendo a una perspectiva de género, evitando que el teletrabajo se convierta en una forma de incremento de la actividad laboral no retribuida de la mujer y en un sistema más para perpetuar el estereotipo de mujer trabajadora como madre y única cuidadora de la prole.

### ***3.2.6. La discriminación laboral de género en el acceso a las prestaciones por desempleo.***

Como es fácilmente deducible de lo que se ha indicado hasta ahora, la existencia de bajos salarios y contratos a tiempo parcial que son “disfrutados” por las mujeres en mayor proporción que los hombres suponen dificultades para el acceso a unas prestaciones por desempleo que permitan la subsistencia de quien ha perdido su trabajo y fuente de ingresos.

Vinculada a esta cuestión, es relevante hacer referencia a la STJUE del 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15, María Begoña Espadas Recio contra el Servicio Público de Empleo).

El supuesto de hecho era el de una trabajadora del servicio de limpieza a tiempo parcial vertical (concentraba sus horas de trabajo en determinados días laborales a la semana) que prestó servicios durante varios años hasta que se extinguió la relación laboral y solicitó la prestación contributiva por desempleo. El Servicio Público de Empleo aceptó que la beneficiaria tenía derecho a la prestación pero aplicaba el sistema de cálculo previsto en la Ley General de la Seguridad Social por la que en el caso de trabajo a tiempo parcial, la duración de la prestación por desempleo se determina en función de los días de cotización durante los seis años anteriores pero teniendo en cuenta sólo los días efectivamente trabajados y no los seis años de cotización en su conjunto. Esta regla

suponía, por lo tanto, una prestación en la que se atendía a la existencia de menos días de cotización.

El Jutjat Social núm. 33 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial al entender que esta categoría de trabajadores/as están doblemente penalizados/as por dos razones:

- El menor salario que perciben por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo con un importe proporcionalmente inferior.
- Además, se reduce la duración de esta prestación ya que se tienen en cuenta sólo los días efectivamente trabajados aunque el período de cotización sea más amplio.

Por otro lado, el juzgado entendía que podría existir un supuesto de discriminación indirecta ya que la normativa se aplicaba en mayor proporción a mujeres que a hombres (hay más mujeres que hombres con este tipo de contratos), lo que podía vulnerar la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres.

Finalmente, el TJUE establece que:

- La medida nacional controvertida no parece adecuada para garantizar la correlación que debe existir entre cotizaciones por el trabajador y los derechos que puede reclamar en concepto de prestación de desempleo ya que un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá un prestación por desempleo de una duración inferior a la de un trabajador a jornada completa que haya abonado idénticas cotizaciones.
- La medida nacional controvertida perjudica a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y, por lo tanto, es una discriminación por razón de género.

### ***3.2.7. La discriminación laboral por razón de género en relación al sistema de pensiones de jubilación y de incapacidad***

También en este supuesto es obvio que la percepción de bajos salarios y contratos parciales en mayor proporción por las mujeres que por los hombres, suponen una discriminación en lo que se refiere a las pensiones contributivas de jubilación y por incapacidad dado que las bases de cotización son menores en mujeres que en hombres.

Al margen de lo indicado, voy a centrarme en una cuestión concreta que ha provocado cierta litigiosidad y que entiendo que no ha sido resuelta de forma adecuada desde una perspectiva de género. Me estoy refiriendo a los artículos 197.4 y 209.b de la Ley General de la Seguridad Social que se refieren al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes en el caso de que existan meses en los que no haya existido obligación de cotizar. En estos casos se acude a un sistema de integración de lagunas de cotización que es distinto para los contratos a tiempo completo y a tiempo parcial. En el primero de los supuestos, se atiende a la menor base de cotización aplicable en los cuatro primeros años y al 50 por ciento de esa base mínima en los cuatro últimos años. En el caso de los trabajadores a tiempo parcial también se integran las lagunas de cotización pero atendiendo a la menor de las bases de cotización correspondiente al número de horas contractualmente previstas en la fecha en la que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar.

La diferencia en la cuantía de las pensiones es importante si se acude a un sistema o a otro y, dado que como ya se indicó hay un mayor número de mujeres que de hombres que realizan trabajos a tiempo parcial, podría considerarse que existe un supuesto de discriminación indirecta.

Precisamente, la Sala de lo Social del TS formuló por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad al entender que se podían vulnerar los artículos 9.3 y 14 CE.

En la STC 156/2014, del 25 de septiembre, se resuelva la cuestión realizando dos afirmaciones:

- La regla de cálculo para integrar las lagunas de cotización en el caso de trabajadores/as a tiempo completo y a tiempo parcial no carece de justificación y puede beneficiar o perjudicar a unos u otros trabajadores/as en función de cómo sucedan los períodos de actividad e inactividad o en función de sus contratos.

- No entra a resolver la posible existencia de discriminación indirecta en contra de las mujeres porque el litigante del caso concreto era un hombre (existe un voto particular a este respecto).

