

Derechos de conciliación e igualdad de género

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

Sumario

1. La incuestionable conexión de la conciliación corresponsable con la igualdad entre mujeres y hombres
2. De la feminidad del cuidado a la corresponsabilidad
 - 2.1. Algunos antecedentes no tan remotos
 - 2.2. El lento pero progresivo proceso de individualización y convergencia igualitaria de los derechos de conciliación
 - 2.3. La conciliación durante la pandemia y los últimos avances
3. Algunos ejemplos ilustrativos que ofrece una abundante casuística
 - 3.1 Conciliación y brecha salarial
 - 3.2. El problema del uso de los tiempos para conciliar
 - 3.3. Algunos interrogantes finales

1. La incuestionable conexión de la conciliación corresponsable con la igualdad entre mujeres y hombres

Me suele gustar comenzar reflexiones como las que ocupan estas próximas páginas con una reproducción textual de un pasaje de la STC 92/2008, de 21 de julio, que más tarde recogería con total fidelidad la STS de 11 de mayo de 2016 (rec. 3245/2014), caso Merkal Calzados, y que dice: «El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto con la desigualdad retributiva, con que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales».

Algunas cosas han cambiado desde entonces, y lo han hecho para bien, pero aún constituyen dos verdaderos desafíos para las sociedades y los ordenamientos de la mayor parte de los países de la tierra, por no decir de todos. Y, además, se trata de dos problemas, el del empleo femenino (acceso y conservación), y el del disfrute igualitario de las condiciones de trabajo, en especial las salariales, que están perversamente conectados entre sí.

Hay muchísimos informes e indicadores de igualdad, pero me interesa en este momento tomar en cuenta el análisis de los datos del Índice del Instituto Europeo de Igualdad de Género de 2020¹, que situaría a España en la octava posición, con 72,0 puntos sobre 100, 4,1 puntos por encima de la media de la UE, lo que indica que somos uno de los países, junto con Croacia, que más ha avanzado en el logro de la igualdad. Igual tiene mucho que ver con ello la intensa labor política y social que se ha desarrollado en los últimos años en pos de este objetivo. Unido tal vez a que, en términos comparados, partíamos de una peor situación. Estas puntuaciones se basan o se obtienen midiendo las diferencias que persisten entre mujeres y hombres en seis ámbitos principales: trabajo, dinero, conocimiento, tiempo, poder y salud. Pues bien, España avanza más y más deprisa a la media europea en los ámbitos del empleo, el conocimiento (pese a que seguimos superando a los hombres en

¹ [Documento en formato PDF del Índice de igualdad de género 2020 del Instituto Europeo de la Igualdad de Género](#) (última consulta 16/10/2023).

los estudios relacionados con la educación, la salud, el bienestar, las ciencias humanas y las artes, donde la brecha no deja de crecer), el poder y la salud, especialmente en este último. Pero, aunque también hemos mejorado algo, los avances son mucho más modestos y lentos y quedan por debajo de la media en los indicadores monetarios (ganamos menos que los hombres) y en el uso y disposición del tiempo. Esferas que conciernen directamente a la conciliación y sus repercusiones sobre empleo, condiciones laborales y brechas, que es justamente de lo que trata esta reflexión.

He analizado en numerosas ocasiones con motivo del estudio sobre la brecha salarial de género² el efecto como relevante factor desencadenante que sobre la misma tiene la división sexual del trabajo y la diferencia de tiempos dedicados dentro y fuera del hogar por mujeres y hombres³. Y la conclusión también es universalmente extrapolable: las mujeres dedican más horas al día que los hombres a trabajar en las tareas domésticas, incluso en Islandia, que pasa por ser el país más igualitario del planeta, con independencia de cualquier otra variable (edad, situación familiar, nivel de estudios o de renta, entre otras muchas); la contratación y ocupación de mujeres es inferior a la de los hombres en todas las franjas y tramos de edad, pero desciende aún más entre los 30 y los 44 años (justo la edad en que se suelen tomar o pueden tomarse decisiones sobre la maternidad y la procreación); las mujeres solteras ganan más de media que las casadas, lo contrario de lo que ocurre con los hombres, que ganan más cuando se casan o crean una familia; la maternidad influye desde muy temprana edad en las propias decisiones de las féminas sobre sus opciones educativas, formativas y de empleo y carrera profesional (no es casual que se concentren en cierto tipo de estudios y opten con frecuencia en mayor medida por empleos en el sector público). Los hombres, por fin, despliegan una progresión en el empleo mucho más lineal y continua que las mujeres, que experimentan más discontinuidad y más interrupciones en

² MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete;

MARTÍNEZ MORENO, C. (2020). «Brecha salarial y discriminación laboral por razón de sexo», en Acale Sánchez, M. (dir.) y Sánchez Benítez, C. (coord.), *Brecha de género y universidad: dos realidades que se retroalimentan*, Bomarzo, Albacete, p. 23 y ss.;

MARTÍNEZ MORENO, C. (2023). «Capítulo III. Brecha salarial y digital por razones de sexo», en Romero Burillo, A. M. (dir.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, Cizur Menor, pp.103 a 137; y en *Agenda Pública*, [«A vueltas con la brecha salarial de género»](#), 1 de mayo de 2016.

³ Con cita obligada de la obra de la recientemente galardonada con el premio Nobel GOLDIN, C. (1992). *Understanding the Gender Gap: An Economic History of American Women*, Oxford University Press.

sus carreras.

Pero sigamos con algunos datos más, el Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo que, bajo el título *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, se dio a conocer en 2018 en la 107.^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo⁴, menciona el resultado de una encuesta (la encuesta Gallup⁵) según la cual, en casi todo el mundo, hombres y mujeres mencionaron el «equilibrio entre el trabajo y la familia» como uno de los principales retos con que se enfrentan las mujeres trabajadoras en sus respectivos países.

La vertiente de género que presenta el problema sigue, pues, estando en un primer plano, pese a los constantes y persistentes esfuerzos que se llevan haciendo por subrayar que ha de enfocarse el problema del reparto de los tiempos dedicados al trabajo y al hogar o a la familia desde la corresponsabilidad y la garantía de la no discriminación por razón de sexo⁶.

Comprobada la necesidad de abordar el tratamiento de estos asuntos con un enfoque de género, la siguiente pregunta que habría que responder es la relativa a en qué consiste ese enfoque, y no únicamente aplicado a la labor de enjuiciar o juzgar, cuestión sobre la que hay otra intervención y otra ponencia más específica, sino, más en general, a la forma de legislar y diseñar las normas, administrar y exigir su cumplimiento y, en suma, al estilo de hacer política.

No hace mucho tiempo que la profesora Casas Baamonde lo expresó con la mayor autoridad y de modo muy claro, por lo que me atrevo a reproducir aquí literalmente la cita:⁷

⁴ Se puede consultar en este informe disponible en página web de la Organización Internacional del Trabajo, (última consulta 03.10.2023).

⁵ OIT y GALLUP (2017). *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*, OIT, Ginebra, pp. 39 a 43 (p. 258 del informe, nota 3).

⁶ Lo explica con brillantez en un estudio muy reciente Rodríguez Escanciano, S. (2022). «La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores: Su trasposición al ordenamiento jurídico español», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIV, pp. 252 y 253.

⁷ CASAS BAAMONDE, M. E. (2019). «Igualdad de género y Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, núm. 12 (ejemplar dedicado a: La igualdad en el ámbito derecho del trabajo y de la Seguridad Social, editado en colaboración con la Asociación Española de Derecho y Seguridad Social), pp. 5-8 (última consulta 17.01.2020).

«La igualdad de género [...] ha de ser elemento definitorio de la construcción científica y política del derecho del trabajo y de la seguridad social, para la adecuación de las categorías jurídicas y los dispositivos técnicos propios de nuestra disciplina».

Se trata, en suma, de una transformación del modo de concebir, construir y analizar nuestros conceptos e instituciones y los instrumentos aplicativos y de garantía y refuerzo del cumplimiento del ordenamiento laboral en su conjunto para desproveerlos o despojarlos de prejuicios y resabios sexistas, de modo que sean en verdad capaces de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y la no discriminación entre mujeres y hombres. Nada más y nada menos. Ya decía Albert Einstein que es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio. En ocasiones, lo más difícil es detectar la existencia misma del prejuicio, del estereotipo o sesgo sexista.

