

2022, VOLUMEN 7, NÚMERO 2  
EISSN: 2530-2442 / [www.uc3m.es/femeris](http://www.uc3m.es/femeris)

# Femeris

Revista Multidisciplinar de Estudios de Género



# Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género

www.uc3m.es/femeris

## Directores

Eva M. Blázquez Agudo  
Universidad Carlos III de Madrid

Daniel Pérez del Prado  
Universidad Carlos III de Madrid

## Consejo de redacción

Antonio Álvarez del Cuvillo  
Universidad de Cádiz

Fernando Lousada Arcohen  
Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Eva María Blázquez Agudo  
Universidad Carlos III de Madrid

Carolina Martínez Moreno  
Universidad de Oviedo.

María Amparo Ballester Pastor  
Universidad de Valencia

Beatriz Quintanilla Navarro  
Universidad Complutense de Madrid

Josefa Galindo Sánchez  
Inspección de Trabajo

Eduardo Rojo Torrecillas  
Universidad Autónoma de Barcelona.

## Consejo científico

Lourdes Arastejui  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Carolina Martínez Moreno  
Universidad de Oviedo

María Amparo Ballester Pastor  
Universidad de Valencia

Lourdes Mella Méndez  
Universidad Santiago Compostela

Marzia Barbera  
Universidad Brescia

María Luisa Molero  
Universidad Rey Juan Carlos

Catherine Barnard  
Universidad Cambridge

Cristóbal Molina Navarrete  
Universidad de Jaén

Eva María Blázquez Agudo  
Universidad Carlos III de Madrid

Pilar Nuñez-Cortes  
Universidad Loyola

Jaime Cabeza Pereiro  
Universidad de Vigo

Teresa Pérez del Río  
Universidad de Cádiz

Adriana Leticia Campuzano Gallego  
Magistrada Poder Judicial México

María Reyes Martínez Barral  
Universidad de León

M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde  
Universidad Complutense

Nuria Ramos  
Universidad Ámsterdam

M<sup>a</sup> Enriqueta Fernández Haggard  
Magistrada Poder Judicial México

María Regina Redinha  
Universidad Porto

Sonia Fernández Sánchez  
Universidad Cagliari

Gina Magnolia Riaño Barón  
Organización Iberoamericana de Seguridad Social  
(OISS)

Juan Gorelli Hernández  
Universidad de Huelva

Carmen Sáez Lara  
Universidad Córdoba

Jean Jacquemin  
Universidad Libre Bruselas

Carmen Sánchez Trigueros  
Universidad de Murcia

Risa Lieberwitz  
Universidad de Cornell

María Luisa Segoviano  
Tribunal Supremo

Carmen López Anior  
Universidad de Murcia

Susana Rodríguez Escanciano  
Universidad de León

Lilia Mónica López Benítez  
Magistrada Poder Judicial México

Rosa Virólés  
Tribunal Supremo

María de los Reyes Martínez Barral  
Universidad de León

Instituto Universitario de Estudios de Género  
Universidad Carlos III de Madrid  
c/ Madrid 126  
28903 Getafe (Madrid) SPAIN

# ÍNDICE

## Editorial

---

- 5 **Las aportaciones de una nueva directiva sobre igualdad de retribución entre géneros. La definitiva o una más en el largo camino de la equiparación salarial**  
Eva María Blázquez Agudo

## Artículos

---

- 10 **Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad**  
*A normative analysis of the evolution of work-life balance policies in the European Union: from maternity to co-responsibility*  
Juan Gorelli Hernández
- 44 **La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables. Sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española**  
*Protection against dismissal and other unfavorable consequences: transposition from EU Directive 2019/1158 to Spanish Legislation*  
Julia Dormido Abril
- 64 **La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español**  
*Impact of the new directive on work-life balance in Spanish System*  
María José López Álvarez
- 86 **Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158**  
*Promotion of gender equality through “flexible work formulas”. Reflections and proposals in light of Directive (EU) 2019/1158*  
María Teresa Igartua Miró
- 115 **Mujeres y COVID**  
*Women and COVID*  
Alejandra Selma Penalva
- 142 **Estatuto de refugiada por motivos de género, blindaje de fronteras y desafíos actuales en la UE**  
*Gender-based refugee status, border shielding and current challenges in the UE*  
Mercedes Yela Uceda
- 158 **Conciliación de la vida familiar y laboral durante la pandemia por COVID-19. Plan MECUIDA**  
*Work-family balance during the COVID-19 pandemic. The MECUIDA Plan*  
Graciela Martínez Barbero - Juan Pablo González Rivas
- 181 **El trabajo de las mujeres en los servicios funerarios**  
*Women's work in the funeral jobs*  
María del Carmen Barrera Casañas

## Crónicas jurisprudenciales

---

- 200 **Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2020 a 31/8/2021)**  
*Chronicle of the European Case law on equality (from 1/9/2020 to 31/8/2021)*  
Jean Jacqmain
- 222 **Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2021-año 2 de pandemia)**  
*Chronicle of the Spanish Constitutional Court Case on equality rights (year 2021-pandemic year 2)*  
Ricardo Pedro Ron Latas

## Referencias bibliográficas

---

- 229 **Un paso más en las dudas que suscita la discriminación por asociación**  
Yoland a Maneir o Vázquez, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*  
(Beatriz Sánchez - Girón Martínez)
- 232 José Fernando Lous ada Ar ochen a. *Las enfermedades profesionales en perspectiva de género*  
(Pilar Núñez - Cortés Contreras)

## Varia

---

- 235 **Las medidas de conciliación en España. La Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. (Jornada del 10 de marzo-CES)**  
*Conciliation measures in Spain. Directive (EU) 2019/1158 on reconciling family life and the professional life of parents and carers. (Conference of March 10-CES)*  
Elena Blasco Martin
- 246 **III Jornada de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. "Personas con vulnerabilidad laboral y los determinantes del trabajo decente" (22 de octubre de 2021)**  
*III Conference of the Equality Commission of the Spanish Association of Labor Law and Social Security. "People with labor vulnerability and the determinants of decent work" (October 22, 2021)*  
Concepción Sanz Sáez
- 250 **Reseña página web Wikigualdad**  
*Wikigualdad website review*  
Juan María Roldán Conesa

## EDITORIAL

# Las aportaciones de una nueva directiva sobre igualdad de retribución entre géneros. La definitiva o una más en el largo camino de la equiparación salarial\*

Eva María Blázquez Agudo

ORCID ID: 0000-0002-8214-1960

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6940>

Ya el Tratado de Roma de 1957 incluye el derecho a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Más de sesenta años después, todavía es necesario presentar una propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento. Quizás esta necesidad se debe a la todavía amplia brecha salarial del 14,1 % en la Unión Europea, con Estados como Eslovenia con un 21,7%, aunque también hay otros países como Luxemburgo, con 1,3% (FUENTE.EUROSTAT 2019).

Es así que la propia propuesta califica de fallidos los intentos de aplicación del derecho de igualdad de retribución, achacando tal fallo a la falta de implantación del principio de transparencia retributiva, como instrumento de detección de discriminaciones en materia salarial y de clasificación profesional.

Hay que recordar en España el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, se aprobó con el objetivo principal de aplicar el principio de transparencia retributiva, que se define en esta normativa como aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución. Identificando, continúa señalando el artículo 3, las discriminaciones, tanto directas como indirectas, particularmente las de-

---

\* Esta editorial fue publicada previamente el 8 de marzo de 2022 en el Blog “El Foro de Labos”

bidias a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, esto es, cuando desempeñado un trabajo de igual valor, se perciba una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Para conseguir dicho principio se regulan distintos instrumentos como son el registro retributivo, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación, y el derecho de información de las personas trabajadoras.

Como parece que en España ya se ha regulado sobre el principal aspecto que busca promocionar la propuesta de Directiva, la pregunta es: ¿Aportará la Directiva, si se aprueba, alguna novedad a nuestro ordenamiento?

### **Novedades instrumentales**

En primer lugar, hay que poner en evidencia distintos instrumentos que pueden servir para cumplir con los objetivos de la eliminación de la brecha salarial. Así, la propuesta de Directiva recoge distintos conceptos que define como nuevos, que pueden servir para aclarar sus límites en el Derecho español. En concreto, se determina el de nivel retributivo (la retribución bruta anual y la retribución bruta por hora correspondiente); la brecha retributiva (diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y los de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores de género masculino), la mediana retributiva (la remuneración del trabajador o la trabajadora que gana menos de lo que gana la mitad de los trabajadores y más de lo que gana la otra mitad la brecha retributiva mediana (la diferencia entre el nivel retributivo mediano de las mujeres y el nivel retributivo mediano de los hombres, expresada como porcentaje del nivel retributivo mediano de los trabajadores de género masculino), y el cuartil de la banda retributiva (cada uno de los cuatro grupos iguales de trabajadores en los que se estos dividen en función de sus niveles retributivos, del más bajo al más alto). Por otro lado, pone especial énfasis en el papel de los interlocutores sociales como importante vehículo para garantizar los derechos que se reconocen en esta normativa.

Es especialmente importante la determinación de los criterios de comparación para determinar cuándo un trabajo es el mismo o tiene igual valor. En concreto, incluye dos aclaraciones procedentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En primer lugar, la comparación de situaciones entre trabajos no debe limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajen para un mismo empleador, siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a la misma fuente, por ejemplo, a la aplicación de un mismo convenio colectivo. También es posible la comparación con condiciones de otras personas trabajadoras que no estén empleadas al mismo tiempo. Por último, se cierra este punto señalando que, cuando no exista un referente de comparación real, se podrá utilizar uno hipotético u otras pruebas (estadísticas u otra información disponible) que permitan establecer una presunción de discriminación.

## **Normas de transparencia previas al empleo**

Al margen de estas cuestiones instrumentales, una novedad de esta propuesta es la inclusión de las normas mínimas en materia de transparencia retributiva previa al empleo. Se trata de que la empresa, antes de la contratación, determine el nivel retributivo o la banda retributiva inicial de acuerdo con criterios objetivos y neutros con respecto al género. Sobre esta retribución debe informarse al futuro empleado antes de la entrevista de trabajo a los efectos de facilitarle herramientas para negociar equilibradamente su salario y de no perpetuar en el tiempo la discriminación a las personas trabajadoras que cambien de puesto de trabajo. Además, se prohíbe que en la entrevista se interrogue sobre el historial retributivo en otras relaciones laborales anteriores.

## **Normas menos exigentes en materia de registro retributivo y auditoría salarial**

En la actualidad las empresas españolas de más de 50 personas trabajadoras tienen como obligación llevar un registro retributivo, donde se recojan los valores medios salariales, desagregados por sexo, distribuidos por grupos y categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Si de la comparativa promedio de las retribuciones de un sexo y de otro se concluye que existe una diferencia en la media de más del 25%, se presume la discriminación, de forma que la empresa tendrá que justificar dicha diferencia. Por otra parte, estas empresas tienen la obligación de desarrollar una auditoría retributiva.

Sin embargo, la propuesta de Directiva es menos exigente. Así, solamente para las empresas de más de 250 personas trabajadoras, cuando de la información sobre sus retribuciones se ponga de manifiesto, en cualquier categoría de trabajadores que realicen un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, una diferencia de al menos el 5 % entre la retribución media de las trabajadoras y la de los trabajadores de la organización que no esté justificada por factores objetivos y neutros con respecto al género, el empleador afectado tendrá la obligación de llevar a cabo una evaluación retributiva.