Es destacable también la STJUE de 14 de abril de 2015 (asunto C-527/13, caso Cachal-Dora Fernández) que se pronunció en relación a una cuestión prejudicial promovida por el TSJ de Galicia en relación con la compatibilidad del método de cálculo analizado en relación con la incapacidad y al Directiva 79/7/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978. En este caso, el TJUE entiende que el método de cálculo puede perjudicar a trabajadores/as a tiempo parcial pero también los puede beneficiar según los casos. Se admite que hay más mujeres que hombre que trabajan a tiempo parcial pero al tiempo se indica que este dato no es relevante para afirmar la existencia de una discriminación indirecta porque el método de cálculo al que se hace referencia puede perjudicar a algunos/as trabajadores/as a tiempo parcial y beneficiar a otros/as (no se acredita que los perjudicados sean preferentemente mujeres).

#### **IV. LA MATERNIDAD Y SU INFLUENCIA EN LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER**

Tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, es obvio que existe una correlación entre la maternidad y la brecha salarial de género según los datos estadísticos.

En el informe de CCOO “Brecha salarial: el peaje de la discriminación” al que se ha hecho referencia en diversas ocasiones, consta que la presencia de las mujeres en el ámbito laboral es menor que la de los hombres en todo caso, si bien los datos estadísticos acreditan que la situación se agudiza cuando se tienen hijos/as. Las mujeres con hijos/as tienen, de hecho, una tasa de empleo 7 puntos inferior a las mujeres sin descendencia. Por otro lado, se observa que la tasa de empleo masculina se incrementa con la paternidad, mientras que la femenina disminuye con la maternidad.

Estos datos deben ponerse en relación también con la importante cantidad de mujeres que reducen su jornada y, por lo tanto, su salario, para poder cuidar de los menores. Así sólo un 2,1% de hombres frente al 21,1% de mujeres redujeron su jornada para cuidado de menores de 8 años por tiempo igual o superior a un mes. Respecto de las excedencias por cuidado de menores, sólo se solicitaron por un 5,5% de hombres, porcentaje que llega al 14,78 % respecto del cuidado de otros familiares<sup>28</sup>).

Es destacable también que existe un porcentaje más elevado de mujeres que abandonan su trabajo al no poder compatibilizarlo con el cuidado de los hijos/as o que acuden a trabajos parciales muchas veces mal pagados, como ya se analizó anteriormente.

Teniendo en cuenta lo indicado, se va a hacer referencia a continuación a dos cuestiones vinculadas a la discriminación laboral por maternidad, como son el despido de las trabajadoras embarazadas y las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

#### **4.1. El despido de la trabajadora embarazada**

Los artículos 53.4 y 55.5 del ET prevén la posibilidad de que la trabajadora embarazada pueda ser despedida por causas objetivas o disciplinarias con la particularidad de que, en el supuesto de que el empresario no pueda acreditar la causa del despido, éste no puede ser calificado como improcedente y dar lugar a una indemnización sino que se calificará como nulo necesariamente. En estos casos, por lo tanto, la improcedencia del despido se sanciona con la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo y el pago de la retribución dejada de percibir, sin perjuicio de que la trabajadora también pueda reclamar una indemnización por daños y perjuicios o que se pueda dar lugar a la imposición de sanciones administrativas.

Estos preceptos deben ser puestos en relación con el contenido de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 que regula una serie de medidas orientadas a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la

---

<sup>28</sup> Datos del informe de UGT de 16 de marzo de 2015 “trabajar igual, cobrar igual, conciliar igual”.

trabajadora embarazada y con la reciente sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Jessica Porras Guisado contra Bankia).

El supuesto de hecho de la resolución indicada era la existencia de un procedimiento de despido colectivo por parte de la entidad Bankia, resultando afectada la Sra. Porras Guisado, a quien la empresa le comunicó las causas objetivas que justificaban la adopción de tal medida por parte de la entidad. La trabajadora estaba en esos momentos embarazada y la empresa no hizo alusión en la comunicación del despido a ningún dato relativo a justificar el despido en atención a esa circunstancia concreta del embarazo, más allá de la justificación del despido colectivo por causas objetivas.

La trabajadora formuló una demanda y el Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró consideró que el despido era procedente. Tras el recurso de suplicación, el TSJ de Catalunya formuló una cuestión prejudicial con varias preguntas en relación a interpretación del artículo 10 de la Directiva 92/85, concluyendo el TJUE que el precepto:

1. No se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo (pregunta 1ª).
2. No se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido (es decir, no exige una comunicación con justificación reforzada a la trabajadora despedida si está embarazada).
3. No establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (se trata, obviamente, una norma de mínimos).

La respuesta más interesante del TJUE es, con todo, la que se da en relación a la siguiente pregunta del TSJ de Catalunya:

*¿Es conforme al art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?*

Aquí el TJUE indica que *el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.*

Joan Agustí Maragall en un reciente artículo titulado “La prohibición de despedir a la trabajadora que haya comunicado su embarazo: comentario de urgencia a la STJUE de 22.2.18 (Jessica Porras Guisado/Bankia, SA)” que está publicado en la revista La ciudad del Trabajo (dirigida por Miquel Falguera), afirma que se ha producido una incorrecta trasposición del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE por parte del legislador español.

La redacción literal del precepto es la siguiente:

«Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2) Cuando se despidiera a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.»