2. De la feminidad del cuidado a la corresponsabilidad

Esta vez me he permitido parafrasear a una autora, colega y buena amiga, que en un estudio muy reciente sobre esta materia se refiere al tránsito de la responsabilidad femenina a la corresponsabilidad familiar y social⁸. Y por muy sabido que sea, solo hay que volver un poco la vista atrás para comprender cuáles han sido las razones y los dispositivos en virtud de los cuales en nuestra historia reciente se ha consolidado y extendido la idea de que los cuidados son cosa de mujeres y el trabajo fuera del hogar y la presencia en la vida pública cosa de hombres. Pero ¿es así por la propia naturaleza de las cosas, es cuestión de tradición y usos sociales, o hay detrás y de partida una construcción ideológica?

2.1. Algunos antecedentes no tan remotos

Si buscamos respuestas en nuestros antecedentes más inmediatos, la variable ideológica es determinante. Sin poder negar por completo la influencia de otros posibles factores, en la normativa franquista (como ocurriera en la Italia fascista, en la Alemania nazi, pero también en otros países menos connotados como Francia o el resto de Europa),⁹ ya desde el mismo Fuero del Trabajo el Estado afronta el desafío de «redimir» o «libertar» a la mujer casada del mundo del trabajo, del ámbito productivo, del taller y de la fábrica. Es sumamente esclarecedor, en este sentido, lo que algunos lustros después, decía, en una norma «avanzada» de reconocimiento de derechos para las mujeres, el preámbulo de la Ley

⁸ ARGÜELLES BLANCO, A. R. (2023). «Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales», *El derecho del trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, Barcelona, p.107 y ss.

⁹ En Europa tuvieron una gran incidencia en el empleo femenino y la mayor o menor presencia de las mujeres en el sistema productivo y en la industria las dos guerras mundiales. Con los hombres en el frente se hacía imprescindible que ellas trabajasen incluso en la industria armamentística. Al final de la guerra, se las volvió a relegar a las labores de cuidado, por dos razones diferentes, garantizar el empleo de los soldados retornados del frente, e interiorizar los costes del trabajo doméstico y de los cuidados.

56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer:¹⁰ «[L]a Ley contempla, claro es que referido únicamente a la mujer casada, las limitaciones de Derecho, una vez más confirmado en la reforma del Código Civil en mil novecientos cincuenta y ocho, que el matrimonio exige una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido».

Los dispositivos y medidas para confinar a las mujeres en el hogar y confiarles las tareas y responsabilidades de cuidado fueron muchos, muy variados y terminantemente eficientes¹¹. Y comprendían desde los dirigidos a permitir y propiciar la procreación y atención de los hijos nacidos, la educación y la crianza, y la intendencia y cuidado de la casa, hasta, desde luego, la dedicación al esposo y el miramiento de sus parientes consanguíneos. Se legitiman y articulan, ya desde principios del siglo XX¹², medidas para garantizar la protección de la trabajadora durante el embarazo, el parto y el puerperio; la atención y cuidado de los recién nacidos, fomentando la lactancia materna y la permanencia durante un tiempo en el hogar; seguidamente, se instauran los seguros obligatorios, siendo el de maternidad el segundo creado después del de vejez¹³; más tarde se regula la excedencia forzosa por matrimonio y se ingenian instituciones como la dote y los premios de natalidad. Y, en fin, se aprueba en 1957 una norma con un largo listado de profesiones, oficios, ocupaciones y trabajos prohibidos a las mujeres y a los niños¹⁴.

¹⁰ BOE del 24 de julio.

¹¹ Me he ocupado a lo largo de los años del estudio de esas instituciones: MARTÍNEZ MORENO, C. Y CASTRO ARGÜELLES, M. A. (2008). «La protección social de las situaciones de maternidad y paternidad», en Monereo Pérez, J. L. (dir.), *Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada; y más recientemente, en MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). «La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable», en Núñez Paz, M. I. y Jiménez Blanco, P. (eds.), y Suárez Llanos, L. (coord.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 361-390.

¹² Avaladas más tarde por la normativa europea.

¹³ Me ocupé de estudiarlo en MARTÍNEZ MORENO, C. (2009). «El seguro de maternidad», en García Murcia, J. y Castro Argüelles, M. A. (dirs.), *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 91 y ss.

¹⁴ Sobre la equiparación de mujeres y niños como «medias fuerzas», a los efectos, por ejemplo, de prohibirles el trabajo nocturno, véase RUIZ RESA, J. D. (2015). *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, Dykinson Ebook, Madrid, p. 346.

Sea cual sea la explicación de la perpetuación de los efectos de estas políticas tras las profundas transformaciones operadas en nuestro país a raíz de la transición democrática, la promulgación de la Constitución de 1978 y el consiguiente cambio de modelo, y la ulterior integración de España en la entonces CEE, solo puede encontrarse en cierta inercia educativa, cultural y normativa, en la dificultad y morosidad con que se eliminan los estereotipos y sesgos.

2.2. El lento pero progresivo proceso de individualización y convergencia igualitaria de los derechos de conciliación

Con todo, esos hitos transformadores marcaron el inicio de lo que he denominado un lento pero progresivo proceso de individualización y convergencia igualitaria de los derechos de conciliación, giro o cambio de tendencia que comienza a hacerse patente con la aprobación de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹⁵. Esta norma eleva a categoría legal las instituciones y derechos de conciliación¹⁶ y los vincula de manera directa con la igualdad y la no discriminación por razón de sexo. Recibiendo el espaldarazo definitivo en la conocida STC 3/2007, caso García Mateos, que consolidará como doctrina constitucional constante, reiterada y de referencia obligada en cuantos pronunciamientos se han emitido después en la materia, la de la relevancia constitucional de estos derechos.

Muestra de la lentitud de los logros es que para dar el siguiente paso significativo hay que esperar a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOPI)¹⁷, que tiene, entre otras muchas cualidades, la virtualidad de introducir el empleo del término *corresponsabilidad*, que ahora nos parece un gran hallazgo. En esta

¹⁵ BOE del 6 de noviembre.

¹⁶ Un primer y completo balance de su aplicación por la negociación colectiva en ARGÜELLES BLANCO, A. R.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MARTÍNEZ MORENO, C. (2004). *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, CES, Madrid. De particular interés es el estudio preliminar a cargo de ARGÜELLES BLANCO, A. R., «La igualdad oportunidades mediante la conciliación de la vida laboral y familiar», p. 21 y ss.

¹⁷ BOE del 23 de marzo (DA 11.ª).

dirección no hay que desconocer la contribución prodigiosa que supuso la integración de España en Europa y el impacto que, desde ese punto de vista, y en particular para las cuestiones que nos ocupan, tuvo y tiene la doctrina del TJUE, en ocasiones paradójica y desconcertante, pero que en la igualdad de derecho entre mujeres y hombres en el ejercicio de los derechos vinculados con los cuidados marca su impronta en la STJUE 30.09.2010, caso Roca Álvarez, C- 104/09, sobre la disparidad de condiciones de disfrute de derechos que exige a los hombres que la mujer también trabaje.

Por extraño que parezca, una reforma regresiva en términos de avance en derechos como la de 2012 tuvo en esta órbita un indudable valor. Primero el RDL 3/2012, luego la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,¹⁸ logró por fin, por un lado, proceder a la individualización del permiso o reducción por lactancia del artículo 37.4 del ET, y promover un uso más proactivamente flexible del tiempo sugiriendo fórmulas como la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo más compatibles con la conciliación y la mejora de la productividad de las empresas. Téngase en cuenta que esas clásicas figuras (reducciones de jornada y adaptación de duración y distribución de los tiempos) presentaban inconvenientes añadidos al de la feminización. La primera, por la merma salarial y consiguiente brecha que ocasiona; y la segunda, por la práctica falta de efectividad de un mero derecho expectante y cargado de obstáculos para su ejercicio, y no solo los opuestos por las empresas, como luego se tendrá ocasión de recordar.