## **Efectos procesales y derecho al resarcimiento**

El RD 902/2020 señala que la inaplicación de las reglas establecidas en su seno pueden servir para llevar a cabo las acciones administrativas y judiciales, individuales y colectivas oportunas, de acuerdo con el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, incluida la aplicación de las sanciones que pudieran corresponder por concurrencia de discriminación, así como el procedimiento de oficio iniciado como consecuencia de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente.

En esta línea, en la propuesta de Directiva se recoge la necesidad de regular procedimientos judiciales o administrativos que, en nombre o en favor de los trabajadores, inicien asociaciones, organizaciones u organismos de igualdad y los representantes de los trabajadores u otras personas jurídicas que tengan interés en garantizar la igualdad entre hombres y mujeres para el efectivo cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente propuesta. Esas entidades deben tener derecho a actuar en nombre o en favor de un trabajador o una trabajadora en esos procedimientos, siempre con su autorización, o incluso de forma colectiva. Con ello se pretende superar los obstáculos procedimentales y financieros a los que se enfrentan las víctimas de discriminación retributiva de género cuando reclaman el cumplimiento de las medidas de transparencia.

Por último, hay que referenciar la regulación contenida respecto al derecho a indemnización, en relación a la cual señala que es preciso garantizar una compensación real y efectiva por las pérdidas y daños sufridos, que cumpla un papel de carácter disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido. Se busca que la indemnización restituya a la parte perjudicada a la situación en la que se habría encontrado si no hubiera sido discriminada por razón de sexo o si no se hubiera producido ninguna infracción de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. En concreto, señala que la indemnización deberá incluir los atrasos y las primas o los pagos en especie correspondientes, además del resarcimiento por la pérdida de oportunidades y los daños morales sufridos, así como los intereses de demora.

Además, se requiere a los Estados que velen por que en los procedimientos judiciales dirigidos a garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes puedan ordenar, a petición de la parte demandante y a expensas de la parte demandada, medidas cautelares que, por un lado, cesen los efectos de la infracción; y, por otro, medidas estructurales u organizativas para hacer cumplir cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor o para poner fin a cualquier infracción de esos derechos u obligaciones.

## ARTÍCULOS

# Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad

A normative analysis of the evolution of work-life balance policies in the European Union. From maternity to co-responsibility

Juan Gorelli Hernández  
*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Huelva*

Recibido: 03/03/2022

Aceptado: 28/03/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6941>

*Resumen.* Este trabajo presenta un análisis de cuál ha sido la evolución de una materia como la conciliación entre vida familiar y laboral, centrándonos en la normativa de la Unión Europea. Tres han sido las fases y tres son los grupos normativos esenciales: una primera centrada en la protección de la maternidad, caracterizada por la titularidad exclusiva de la mujer trabajadora de los mecanismos de protección; cuya regulación se encuentra en la Directiva 92/85. Posteriormente, los poderes normativos comunitarios se centran en regular derechos desde una perspectiva neutral; es decir, dirigidos a proteger tanto a trabajadoras como trabajadores. En esta fase encontramos las Directivas 96/34 y 2010/18, caracterizadas ambas por ser producto del diálogo social y que regulaban esencialmente el permiso parental. Por último, ya desde una perspectiva más centrada en la corresponsabilidad, encontramos la Directiva 2019/1158. Una vez realizado este análisis, hemos destacado como en esta evolución normativa ha tenido relevancia la posición de la jurisprudencia de la Unión Europea. De esta manera hemos señalado cuáles han sido los principales hitos jurisprudenciales sobre la materia. Terminamos el análisis señalando un conjunto de propuestas de futuro, señalando especialmente la necesidad de limitar los efectos de una regulación basada en la tutela exclusiva de la mujer trabajadora, pues los efectos negativos de este planteamiento son contundentes. De otro lado, la necesidad de regular medidas de corresponsabilidad más contundentes, y que faciliten la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades de las personas trabajadoras, lo que puede ser un buen remedio a las necesidades de conciliación.

*Palabras clave:* Unión Europea, igualdad de oportunidades, conciliación de la vida familiar y laboral, corresponsabilidad.

*Summary.* This paper presents an analysis of what has been the evolution of a subject such as the work-life balance, focusing on the regulations of the European Union. There have been three phases and three are the essential regulatory groups: the first focused on the

---

\*juan.gorelli@dam.uhu.es

protection of maternity, characterized by the exclusive ownership of the protection mechanisms by working women; whose regulation is found in Directive 92/85. Subsequently, the community regulatory powers focus on regulating rights from a neutral perspective; that is, aimed at protecting both male and female workers. In this phase we find Directives 96/34 and 2010/18, both characterized by being the product of social dialogue and essentially regulating parental leave. Finally, from a perspective more focused on co-responsibility, we find Directive 2019/1158. Once this analysis has been carried out, we have focused on highlighting how the position of the jurisprudence of the European Union has been relevant in this normative evolution. In this way we have pointed out what have been the main jurisprudential milestones on the matter. We end the analysis by pointing out a set of proposals for the future, especially pointing out the need to limit the effects of a regulation based on the exclusive protection of working women, since the negative effects of this approach are overwhelming. On the other hand, the need to regulate more forceful co-responsibility measures. Finally, the need to regulate measures that facilitate the adaptation of working time to the needs of working people, which can be a good remedy for the needs of work-life balance.

*Keywords:* European Union, equal opportunities, work-life balance, co-responsibility.

## **1. La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres trabajadores como objetivo fundamental: diferentes aproximaciones**

Hablar de conciliación es referirse a uno de los problemas jurídicos y sociales más relevantes del período finisecular y de inicios del Siglo XXI, el de la igualdad de género y de oportunidades en el ámbito del empleo. Conciliar es, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos que deben ser utilizados por la política legislativa con la finalidad de lograr la igualdad de oportunidades para mujeres en el empleo. Ahora bien, debemos resaltar cómo la evolución de esta cuestión muestra cómo la conciliación no siempre ha acertado en las medidas elegidas para alcanzar este objetivo de la igualdad de oportunidades, pues en ocasiones plantea la cuestión desde una óptica de feminización de la conciliación, lo cual no conduce al objetivo de la igualdad (Martínez Barroso, 2008, p. 24). Para ello es necesario, no sólo que el ordenamiento ofrezca alternativas jurídicas para que la mujer trabajadora pueda conciliar su vida familiar con sus necesidades y laborales y profesionales; además, y esto es esencial, para atisbar cuál ha de ser el punto final de la evolución normativa que vamos a estudiar, debe irse más allá y conseguir un objetivo que es social más que jurídico; hay que lograr que las responsabilidades familiares no sean una cuestión que afecta en exclusiva a la mujer, sino que debe hacerse frente a las mismas entre hombres y mujeres por igual; en definitiva, hay que desterrar el rol social de la mujer como cuidadora (Molero Maraón, 2019, p. 161). Y al respecto, si bien en la actualidad no podemos afirmar que el ordenamiento comunitario lo haya logrado (al fin y al cabo la alteración de roles sociales fuertemente asentados, requiere también de tiempo), lo cierto es que si podemos esbozar un cierto optimismo, pues parece que el legislador comunitario comienza a tener claro cuál es el objetivo, la corresponsabilidad.

Desde este punto de vista debemos advertir que no parece conveniente utilizar términos como conciliación y corresponsabilidad de una manera sinónima. No se trata sólo de una cuestión terminológica, sino de algo mucho más relevante, del sentido u orientación de la política legislativa; es decir, qué pretendemos proteger de manera efectiva. Es

cierto que ambos conceptos están vinculados de manera directa con la igualdad de género, pero no podemos aceptar que sean idénticos, ni sinónimos.

En puridad la conciliación se entiende como un conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar la armonización del tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades de carácter familiar o personal (Arastey Sahún, 2008, p. 15). Ahora bien, ello no supone que este planteamiento se vincule a la igualdad de oportunidades, incluso si se eluden medidas feminizadas y se acude a mecanismos neutros, pues si estos actúan en un contexto social que impone la atención de las responsabilidades familiares a la mujer; en realidad sólo se consigue reiterar el rol tradicional de la mujer (Lousada Arochena, 2019, p. 785).

Desde el punto de vista de medidas feminizadas, se han utilizado derechos reconocidos en exclusiva a las trabajadoras. Estamos pensando, como no en los derechos vinculados a la maternidad. No ha faltado razón al legislador comunitario o al nacional para establecer determinados derechos de titularidad exclusiva de la mujer, pues la maternidad es un hecho biológico que afecta exclusivamente a la mujer.

Pero este planteamiento también tiene sombras que deben ser destacadas. En primer lugar, que la protección exclusiva de la mujer puede suponer una rémora para ella misma, pues esa protección puede desincentivar su contratación y hacer preferible la contratación de trabajadores varones; es el llamado efecto boomerang (Molero Marañón, 2008, p. 51). De otro lado, si bien es lógico establecer vías de tutela ante el hecho biológico, lo cierto es que las medidas diseñadas a tal fin no sólo tienen éste objetivo y es posible constatar cómo dentro de tales mecanismos de protección de maternidad entran en juego otros bienes jurídicos que no son propios ni exclusivos de la mujer. Me refiero al establecimiento del vínculo entre progenitora y el recién nacido. ¿Por qué ha de negarse la tutela de ese vínculo con el padre? La atribución exclusiva a la madre de ciertos derechos que van más allá de la tutela del hecho biológico y de la salud de la madre suponen, en la práctica, aceptar que es la madre quién ha de ocuparse de ciertos roles, pues así ha sido siempre en nuestras sociedades; pero esta afirmación es contraria a una efectiva igualdad de oportunidades, pues con ello se lastra la proyección profesional de la mujer.

En base a todos estos elementos negativos comienza a plantearse la necesidad de explorar otras vías y comienza a contemplarse que el padre debe tener su papel en las responsabilidades familiares. A partir de aquí podemos comenzar a hablar de conciliación. La medida estrella es el permiso parental. Con las medidas de conciliación se ha pretendido establecer un conjunto de derechos que pueden ser disfrutados tanto por el padre como por la madre; es decir, se hace un planteamiento de carácter igualitario en la titularidad y disfrute de los derechos que permiten conciliar vida familiar y laboral,

Sin embargo, al analizar la cuestión de cerca, se constata cómo los planteamientos de conciliación “neutra” no han alterado los esquemas sociales imperantes, pues mientras la cuestión se plantea sólo en términos de estricta igualdad o neutralidad, obviando que existe una realidad social que hace recaer sobre la mujer tales responsabilidades, el resultado es que seguirá siendo la mujer quien siga “disfrutando” de estas medidas de conciliación, olvidando así las importantes consecuencias de género que suponen los cuidados familiares

(Ballester Pastor, 2010, p. 31). Por lo tanto, la convención social por la que los cuidados familiares es cosa de mujeres, penaliza gravemente su situación en el mundo del trabajo (Casas Baamonde, 2018, p. 1073), siendo uno de los factores que más incide en la desigualdad laboral (Molina Navarrete, 2018, p. 3; Aguilera Izquierdo y Cristobal Roncero, 2002, p. 15).