Indica Joan Agustí que para comprender el precepto es necesario tener en cuenta dos elementos fundamentales:

- Que prevé una protección a toda trabajadora embarazada siempre y cuando haya comunicado su embarazo al empresario.
- Que su finalidad es preventiva y no antidiscriminatoria, como se deduce tanto de la exposición de motivos como del articulado.

Siendo así la situación, el artículo 10 de la Directiva incluye dos mandatos distintos al legislador estatal:

1. La tutela preventiva en forma de prohibición general del despido (apartado primero).
2. La tutela reparativa “contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

El problema radica en que la transposición se ha efectuado respecto a la segunda de las tutelas pero no en relación a la primera (la tutela preventiva). Ante ello, Joan Agustí entiende que debería considerarse la prohibición general de despido impuesta por el artículo 10.1 de la Directiva es de aplicación directa y, atendiendo al principio de interpretación conforme, ya no sería posible que se viesen afectadas por un despido las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, salvo en el supuesto excepcional que no haya otra opción (es decir, otra persona susceptible de ser afectada).

A mayores de lo anterior, también entiende que podrá ser interesante una reforma legislativa por la que se obligase a las empresas a solicitar una autorización para despedir a una trabajadora en alguna de las tres situaciones indicadas, algo que se prevé

ya en el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 respecto a la admisión de “casos excepcionales” y que tiene algún precedente en el Ordenamiento jurídico.

## **4.2. Las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar**

Las medidas conciliatorias que se prevén en la legislación española son variadas y abarcan figuras como el permiso de maternidad, de paternidad, de lactancia, la excedencia por el cuidado de hijos/as y familiares, la reducción de jornada y la adaptación de jornada.

A continuación se va a hacer referencia tan sólo a la reducción de jornada y concreción horaria y a los permisos de maternidad y paternidad.

### **4.2.1. La reducción de jornada y la concreción horaria.**

#### 5.2.1.1. La reducción de jornada.

La reducción de jornada por guardia legal está regulada en el artículo 37.5 del ET que indica lo siguiente:

*Quien por razones de guardia legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la merma proporcional del salario entre, por lo menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.*

*Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí, y que no desempeñe actividad retribuida.*

*El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la merma proporcional del salario de, por lo menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público*

*de Salud o órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.*

*Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Con todo, si dos o más trabajadores de la misma empresa generaran este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.*

Por otra parte, el artículo 37.6 ET indica:

*La concreción horaria y la determinación del período de disfrutar del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada común. Con todo, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.*

*Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.*

La actual redacción del artículo 37.5 ET es fruto de diversas modificaciones introducidas en el texto original por la Ley 39/1999, del 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del 6 noviembre), la disposición final vigésima segunda de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE del 23 diciembre), el número 3 de la disposición final primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7 julio) y el R.D.-

ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad e los trabajadores (BOE del 21 diciembre).

Dos son las cuestiones interpretativas que plantea este precepto y que serán analizadas a continuación: qué se debe entender por “jornada diaria” y la titularidad del derecho previsto en la norma.

Antes de la reforma de 2012 no se concretaba en el artículo 37.5 ET el tipo de jornada respecto de la que podía realizarse el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo/a, es decir, si la reducción de jornada podía operar sobre módulo diario, semanal mensual o anual, ya que el precepto se limitaba a posibilitar el ejercicio del derecho de reducción de la jornada común del trabajador. Por el contrario, en el año 2012 se introduce el término “diaria” en relación a la jornada objeto de reducción por lo que es preciso determinar si el cambio de literalidad de la norma implica que sólo quepa una reducción de la jornada atendiendo a una merma en la prestación de servicios día a día. La respuesta a esta interpretación restrictiva del precepto debe ser, a mi entender, negativa por varias razones.

En primer término, porque se trata de una interpretación que, aún con la modificación de la literalidad del precepto, no se deduce claramente del contenido de la norma y supone una restricción sin amparo normativo contundente del que el mismo precepto configura como un derecho del trabajador. Por otra parte, esta restricción debía, en todo caso, ser suficientemente evidente y estar justificada ya que supone una restricción que no afecta a un simple derecho de base legal sino a un derecho fundamental vinculado a los artículos 14 y 39.3 CE, como ya se había afirmado en las SSTC 3/2007 y 26/2011. Esta justificación sólida no se encuentra en el precepto, ni siquiera en la Exposición de Motivos de la norma que modificó el artículo 37.5 ET (de hecho, esta modificación fue introducida, como de si una cuestión menor se tratara, vía disposición adicional).

En segundo lugar, hace falta atender a la normativa internacional existente sobre la materia y sus efectos en el Ordenamiento del Estado español, ya que esta normativa internacional debe ser aplicada siempre y en todo caso.