Frisando un fin de legislatura de dispar signo, y con afán de «rescatar» algunas relevantes medidas contenidas en algunas iniciativas legislativas sobre igualdad en general y sobre igualdad entre mujeres y hombres en especial que se encontraban tramitándose en el Parlamento y que iban a decaer, se aprueba el RDL 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹⁹. Como se recordará, esta disposición introdujo modificaciones de calado en el marco de ordenación de instituciones centrales para la conciliación, la igualdad retributiva y los planes de igualdad. Culminando con las primeras la lenta convergencia de los permisos de maternidad y paternidad, prácticamente congelada en las sucesivas leyes presupuestarias, que tras el período transitorio darán paso a un derecho igualitario de los dos progenitores al descanso por nacimiento y cuidado de hijos.

El RDL 6/2019 arbitró, además, un mecanismo o sistema para que el permiso de lactancia

¹⁸ BOE del 7 de julio. Precedida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE del 11 de febrero).

¹⁹ BOE del 7 de marzo.

fuera realmente corresponsable, fomentando que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho a un tiempo, con la misma duración y régimen, por medio del alargamiento de su duración hasta que el lactante cumpla doce meses (art. 37.4 4.º ET).²⁰

En esa misma dirección, se retocó el régimen de la excedencia por cuidado de hijos o familiares dependientes, de modo que cuando la persona ejercitase este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, el derecho a la reserva del mismo puesto de trabajo se extendería más allá del primer año de duración, hasta un máximo de dieciocho meses (art. 46.3 5.º, inciso final del ET). Se añadió al precepto un sexto párrafo final para llevar a cabo una retórica e imprecisa declaración sobre la necesidad de que en el ejercicio de este derecho se tenga en cuenta «el fomento de la corresponsabilidad», y se evite «la perpetuación de roles y estereotipos de género» (art. 46.3 6.º ET). Lo de retórico lo he dicho porque no se sabe o se entiende bien a quién va dirigido este mandato, si a los propios padres y madres, con lo que no se ve la forma en que la empresa habría o podría intervenir en la toma de las correspondientes decisiones que pertenecen a la estricta esfera de la intimidad personal y familiar, o si va dirigido a la empresa misma, lo que plantea el mismo tipo de incógnita. Tal vez pudiera arbitrarse algún mecanismo de incentivo o estímulo a través de las medidas o los planes de igualdad. Pero esto es una pura especulación.

De todos modos, no hay que desconocer que algunos de estos derechos (significativamente, la concreción horaria en las reducciones de jornada, y la adaptación de los tiempos y forma de la prestación del art. 34.8 del ET) se venían encontrando, y siguieron haciéndolo, con serios obstáculos: una jurisprudencia de signo restrictivo, impeditiva del cambio de horarios o turnos en el primer caso;²¹ y no pocas dudas interpretativas e inconvenientes organizativos en el segundo, que ha procurado ir solventando una

²⁰ Que se combina con un reparto de los costes que no se hace recaer sobre las empresas, creando un subsidio para el período que va de los nueve a los doce meses del lactante, en el que no se percibe salario (arts. 183 a 185 TRLGS, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

²¹ SSTs de 13 de junio de 2008 (rec. núm. 897/2007) y de 18 de junio de 2008 (rec. 1825/2007), en ambas con el voto particular, y STS de 20 de octubre de 2010 (rec. 3501/2009).

abundante y dispar doctrina judicial.²² Todo lo cual ha supuesto un verdadero palo en las ruedas para la efectividad de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

2.3. La conciliación durante la pandemia y los últimos avances

Y en esto llegó la pandemia. Y de nuevo los datos arrojan el siguiente resultado:²³ pese al prodigioso dispositivo desplegado para conformar un «escudo social» desde la misma declaración del estado de alarma, lo cierto es que el COVID-19 ha acrecentado las desigualdades. Sin embargo, sí conviene retener un elemento interesante del Plan MECUIDA,²⁴ consistente en constreñir los sujetos causantes de los derechos a los parientes consanguíneos, con el fin de evitar, precisamente, la sobrecarga que han de asumir las mujeres para el cuidado de los familiares del cónyuge.

Por otra parte, si algo nos ha dejado la traumática vivencia pandémica en este plano ha sido la ambivalencia del teletrabajo, concebido en buena medida como una fórmula para facilitar la conciliación (el 34.8 del ET es buena prueba de ello); pero, al mismo tiempo, origen y causa de serias dificultades para establecer límites nítidos entre los tiempos y, por consiguiente, para compaginar el trabajo con otras ocupaciones. De ahí que la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia,²⁵ muy consciente de ello, se ha preocupado, por un lado, de articular una garantía de igualdad y no discriminación, particularmente por razón de

²² He trabajado sobre el tema en MARTÍNEZ MORENO, C. (2020). «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿Hasta dónde llega el avance?», *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en Materia de Igualdad entre Hombres y Mujeres*, núm. 12, febrero de 2020, p. 61 y ss., y últimamente, en MARTÍNEZ MORENO, C. (en prensa). «La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023: ¿El progreso de un derecho aún incompleto?», *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en Materia de Igualdad entre Hombres y Mujeres*, número monográfico.

²³ Informe presentado en el CES, «Mujeres, trabajos y cuidados: Propuestas y perspectivas de futuro», pleno ordinario de 27 de abril de 2022 (última consulta 12.09.2023).

²⁴ Artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE del 18 de marzo).

²⁵ BOE del 10 de julio.

sexo (aunque también de edad, antigüedad, nivel profesional o discapacidad), para quienes trabajan a distancia o teletrabajan, prestándoles apoyo, realizando los ajustes razonables que sean procedentes, y tomándoles en consideración en los planes de igualdad (arts. 4.3 y 4; y art. 8.3). Y, por otro lado, tratando de preservar que las personas que realizan este tipo de trabajo tengan los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales, específicamente en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluido el derecho de adaptación de la jornada del artículo 34.8 del ET, para que el trabajo no interfiera con la vida personal y familiar (art. 4.5). Cosa distinta es cómo se puede asegurar que este tipo de disposiciones y previsiones se cumplan de verdad.

En el capítulo de últimas novedades resulta obligado hacer mención en primer lugar a la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.²⁶ Esta disposición, que deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, sobre permiso parental,²⁷ se reafirma en el propósito de garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el mercado laboral y en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional (art. 1).²⁸

Para dar cumplimiento, ya fuera de plazo, a la obligación de trasposición de esta norma, pero una vez más con la urgencia de hacerlo rozando la disolución de las Cámaras que acarrea la inevitable caducidad de la disposición destinada a ese fin (el Proyecto de Ley

²⁶ DOUE L 188/79, de 12.07.2019.

²⁷ La referencia completa es Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DOUE núm. 68, de 18.03.2010).

²⁸ Por todas, ver ARGÜELLES BLANCO (2023), p. 107 y ss.; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2022), p. 249 y ss.

de Familias),²⁹ se aprueba en junio pasado el RDL 5/2023,³⁰ verdadero ejemplo de lo que se conoce como ley ómnibus,³¹ esto es, una compilación compleja, heterogénea e inconexa de regulaciones, como su propia denominación (que hemos relegado a una nota a pie de página) indica.

Una primera modificación de enorme trascendencia que lleva a cabo el RDL 5/2023³² es la que afecta al artículo 4.2c del ET,³³ que pasa a incluir en la noción de discriminación por razón de sexo el trato desfavorable dispensado a mujeres y hombres a resultados del

²⁹ BO de las Cortes Generales de 14 de abril de 2023. Un comentario de interés en BLASCO JOVER, C. (2023). «Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias», Lex Social, Revista de Derechos Sociales, 13(2),1-49 (última consulta 11.10.2023).