Es necesario ir más allá de la neutralidad y fomentar normativamente la asunción por los varones de tareas o roles tradicionalmente reservados a la mujer y acceder así a una situación de efectiva igualdad. En definitiva, el siguiente paso es la corresponsabilidad, que nace del tronco de la conciliación, pero con unos objetivos añadidos de los que carece ésta: lograr un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares (Molina Navarrete, 2018, p. 5). Para ello se requiere romper el esquema tradicional de atribución de las responsabilidades familiares a la mujer e impulsar la asunción por los hombres de una función que tradicionalmente se ha considerado femenina (Gorelli Hernández, 2019, 282). Desde mi punto de vista hay una forma simple de conceptualizar la corresponsabilidad: es la igualdad de género, de oportunidades, en la conciliación; es decir, es la toma de conciencia de que la conciliación debe ser necesariamente una expresión del derecho a la no discriminación por razón de sexo (Casas Baamonde, 2018, p. 1077).

La corresponsabilidad no sólo pretende compatibilizar el trabajo con las necesidades personales o familiares, también que tales responsabilidades deben ser asumidas equilibradamente y de manera equitativa entre hombres y mujeres (sobre la configuración de la corresponsabilidad, vid. Alonso Bravo, 2012, 141; Gorelli Hernández, 2018, p. 2; Perán Quesada, 2019, p. 183 y 184; Toscani Gimenez, 2011, p. 135). Las simples reglas sobre conciliación, inspiradas en un principio de igualdad de sexo, pero que parten de la realidad social imperante (la mujer es quién hace frente a las necesidades familiares), no han supuesto un reparto equilibrado de las responsabilidades, pues al favorecer que sea ella quién compatibilice su trabajo con el cuidado familiar, se genera una injusta situación de desigualdad (Poquet Catalá, 2012, p. 2083; Serrano Garcia, 2012, p. 68), perpetuando los roles de género y mermando la presencia de la mujer en el mercado de trabajo (Perán Quesada, 2014, p. 164 y 165).

La evolución normativa en la UE se ha centrado en tres fases, cada una de ellas con su propia Directiva. De entrada, la Directiva 92/85, dedicada a la protección de la mujer trabajadora embarazada y que da a luz, siendo ello una expresión del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Una segunda fase en que la protección se centra en la necesidad de conciliar trabajo y familia (Directivas 96/34 y 2010/18), que no han sido capaces de romper con el convencionalismo social por el que la mujer debe hacer frente a las responsabilidades familiares. Por último, Directiva 2019/1158, que introduce por primera vez elementos de corresponsabilidad. Estas son las Directivas que procedemos a analizar en los próximos epígrafes.

Debemos tener en cuenta que, con independencia del objetivo general de la igualdad y no discriminación por razón de género en el trabajo, lo cierto es que conciliación y sobre todo corresponsabilidad son cuestiones que se han incorporado tardíamente al acervo comunitario. Así, en los Tratados la igualdad de género se proyectó inicialmente a los efectos de la igualdad salarial, incorporándose sólo posteriormente un planteamiento de igualdad

entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo a través del art. 137.1 i) del Tratado UE (Niza 2002). Posteriormente se incorpora a los arts. 153.1 i) y 157.3 del TFUE. Como vemos, la cuestión sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el trabajo aparece a fines del S XX y lo hace de una manera muy general, sin que se haga mención específica a la conciliación como uno de los instrumentos que favorecen esa igualdad real y efectiva.

Más relevancia tiene a los efectos de la conciliación, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (1989), cuyo punto 16 establece el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres y para conseguirlo prevé el establecimiento de medidas dirigidas a garantizar la realización de este principio en aspectos tan esenciales desde el punto de vista laboral como el acceso al empleo, la retribución, condiciones de trabajo y protección social; pero, específicamente señala que conviene desarrollar “medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Obsérvese cómo la Carta Comunitaria plantea esta última cuestión desde el punto de vista no ya de establecimiento de un mecanismo dirigido a facilitar que las mujeres puedan compatibilizar las responsabilidades familiares con el empleo, sino dirigido a hombres y mujeres por igual, con lo que se establece un primer elemento de conciliación. La cuestión tiene una importancia radical, pues por primera vez se señala cómo la conciliación resulta ser un elemento verdaderamente clave para conseguir la igualdad.

Este planteamiento se traslada a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretamente a su art. 33, donde tras afirmarse la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, se señala que con la finalidad de conciliar la vida familiar con la profesional toda persona tiene derecho a la protección frente al despido por causa relacionada con la maternidad, el derecho a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción. Se señalan así tres de las medidas que el ordenamiento comunitario ha regulado como mecanismos para facilitar la conciliación. Obsérvese, en todo caso, las diferencias entre el permiso de maternidad, en el que se señala expresamente el carácter retribuido, y el permiso parental, sobre el que no se señala el carácter retribuido. En todo caso, esta regulación pone de manifiesto el interés, no ya de proteger la maternidad, sino introducir otras medidas como el permiso parental, dando lugar a una verdadera conciliación familiar y laboral (Lousada Arochena, 2019, p. 786).

## **2. Directiva 92/85/CEE sobre protección de la maternidad: la protoconciliación**

### *2.1. Caracteres generales*

El punto de partida del análisis de la evolución normativa reside en la Directiva 92/85, de 19 de octubre 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 (10ª Directiva específica de desarrollo de la Directiva marco 89/391/CEE). Tres son sus características esenciales: en primer lugar,

es una regulación cuyo fundamento reside en la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras (Benito Benítez, 2021, p. 2). Por lo tanto, no estamos ante un mecanismo pensado como respuesta a las necesidades de conciliación entre vida familiar y laboral. No obstante, si bien su origen no está vinculado a esta cuestión, lo cierto es que también tiene un componente de conciliación como vamos a ver a continuación; secundario, si se quiere, pero vinculado de manera evidente a la conciliación; es por ello que hablamos de protoconciliación; es decir, la fase previa a la conciliación. En segundo lugar, la protección que otorga esta Directiva tiene dos momentos diferentes y consecutivos, uno primero en el que prima la tutela de la salud de la trabajadora y otro posterior en el que entra en juego la necesidad de otorgar los cuidados necesarios al menor, lo que tiene un carácter propio de conciliación (Ballester Pastor, 2010, p. 39; Reche Tello, 2020, p. 68). Por último, estamos ante una regulación que establece derechos de titularidad exclusivamente femenina, sin que haya espacio a la tutela del otro progenitor. La explicación de este hecho reside en que es una regulación cuyo origen reside en el desarrollo de la normativa preventiva que considera la situación de embarazo/maternidad como una situación de necesaria protección y que sólo pueden sufrir las mujeres trabajadoras (Ballester Pastor, 2010, p. 39). Sin embargo, al consagrar también la necesidad de cuidar del hijo, bien podría haberse planteado algún mecanismo para el disfrute paterno del permiso por maternidad. Se trata de una visión centrada exclusivamente en la mujer ha supuesto la reiteración del esquema cultural predominante.

Veamos, a continuación, las medidas que incorpora esta regulación.

## 2.2. El permiso de maternidad

En cuanto al permiso de maternidad, reservado exclusivamente a favor de las trabajadoras, es un derecho de titularidad exclusivamente femenina. Tiene una duración mínima de 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, de las cuales dos serán obligatorias, pudiendo ser éstas antes y/o después del parto. El carácter ininterrumpido de las 14 semanas genera una excesiva rigidez, si bien es posible detectar algún elemento que introduce un mínimo de flexibilidad, como el hecho que el permiso pueda disfrutarse antes o después del parto.

Durante dicho permiso la trabajadora mantendrá los derechos inherentes al contrato de trabajo (lo que supone la vigencia del contrato, la maduración de derechos durante el período del permiso y el mantenimiento de los derechos ya disfrutados antes del permiso). Se trata de una norma que pretende garantizar que la maternidad no genere efectos laborales negativos, lo cual sería discriminatorio<sup>1</sup>. No se recoge en esta regulación el dere-

---

<sup>1</sup> Un ejemplo paradigmático lo encontramos en materia de vacaciones coincidentes con el período de maternidad, vid. la STJCE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, asunto Merino Gómez, que estima el derecho de la trabajadora al disfrute de un nuevo período de vacaciones. Pero también puede verse la STJCE de 30 de abril de 1998, C-136/95, asunto Thibault, sobre la limitación a la promoción profesional de la mujer embarazada por no poder ser calificada profesionalmente por disfrutar de su derecho al permiso por maternidad.

cho de la trabajadora a la reincorporación en su puesto de trabajo tras la finalización del permiso; no obstante, la Directiva 76/207 establecía en su art. 2.7 el derecho de la mujer trabajadora que ha disfrutado del permiso de maternidad, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia<sup>2</sup>; lo cual ha sido posteriormente reiterado por el art. 15 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundida).

Se establece el derecho a una remuneración o una prestación adecuada, lo cual resulta esencial, la concesión de un permiso de cierta duración sin retribución, carece por completo de eficacia protectora<sup>3</sup>. Ha de garantizarse unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los contemplados por el ordenamiento de los estados nacionales en caso de baja por motivos de salud. No se protege a las trabajadoras más allá de esta cifra, por lo que es conforme a la Directiva que no se remunere a las trabajadoras cuantías superiores, aunque pudiera cobrarlas cuando no disfruta del permiso<sup>4</sup>. Los Estados miembros podrán condicionar el derecho a la remuneración o prestación al cumplimiento de los requisitos que se especifiquen, si bien no se podrá exigir como requisito un período de trabajo previo superior a 12 meses<sup>5</sup>.

### 2.3. El permiso para exámenes prenatales

En cuanto al permiso para exámenes prenatales, establece el art. 9 un permiso para las trabajadoras embarazadas (por tanto, reservado a la mujer trabajadora), sin pérdida de remuneración, para realizar los exámenes prenatales, si es que estos tienen lugar durante el horario de trabajo.

Sus principales características son las siguientes: es un derecho de titularidad exclusivamente femenina. Es un permiso de corta duración, pues se limita sólo al tiempo necesario para el examen prenatal y tiene carácter retribuido. No se predica de este permiso la protección de los derechos inherentes al contrato de trabajo, lo cual se justifica por la escasa duración del permiso.

---

<sup>2</sup> Se trata de la redacción de este precepto otorgada según lo dispuesto por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

<sup>3</sup> La propia Directiva señala en los considerandos que las medidas “no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de un remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”.

<sup>4</sup> Vid. la STJUE de 14 de julio de 2016, C-335/15, asunto M.C. Elisabetta Ornano.

<sup>5</sup> Vid. la STJUE de 21 de mayo de 2015, C-65/14, asunto Charlotte Rosselle, por la que se considera contrario a la Directiva, el ordenamiento nacional por el que se deniega a la trabajadora la prestación por cambiar de empleo con anterioridad a su disfrute, supuesto en el que se exige un período de carencia específico de seis meses, al margen de que la trabajadora hubiese cotizado durante más de los 12 meses que señala el art. 11.4 de la Directiva.