Según el artículo 96 de la Constitución Española (CE) *los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista nos propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.* Este precepto, debe ser puesto en relación con la

Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales que indica el siguiente:

- *Todos los poderes públicos, órganos y organismos del estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de los dichos tratados (artículo 29).*
- *Los Tratados Internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que la dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes (artículo 30.1).*
- *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional (artículo 31).*

Por su parte la Carta Social Europea y la Carta Social Europea hacen referencia a las medidas que deben ser adoptadas por los Estados contratantes *para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras la protección y para garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo (artículo 8)*, la que *con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para uno pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad es preciso que las Partes Contratantes fomenten la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualquier otras medidas adecuadas” (artículo 16)* y la que *para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños la una protección social y económica, las Partes Contratantes adoptarán cuantas medidas fueran necesarias y adecuadas la ese fin (artículo 17)*. Es decir, la Carta Social Europea:

- No establece medidas de protección sobre los progenitores para el cuidado de los/as menores de forma tasada (se trata de un listado abierto).
- No introduce ninguna limitación a la amplitud de esas medidas.
- Del contenido de los preceptos se deduce que su espíritu es otorgar la mayor protección en el campo laboral a las personas trabajadoras para el cuidado efectivo de sus hijos/as y en ese sentido debe ser interpretado el artículo 37.5 ET de tal manera que

no cabe considerar que la referencia a la “jornada diaria” pueda justificar una restricción al derecho de reducción de jornada por guardia legal de un menor.

La Directiva 2010/18 UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 es clara en su voluntad de que no se establezcan restricciones del derecho de conciliación. Por el contrario, se orienta a ampliar este derecho con la finalidad de garantizar una protección de los/de las menores hijos/las de las personas trabajadoras y de eliminar los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de hombres y mujeres a nivel laboral, lo que implica la adopción de alternativas lo más amplias posibles para la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Es obligado, pues, interpretar las posibles dudas que suponga la referencia a la “jornada diaria” del artículo 37.5 ET atendiendo a las directivas comunitarias y todo lo anterior implica que cabe concluir que la persona trabajadora puede reducir la jornada de trabajo por guardia legal al amparo del artículo 37.5 ET sin ser preciso que tan reducción se efectúe día a día.

En lo que se refiere a la titularidad del derecho que se regula en los preceptos ya reproducidos, es preciso indicar que el derecho de reducción de jornada por cuidado de hijos/as es ostentado por el/a trabajador/a que lo solicita con independencia de que los/las descendientes cuenten con otro/a progenitor, de un o de otro género, con o sin convivencia, con o sin asunción de los deberes paterno- filiares y con independencia también de la existencia o no de otros miembros de la familia, amigos/as, vecinos/as o conocidos/as que puedan/quieran hacerse cargo del pequeño/a. En suma, el derecho que se indica, no es titularidad de la familia tradicional, no tradicional, estricta o extensa, ni de la comunidad, ni del clan, ni de la tribu: es un derecho individual del trabajador/la (artículo 37.5 ET: *las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres*) que sólo se puede ver limitado por la empresa si se da el caso de *dos o más trabajadores de la misma empresa generaran este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.*

#### 4.2.1.2. La concreción horaria (sin reducción de jornada)

El artículo 34.8 ET establece:

*El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, el previsto en aquella.*

*La tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre lo derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.*

En la redacción del artículo 37.5 ET se hace referencia a un derecho individual de la persona trabajadora a una reducción de jornada con concreción horaria, mientras que el artículo 34.8 ET parece diferir el derecho de concreción horaria que no va acompañado de reducción de jornada a lo establecido por pacto o convenio colectivo. Parece claro, pues, que si no existe previsión en la negociación colectiva, el trabajador debe poder instar la negociación en el ámbito individual, en el que la empresa solamente podría oponer al ejercicio de este derecho de conciliación del trabajador a la adaptación de jornada (de dimensión constitucional) legítimas razones de tipo organizativo, técnicas o productivas.

Por otra parte, teniendo en cuenta la “dimensión constitucional de los derechos de conciliación” según las SSTC de 14 de marzo de 2011 ( rec. 9145/2009 y rec. 1091/2009) y de 15 de enero de 2007 ( rec. 6715/2003), la remisión del artículo 34.8 ET a la negociación colectiva o acuerdo individual no puede entenderse como meramente “condicional”, esto es, que se condicione la efectividad del derecho la que se alcance acuerdo, sino “instrumental”, esto es, entendiendo que el legislador quiso trasladar a la negociación colectiva o individual la ponderación de los intereses en juego que no son exclusivamente los del trabajador solicitante y de la empresa, sino también los derechos de conciliación de los restantes trabajadores/as.

A los efectos interpretativos se puede apreciar cierta contradicción en la STC 24 y 26/2011. La primera parece concluir que no se trata de un precepto que sea exigible desde el punto de vista jurídico ya que *el legislador consideró conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a)*. Por el contrario, la STC 26/2011, dictada en la misma fecha respecto al alcance del mismo derecho, el art. 34.8 ET, parece llegar a la solución

contraria, al proclamar una interpretación amplia del mismo, en razón de su dimensión constitucional e indica:

*El hecho de que los órganos judiciales no habían valorado la cuestión de si el denegarle al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto expuesto, de manera que, como afirmamos en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, lo reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo «no es tanto ni solo que renunciara a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera tuviera en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado» ( SSTC 191/1998, de 29 de septiembre , F. 5; 92/2005, de 18 de abril, F. 5 ; y 3/2007, de 15 de enero , F. 6).*

*Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales ( art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Eso obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrente, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y el posible incidente que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda tener para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos hizo (diurno) y rotatorio de la residencia en*

*la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por este sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.*

Siguiendo lo razonado en la Sentencia del Juzgado del Social núm. 33 de Barcelona de 1 de septiembre de 2015, cabe considerar que la contradicción entre la doctrina establecida en ambas sentencias ( STC 24 y 26/2011) puede eliminarse en favor de la tesis “amplia” sostenida en la STC 26/2011, en base al dispuesto en la cláusula 6ª del nuevo “Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental” (Directiva 2010/18), del siguiente tenor literal:

*Cláusula 6: Reincorporación al trabajo.*

*“1. Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, habida cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.*

*2. Para facilitar el regreso al trabajo tras el permiso parental, se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en contacto durante el período de permiso, y a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración, que las partes afectadas habrán de decidir habida cuenta la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. “*

En la Directiva 2010/18 se establecen, pues, dos mandatos que no se incluyeron en el artículo 34.8 ET:

- “los empresarios tomarán en consideración tales peticiones” (mandato imperativo);
- Estas peticiones deben ser atendidas haciendo una ponderación “tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”.

#### 4.2.1.3. La interpretación de los tribunales

La postura de los tribunales frente a la reducción de jornada y concreción horaria (con o sin reducción de jornada) es bastante variada debido a que este tipo de procedimientos

no tienen acceso al recurso de suplicación salvo en el caso de que se acumule una pretensión indemnizatoria en cuantía superior a 3000 euros.

Por otro lado, en los casos en los que se han pronunciado los tribunales superiores de justicia la postura tampoco se puede considerar que sea unánime desde el punto de vista jurídico.

- STSJ de Catalunya del 5 de marzo de 2017 (recurso 7164/2016) desestima una demanda de reducción horaria y concreción horaria por cuidado de hijo/a.

En este caso la trabajadora demandante solicita la medida pero la empresa (previa intervención de la Inspección de trabajo) le efectúa una propuesta a la actora teniendo en cuenta las necesidades empresariales y de mayor actividad de la tienda donde la actora presta sus servicios. La Sala argumenta que la concreción horaria debe de realizarse dentro de la jornada ordinaria y que en el supuesto enjuiciado la empresa habría probado que la concreción y turnos en los cuales la actora quería realizar su jornada de trabajo eran los de más actividad y que además había realizado varias propuestas a la trabajadora con la mediación de la Inspección de Trabajo que la actora no aceptó.

- STSJ de Galicia del 27 de junio de 2017 (recurso 30/2017) La trabajadora demandante que disfrutaba de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor prestando sus servicios en horarios de mañana y tarde en semanas alternativas y solicita la prestación de servicios solo en horario de mañana. Por el Juzgado de lo Social se desestima la demanda por entender que se alteraban los turnos y la concreción horaria debería realizarse solo dentro de la jornada ordinaria pero la Sala entiende que se debe de analizar el derecho a la concreción horaria por cuidado de hijo desde una perspectiva constitucional y analizando el derecho a no sufrir discriminación, llegando a la conclusión que debe de primar el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral sin que concurran circunstancias especiales que en este caso impidan tal conciliación.

- STSJ de Murcia de 31 de octubre de 2017 (recurso 939/2017) La trabajadora demandante solicita una reducción de jornada por cuidado de hijo menor y concreción horaria. La empresa admite la reducción pero no la concreción horaria. Por el Juzgado de lo Social se desestima la demanda de la trabajadora y la Sala confirma la decisión al indicar que en este caso no concurre una negativa total por la empresa en cuanto a la concreción horaria y que la propuesta de la

empresa permite a la trabajadora conciliar su vida familiar, habiendo justificado la empleadora que por las necesidades organizativas era necesario que la actor acudiera alguna tarde al trabajo.

- STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018 (recurso 4108/2017). La trabajadora demandante tenía reconocido una reducción de jornada y concreción horaria por guarda legal prestando sus servicios en turno de mañana y tarde. Solicita la realizar su jornada de trabajo solo en horario de mañana, a lo que se niega por la empresa. La Sala admite la pretensión de la trabajadora dado que acude a una interpretación flexibilizadora de la normativa declarando el derecho de la trabajadora a conciliar la vida laboral y familiar salvo que resulte muy gravoso para la empresa lo que en este supuesto no se habría probado.

Con independencia de la tesis seguida por los diferentes órganos judiciales, entiendo que es fundamental atender a los criterios de ponderación de los intereses en conflicto en caso de conciliación de la vida laboral y familiar teniendo en cuenta la relevancia constitucional de esta conciliación. Así lo ha indicado la STC 149/2017, de 18 de diciembre de 2017 en el recurso de amparo 5542/2016 al resolver una cuestión relativa la permuta de puestos de trabajo de dos trabajadoras interinas de la Consellería de Traballo e Benestar da Xunta de Galicia. Indica el TC que la permuta era admisible y que, además, “el hecho de que la Sala no se haya plantado la cuestión de si denegar a las trabajadoras demandantes la pretendida permuta de sus puestos de trabajo constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.3 CE, del asunto planteado”<sup>29</sup>.