³⁰ El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del derecho de la Unión Europea (BOE del 29 de junio)

³¹ En la doctrina del TC se explica bien el fenómeno, que se generalizó con las leyes de acompañamiento de los presupuestos. Al respecto, son ilustrativas la STC, Pleno, 136/2011, de 13 de septiembre, que desestima un recurso de inconstitucionalidad del grupo parlamentario socialista contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con cita de la anterior STC 126/1987, de 16 de julio, que se refería a estas «leyes complejas»; o la más reciente STC, también de Pleno, 16/2023, de 7 de marzo, que conjuga ambos problemas, el de la heterogeneidad, complejidad y falta de sistematicidad, con el del abuso de la norma de urgencia. En esa doctrina, dicho sea de paso, se distingue el problema de la anómala o deficiente técnica legislativa con el de la estricta constitucionalidad.

³² Lo digo también en MARTÍNEZ MORENO, C. (en prensa).

³³ Art. 127 uno del RDL 5/2023.

ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.³⁴ Se impone así la tesis de que ese trato peyorativo, o las dificultades e inconvenientes que se opongan para que los hombres puedan corresponsabilizarse, tienen como resultado el perpetuar el rol cuidador de las mujeres, ahondando las brechas y manteniendo una situación de discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Esta tesis estaba ya presente en el voto particular formulado a la opinión mayoritaria en la STC 26/2011, de 14 de marzo. En esta sentencia, como seguro se recuerda, se decidió otorgar el amparo a un trabajador que había solicitado el horario nocturno³⁵ para poder cuidar por el día a sus dos hijos de corta edad. El TC esgrime como fundamento de su decisión una nueva causa de discriminación, la discriminación por razón de las circunstancias familiares. El magistrado discrepante argumentaba que no se daba en ese caso el presupuesto del trato discriminatorio que es la existencia de una histórica situación de desventaja y segregación, que en el caso de los hombres obviamente no concurre. Y que lo que provoca en realidad es obstaculizar que los hombres puedan ocuparse de cuidar y contribuye a perpetuar el reparto tradicional de roles. Doce años más tarde, y algunas opiniones doctrinales en ese mismo sentido mediante, esa es la concepción que finalmente se ha incorporado a la regulación legal.

Sin entrar en muchos detalles, pues no ese el propósito que alienta estas páginas,

³⁴ No obstante, se sigue aplicando, al menos de momento, el sistema de indicios. Como demuestra la STS de 25 de mayo de 2023 (rec. 1602/2020) [ECLI:ES:TS:2023:2433] que, a propósito de un procedimiento sobre concreción horaria, y tras recordar la necesidad de tomar en consideración la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, no duda en afirmar que no toda decisión en la materia implica necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo. Además, en el caso se estimó que no concurrían indicios al entender que la empresa hizo prueba de las razones organizativas para denegar la petición de la persona solicitante. Es cierto que otras muchas resoluciones judiciales están aplicando ese mismo esquema o patrón de enjuiciamiento a otros supuestos pese a lo dispuesto en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (BOE del 13 de julio).

³⁵ La parte chocante del caso es que el demandante, ayudante técnico educativo en un centro de educación especial de Palencia, había iniciado el curso escolar según el calendario del centro en régimen de turnos rotativos, y la negativa del centro se basó en la inexistencia para ese curso de actividad en horario de noches.

el RDL 5/2023 procede a algunos ajustes³⁶ que eran necesarios para el acomodo de nuestro ordenamiento con la nueva normativa europea en materia de conciliación. Entre ellos destacan los siguientes. En primer lugar, alguna mejora en el régimen jurídico del controvertido o problemático derecho a la adaptación de los tiempos y la forma de la prestación del artículo 34.8 del ET, lo primero, para ampliar el abanico de sujetos causantes. Y aunque es cierto que ya antes podían considerarse comprendidos otros familiares distintos de los hijos menores de 12 años, ahora se aclara que pueden ser también los mayores de esa edad que necesiten cuidados, como otras personas que se encuentren en idéntica situación: consanguíneos³⁷ hasta el segundo grado, cónyuge o pareja de hecho (verdadera novedad, que alcanza además a otros derechos), y cualesquiera otras personas que convivan en el mismo domicilio, con lo que se extiende el derecho a la unidad de convivencia no generada por los vínculos de parentesco. Aunque no se pueda decir que esta sea una medida inspirada en la igualdad de género, sin duda ha de ser bien recibida. Hay también mejoras en torno al alcance del proceso negociador de la solicitud, que sobre todo afectan a la celeridad (se rebaja a quince días el tiempo máximo); y en caso de denegación se obliga al empresario a ofrecer alternativas eficientes, estableciéndose a su vez una especie de silencio positivo si en el indicado plazo de quince días no se produce una respuesta expresa y motivada en sentido desestimatorio de la petición. En tal caso, la medida solicitada se considerará concedida.

No se desconocen los nuevos problemas interpretativos y aplicativos que todas estas novedosas medidas seguramente ocasionarán. Que podrían resolverse, como ya vinieran haciendo los tribunales en relación con la exigencia de que la negociación se lleve a cabo conforme al principio de buena fe y de manera real y efectiva; o de imponer una labor más intensa de motivación de las causas de oposición empresarial;³⁸ simplemente aplicando para ello principios generales como el de la relevancia constitucional y prevalencia de estos derechos, el de perspectiva de género y de protección a la infancia o, en fin, el de

³⁶ De «ajustes puntuales» habla SALA FRANCO, T. (2023). «Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio», *Briefs AEDTSS*, núm. 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (última consulta 11.10.2023).

³⁷ Siguiendo el modelo restrictivo del Plan MECUIDA, que, como ya se ha dicho, excluye a los afines.

³⁸ Entre otras muchas, son de interés las SSTSJ Extremadura (Cáceres) 13.02.2020 (rec.17/2020); TSJ Aragón, 19.01.2021 (rec. 637/2020); TSJ Galicia 25.05.2021 (rec. 335/2021) y TSJ Castilla y León (Valladolid), 07.11.2022 (rec. 2263/2021). Y en la doctrina, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2023). «El derecho a solicitar la adaptación de jornada. Una aproximación legal y judicial», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 56, pp. 95-120.

máxima efectividad del derecho. Cualquier mejora en este sentido tendrá, lógicamente, una incuestionable incidencia para el avance de la igualdad entre mujeres y hombres y la lucha contra la discriminación.

Para completar este panorama, se cumple otro de los objetivos de la Directiva con la ampliación de los supuestos de nulidad de las extinciones por causas objetivas y de los despidos disciplinarios (arts. 53.4 y 55.5 ET)³⁹ a los casos en que la decisión extintiva injustificada o sin causa afecte a personas que hubieran solicitado o estuvieran disfrutando del derecho a la adaptación del tiempo y condiciones de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 34.8 del ET.⁴⁰

El RDL 5/2023 procede, asimismo, a ensanchar los contornos de algunos de los permisos del artículo 37.3 del ET,⁴¹ fundamentalmente para extender algunos de ellos a las parejas de hecho y sus parientes consanguíneos⁴² (registro de la pareja de hecho, accidente o enfermedad graves,⁴³ y fallecimiento). Lo mismo que ocurre en caso de reducción de

³⁹ Art. 127 ocho y nueve del RDL 5/2023.

⁴⁰ Se han modificado los preceptos concordantes de la LRJS (arts. 108.2 y 122.2) para acomodarlos a las nuevas previsiones sustantivas sobre nulidad de los despidos y las extinciones por razones objetivas, en este último caso, añadiendo a los supuestos señalados en el art. 53.4 del ET el despido en fraude de ley cuando se hayan eludido las normas establecidas para los despidos colectivos en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del ET (art. 129 uno y dos del RDL 5/2023).

⁴¹ El Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE del 23 de febrero) había adoptado ya la medida de posible prórroga de la reducción de jornada para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave por parte de quienes hubieran disfrutado de ese derecho y se hubiese extinguido por cumplir el menor 18 años antes del 1 de enero de 2022, si las condiciones se mantienen, y hasta que el afectado cumpla 23 años. En caso de que esta persona hubiere contraído matrimonio o constituido una pareja de hecho, el derecho se transferirá al cónyuge o pareja (disposición adicional sexta).

⁴² Cosa que ya hacían algunos convenios colectivos.