## 2.4. Prohibición de despido

Por último, el art. 10 establece la prohibición de despido. Ciertamente la propia regulación de prohibición de discriminación (Directiva 76/2007) servía ya para la protección de una trabajadora despedida como consecuencia de la situación de embarazo/maternidad (Ballester Pastor, 2010, p. 40); pero dada la relevancia de un despido durante el período de embarazo, parto y puerperio, la Directiva ha optado por incluir una regla específica de protección. Esta protección alcanza desde el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad<sup>6</sup>, de manera que se protege a la trabajadora no sólo frente a despidos discriminatorios, sino también frente a todo despido que se produzca dentro del período de protección, salvo que esté debidamente justificado. En definitiva, con esta regulación se introduce la necesidad de garantizar la indemnidad de quienes disfrutan de estos derechos. En todo caso, no se trata de una prohibición total, pues se admite la extinción “en los casos excepcionales no inherentes a su estado”; es decir, se admite el despido por una justa causa no vinculada a su estado (García Rubio, 2020)<sup>7</sup>. Por tanto, prohibición de despido, salvo justa causa. Además, el art. 10.2 establece la obligación empresarial de dar motivos justificados del despido por escrito.

El principal problema interpretativo de esta norma reside en determinar que haya de entenderse por despido y cuál es el conjunto de mecanismos extintivos que están protegidos por este precepto. Un buen ejemplo de esta polémica es la extinción del contrato por no superación del período de prueba en caso de embarazo, o la falta de renovación del contrato temporal<sup>8</sup>.

## 2.5. Conclusión

A tenor de lo expuesto, el objetivo fundamental de esta regulación no es favorecer la conciliación. Se trata de una regulación destinada en exclusiva a la mujer y a proteger su salud; no obstante, también tiene como objetivo favorecer el establecimiento de la relación madre/hijo. Desde este punto de vista podría haberse hecho un planteamiento más amplio y favorecedor de elementos propios de conciliación, como haber permitido al padre el acceso a los cuidados del hijo y de la propia madre. Entendemos que tan relevante es el establecimiento de la relación madre/hijo como el establecimiento de la relación pa-

---

<sup>6</sup> Consecuentemente no alcanza a situaciones como la fecundación in vitro, cuando todavía no se haya implantado el embrión en el útero, así la STJCE de 26 de febrero de 2008, C- 506/06, asunto Sabine Mayr. No obstante, en este caso si se declaró que la actuación de la empresa era discriminatoria (Directiva 76/2007/CEE), al probarse que la extinción estaba vinculada con el tratamiento de fertilidad al que se sometía la trabajadora, por lo que se pretendía evitar en la empresa a una trabajadora embarazada. De igual manera, también se considera discriminatorio el despido de la trabajadora realizado con posterioridad al período de protección del permiso por maternidad, si es que dicha extinción se vincula con el hecho de haber estado embarazada y haber dado a luz, tal como señala la STJCE de 11 de octubre de 2007, C- 460/06, asunto Nadine Pasquay.

<sup>7</sup> Puede así verse la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16 asunto Porrás Guisado, sobre despido colectivo ajeno a la condición de embarazo o de maternidad.

<sup>8</sup> Vid. sobre este supuesto la STJCE de 4 de octubre de 2001, C-38/99, asunto María Luisa Jiménez Bernal.

dre/hijo; de otro lado, si la madre está afectada en su salud, ¿no tendría sentido favorecer que los cuidados (tanto al hijo como a la propia madre) se otorguen por el padre?

### **3. El permiso parental: las Directivas 96/34/CE y 2010/18/UE**

#### *3.1. Caracteres generales*

Una segunda fase de la regulación en materia de derechos de conciliación se abre con la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; posteriormente sustituida por la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES; en definitiva, dos pruebas de la negociación colectiva europea, consecuencia de la incapacidad de las instituciones comunitarias de alcanzar un acuerdo sobre esta cuestión (Lousada Arochena, 2019, p. 786), lo que evidencia las dificultades del reconocimiento de derechos de conciliación durante más de 15 años (y lo que puede explicar, también el limitado alcance de estas Directivas). Son las Directivas que introducen en nuestro ordenamiento el permiso parental. El efecto principal de esta regulación es que se introduce en el ordenamiento comunitario auténticos mecanismos de conciliación, que van, por tanto, más allá que las medidas de protección de la maternidad.

El punto de partida es el ya mencionado art. 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, que prevé el establecimiento de medidas que permitan a los trabajadores y trabajadoras compaginar responsabilidades familiares y laborales. El planteamiento es el de estimar que una verdadera política de igualdad de oportunidades requiere la permitir la conciliación; lo cual se pretende alcanzar facilitando permisos a través de los que el trabajador se ausenta del trabajo para cumplir con sus responsabilidades familiares. Se trata, por tanto, de verdaderas medidas de conciliación, que nada tienen que ver con la protección de la salud.

Estos permisos se plantean desde una perspectiva neutra (Ballester Pastor, 2010, p. 53); es decir, que pueden ser disfrutados tanto por mujeres como por hombres, todos ellos trabajadores. En este sentido la cláusula 1 de la Directiva 96/34 afirma que el objetivo de la misma es facilitar la conciliación, por lo que se aplicará tanto a trabajadores hombres como mujeres. Se pretende con ello una más equilibrada distribución entre hombre y mujer trabajadores de las responsabilidades familiares, evitando así el planteamiento de la Directiva 92/85 y que las responsabilidades sólo recaigan sobre la mujer (Molina Navarrete, 2018, p. 5). Podemos decir que es la primera Directiva que pretende realmente afrontar la cuestión de la conciliación de la vida familiar y laboral (Aguilera Izquierdo y Cristobal Roncero, 2002, p. 15), superando el uso de medidas de titularidad exclusiva y estableciendo medidas neutras, auténticos derechos individuales que pueden reconocerse tanto a mujeres como hombres trabajadores. Ahora bien, cabe señalar que esta neutralidad en realidad no tiene que suponer que se rompa con el convencionalismo social por el que se atribuye a la mujer el

papel de cuidadora de la familia; pues no hay elementos relevantes que inciten o favorezcan que el hombre asuma, de manera igualitaria con la mujer, tales responsabilidades familiares (y ello pese a que el considerando 8º de la Directiva 96/34/CE establece que “debe animarse a los hombres a asumir una parte igual de las responsabilidades familiares, por ejemplo, solicitando un permiso parental mediante programas de sensibilización”). Dicho de otro modo: si existe un esquema social asentado por el que la mujer asume las responsabilidades familiares, el hecho de que el legislador implemente medidas de conciliación dirigidas indistintamente a hombres y mujeres, no supone una notable mejoría en la corresponsabilidad, pues seguirán siendo las mujeres, como siempre, quienes asuman tales responsabilidades.

### 3.2. Directiva 96/34/CE

Esta Directiva introduce dos mecanismos con el objetivo de mejorar las posibilidades de conciliación: el permiso parental y las ausencias por motivos de fuerza mayor. Comenzando por la segunda de estas cuestiones, las ausencias por motivos de fuerza mayor, la cláusula 3 de la Directiva establece que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores, hombres y mujeres, a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Este derecho podrá requerir del cumplimiento de condiciones o requisitos de acceso, pudiendo limitarse el mismo a una duración determinada al año o por cada caso, debiendo estarse a la regulación de cada Estado miembro.

El permiso parental (cláusula 2 de la Directiva 96/34) es la medida estrella y consiste en un derecho individual al que pueden acceder trabajadores tanto hombres como mujeres (un mecanismo, por tanto, neutral), en caso de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo; siendo éste un derecho de carácter individual; es decir, que tanto padre como madre trabajadores pueden ser titulares del mismo, sin que pueda reservarse su titularidad a uno u otro. La duración será como mínimo de tres meses y podrá disfrutarse desde el nacimiento o adopción y hasta una edad determinada (que puede ser de hasta ocho años) que deberá regular cada Estado<sup>9</sup>. Se trata, por tanto, de un permiso de cierta duración, cuyo objetivo es “poder ocuparse” del hijo; por tanto, otorgarle cuidados. Resalta de esta manera cómo el permiso parental puede tener un objetivo coincidente con el de maternidad (una vez la mujer haya superado las alteraciones de salud motivadas por el parto), lo cual refuerza la crítica que antes señalamos respecto del permiso de maternidad y su titularidad exclusivamente femenina durante todo el período de duración.

Las condiciones de acceso deben definirse por cada Estado, si bien la Directiva 96/34 señala ciertas cuestiones que pueden ser tenidas en cuenta por éstos: que se requiera un período previo de trabajo o antigüedad, que no podrá superar el año<sup>10</sup>; la posibilidad de

<sup>9</sup> Por tanto, esa edad de ocho años es una mera y simple referencia.

<sup>10</sup> Vid. la STJUE de 25 de febrero de 2021, C-29/20, asunto XI, a tenor de la cual se opone a la Directiva una normativa nacional que supedita la concesión del derecho a un permiso parental, a que el progenitor tenga la condición de trabaja-

ajustar las condiciones de acceso o las modalidades del permiso en caso de adopción; la exigencia de preaviso. No obstante, los requisitos de acceso deben respetar el objetivo del permiso, de manera que, por ejemplo, no podrá limitarse el derecho del padre a la condición profesional de la madre<sup>11</sup>.

También plantea la Directiva (cláusula 2.3 e) la posibilidad de que los Estados definan circunstancias por las que el empresario pueda posponer la concesión del permiso parental (por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa). Desde mi punto de vista esta posibilidad no deja de ser criticable, pues si bien ha de lograrse un cierto equilibrio entre intereses del trabajador y el empresario, una regulación tan abierta puede suponer la desatención de las necesidades familiares o incluso que cuando pueda disfrutarse el permiso, las mismas hayan desaparecido. De esta forma se impone el interés empresarial al del trabajador. De una manera más razonable, la cláusula 2.3 f) de la Directiva 96/34 plantea la posibilidad de acuerdos particulares para responder a necesidades de funcionamiento y organización de pequeñas empresas, pues se trata de acuerdos, no ya de una imposición de los intereses empresariales. En todo caso, insistimos en que estas son posibilidades que deben ser decididas por los Estados, por lo que la Directiva no impone ninguna de estas medidas.

Cabe resaltar que esta cláusula 2.3 se refiere también a la posibilidad de que los Estados introduzcan mecanismos de disfrute flexible del permiso parental, pues señala que éstos podrán decidir si el permiso se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo. Lamentablemente la Directiva no impone esta solución, sino que se limita a señalar que los Estados podrán decidir sobre esta cuestión; ahora bien, estamos ante uno de los mecanismos que más favorecen la conciliación, pues se trata de facilitar vías de adaptación del permiso a las concretas necesidades del trabajador. Estamos ante el germen de uno de los mecanismos que permite una mayor dosis de flexibilidad en la conciliación y que, lógicamente, favorece los intereses de los trabajadores.

Las dificultades de implantar esta adaptación y la facilidad para implantar un sistema que permita al empresario al empresario posponer el permiso parental evidencia cuál es el problema de estos mecanismos de conciliación: la problemática convivencia entre conciliación y la flexibilidad laboral demandada por el empresario.

De otro lado, el legislador comunitario es consciente que la concesión de estos derechos puede colocar a los trabajadores en una posición de debilidad frente al empresario, motivo por el que aplica medidas de tutela similares a las señaladas en la Directiva 92/85/CEE (cláusula 2ª apartados 4º a 7º):

---

dor en el momento del nacimiento o de la adopción de su hijo, pues ello supone ampliar más de 12 meses el período de actividad establecido como requisito, superando el máximo previsto por la Directiva. Esta Sentencia se pronuncia sobre la Directiva 2010/18, si bien, la posibilidad de exigir un período de actividad o antigüedad de, como máximo un año, se contempla también por la Directiva 96/34.