#### ***4.2.2. Los permisos de maternidad y de paternidad***

##### **4.2.2.1. La protección de la maternidad**

---

<sup>29</sup> Se reconoce por el TC, pues, el carácter transversal de la conciliación en la interpretación de las norma jurídicas de cualquier tipo.

El artículo 48.4 del ET permite que la persona trabajadora pueda suspender su contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo en el supuesto de parto atendiendo a los siguientes presupuestos:

- la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo;
- el periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto;
- para caso de fallecimiento:
  - si es de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto;
  - si es del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.
- respetando las seis semanas inmediatamente posteriores al parto (que son de descanso obligatorio para la madre, como ya se dijo), en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.
- en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre;
- en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro

progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria (se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, que son igualmente de suspensión obligatoria del contrato de la madre);

- en los casos de parto prematuro con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

La crítica a la regulación legal es obligada ya que en el texto, además de una cierta visión heterosexual de la familia, se deduce que el permiso se configura como de titularidad exclusivamente femenina y la figura del padre aparece desdibujada como un cuidador subsidiario en caso de cesión del permiso por parte de la madre. Esta opción legislativa entiendo que debe ser censurada dado que carece de justificación razonable y tan sólo sería admisible en lo que se refiere a la atribución a la mujer de un período de disfrute obligatorio del permiso tras el parto a efectos de recuperación física. El legislador, por lo tanto, ha optado por perpetuar los estereotipos de género, atribuyendo a la madre la condición de cuidadora natural de los hijos/s y al padre su configuración como un simple colaborador en los cuidados (lo que resulta injusto para ambos géneros).

En la práctica, la cesión del permiso por las madres a favor del otro progenitor, es muy escasa aunque se ha ido incrementado desde el año 2010. Por Comunidades Autónomas, las diferencias son muy relevantes de tal forma que Murcia ha sido la CA con menor porcentaje de cesión del derecho por parte de las madres en los años 2013 y 2014, puesto que ha sido ocupado por Extremadura en el año 2015. En el otro extremo se encuentra Euskadi, que en los tres años ha sido el territorio con mayor porcentaje de cesión por las madres de este permiso al otro progenitor<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Los datos se pueden consultar en la amplia y muy recomendable tesis doctoral de MARTÍNEZ GARCÍA, MARÍA LUISA, La cara oculta de la protección por maternidad y paternidad, dirigida por LÓPEZ ANIORTE, MARÍA DEL CARMEN en el año 2016. Se puede acceder en abierto al texto en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=128262>

#### 4.2.2.2. La protección de la paternidad

El artículo 48.7 del ET indica que en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad atendiendo a los siguientes criterios:

- la duración del permiso será de cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo;
- en el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro;
- el trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión;
- la suspensión del contrato a que se refiere este apartado podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente;
- el trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

También en este caso es preciso criticar la decisión del legislador. La duración del permiso es notablemente inferior que al de maternidad (hasta el 1 de enero de 2017 fue tan sólo de 13 días dado que la vigencia del precepto fue aplazando de forma constate) y se mantiene cierta subsidiariedad dado que en caso de parto la suspensión de la relación

laboral le corresponde obligatoriamente a la madre. Nuevamente se reproducen, pues, los estereotipos de género.

Los datos prácticos sobre el disfrute del permiso de paternidad acreditan que su uso ha ido en aumento de forma constante desde su implantación, con porcentajes de disfrute siempre superiores al 70 por ciento en el año 2015 en todas las CCAA, a excepción de Melilla en donde el porcentaje fue tan sólo del 61,32 por ciento. Según Martínez García, estos datos acreditan que “los hombres del Estado español (en especial los del sur) responden mejor a los permisos de los que son titulares y no transferibles, como el de paternidad”<sup>31</sup>

#### 4.2.2.3. La corresponsabilidad como vía para la eliminación de la discriminación por razón de género derivada de la maternidad

Es preciso superar las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar adoptadas hasta ahora, que están basadas en el paternalismo respecto de la posición de la mujer-madre y en una visión sexista y estereotipada de los papeles del hombre y la mujer en las relaciones familiares.

En una sociedad libre e igualitaria en la que se respete la dignidad humana con independencia del género, no se puede defender que sea consubstancial a la naturaleza femenina el cuidado de los miembros de la familia ni consubstancial a la naturaleza masculina su sometimiento a un papel secundario frente a las obligaciones familiares. Tanto hombres como mujeres tienen derecho a disfrutar de los/as hijos/as y la obligación de asumir los cuidados de los mismos/as. Se precian, pues, políticas orientadas a la corresponsabilidad.

A nivel comunitario existe una extensa intervención desde los años 70 del siglo XX con la finalidad de garantizar una protección de los/as hijos/as de las personas trabajadoras y de eliminar los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de hombres y mujeres a nivel laboral, lo que implica la adopción de alternativas para la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

En primer lugar, es de destacar la Directiva 75/117 CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación, promoción profesional y a las condiciones de trabajo, en la que se extiende

---

<sup>31</sup> Ídem, página 171.

la prohibición de discriminación por razón de sexo al resto de las situaciones laborales. Por otra parte, la Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que de ese la luz o en período de lactancia, establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada.