⁴³ En este caso, con cierta falta de congruencia, manteniendo el derecho para el caso de enfermedades, accidentes, hospitalizaciones o intervenciones quirúrgicas sin hospitalización de parientes por afinidad, extensivo a los consanguíneos de la pareja de hecho (art. 37.3b del ET).

jornada para el cuidado de familiares (art. 37.6 2.º ET). Y cumple también con la previsión de la Directiva sobre la creación de un muy demandado nuevo permiso por fuerza mayor, capaz de proporcionar cobertura a eventualidades sobrevenidas en el entorno familiar de carácter urgente no tipificadas en la ley o el convenio (art. 37.9 ET).

Con el mismo sentido que las condiciones y limitaciones que se imponen ahora para oponerse a la solicitud de adaptación del artículo 34.8 del ET ya comentadas, en los casos de disfrute del permiso por lactancia o la reducción de jornada por motivos familiares, excedencia para el cuidado y el nuevo permiso parental para cuidar de menores de ocho años, para que la empresa pueda emplear su facultad de limitar el ejercicio simultáneo del derecho por dos personas de la plantilla por un mismo sujeto causante se impone exponer por escrito las razones fundadas y objetivas de funcionamiento que lo motivan, así como el ofrecimiento de un plan alternativo que asegure el disfrute para ambas personas y posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación (art. 37.4 3.º y 37.6 2.º ET; art. 46.3 3.º ET; y art. 48 bis 2, 3.º ET).⁴⁴

Se amplifica igualmente la excedencia para el cuidado, que incluye también al cónyuge, pareja de hecho y familiar consanguíneo de esta última (art. 46.3 2.º ET). Y en caso de ampliación en dos semanas de la duración del permiso por nacimiento, adopción o acogimiento en los supuestos de hijos con discapacidad o de varios hijos (nacimientos, adopciones o acogimiento múltiples) se atribuye el derecho al disfrute pleno o acumulado de haber una única persona progenitora (familias monoparentales). En cualquier otro caso, como buena solución para la corresponsabilidad, las dos semanas adicionales se repartirían entre las dos personas progenitoras, una por persona (art. 46.6 ET).

Por fin, el artículo 45.1o del ET enuncia una nueva causa de suspensión sin derecho a retribución, que desarrolla el nuevo artículo 48 bis del ET, consistente en un permiso parental individual e intransferible para el cuidado de hijo o hija, o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. El permiso tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, susceptible de disfrutarse a tiempo completo o a tiempo parcial conforme se disponga en el oportuno desarrollo reglamentario. El hecho de que no se haya acompañado del correspondiente

⁴⁴ En este caso la formulación difiere un poco, al establecerse que la oposición por ocasionarse alteraciones serias del correcto funcionamiento de la empresa se pueda producir también por otros motivos previstos o definidos por convenio colectivo; y que la empresa en ese caso podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible.

subsidio sustitutivo de la renta salarial, a buen seguro, no solo va a dificultar el ejercicio del derecho, sino que, una vez más, puede suponer que se haga recaer en la persona de la pareja cuyo salario sea inferior, con frecuencia la mujer.

Dicho sea de paso, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁴⁵ ha añadido un nuevo párrafo final al artículo 48.4 del ET⁴⁶ para aclarar que el término «madre biológica» incluye también a las personas trans gestantes.

Pese a todo, es difícil ocultar o desconocer algunos de los más serios inconvenientes que perviven para que la igualdad en la conciliación y la corresponsabilidad sean una realidad tangible. Y que alguna voz autorizada vuelve a poner de relieve en un premiado y reciente estudio.⁴⁷ En particular, el desincentivo que para la corresponsabilidad supone la recién aludida posible merma salarial sin cobertura y su repercusión en la brecha prestacional (en parte recientemente corregida),⁴⁸ y el factor de segregación que sigue suponiendo prescindir del salario menor de la unidad familiar o de convivencia, con frecuencia, y como también se ha dicho hace un momento, el que percibe la mujer. Aunque por fortuna este no sea siempre ya un hecho inexorable.

Otro desafío eternamente pendiente es que la negociación colectiva logre abordar con solvencia estas cuestiones, que parece que siempre se quedan colgando de una grapa o de un archivo sin abrir en las mesas de negociación. Y que los planes de igualdad, allí donde se negocien e implanten, asuman también su relevante papel en este ámbito.

De todos modos, no cabe duda de que este nuevo marco apunta a un trascendental giro en el enfoque y tratamiento de los derechos de conciliación, que abarcan ahora no solo las necesidades de crianza de los hijos y de cuidados en el entorno familiar convencional y más

⁴⁵ BOE del 1 de marzo.

⁴⁶ Disposición final decimocuarta, ocho.

⁴⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2023). *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, p. 29.

⁴⁸ Al menos, en esa dirección pretende encaminarse algunas de las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE del 17 de marzo).

próximo.⁴⁹ Queda por saber si con amparo en la polémica Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales⁵⁰ la atención que demanden las mascotas y animales de compañía podrían dar lugar a derechos similares o equiparables. Tal vez una interpretación muy flexible y expansiva del nuevo permiso por fuerza mayor pudiera dar encaje a este tipo de situaciones.

⁴⁹ Propugna esa comprensión amplia de la conciliación, entre otras, ARGÜELLES BLANCO (2023), p. 107 y ss.

⁵⁰ BOE del 29 de marzo.

3. Algunos ejemplos ilustrativos que ofrece una abundante casuística

Aunque ya se han mencionado aquí algunas resoluciones judiciales de interés, y pese a que hay otra ponencia específicamente dedicada a eso que hemos dado en llamar *juzgar con perspectiva de género*,⁵¹ me parece particularmente ilustrativo el manejo de casos en los que se puede detectar, por una parte, la existencia de prejuicios y sesgos en las normas (sí, aún están ahí, incluso en los convenios colectivos), pero también en las respectivas posiciones de las partes, en las opciones y preferencias personales, en las posturas, decisiones y prácticas de empresa, e incluso en la actuación de los poderes públicos,⁵² y en los planteamientos y criterios de los órganos jurisdiccionales. Pero que, por otro lado, nos pueden asimismo servir de un buen ejemplo de cómo encarar el análisis, la valoración de los hechos, la interpretación y aplicación de las normas, y, en definitiva, el enjuiciamiento de los conflictos intentando superar esos estereotipos y sesgos prejuiciosos.

Como es bien lógico, la casuística que aquí se manejará versará siempre en torno a problemas y conflictos derivados de la conciliación y la corresponsabilidad, y sus repercusiones en la esfera de derechos de las personas trabajadoras, sobre todo mujeres. Y, desde luego, no se pretende una recopilación exhaustiva ni completa, sino meramente ejemplificativa y didáctica.

3.1. Conciliación y brecha salarial

⁵¹ Véase, por todos, LOUSADA AROCHENA, J. F. (2016). «La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social», *Revista de Derecho Social*, núm. 76, p. 39 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Wolters Kluwer, Madrid, y POYATOS MATAS, G. (2022). *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Aranzadi, Cizur Menor.

⁵² De ahí la importancia de la formación, por ejemplo, de las personas que integran cuerpos como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

He comenzado este trabajo citando textualmente un pasaje contenido en sendos pronunciamientos, uno de amparo y otro de casación unificadora, en los que se subraya uno de los principales escollos con que tozudamente tropieza el logro de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el de la desigualdad retributiva. Y he dicho también que uno de los múltiples factores que originan la brecha salarial es el dispar uso de los tiempos, y más concretamente, el hecho de que las mujeres dediquen una buena parte del suyo a ocuparse de atender responsabilidades familiares y asumir las labores de cuidado, en detrimento de sus carreras laborales y profesionales.⁵³

Pues bien, esto que ya es un tópico y que se repite como un mantra se advierte bien y se comprueba con mucha claridad en algunos de los casos que han debido ser objeto de análisis y resolución por los tribunales del orden social. Vamos a empezar por los sistemas de retribuciones variables y sus criterios de devengo. La STS de 27 de mayo de 2015 (rec. 103/2014) valora desde el plano del respeto a la igualdad y no discriminación por razón de sexo un plan de bonificaciones de empresa en el que, para poder generar y percibir los incentivos marcados, se exige la presencia efectiva de la persona trabajadora durante todo el período de devengo. De tal manera que las ausencias durante el descanso obligatorio por maternidad acontecidas durante ese lapso temporal impiden consumir o madurar el derecho a la retribución por ese concepto. La Sala razona al respecto que frente a la «pléyade normativa, constitucional y jurisprudencial» existente, y que se cita, la empresa solo ha opuesto para despejar cualquier tacha o atisbo de trato discriminatorio su poder de organización y dirección, y de decidir discrecionalmente los criterios de atribución del complemento. Dicho sea de paso, la atribución discrecional de complementos y conceptos salariales, en muchas ocasiones con dudosa causalidad, o simplemente sin ella, es otra de las fuentes más habituales del trato desigual injusto. La Sala concluye declarando contraria a derecho por discriminatoria la práctica empresarial de considerar las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad como ausencias.