<sup>11</sup> Fue este el supuesto de hecho de la STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14, asunto Konstantinos Maïstrellis, en la que se estima contraria a la Directiva una normativa nacional que priva el derecho al permiso parental a un funcionario cuya esposa no trabaja, aceptándose el disfrute en este caso sólo cuando se considere a la madre incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo.

- a) Protección frente al despido por haber solicitado o disfrutado el permiso parental. Es evidente que sancionar el disfrute de estos derechos con el despido, sería un acto discriminatorio. Debe resaltarse la diferencia con la Directiva 92/85, pues mientras que ésta establece un espacio temporal de protección que actúa en todo caso, salvo que exista justa causa que motive la extinción; la Directiva que analizamos ahora regula la protección frente a un despido utilizado como represalia (garantía de indemnidad).
- b) El trabajador tendrá derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo, o si no es posible, a un trabajo equivalente o similar. En este caso, se establece expresamente el derecho a la reincorporación, lo cual no se recoge en la Directiva 92/85/CEE<sup>12</sup>.
- c) Mantenimiento sin modificaciones de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso parental; de manera que el disfrute del permiso parental no suponga para los trabajadores un tiempo muerto, sino que seguirán madurando tales derechos durante estos períodos<sup>13</sup>. De igual manera, las condiciones de disfrute del permiso parental tampoco pueden convertirse en circunstancias reductoras de derechos de los trabajadores que lo disfrutaban, pues ello podría conducir al rechazo por parte de los trabajadores a acceder al permiso parental<sup>14</sup>.

Podemos decir como conclusión que siendo el permiso parental un importante mecanismo de conciliación, no lo es de corresponsabilidad, pues si bien regula un derecho neutro, por tanto accesible tanto a hombres como a mujeres, eliminando la titularidad femenina del derecho; no favorece la supresión de la feminización de estos derechos de conciliación, pues la regulación se proyecta sobre una sociedad que considera como realidad imperante que es la mujer quien asume las responsabilidades familiares. Es decir, no hay argumentos o medidas dirigidas a lograr que haya una efectiva corresponsabilidad. Ciertamente la Directiva 96/34 señala en su cláusula 2.2 que para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes “consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible”. Es decir, plantea la no transferibilidad de los derechos al permiso parental (que no se desplace el derecho del padre a la madre para que sea ella quien asuma

---

<sup>12</sup> No obstante, recordemos que la Directiva 76/207, en su art. 2.7, ya reconocía el derecho de la mujer trabajadora que ha disfrutado del permiso de maternidad, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Esta redacción fue posteriormente asumida por la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundida), concretamente por su art. 15. En idéntico sentido la STJUE de 27 de febrero de 2014, C-588/12, asunto *Lyreco Belgium NV y Sophie Rogiers*; si bien en este caso se trataba de un despido injustificado.

<sup>13</sup> Puede verse sobre esta cuestión la STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08, asunto *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, en materia del derecho a vacaciones.

<sup>14</sup> En este sentido podemos acudir a la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto *RE*, sobre la indemnización de despido de una trabajadora (con contrato indefinido y a jornada completa) afectada durante el disfrute, a tiempo parcial, del permiso parental por un despido colectivo. En este caso estimó el Tribunal que la cláusula 2.6 de la Directiva era contraria a un ordenamiento nacional que calculaba la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación, parcialmente, sobre la base de la retribución de menor importe debida al permiso a tiempo parcial.

la totalidad); ahora bien, la norma no la impone, lo cual debilita enormemente la regulación comunitaria. Cabe advertir que la intransferibilidad es una cuestión bastante interesante, pues pretende evitar que sea la mujer, en exclusiva, quién sea la que haga frente a las responsabilidades familiares, abriendo la posibilidad a que éstas sean compartidas.

De otro lado, si bien esta Directiva cuenta con importantes aportaciones a la conciliación, lo cierto es que sus limitaciones o debilidades son patentes: no establece un derecho a remuneración o prestación durante el disfrute de estos permisos, lo que, en la práctica, supone que muchos interesados en el permiso parental renuncien al mismo por la necesidad de mantener la remuneración; no impone la intransferibilidad del permiso parental (Benito Benítez, 2021); tiene un escaso contenido obligatorio (Lousada Arocheña, 2019, p. 786) y concede un amplio margen de maniobra a los Estados, de manera que los Estados podían fijar las condiciones de acceso al derecho, pudiendo fijar requisitos o preavisos, no era obligatoria la intransferibilidad del permiso, o nada se establecía sobre la posibilidad de una retribución durante el disfrute del derecho; en definitiva, demasiadas cuestiones al arbitrio de los Estados (en este sentido se pronuncian Ballester Pastor, 2010, p. 54; Cabeza Pereiro, 2020, p. 42; Reche Tello, 2020, p. 71). Todo ello muestra la debilidad de las medidas que se plantean para lograr unos mínimos de conciliación.

### 3.3. La Directiva 2010/18/UE

La Directiva 96/34/CE fue sustituida por la Directiva 2010/18/UE, que revisaba el acuerdo sobre permiso parental aplicado por la primera. Lo que se pretendía era, ciertamente, una mejora de las medidas en materia de conciliación e incluso planteaba facilitar de manera más contundente la corresponsabilidad, pues su considerando 12<sup>o</sup> señalaba que “las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado; que por tanto, conviene adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres”.

Sin embargo, no podemos decir que esta regulación haya aportado un incremento sustancial en los instrumentos de conciliación; de hecho, podemos afirmar que en buena medida esta Directiva pecó por defecto, aportó poco a la conciliación y nada a la corresponsabilidad. Se trata, pues, de una norma de mera continuidad, una puesta a punto de la Directiva 96/34 (Cabeza Pereiro, 2020, p. 43), sin que haya llegado a introducir resultados trascendentes. Resumiendo, las medidas son las siguientes:

- De entrada, se amplía la duración mínima del permiso parental de tres meses a cuatro meses. Es un incremento, pero desde luego no podemos decir que suponga un gran logro para mujeres y hombres trabajadores que necesitan compaginar su vida familiar y laboral.
- En segundo lugar, se reitera que ese permiso debe, en principio, concederse con carácter intransferible; subrayándose que su finalidad es promover la igualdad

- de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Pero sólo se impone el carácter verdaderamente intransferible a uno de esos cuatro meses. Se trata, evidentemente, de un magro resultado, pues aunque la totalidad del período debería ser intransferible, la normativa comunitaria no se atreve a ello, delegando en los Estados.
- Se establece que los Estados deben evaluar la necesidad de ajustar la regulación del permiso parental a las necesidades de quienes tengan hijos con discapacidad o enfermedad de larga duración. Es decir, se evidencia la especialidad de estos supuestos, pero no se impone ninguna medida específica.
  - En materia de protección de los trabajadores, se extiende la misma más allá del supuesto de despido como consecuencia de la solicitud o disfrute del permiso parental y ahora alcanza expresamente a cualquier “trato menos favorable”; por lo tanto hay una ampliación. No obstante, cabe señalar que un trato desfavorable por estos motivos entra dentro de los supuestos de discriminación, por lo que se trata, simplemente, de una puntualización.
  - Se hace referencia a que los Estados consideren las “cuestiones vinculadas a los ingresos”. No obstante, no se impone el abono de salario o prestación durante el disfrute de estas medidas, por lo que en la práctica se mantiene la misma situación que con la Directiva 96/34, que nada regulaba sobre esta cuestión.
  - Se establece que los Estados deben tomar medidas para velar que los trabajadores que hayan disfrutado del permiso parental, al reincorporarse, puedan pedir cambios en sus horarios, o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Por tanto, se evidencia la necesidad de adaptar el tiempo de trabajo una vez que han surgido las responsabilidades familiares. No obstante, la medida tiene un corto alcance, pues se plantea sólo como un instrumento dirigido a aquellas situaciones en las que se haya disfrutado del permiso parental y cuando se produce la reincorporación. Por lo tanto, no alcanza a situaciones en las que existiendo responsabilidades familiares, no se ha disfrutado del permiso parental; o, por ejemplo, tampoco podría pedirse este derecho si se pasa directamente del permiso maternal al trabajo (Reche Tello, 2020, p. 72). De otro lado, no se especifica cuáles podrían ser estas medidas flexibilizadoras; además, se establece que los empresarios tendrán en cuenta las solicitudes de flexibilidad, pero las resolverán “teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Por tanto, no hay un reconocimiento de un derecho subjetivo, más allá del derecho a solicitar las adaptaciones.

En definitiva, hay una cierta mejora sobre la regulación anterior; pero, desde luego, no estamos ante avances sustanciales en materia de conciliación ni corresponsabilidad. De otro lado, se sigue sin regular cuestiones que tienen una especial relevancia desde el punto de vista de favorecer la conciliación, como ocurre con la posibilidad de retribuir a los trabajadores durante el disfrute del permiso parental (Ballester Pastor, 2010, p. 55; Lousada Arochena, 2019, p. 786).

## 4. La Directiva 2019/1158: la introducción de la corresponsabilidad como objetivo esencial

### 4.1. Caracteres generales

Bajo el título de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, la UE introduce una nueva regulación con el declarado objetivo de favorecer la conciliación como instrumento que debe contribuir a lograr la igualdad de género y facilitar la participación de las mujeres en el mercado laboral y el reparto igualitario de las responsabilidades familiares (vid. considerando nº 6); es decir, la corresponsabilidad (Ballester Pastor, 2019, p. 1111). La UE era consciente de que uno de los factores más importantes que generan la infrarrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo es la existencia de importantes dificultades para conciliar las obligaciones laborales y profesionales, debido a que la mujer es quien da respuesta a tales necesidades (vid. considerando nº 10). También se constata que las Directivas precedentes no han sido capaces de crear incentivos que induzcan a los hombres a asumir las mismas responsabilidades que las mujeres trabajadoras, generando un desequilibrio en el diseño de las políticas sociales de conciliación que en realidad incrementa y favorece el mantenimiento de los estereotipos sociales basados en la diferente función de uno y otro sexo frente a las necesidades de atención y cuidado de la familia. Todo ello impulsaba la reorientación de la política social para favorecer un efectivo reequilibrio entre hombres y mujeres trabajadores (vid. considerando nº 11). Se trata, en definitiva, de que la conciliación pierda ese aire de medida destinada a “favorecer” a la mujer, pues lejos de favorecerlas, les perjudica y penaliza su desarrollo profesional; por lo tanto, debe animarse al disfrute paterno de las medidas de conciliación, para así lograr un mejor equilibrio (Benito Benítez, 2021, Cabeza Pereiro, 2020, p. 47). Este es el objetivo manifestado por la Directiva; ahora bien, debemos preguntarnos qué medidas aporta y si con las mismas puede alcanzarse dicho objetivo.

Un análisis general de esta regulación evidencia los siguientes elementos característicos: en primer lugar, si bien la regla general sigue siendo la neutralidad de las medidas de conciliación, dicha neutralidad se rompe con la introducción del permiso de paternidad, dirigido a los “padres”; es decir, un permiso cuya titularidad se reserva a uno de los progenitores, tal como ocurre con la maternidad; pero en este caso a la inversa, pues el titular es el padre y no la madre. En realidad no estamos ante una medida inspirada en la necesidad de corregir una “injusta” discriminación por razón de sexo que perjudica a los hombres; al contrario, se trata de una medida dirigida a favorecer la igualdad de oportunidades de la mujer; pues lo que se persigue es el reparto equilibrado de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres. Por lo tanto, es una medida dirigida, aun cuando pueda parecer paradójico, a favorecer la posición de la mujer. Con ello se está planteando una verdadera medida de corresponsabilidad que supera a las tradicionales de conciliación feminizada.