Con todo, es la Directiva 96/34 CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995, la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y de las responsabilidades familiares. Esta norma pone fin al exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre en algunos estados miembros, declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores hombres o mujeres.

Por otra parte, a la Comunidad Europea también avanza en el objetivo de una mayor flexibilidad laboral aprobando la Directiva 1997/80 CE sobre trabajo a tiempo parcial. La Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo u ocupación reúne en un contexto las directivas y la jurisprudencia consolidada en la materia recapitulando todas las reglas a nivel comunitario que existían sobre igualdad de trato en relación a la retribución, al acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo, el régimen profesional de seguridad social, así como el principio de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Además, en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la directiva insta a los estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y sobre el permiso parental que puedan solicitar tanto los padres como las madres y a la creación de instalaciones accesibles para cuidado de los/de las niños/las y a la asistencia a personas dependientes. Al mismo tiempo, en el artículo 16 la directiva prevé el mismo nivel de protección para lo trabajador padre que ejerce su derecho al permiso de paternidad que lo que tradicionalmente se le concedió a la mujer, declarando que los estados miembros deben proteger al padre trabajador frente al despido motivado por el ejercicio de tal derecho y garantizar el derecho a reintegrarse en su puesto de trabajo o la un equivalente.

También es de destacar las aportaciones de la Directiva 2010/41 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

Fundamental a mi entender es el nuevo Acuerdo Marco sobre permiso parental que pasa a aplicarse mediante la Directiva 2010/18 UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 (deroga la anterior Directiva 96/34) que debe ser utilizado como punto de referencia para todas las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral que se aprueben por parte de las autoridades públicas.

En el Acuerdo Marco que, entre otras cuestiones, amplía la duración mínima del permiso que pasa de tres a cuatro meses, se indica que la conciliación “es un derecho fundamental que debe garantizarse plenamente en cada texto de la Unión (se reconoce su carácter transversal) y que los Estados miembros deben fomentar tanto en el sector público como privado modelos de bienestar empresarial que exijan el derecho a la conciliación. Al mismo tiempo, se indica que el reto demográfico es de gran relevancia y que, para afrontarlo, las políticas de conciliación son necesarias teniendo en cuenta lo siguiente:

- Es fundamental que las mujeres tengan garantizado el derecho a un empleo compatible con el ejercicio de otros derechos “así como el derecho a ser madres, sin que se les penalice por ello”;
- La regulación del permiso parental “además de garantizar la igualdad de género y el acceso de la mujer al empleo, debe permitir que los padres asuman sus responsabilidades para con sus hijos”;
- El permiso parental “tiene beneficio a largo plazo para el desarrollo de los hijos”.

Por todo lo anterior, en el Acuerdo Marco se establece como mandato a los Estados miembros:

- que las políticas públicas, incluidas las relativas al permiso parental, deben ser siempre orientadas a la equidad en términos de derechos individuales igualmente accesibles para hombre y mujeres “con objeto de animarles a una mejor conciliación entre la vida familiar y la vida laboral en el mejor interés de sus hijos”;
- “es preciso adoptar políticas familiares que faciliten una vuelta al trabajo “gradual y suave” dado que esta reincorporación a la actividad laboral tras un

permiso parental “puede ser una situación difícil y estresante para el padre y para el niño”;

- en relación a lo anterior, se defiende también medidas como el fomento del teletrabajo, el trabajo en casa y el trabajo inteligente con la finalidad de que las políticas de conciliación “no impongan una carga adicional a los empleados”;

En general, puede afirmarse que las recientes reformas normativas de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y profesional van orientadas a conseguir el objetivo de la corresponsabilidad de mujeres y hombres frente a sus responsabilidades familiares.

El Acuerdo Marco ha tenido un deficiente desarrollo en el Estado español. A este respecto cabe destacar y valorar muy positivamente el proyecto de Ley de Empleo Público Vasco (el texto ya ha sido enviado al Parlamento) en el que se equiparan los permisos de parentalidad de las dos personas que integran la pareja con independencia de su sexo (esto permite que los progenitores varones tenga un mínimo de 16 semanas de permiso), configurándose los permisos como intransferibles y remunerados al 100%<sup>32</sup>.

Finalmente y para acabar este epígrafe, es necesario tener en cuenta que las medidas de conciliación deben ir más allá de las tradicionales y deben superar el ámbito familiar. Así, se pueden establecer alternativas como la creación de los bancos de horas (suponen el trabajo durante más horas algunos días para poder disfrutar de algún día libre para cubrir necesidad de conciliación pero no implican trabajar menos ni cobrar menos), la flexibilidad horaria, creación de servicios de guardería o de desconexión del trabajo (gimnasios...) dentro de la empresa o con acuerdos con establecimientos cercanos, posibilidad de vacaciones flexibles, uso de videoconferencia para evitar la inversión innecesaria de tiempo para los traslados (también reduce costes a la empresa), etc.