Podría oponerse a esta forma de razonar que resulta lógico, razonable y proporcionado que no se perciba un complemento que prima la productividad si no se está todo el tiempo computable en activo. Sin embargo, esto no deja de enmascarar un prejuicio, muy propio de los españoles, que es el llamado *presentismo*, característico del trabajo de los hombres, y que casi siempre penaliza a las trabajadoras que han de ausentarse por múltiples razones relacionadas con su dedicación a la maternidad, la crianza o el cuidado de la familia. Por el

⁵³ Lo explico en profundidad aquí: MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). Pero es un tópico en toda la literatura científica en la materia y en todos los informes de organismos especializados e instituciones internacionales.

contrario, si lo que se premia es el rendimiento, este puede medirse o valorarse tomando en consideración lo que la persona ha aportado, su desempeño y el valor de su trabajo en el tiempo en que este fue efectivamente realizado. Aplicando una especie de «doctrina del paréntesis» que neutralice los efectos de los períodos de ausencia, o utilizando el comparador hipotético y considerando si se hubieran podido alcanzar los objetivos marcados de haberse realizado la tarea con continuidad, sin esa interrupción.

Que esta praxis es sumamente frecuente lo ponen de manifiesto algunos pronunciamientos sobre casos similares en los que, de nuevo, no se devengan las retribuciones variables vinculadas al rendimiento o la productividad si no ha habido actividad efectiva en todo el período, computándose como ausencias las bajas por maternidad y por riesgo durante el embarazo; y, en ocasiones, poniéndose el contador a cero tras el reingreso. En todos esos casos, el TS no ha dudado en declarar estos sistemas y prácticas como discriminatorios por razón de sexo.⁵⁴

En esta misma línea, cabe mencionar la SAN núm. 80/2023, de 19 de junio, relativa a un conflicto colectivo referido a la aplicación del convenio colectivo de *call center*, sector particularmente feminizado y conflictivo. El convenio aplica una reducción al plus de incentivos en los casos de incapacidad temporal, sanción de suspensión de empleo y sueldo y permisos por acompañamiento a consultas médicas a menores y mayores de 65 años. Y la Audiencia Nacional no duda en calificar de discriminatoria esa previsión, en relación con la incapacidad temporal por aplicación de las nuevas causas enunciadas en la Ley 15/2022; y respecto de los permisos, por aplicación de la LOPI al ser mayoría de mujeres las que los ejercen.

En cambio, un ejemplo de buena práctica se puede ver en el convenio colectivo de Mercadona,⁵⁵ en cuyo artículo 20c, que regula la prima general por objetivos y permanencia, se dispone que en caso de haber trabajado en la empresa entre tres y nueve meses se cobre la parte proporcional; mientras que si se ha prestado servicios más de nueve meses se perciba la prima completa. Y, lo más importante, se consideran tiempo de trabajo las bajas por maternidad y/o paternidad (hoy nacimiento y cuidado de hijos de ambos progenitores), y riesgo durante el embarazo y la lactancia.

⁵⁴ SSTS 10.01.2017 (rec. 283/15); 16.07.2019 (rec. 69/18), caso Enaire, o STS 03.12.2019 (rec.141/18), caso El Árbol.

⁵⁵ Resolución de 4 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (BOE del 18 de febrero).

Un supuesto similar de enorme interés es el del caso de la MIR en la STS de 24 de enero de 2017 (rec. 1902/2015). Se trataba de una médica residente embarazada que dejó de hacer las guardias como medida preventiva y de protección de su salud y la del feto (ex art. 26 LPRL).⁵⁶ Consiguientemente, la entidad gestora suspendió el abono del complemento de atención continuada, que suponía nada menos que dejar de percibir 1.339,03 € al mes. Al término de la duración del contrato, no obstante, la empleadora decidió prorrogarlo hasta el momento en que hubiera podido «recuperar» las guardias que dejó de hacer. La Sala resuelve que esta solución no remedia ni repone a la trabajadora en sus derechos, ni restaura o compensa adecuadamente el daño derivado de la lesión. Hace una interpretación lógica que le lleva a razonar que la solución tampoco se compagina con el hecho de que la suspensión del contrato hubiese causado menos daño, pues la prestación habría alcanzado el cien por cien de la base reguladora. Y, por último, la Sala considera que no es aplicable al caso la doctrina Parviainen contenida en la STJUE 01.07.2010, asunto C-471/08, donde, a propósito de la demanda de una azafata de vuelo embarazada a la que se destinó a un puesto en tierra y que también sufrió una merma de su retribución, el TJ concluyó que no había vulneración del derecho de la Unión, ya que la Directiva de referencia⁵⁷ únicamente reconoce el derecho a percibir «una» remuneración, que no tiene por qué ser la misma o del mismo importe que la que se percibe en el puesto de origen. Este argumento de refuerzo siempre me ha parecido un poco chocante. Tal vez es que se considera que nuestro ordenamiento está por encima de los estándares europeos. En resumidas cuentas, la Sala concluye apreciando la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, declara la nulidad de la medida, y condena a la entidad empleadora al abono del importe de las guardias por el período en que se dejaron de realizar, más una indemnización por daños morales en cuantía de 6.251 €.⁵⁸

⁵⁶ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE del 10 de noviembre).

⁵⁷ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) [DOUE-L-1992-81903].

⁵⁸ El criterio más usual es fijar la cuantía que correspondería a la multa por infracciones muy graves en su grado mínimo, que señala el art. 40.1c de la LISOS, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE del 8 de agosto), que en ese momento eran esos 6.251 €, hoy 7.501 €.

En esta misma dirección apunta la solución adoptada en la Sentencia núm. 309/2019 del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de 3 de octubre de 2019 (proc. 56/2019), que califica como discriminatorio por razón de sexo privar de una bonificación a la trabajadora demandante, que se ausentó como consecuencia de una baja por maternidad. Y condena a la empresa al abono de las diferencias salariales más una indemnización por el daño derivado de la lesión del derecho fundamental, en este caso sin acudir a los importes de las multas de la LISOS, que cuantifica en la nada desdeñable cifra de 25.000 €.

Y, en fin, el círculo se cerraría con este crucial fallo, contenido en la STS de 23 de septiembre de 2020 (rec. 70/2019), caso Banco Sabadell. Otra ocasión en la que la Sala tiene la oportunidad de valorar la repercusión del disfrute de los permisos de maternidad o paternidad sobre el salario. Lo interesante del caso es que se trataba de un trabajador que había hecho uso del permiso por paternidad, por lo que había sido excluido del sistema de retribución variable implantado en la empresa; que, por cierto, excluye a todo el colectivo en general. La Sala se anticipa al ya referido cambio del artículo 4.2c del ET por mor del RDL 5/2023, y acoge ya la tesis de considerar estas prácticas discriminaciones por razón de sexo, al desincentivar el reparto equilibrado de las cargas familiares.