De otro lado, la Directiva contempla nuevas realidades familiares, pues en la regulación del permiso de paternidad, el titular del derecho será el “padre”, pero también “un segundo progenitor equivalente”. Es evidente que la pretensión de la Directiva es la de incluir en el ámbito de protección no sólo los vínculos biológicos, sino también aquellas situaciones jurídicas equivalentes; es decir, admite que se otorgue el derecho al permiso de paternidad cuando los ordenamientos nacionales reconozcan la situación de progenitores del mismo sexo (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 10). Ciertamente la Directiva no delimita qué haya de entenderse por esta cuestión, señalando simplemente el derecho a tales progenitores equivalentes, en la medida en que esté reconocida por los ordenamientos nacionales. En todo caso, es positiva esta regulación, pues la conciliación y la responsabilidad deben atender a la diversidad familiar, no centrarse exclusivamente en la familia tradicional (Lousada Arochena, 2019, p. 795).

En tercer lugar, la Directiva fija un conjunto de derechos para acceder a diferentes tipos de permisos, lo que supone una ampliación de las medidas contempladas por la regulación anterior. Ello permite abarcar diferentes tipos de situaciones, sin que ellas se centren en el cuidado de un hijo recién nacido o de corta edad. De igual manera, se amplían los sujetos causantes de los diferentes derechos, de manera que, si bien los hijos siguen siendo en gran medida los protagonistas, ahora lo son los familiares (hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho –art. 3.1 e de la Directiva) e incluso abarca a no familiares pero convivientes en el mismo hogar que el trabajador.

Por último, la Directiva tiene múltiples aspectos en los que se remiten a los Estados, de manera que sean estos los que precisen aspectos relevantes del régimen jurídico de esta regulación. Ello permite que haya regulaciones nacionales que pueden limitar el disfrute de los derechos de conciliación.

En cuanto a las medidas concretas que se regulan, comenzaremos por analizar las que suponen una novedad en el ordenamiento comunitario:

#### *4.2. Permiso de paternidad*

Probablemente la novedad más relevante es que se introduce un nuevo permiso, el de paternidad; es decir, el derecho a ausentarse al que pueden acogerse los padres y, en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo (art. 3.1 de la Directiva). Ciertamente con anterioridad la Directiva 2006/54 contemplaba en su art. 16 que los Estados miembros podían reconocer un permiso de paternidad, pero lo cierto es que no lo regulaba, limitándose a señalar que si tales Estados lo regulaban, debían también tutelar a quienes lo disfrutaban frente al despido, así como reconocer el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente y beneficiarse de las mejoras en las condiciones de trabajo que hubiesen nacido durante la ausencia motivada por disfrutar el permiso.

Ya hemos hecho referencia a la relevancia de incorporar en la titularidad del derecho no sólo a los padres (hombres), sino también al segundo progenitor equivalente, lo que

hace referencia a parejas de mujeres homosexuales (no así al caso de parejas de hombres, pues el permiso por paternidad se justifica por el nacimiento del hijo y, por ahora, los hombres no pueden dar a luz). Esta titularidad paterna, paralela a la titularidad materna del permiso maternal de la Directiva 92/85, evidencia esa pretensión del legislador de reequilibrar las medidas de conciliación favoreciendo el disfrute de los padres trabajadores, introduciendo lo que algún autor considera una acción positiva “inversa” (Benito Benítez, 2021). De otro lado, se trata de un derecho que se justifica por la necesidad de prestar cuidados y atender al hijo recién nacido; por lo tanto, no se contemplan la adopción u otras situaciones similares como el acogimiento. Probablemente ello se debe a que este permiso se configura en paralelo al permiso de maternidad; ahora bien, ello no impide que debamos plantearnos lo inadecuado de esta exclusión y que ello genere una discriminación respecto de los hijos adoptados (Cabeza Pereiro, 2020, p. 54).

El régimen jurídico del permiso se contiene en el art. 4 de la Directiva y, tal como hemos señalado, es una norma que se dirige a favorecer que los padres puedan hacer frente a las responsabilidades generadas por el nacimiento de un hijo (se excluyen, por tanto, otras realidades como la adopción o el acogimiento, para lo que sólo quedaría la posibilidad del permiso parental). Se trata del derecho a ausentarse durante 10 días laborables, sin que pueda condicionarse este derecho a la realización de un período previo de trabajo o una antigüedad mínima. De otro lado, esta ausencia es retribuida (art. 8.1 y 2 de la Directiva), pues la misma genera derecho a percibir una remuneración o una prestación económica, que ha de garantizar unos ingresos equivalentes a los que percibiría en caso de interrupción por motivos de salud. El hecho de la retribución supone un elemento a favor de incentivar este permiso (y, por tanto, la corresponsabilidad); ahora bien, esta misma regulación establece la posibilidad de que los Estados puedan condicionar la retribución al cumplimiento de un período previo de trabajo que no podrá superar los seis meses, lo cual es totalmente criticable (Cabeza Pereiro, 2020, p. 57); ello supone la posibilidad de que se otorgue el permiso sin retribución por no cumplir con el posible requisito que puedan establecer los Estados (Ballester Pastor, 2019, p. 1119).

Cabe detectar en esta regulación un “cierto” paralelismo con el permiso por maternidad (Benito Benítez, 2021); sin embargo, una simple comparación con la regulación de la Directiva 92/85 evidencia que estamos ante un “derecho menor”: derecho de ausencia de 10 días laborables frente a 14 semanas (Reche Tello, 2020, p. 81). Desde mi punto de vista, tamaña desproporción no anima realmente a que se produzca una efectiva corresponsabilidad, de manera que el cuidado del hijo sigue siendo algo propio de la mujer. De otro lado, también desde una perspectiva crítica, ha de observarse cómo hay demasiados elementos no obligatorios en esta regulación, pues el art. 4 remite a los Estados cuestiones que son relevantes, como ocurre con la posibilidad de adaptar el permiso a las concretas necesidades del trabajador; así, serán los Estados quienes decidan si el permiso puede disfrutarse en parte antes o sólo tras el parto y, sobre todo, si permiten que el permiso pueda disfrutarse con arreglo a fórmulas flexibles. Sobre todo consideramos que esta última cuestión tiene una especial relevancia para el éxito de los mecanismos de conciliación.

### 4.3. Permiso para cuidadores

Una segunda medida novedosa que se introduce por esta Directiva es el permiso para cuidadores; es decir, el derecho a ausentarse del trabajo con el objetivo de otorgar cuidados o ayudas personales (es decir, que el trabajador deba prestar tales cuidados personalmente) a un familiar o a un conviviente en el mismo hogar del trabajador, cuando estos necesitan asistencia o cuidados importantes por motivo médico grave (art. 3.1 c de la Directiva). Se trata de un nuevo derecho que viene a intentar paliar situaciones en las que los trabajadores han de cuidar de familiares mayores (Cabeza Pereiro, 2020, p. 66): ciertamente no se establece así de manera expresa, pero si existen derechos como los permisos parentales o de paternidad, que están pensados para hacer frente a necesidades motivadas por hijos de corta edad, es evidente que este otro derecho tiene como objetivo a estos otros familiares. Esta posibilidad se desarrolla por el art. 6 de la Directiva que señala que dicho derecho tiene una duración de cinco días laborables al año por trabajador. Por otra parte, este mismo art. 6 señala que los Estados miembros podrán fijar detalles adicionales sobre el ámbito de aplicación (entendemos que se refiere al conjunto de familiares o sujetos que requieran de cuidados y que generen derecho a este permiso) y sus condiciones o requisitos.

La principal crítica a este precepto es que deja en manos de los Estados la configuración real de este derecho, pues son éstos quienes han de concretar cuestiones esenciales, como el ámbito de aplicación o conjunto de causantes de este permiso (grado de vinculación familiar o delimitación del conviviente), o la causa determinante del derecho (“motivo médico grave”), que haya de considerarse por prestar ayuda personal, o los requisitos o condiciones para la concesión del derecho. No obstante, en cuanto a los familiares y su delimitación, debe tenerse en cuenta lo previsto por el art. 3.1 e) sobre la definición de familiar: “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”. Podría considerarse que con ello se establece, al menos, una delimitación mínima del conjunto de sujetos, con la condición de familiar, que genera el derecho a estos permisos.

Hay, por tanto, una evidente indefinición de este permiso, dejando en manos de los Estados aspectos sustanciales que podrían conducir a regulaciones reductivas que limitasen su ejercicio. Probablemente el mejor ejemplo de esta indefinición lo encontramos en la duración del permiso mismo: cinco días laborables al año. Podría dudarse si esta duración es por cada familiar o conviviente al que atender, si tiene esta duración en función de cada ocasión en que sea necesario el ejercicio del derecho; ahora bien, dada su redacción literal (“cinco días laborables al año por trabajador”), parece evidente que estamos ante una duración máxima anual, con independencia de cuáles sean las necesidades del trabajador. Sin embargo, el apartado segundo del art. 6 de la Directiva señala que los Estados “podrán distribuir los permisos para cuidadores sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso”; es decir, deja en manos de los Estados la principal cuestión de la regulación de este derecho, siendo admisible tanto regulaciones nacionales de duración exigua (un “crédito” de cinco días anuales donde van

incluidos todos los posibles permisos, con independencia de las situaciones que puedan presentarse); hasta regulaciones mucho más amplias y flexibles (permisos de cinco días por cada familiar o caso en que haya que prestar los cuidados). Por último, también como cuestión criticable, no se prevé la retribución de estos permisos, si bien, siempre será posible introducir regulaciones nacionales más favorables para los trabajadores (art. 16.1 de la Directiva). En todo caso, es evidente que la ausencia de retribución no anima, ni a la conciliación, ni a la corresponsabilidad.

#### 4.4. Fórmulas de trabajo flexible

El art. 9 de la Directiva prevé la posibilidad de que trabajadores con hijos que tengan una cierta edad (como mínimo hasta los ocho años), así como los trabajadores que ejerzan como cuidadores<sup>15</sup>, puedan solicitar al empresario fórmulas de trabajo flexible para poder hacer frente a sus responsabilidades familiares. Por fórmulas de trabajo flexible entiende la Directiva, “la posibilidad de adaptar sus modelos de trabajo acogiendo a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo”.

Con ello se introduce un aspecto relevante: la constatación por el legislador comunitario de que la conciliación es fundamentalmente un problema de tiempo, o mejor, de adaptación del tiempo de trabajo. Se plantea que junto a las medidas más tradicionales en forma de permisos o derechos de ausencia, que supone el alejamiento de los trabajadores del empleo, se introduzcan mecanismos distintos por los que el trabajador pueda hacer frente a las necesidades de índole familiar sin cesar en su prestación de trabajo; manteniendo, por tanto, la conexión con la empresa y el empleo. En definitiva, una visión totalmente diferente de las medidas de conciliación. Ciertamente en las Directivas 2010/18 y 96/34 ya planteaban el disfrute del permiso parental a través de sistemas flexibles (tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo); pero se planteaba la flexibilidad en el disfrute de un permiso; es decir, no la flexibilidad en términos de adaptación del tiempo de trabajo, que es lo que hace ahora la Directiva 2019/1158. También la posibilidad de flexibilizar el tiempo de trabajo tras la reincorporación, para lo que previamente debía disfrutarse del permiso parental, no una medida general como la prevista por esta última Directiva.