Las empresas, en suma, están integradas por grupos humanos muy diversos en diferentes estadios vitales y las medidas de conciliación deben ir orientadas no sólo a conciliar la vida laboral con la familiar sino también con la personal en general. Aquellos/as trabajadores/as que no tienen familia a su cargo también tienen necesidades

---

<sup>32</sup> El texto completo del proyecto se puede consultar en su versión en español en [http://www.euskadi.eus/contenidos/proyecto\\_ley/py\\_ley\\_21/es\\_py\\_ley/adjuntos/proyecto%20de%20ley%20del%20empleo%20publico%20de%20euskadi.pdf](http://www.euskadi.eus/contenidos/proyecto_ley/py_ley_21/es_py_ley/adjuntos/proyecto%20de%20ley%20del%20empleo%20publico%20de%20euskadi.pdf)

vitales que deben ser respetadas, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (uno de los fundamentos del orden político y la paz social, según el artículo 10.1 CE).

## **V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO COMO CRITERIO LEGISLATIVO Y DE INTERPRETACIÓN**

Para terminar, retomo lo apuntado en el punto II de este trabajo: la existencia de la discriminación de género (como punto de partida) y la necesidad de superación de esa discriminación (punto de llegada) para lo cual es necesario un proceso en que todos los poderes públicos deberán intervenir.

Esta intervención debe realizarse partiendo de la interrelación de varios preceptos constitucionales.

El primero de ellos es el art. 14 CE, que recoge el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, al decir que *los españoles son iguales delante de la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación ninguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

El segundo de ellos recoge el principio de igualdad material, reflejado en el art. 9.2. CE de la siguiente manera al indicar que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

Ambos preceptos tienen carácter transversal y se proyectan sobre la acción de los poderes públicos y el segundo es especialmente interesante ya que establece un encargo a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y no una mera proclamación formal. Se trata de un principio de igualdad efectiva que supone el reconocimiento público de una insatisfacción derivada de la constatación de que las desigualdades en el mundo no se eliminan por el simple hecho de que se diga así en un texto normativo, sino que para que esto suceda es necesario que se articulen los medios precisos para corregir las situaciones de discriminación.

La igualdad formal se conecta con el principio de igualdad ante la ley (igualdad material) en el sentido de que debemos tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual, y esa diferencia de trato debe tener por finalidad conseguir para todos/as unas mejores condiciones de vida, y para tratar desigual hacen falta políticas activas orientadas a favorecer a los grupos discriminados con el fin de situarlos en una posición final de equiparación a los no discriminados<sup>33</sup>

Por otro lado, es necesario atender también a la normativa internacional que vincula al Estado español ya que *el artículo 10.2. CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*, por lo que nos proporcionarán criterios hermenéuticos, especialmente en relación al principio de igualdad y en cuanto a las políticas en concreto, un sentido de actuación positiva para superar la discriminación de género.

Entre la normativa internacional se encuentran las disposiciones del Derecho comunitario a las que se ha hecho referencia a lo largo de este texto pero también diversos convenios de la OIT en relación a los derechos laborales de la mujer, como es el caso del Convenio 100 de igualdad de remuneración, el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y ocupación, el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares o el Convenio 183 sobre protección de la maternidad, entre otros.

En suma, este conjunto de preceptos constitucionales y textos internacionales deben ser tenidos en cuenta por todos los poderes públicos a la hora de concretar las políticas públicas sobre la mujer en el ámbito laboral y, por supuesto, también por del Poder Judicial a la hora de resolver las dudas interpretativas en aspectos que puedan afectar a la discriminación de género en el ámbito laboral.

En lo que se refiere a la actuación de los tribunales, en materia de género, debe hacerse referencia a la técnica de “juzgar con perspectiva de género”<sup>34</sup> que, como indica Lousada, supone la aplicación del mandato del artículo 117 CE al estar el juzgador/a

---

<sup>33</sup> Ésa es la finalidad de las medidas de discriminación positiva que son de aplicación a la cuestión de género, entre otras.

<sup>34</sup> LOUSADA AROCHENA, JF. Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social. Jornadas del CGPJ sobre la impartición de justicia con perspectiva de género. Madrid, 2016.

sometido al imperio de la Ley. Lo indicado supone que se deban aplicar los artículos 9.2 y 14 CE y otro tipo de normas tanto estatales como internacionales (la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica o la LO 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombre, entre otras).

Juzgar con perspectiva de Género es una labor judicial que, según Glòria Poyatos<sup>35</sup>, supone realizar una labor judicial que conlleva:

- La utilización de criterios de comparación hipotética para verificar sí, en una situación dada, un hombre habría sido tratado de la misma manera en que lo ha sido una mujer.
- Atender a la situación de marginalidad real o potencial o de victimización secundaria en la que se puede encontrar una mujer para valorar su conducta.
- Integrar el valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma evitando los efectos perversos de la norma que no haya atendido a ese valor.

En suma, se trata de interpretar y aplicar las normas jurídicas de tal forma que el criterio hermenéutico a utilizar debe ser el de garantizar la mayor protección de los derechos humanos desde el punto de vista del género.

---

<sup>35</sup> Ver nota 1.