Otra resolución de enorme interés, que enlazaría con los casos recogidos en el apartado siguiente, es el resuelto por STS de 8 de abril de 2022 (rec. 20/2021). Aquí la Sala concluye de nuevo que merece la consideración de discriminación indirecta la aplicación que la empresa hace de la ayuda alimentaria que solo perciben los trabajadores con jornada partida, siempre que salgan por la tarde después de las 16.00 horas. La Sala (en uso de la técnica sobre el valor de la prueba estadística) tiene en cuenta que 298 de los 310 empleados con reducción de jornada son mujeres; que se ven privadas de esa ayuda por cuanto que su jornada reducida les permite salir antes de la hora indicada. Frente a este hecho, la empresa no justifica que ese criterio responda a razones ajenas a un móvil discriminatorio, y estima la pretensión en el sentido apuntado.

Por ir concluyendo ya este apartado, y aunque no se trate propiamente de un asunto referido a la brecha salarial o a las repercusiones que sobre las retribuciones tiene el ejercicio de los derechos de conciliación, sino de cómo ello puede dificultar el acceso al empleo o la promoción, merece la pena mencionar la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de enero de 2020 (rec. 4816/2017).⁵⁹ En ella, y con estimación del

⁵⁹ La comenta con gran aprovechamiento, como es habitual, el profesor Rojo Torrecilla en su artículo [«Empleo público. Baremo de méritos. La maternidad puntúa, aunque sea cinco años después. Notas a la sentencia del TS \(C-A\) de 14 de enero de 2020.»](#) alojado en su sitio web (última consulta 18.10.2023).

recurso de casación interpuesto por la interesada, se reconoce su derecho a que se baremen y computen como servicios prestados los que habría desempeñado en el período de tiempo en que disfrutó del permiso de maternidad a los efectos del concurso para el acceso a una plaza de facultativo especialista de farmacia hospitalaria en el Servicio Galego de Saúde (Sergas).

3.2. El problema del uso de los tiempos para conciliar

Desde el principio hemos puesto el acento en la relevancia que el desequilibrio en el uso de los tiempos que existe entre los hombres y las mujeres tiene sobre la posición de desventaja de estas últimas en el mercado de trabajo. Lo he dicho más de una vez, la soberanía sobre el propio tiempo⁶⁰ es condición necesaria para poder hablar de una verdadera autonomía personal. El tiempo de trabajo, como tiempo de la vida que es, requiere de un buen equilibrio, de una adecuada distribución y reparto del que se dedica a cada cosa; y que este sea igualitario y no haga recaer los efectos negativos de los desajustes solo o predominantemente sobre las personas de un determinado sexo o condición.

Dicho esto, también son numerosas las muestras de la existencia a este respecto de situaciones injustas o de discriminación que ofrecen las resoluciones de los tribunales del orden social, casi siempre o en su mayoría a propósito de las reducciones de jornada o las adaptaciones de los tiempos de trabajo y formas de la prestación con fines de conciliación, tal y como ya se ha apuntado con anterioridad.

Podemos empezar con un ejemplo, el caso que se enjuicia en la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 12 de marzo de 2019 (rec. 1596/2018). Una dependienta que trabaja a tiempo parcial de lunes a sábados en horarios de mañana y tarde solicita una reducción de jornada y que se concrete su franja horaria en el turno de mañana, con el fin de poder ajustarse

⁶⁰ Véase CASAS BAAMONDE, M. E. (2019). «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, p. 238; MOLINA NAVARRETE, C. (2019). «“Autodeterminación” (“soberanía”) sobre el tiempo y adaptación de la jornada “a la carta” por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 441, p. 5 y ss. (última consulta 02.10.2023), y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., (2022). «La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 40, núm. 1, p. 37 y ss.

a los horarios de guardería de un bebé de cinco meses. Esgrime, además, aunque no se considere necesario,⁶¹ que su marido viaja por motivos laborales. La empresa deniega sin esforzarse demasiado en fundamentar su negativa. Se da la circunstancia (nada alentadora, pese a que pudiera pensarse lo contrario) de que la empresa cuenta con un plan de igualdad donde se reconoce el derecho a la concreción horaria incluso sin reducción. Plan que, obviamente, ni aplica ni cumple. Para emitir su decisión la Sala hace un esfuerzo de recogida de argumentos normativos que pasan por el derecho internacional y de la UE en la materia, el artículo 4 de la LOPI, incluso la exposición de motivos de la Ley 39/1999. Invoca a su vez la dimensión constitucional de los derechos de conciliación consagrada en la STC 3/2007, y razona textualmente que «una interpretación restrictiva del ejercicio de este derecho, sin valorarse adecuadamente en clave constitucional, supone una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras». Y que «el derecho a la conciliación se ve truncado por interpretaciones y aplicaciones jurídicas formalistas o automáticas que contravienen la impartición de justicia con perspectiva de género [...] especialmente en materias como la maternidad, embarazo o la conciliación familiar y laboral, en las que se sostienen gran parte de las discriminaciones [prejuiciosas, añadiría yo] laborales por razón de sexo».

Viene al caso de este asunto llamar la atención sobre el hecho de que parcialidad y fragmentación, irregularidad y variabilidad de horarios, habituales en el sector servicios, son trabas casi insalvables para muchísimas mujeres.

Casos sobre situaciones de conflicto similares son, por poner solo algún ejemplo más, el dirimido en la STSJ de Canarias de 14 de febrero de 2020 (rec. 1429/2019) (la Sala de Canarias es un verdadero filón), en el que una monitora de instalaciones deportivas solicita una reducción de jornada y un cambio de turnos para pasar al turno fijo matinal para cuidar a su madre, gravemente enferma. De nuevo la solicitud fue rechazada y la demanda desestimada en la instancia. Y también una vez más es la Sala de suplicación la que acaba asumiendo la pretensión y el recurso de la parte actora, sobre la base de la falta de suficiente prueba por parte de la empresa de las causas organizativas y productivas opuestas. También aquí se esgrime la necesidad de ponderar los intereses en juego desde

⁶¹ Aunque existen numerosos pronunciamientos en el sentido de considerar inaceptable inquirir en la situación y organización familiar de la persona solicitante, por tratarse de un derecho estrictamente individual de la persona trabajadora, bastará la cita de la muy argumentada STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021), donde recogiendo doctrina anterior de la propia Sala, se dice que «cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o “intendencia” familiar “excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional”» (STSJ Galicia 28.05.2019, rec. 1492/19).

una perspectiva interpretativa que tenga en cuenta el género (art. 4 LOPI), la dimensión constitucional de los derechos de conciliación (STC 3/2007), y de la manera más favorable a la efectividad del derecho. Y se condena a una indemnización reparadora del daño moral producido en la (exigua) cantidad de 3.125 €.

Añade a todo lo anterior el argumento de la protección de la infancia y el interés superior del menor, la STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2020 (rec. 197/2020), en la que la actora, segunda gobernanta de un hotel, había solicitado librar los fines de semana para atender a su hijo. Denegada la petición, en la instancia se estimó la oposición de la empresa, que había esgrimido la habitual causa organizativa derivada de los conflictos interpersonales que suelen generar estas solicitudes, pues la única gobernanta con que contaba el hotel ya libraba los fines de semana. La Sala vuelve también a manejar, sumado al del interés del menor, el parámetro de enjuiciamiento valorando el impacto de género que concurre en el derecho a la adaptación horaria.

Por lo que a la jurisprudencia o doctrina del TS se refiere, hay también algunas sentencias recientes de interés, que evidencian que va calando en el Alto Tribunal la idea de aplicar la perspectiva de género y la orientación de la relevancia constitucional de los derechos de conciliación. Y así, en la STS de 22 de junio de 2022 (rec. 73/2020) se aplica el indicado parámetro para evitar discriminaciones por razón de sexo a una decisión relativa a la acumulación de la lactancia por jornadas completas y al disfrute de los permisos sin que se solapen con los días festivos.

Una doctrina con clara inspiración en el fomento de la corresponsabilidad y la igualdad entre mujeres y hombres es la relativa al posible disfrute del permiso por lactancia por los trabajadores, aunque la madre del menor no desempeñe un trabajo por cuenta ajena (STS de 12 de julio de 2022, rec. 1367/2019, que reitera doctrina anterior).