Desde mi punto de vista la posibilidad de adaptar el tiempo de trabajo es una de las medidas que puede ayudar más a una efectiva conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares. En todo caso, estamos ante una primera incursión del legislador comunitario en este ámbito y, como tal, los resultados no son, ni mucho menos, espectaculares. Así, lo que plantea el art. 9 de la Directiva es que los trabajadores puedan solicitar fórmulas de trabajo flexible; es decir, no se reconoce un derecho a la adaptación del tiempo de trabajo, sino simplemente la posibilidad de solicitar dicha adaptación (Reche Tello, 2020,

---

<sup>15</sup> El art. 3.1 d) de la Directiva define a los cuidadores como el trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o persona con la que viva en el mismo hogar y que requiere de cuidados importantes por motivos médicos graves.

p. 85). Ciertamente el art. 9.2 establece que los empleadores estudiarán las solicitudes, debiendo atenderlas en un plazo razonable de tiempo, pero tendrán en cuenta sus propias necesidades, así como las de quienes soliciten el derecho; señalando expresamente que podrán denegar o aplazar las mismas, si bien deberán justificar (no se indica que hayan de hacerlo por escrito, pero parece razonable que así sea) tal negativa o el aplazamiento; es por ello que este derecho recibe una cierta protección (Cabeza Pereiro, 2020, p. 69). También se establece la posibilidad de que los Estados condicionen este derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, a la exigencia de períodos de trabajo previo o una antigüedad mínima (que no podrá ser superior a seis meses<sup>16</sup>).

En los casos de concesión de una de estas fórmulas de trabajo flexible, si ésta se sujeta a un determinado plazo de duración, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado; e incluso podrá el trabajador solicitar la vuelta a su situación original antes de que finalice el plazo acordado si cambian las circunstancias, si bien en este caso el empleador no tiene la obligación de conceder la vuelta a las condiciones originales, pues tal como señala el art. 9.3 de la Directiva, en estos casos tendrá en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. En definitiva, una fórmula que pretende reflejar un cierto equilibrio de intereses.

Desde la perspectiva de la flexibilidad, debemos tener en cuenta que diferentes permisos prevén también la posibilidad de su disfrute con arreglo a fórmulas flexibles, tal como ocurre con el permiso de paternidad (art. 4.1 de la Directiva) o el permiso parental (art. 5.6 de la Directiva). Con ello se pretende favorecer unas mayores posibilidades de conciliación e incluso de aceptación de su disfrute por parte de los padres (en este sentido lo afirma el considerando nº 23 de la Directiva), lo que favorecería la corresponsabilidad. No obstante, no debemos confundir las fórmulas de trabajo flexible, desvinculadas del disfrute de permisos y que tiene autonomía como mecanismo de conciliación (Ballester Pastor, 2019, p. 1127), con la posibilidad de que el disfrute de los permisos se haga de manera flexible; si bien, tal como advierte la doctrina, podemos estar ante un solapamiento de medidas (Ballester Pastor, 2019, p. 1123; Cabeza Pereiro, 2020, p. 69).

#### 4.5. Permiso parental

En cuanto a las medidas ya preexistentes, encontramos el permiso parental; es decir, el derecho a la ausencia del trabajo de los progenitores, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, al objeto de poder cuidar de este (art. 3.1 b de la Directiva). Se trata de un viejo conocido en la regulación sobre conciliación, habiendo sido regulado, tal como hemos visto por las Directivas 96/34 y 2010/18. Su régimen jurídico actual se contiene en el art. 5 de la Directiva que analizamos, la cual establece un permiso de cuatro meses en caso de nacimiento o adopción, para cuidar del hijo, manteniéndose que tales cuidados

---

<sup>16</sup> En este caso se señala que dicha antigüedad debe computar los sucesivos contratos de duración determinada con el mismo empleador.

pueden otorgarse, como máximo, hasta que el hijo cumpla ocho años (no obstante, dentro de ese máximo, la edad del hijo pueden fijarla los Estados miembros). Respecto de esta última encontramos las siguientes diferencias:

- a) Se amplía el período intransferible de este permiso a dos meses, incrementando así el nivel de corresponsabilidad, pues la intransferibilidad es una garantía para que el permiso no se acumule en la madre (Ballester Pastor, 2019, p. 1122); sin embargo, no se contempla que todo el período sea intransferible que es lo deseable desde la perspectiva de la efectiva corresponsabilidad. Desde mi punto de vista, la principal novedad en este punto reside en que durante los períodos intransferibles se prevé (art. 8.1 de la Directiva) el percibo de remuneración o prestación económica; es decir, se fomenta el disfrute de períodos intransferibles por la vía de la retribución de los mismos, pues el resto del permiso parental no será retribuido. No obstante, a diferencia de la retribución o prestación durante el permiso de paternidad (recordemos que en este caso se asegura una retribución similar a la del permiso de maternidad), no se establece la cuantía mínima de la remuneración o prestación, dejando a los Estados que regulen esta cuestión. Evidentemente, ello supone un importante déficit de esta regulación, pues es perfectamente posible que se adopten regulaciones que, por su escasa cuantía, no fomenten el disfrute de tales permisos (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 7). De otro lado, la regla de la intransferibilidad, que es un buen mecanismo para promover la corresponsabilidad, sin embargo no contempla la posibilidad de familias monoparentales, que se ven afectadas negativamente por una inflexible regla sobre esta cuestión (Cabeza Pereiro, 2020, p. 60).
- b) Respecto de la posibilidad de que el empresario aplaze la concesión del permiso parental, se especifica, no ya que ello sea por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización empresarial (tal como hacía la Directiva 2010/18), sino que se concreta como causa del aplazamiento que el período de disfrute solicitado “alteraría seriamente el buen funcionamiento de la empresa”. Se exige además, que la denegación del empresario se justifique por escrito. Se reduce de esta manera la posibilidad del empresario de aplazar el disfrute del permiso y se puede ejercer un mayor control de su decisión. En todo caso, sigue siendo criticable que la regulación comunitaria deje traslucir una preferencia por la posición empresarial, admitiendo la posibilidad del aplazamiento de un derecho para hacer frente a necesidades que, en la mayoría de los casos, son inaplazables (Reche Tello, 2020, p. 82).

De otro lado, si se solicita el disfrute del permiso a tiempo completo, el empresario, antes de proceder al aplazamiento, debe ofrecer la posibilidad de un disfrute en base a sistemas flexibles del permiso parental (art. 5.7 de la Directiva).

- c) Ciertamente con la Directiva 2010/18 ya se planteaba la posibilidad de sistemas flexibles; pero a tenor de lo dispuesto por el art. 5.6 y 7 de la Directiva 2019/1158, se evidencia un mayor interés por facilitar tales mecanismos de disfrute flexible de los permisos de paternidad, afirmándose incluso que de solicitarse por los trabajadores y denegarse por los empresarios tales medidas, éstos deberán justificar la denegación por escrito y en plazo razonable.

En definitiva, si bien la estructura del permiso parental no se ha modificado, hay una mayor protección del trabajador y un mayor interés por alcanzar soluciones flexibles, adaptando de esta manera los permisos a las necesidades de los trabajadores. No obstante, si bien se continúa avanzando en la senda de la corresponsabilidad, no podemos decir que a través de esta medida se haya dado un paso delante de especial relevancia, pues entendemos que, el incremento de la intransferibilidad del permiso y la previsión de una remuneración sin cuantía mínima de tales períodos, no son suficientes.

#### *4.6. Ausencias del trabajo por fuerza mayor*

En este caso no hay alteraciones sustanciales respecto de la regulación de la Directiva 2010/18. Simplemente al establecer las reglas sobre duración, el art. 7 señala, al igual que la Directiva 2010/18, que los Estados podrán limitar el derecho de cada trabajador a una duración “por año, por caso”; añadiendo ahora “o por año y por caso”. Una precisión que amplía las posibilidades de estas ausencias.

Debe tenerse en cuenta que puede darse cierta confusión entre el permiso para cuidadores, que tiene como objetivo cuidar de un familiar o conviviente en el mismo hogar por “motivo médico grave”, y la ausencia por fuerza mayor “en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata”. Parece que la diferencia reside en la intensidad del motivo médico (Ballester Pastor, 2019, p. 1126); pero también en el carácter inesperado o crónico de la situación médica (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 12). De otro lado, en el permiso para cuidadores se prevé la posibilidad de que el causante sea un conviviente, mientras que en la ausencia por fuerza mayor el causante sólo puede ser familiar.

#### *4.7. Reglas comunes*

En los arts. 10 a 14, la Directiva establece todo un conjunto de reglas comunes a los diferentes permisos, por las que se fortalece la posición de los trabajadores que disfrutan o pretenden disfrutar de alguno de los diferentes permisos o ausencias reguladas en la misma. Con ello la protección del trabajador es superior a la ofrecida por la Directiva 2010/18, pues las reglas son mucho más desarrolladas y contundentes.

- a) En primer lugar, se prevé el respeto a los derechos adquiridos o en proceso de adquisición por los trabajadores, así como el derecho de reincorporación a su

puesto de trabajo o un puesto de trabajo equivalente, teniendo derecho a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones como si no hubiesen disfrutado del permiso (art. 10). El derecho a la reincorporación no se predica de los casos de ausencia por motivos de fuerza mayor, lo cual se justifica por la escasa duración de estos permisos (adviértase que en estos casos sí se extiende la protección de los derechos adquiridos, lo cual no se producía con la Directiva 2010/18). Además, en este caso ya no se establece que los trabajadores, al reincorporarse, puedan solicitar cambios de horario o regímenes de trabajo. Ello no supone la supresión de derecho alguno, pues como ya hemos visto, el art. 9 de la Directiva regula la posibilidad de solicitar fórmulas flexibles de trabajo.

- b) Se reitera la prohibición de discriminación, cuestión esta que la Directiva 2010/18 mencionaba casi de manera testimonial. Sobre esta cuestión se dedica ahora el art. 11, que contiene la prohibición de discriminación o trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de cualquiera de los permisos o tiempos de ausencia regulados por la Directiva, incluyendo a los casos en que se disfrute o soliciten fórmulas de trabajo flexible.

Además de lo anterior, se prevé expresamente la protección contra el despido por disfrutar o solicitar el disfrute de los permisos de paternidad, parentales o de cuidados o el disfrute de fórmulas de trabajo flexible; de manera que se prohíben tales despidos. Téngase en cuenta que la protección por despido que establece esta Directiva es paralela a la protección existente en las Directivas sobre permiso parental y no a la regulada en la Directiva sobre protección de la maternidad: la cuestión es relevante, pues en esta última se establece una protección “durante” los períodos de disfrute, mientras que en la regulación de las Directivas del permiso parental y en la Directiva 2019/1158, la protección es frente al despido “por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos”; es decir, una tutela objetiva frente a una tutela causal (Cabeza Pereiro, 2020, p. 75.; en sentido crítico por la menor protección, vid. Rodríguez Escanciano, 2021, p. 10). Además, se prevé expresamente la alteración de la carga de la prueba cuando se alega el despido por estos motivos, correspondiendo al empresario que el despido se basa en motivos distintos (art. 12).