También merece elogio la STS de 4 de octubre de 2022 (rec. 574/201), en la que se considera que no procede la disminución proporcional del plus de asistencia y puntualidad cuando se está disfrutando de una reducción de la jornada por guarda legal. Tomando en consideración (más allá de la necesaria prueba estadística) que es una evidencia empírica que son las mujeres quienes mayoritariamente ejercen estos derechos, y que el asunto conecta directamente con la garantía del derecho a la no discriminación.

En un plano diferente, la STS, Pleno, de 17 de mayo de 2023 (rec. 2222/2022) aborda el tan traído y llevado problema del reconocimiento del complemento de maternidad al progenitor varón, que el INSS había denegado. El TS considera que esta solución es incompatible con la doctrina del TJUE, ya contenida en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto 450/18), y reconoce el derecho a la indemnización por daños morales por la vulneración del

derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.

Y, por concluir este breve y seguramente incompleto recorrido, la STS de 25 de mayo de 2023 (rec. 1602/2020), a propósito de un procedimiento sobre concreción horaria, y tras recordar la necesidad de tomar en consideración la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, no duda en afirmar que no toda decisión en la materia implica necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo; y que sigue siendo preciso aplicar el sistema de indicios, que en el caso no concurren, pues se entiende que la empresa hizo prueba de las razones organizativas para denegar la petición de la persona solicitante. Es cierto que otras muchas resoluciones judiciales están aplicando ese mismo esquema o patrón de enjuiciamiento a otros supuestos pese a lo dispuesto en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio).

Por su parte, y sin perjuicio de otros ejemplos (algunos lamentables) que existen en la jurisprudencia y doctrina judicial anterior,⁶² el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad últimamente en insistir en esa dimensión y relevancia que, en su condición de derechos fundamentales, tienen la reducción de la jornada y la adaptación de los tiempos derivados de necesidades de cuidado en dos pronunciamientos de signo dispar. Pero no a propósito de negativas a la solicitud, sino de alteraciones experimentadas por otras causas (normalmente, causas empresariales) por personas que ya se encontraban disfrutando previamente de esos ajustes razonables.⁶³

El primero, la STC 118/2020, de 31 de mayo,⁶⁴ y de la que algún otro autor ofrece un

⁶² Es muy llamativo el ejemplo de la STS de 25 de mayo de 2015 (rec. 307/2013) [ECLI:ES:TS:2015:3658], donde en un asunto sobre una modificación sustancial de condiciones de trabajo en una gran y conocida empresa de distribución comercial, que implicaba desconocer los derechos de las personas con reducción horaria por motivos familiares y afectaba y alteraba horarios y turnos, e implicaba trabajo en festivos, la Sala desestima la pretensión, incluida la de considerar la dimensión constitucional y la masiva afectación a trabajadoras del sexo femenino, por entender no suficientemente probado el impacto de género.

⁶³ Téngase en cuenta que, de conformidad con los arts. 4.1 2.º y 6.1a 2.º de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la denegación de ajustes razonables constituye una discriminación indirecta.

⁶⁴ Puede verse la entrada ROJO TORRECILLA, E. (2021). «La dimensión constitucional de la reducción y la adaptación de la jornada de trabajo: STC núm. 119/2021 de 31 de mayo» (última consulta 10.10.2023).

análisis más afinado que el que aquí cabe hacer ahora.⁶⁵ El TC estima la demanda de amparo interpuesta por una trabajadora que sufrió una modificación de sus condiciones de trabajo mientras se encontraba disfrutando de una reducción de jornada con exclusión de los fines de semana que le obligó a volver a trabajar los sábados. El órgano jurisdiccional de instancia desestimó su pretensión con fundamento en la justificación de la medida. En el procedimiento de amparo, en cambio, se sigue la senda iniciada por la STC 3/2007, considerándose que no se había valorado adecuadamente la vertiente constitucional del derecho, incurriéndose en una discriminación indirecta por razón de sexo.

En el otro procedimiento de amparo el TC varía, como se adelantaba hace un instante, el sentido de su decisión. Se trata de la STC 153/2021, de 13 de septiembre.⁶⁶ En ese caso, la solicitante de la reducción de la jornada era una enfermera de la UCI pediátrica, a la que, en el momento de la concesión, los responsables del servicio deciden destinar a otro servicio. Las razones que alegan es que en una dependencia tan crítica como la de procedencia de la actora era preciso un perfecto funcionamiento de los turnos y la continuidad asistencial. Y su jornada reducida no lo garantizaba. Tanto en la instancia como en suplicación se valoró que la trabajadora no había sufrido lesión en sus intereses profesionales, puesto que siguió realizando funciones propias de su grupo profesional, y pudo retornar a su puesto de origen a jornada completa, accediendo para ello a los pertinentes cursos de formación especializada con el fin de no perder habilidades. El TC comparte ese criterio y califica como justificada, razonable, proporcionada y desprovista de sesgos o prejuicios sexistas la medida adoptada; y desestima el amparo solicitado.

3.3. Algunos interrogantes finales

Muy concisamente, el primero es si el uso de los tiempos, tal y como está concebido y articulado en las normas, resuelve los problemas. Es verdad, y ya se ha dicho, que se ha avanzado en mejorar el régimen jurídico de los derechos laborales para facilitar la conciliación corresponsable, y el RDL 5/2023, pese a sus limitaciones, así ha sido valorado por la generalidad de la doctrina.

⁶⁵ Cfr. CABEZA PEREIRO, J. (2021). «Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 4, pp. 167-185 (última consulta 10.10.2023).

⁶⁶ De nuevo comentada con detalle por CABEZA PEREIRO, J. (2021).

Pero ya me he ocupado en señalar⁶⁷ que buena parte de los problemas prácticos y aplicativos anteriores se van a seguir dando. Y que, aunque hay buenos criterios en la doctrina judicial precedente, nada garantiza que no puedan seguir pronunciándose soluciones discrepantes y, siento decirlo, restrictivas y limitativas de derechos.

Por otro lado, también me ha preocupado siempre (y no es nada original) que la atención de las necesidades de cuidado que surjan en el entorno de las personas trabajadoras se hayan de saldar o resolver siempre por medio del alejamiento del lugar de trabajo o el cese, aunque sea temporal, en la actividad laboral y profesional. Está demostrado que eso acaba repercutiendo e impactando negativamente en la órbita de los derechos de las personas, en las posibilidades de promoción, en las retribuciones sin la menor duda, en la permanencia en el empleo, y, finalmente, en la esfera prestacional. Y no albergo tampoco incertidumbre alguna respecto de que seguirán siendo las mujeres las más afectadas. La tendencia del *keep in touch* y el tristemente célebre efecto bumerán siempre sobrevuelan. Es menester hacer esfuerzos por imaginar y diseñar modelos más flexibles de conciliación. Sé bien que no es fácil, pero no imposible.

Por fin, otra preocupación que no deberíamos abandonar es la conversión que en la reforma del 2013 experimenta el trabajo a tiempo parcial en trabajo «a llamada». Una forma de empleo eminentemente feminizada, con frecuencia involuntaria, y con la misma frecuencia fraudulenta (se hacen muchas más horas de las que se establecen en el contrato). Que exacerba la disponibilidad de la persona a las demandas de la empresa a través de las horas complementarias pactadas y ofrecidas; los horarios irregulares, inconcretos, cambiantes y variables. Difícilmente garantiza los estándares contenidos en el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que bajo la rúbrica «Condiciones de trabajo justas y equitativas», reconoce en su apartado 2 el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso.

Hay que albergar alguna esperanza con vistas a la trasposición de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea,⁶⁸ que se ocupa precisamente, a propósito de los empleos que no disponen de un patrón previsible de trabajo, de garantizar el mayor de protección posible de los derechos de las personas a organizar su tiempo.⁶⁹ Un modelo de ordenación, en todo caso, difícilmente compatible con la vida.

Queda aún mucho por hacer, muchas gracias.

⁶⁷ En el varias veces mencionado estudio MARTÍNEZ MORENO (en prensa).

⁶⁸ DOUE-L-2019-81159.

⁶⁹ Véase MIRANDA BOTO, J. M. (2023). *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, Valencia.