También se prevé que los Estados deben adoptar medidas de protección frente a represalias (cualquier trato desfavorable del empleador o consecuencias desfavorables) por la presentación de demandas para reclamar el cumplimiento de los derechos regulados por la Directiva (art. 14).

- c) Por último, se establece la necesidad de que los Estados establezcan sanciones por la infracción de las medidas adoptadas por la Directiva.

En definitiva, se aprecia con claridad una mayor protección de los derechos regulados por la Directiva, lo cual beneficia de manera directa las posibilidades de una conciliación efectiva.

## 5. La evolución de la cuestión en la jurisprudencia

A los efectos de este trabajo, parece conveniente señalar también cuáles han sido los que, a juicio de este autor, han sido los principales hitos jurisprudenciales en la evolución, pues en buena medida esta evolución también ha sido marcada por la propia jurisprudencia, que ha ido señalando necesidades que debían cubrirse por la regulación comunitario. En todo caso, estos hitos muestran un planteamiento muy claro de un conflicto que se ha venido produciendo a lo largo del tiempo: la evolución normativa ha mostrado cómo las Directivas comunitarias han estado pensadas desde la perspectiva de intentar favorecer el trabajo femenino, ya sea a través del reconocimiento de derechos de titularidad exclusiva vinculados a la maternidad, medidas de conciliación neutras con las que se pretendía favorecer la asunción de responsabilidades de una manera más equilibrada entre trabajadores y trabajadoras. Todo ello evidencia un trasfondo en forma de realidad social que viene imponiendo a la mujer un rol social de cuidadora que la penaliza profesionalmente y, como consecuencia, una injusta liberación del hombre de tales responsabilidades; o lo que es igual, una despreocupación del trabajador masculino por tales responsabilidades, lo que le ha beneficiado profesionalmente frente a las mujeres. Sin embargo, creo justo resaltar cómo en las sentencias que vamos a ver han sido trabajadores varones los que han intentado acceder, con mayor o menor éxito, a derechos típicamente vinculados a la conciliación, y tras la negativa en los ordenamientos nacionales, se ha promovido la respuesta jurisprudencial comunitaria.

Además, con ello vamos a constatar que la vía de reclamación ha sido la misma: la violación de los principios de igualdad y no discriminación. Podría pensarse que ello es una paradoja inesperada, pues una regulación que está pensada como instrumento para la defensa de la mujer trabajadora que ve limitadas sus posibilidades de alcanzar una verdadera igualdad de oportunidades en el ámbito profesional, finalmente es utilizada para el acceso masculino a derechos de conciliación. Pero lejos de pensar que ello pueda suponer una traición al objetivo final de obtener la igualdad de oportunidades, es justamente lo contrario, pues el objetivo final de toda esta evolución normativa es conseguir que las responsabilidades familiares dejen de ser una función femenina, que los derechos de conciliación dejen de estar feminizados; es decir, que haya una equilibrada distribución de las responsabilidades familiares, en definitiva, lograr la corresponsabilidad.

Vimos como el punto de partida de esta evolución normativa era la protección de la maternidad, con derechos de exclusiva de la mujer trabajadora. Con esta regulación se instala un planteamiento maximalista, por el que se protege la realidad biológica, la salud de la trabajadora y el establecimiento de una relación entre la madre y el hijo; todo ello a través de un permiso de maternidad bajo la titularidad exclusiva de la mujer. Este planteamiento, que considero, en parte, maximalista, fue refrendado por la jurisprudencia, siendo el principal hito jurisprudencial la STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83, asunto Hofmann. Como podemos constatar por su fecha, es previa a la Directiva que comentamos, por lo que en buena medida se evidencia cómo la doctrina fijada por la Sentencia fue asumida por la Directiva 92/85. En aquel caso el Sr. Hofmann reclamaba la aplicación de una

prestación económica, regulada para las madres que habían dado a luz, que comprendía desde el final del permiso de 8 semanas por parto y hasta que el neonato cumplió seis meses. Ciertamente la madre, tras las 8 semanas, se había reincorporado al trabajo y el Sr. Hofmann había disfrutado de una excedencia sin derecho a retribución, cuidando del hijo hasta los seis meses. La prestación le fue denegada y la sentencia del órgano judicial nacional también desestimó la demanda por entender que sólo las madres tienen derecho al período de descanso por maternidad y al cobro de la correspondiente prestación. El demandante reclamaba el derecho al cobro al entender que una vez agotadas las 8 semanas, el sentido del permiso por maternidad no reside ya en la protección de la salud de la madre, sino que el objeto de protección es otorgar los necesarios cuidados al hijo, lo cual, como es evidente, también puede ser llevado a cabo por el padre. Alegaba que el rechazo a su pretensión sería contrario al principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de condiciones de trabajo, a tenor del cual debe evitarse toda discriminación por razón de sexo (arts. 1, 2 y 5.1 de la ya derogada Directiva 76/207).

El demandante argumentaba que, mientras el período de las ocho semanas obligatorias estaban claramente conectadas con la salud materna, mientras que el resto del período no tenía como objetivo la protección de la madre por motivos biológicos y sanitarios, sino la protección del hijo; por lo que, consecuentemente, el padre también podía acceder a tal derecho; lo cual era apoyado por la Comisión<sup>17</sup>.

El TJCE afirmó que la justificación de proteger a la mujer en esta regulación tiene un doble aspecto: “Se trata de asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a éste, hasta el momento en que se normalizan sus funciones fisiológicas y psíquicas después del parto y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones” (parágrafo nº 25). En consecuencia, la Sentencia estimaba que era perfectamente posible reservar a la mujer en exclusiva un período posterior al descanso obligatorio, admitiendo que la protección de la relación madre-hijo justifica la titularidad materna de dicho derecho, sin que exista discriminación alguna sobre el padre (parágrafo nº 26).

La sentencia Hofmann evidenciaba que el TJCE no consideraba criticable una situación en que la mujer ha de tener atribuido por la sociedad el papel de hacer frente a las responsabilidades de orden familiar, del cual se excluía al hombre (el reparto tradicional de roles en la familia); interpretación que explica en buena medida la regulación de la Directiva 92/85 (junto con el origen preventivo y garantizador de la salud). Desde la perspectiva de la conciliación y, especialmente, la corresponsabilidad, este planteamiento deja

---

<sup>17</sup> Consideraba que los derechos maternales derivados del embarazo y maternidad son una excepción al principio de igualdad de trato, que deben interpretarse restrictivamente para no generar una violación de la igualdad y no discriminación y que se justifican por su vinculación con la necesidad de proteger la salud de la madre. Consecuentemente, si una regulación nacional protege a la madre más allá de esa justificación y considera que es necesario proteger el interés del hijo, esta finalidad debería alcanzarse por medios no discriminatorios, lo cual aplicado al supuesto de hecho, era perfectamente posible proteger al hijo descargando a la madre de las tareas domésticas, mediante la concesión al padre de un período de descanso.

bastante que desear. Ciertamente nada puede objetarse sobre la necesidad de proteger la salud de la madre trabajadora, pero es evidente que considerar que el establecimiento de la relación con el hijo es un derecho exclusivo de la madre, supone, no sólo despreciar al padre, sino, sobre todo, impedir la corresponsabilidad, lo cual, paradójicamente, supone dañar las posibilidades de alcanzar la efectiva igualdad de oportunidades a la que aspira la mujer trabajadora (Reche Tello, 2020, p. 69).

Cabe resaltar cómo este planteamiento ha sido reiterado por la jurisprudencia comunitaria. Así, podemos destacar los razonamientos de la STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-5/12, asunto Marc Bentiú Montull, en la que se reitera el problema del disfrute paterno del período de maternidad no obligatorio. En este caso se trataba de padre trabajador, pero madre autónoma, que optó por la protección del mutualismo sustitutorio (era procuradora), que no contemplaba prestación por maternidad durante un período de suspensión de actividad. Partiendo del reconocimiento de que el permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (parágrafo nº 50); sin embargo, admite que voluntariamente la madre, titular del derecho (póngase énfasis en esta cuestión) puede ceder el período de disfrute no obligatorio al padre trabajador, pues ese período es renunciable (parágrafos nº 56 y 57), de manera que la Directiva no se opone a que el padre trabajador disfrute del derecho cedido por la madre trabajadora y titular del derecho (parágrafo nº 58). Sin embargo, también considera que no se opone a la Directiva 92/85 que un padre no pueda acceder al período de disfrute no obligatorio, pues la madre es autónoma sin derecho a suspensión de actividad (si no tiene derecho, no lo puede ceder)<sup>18</sup>.

No obstante, también es cierto que los razonamientos de esta doctrina jurisprudencial encuentran su límite justo hasta donde alcanza la protección de la salud y la especial relación materno filial. Aclaro, por si existen dudas, que estoy totalmente de acuerdo con la primera parte de esta afirmación: la protección de la salud implica, necesariamente, el establecimiento de medidas cuya titularidad debe ser exclusivamente femenina. Sin embargo, no estoy de acuerdo con la segunda parte de la afirmación, pues el establecimiento de una relación con el hijo, es tan necesario para la madre como para el padre. En todo caso, ha de quedar claro que a partir de ahí, establecer un derecho de titularidad exclusivamente maternal vedado a los padres, sería una situación discriminatoria por razón de sexo (Lousada Arochena, 2014, p. 382). En este sentido es necesario recordar la STJCE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar (Gala Durán, 2021, p.p. 53 y 54): en este caso se cuestionaba al carácter discriminatorio, por razón de sexo, de la regulación

---

<sup>18</sup> Otra Sentencia más reciente que también reitera la doctrina Hofmann es la STJUE de 18 de noviembre de 2020, C-463/19, asunto Syndicat CFTF, sobre la reclamación de un padre que pretendía acceder al derecho de un permiso adicional de tres meses con sueldo, a disfrutar tras el agotamiento del permiso por maternidad, regulado en convenio colectivo, que lo reservaba para las trabajadoras que crían al hijo ellas mismas. Esta Sentencia, denegó el derecho al padre trabajador, considerando que la diferencia de trato es compatible con la Directiva 2006/54 ya que protege a la madre de las consecuencias del embarazo y la maternidad, lo cual alcanza, no sólo a la salud de la madre, sino también a "las particulares relaciones que mantiene con su hijo durante el período posterior al parto" (parágrafo nº 61).

francesa que reconocía cotizaciones ficticias aplicables a la pensión de jubilación a las funcionarias que hubieran sido madres o adoptado hijos. Reclamadas estas cotizaciones por un funcionario varón en el momento de su jubilación, le fueron denegadas dado que no era mujer. Planteada la cuestión ante el TJCE, el Gobierno francés señaló que tales cotizaciones eran una medida para compensar la desventaja de las madres funcionarias en su vida profesional. Sin embargo, el TJCE estimó de un lado que, a efectos del cuidado de los hijos no podía presumirse legalmente que estos eran cuidados por las madres y nunca por los padres, de manera que las situaciones de funcionarias y funcionarios a los efectos del cuidado de hijos podían ser comparables (vid. parágrafo nº 56); de manera que el reconocimiento exclusivo del derecho a la madre era discriminatorio (parágrafo nº 58). De otro lado, la medida en cuestión no tiene como objetivo compensar a la funcionaria que sufre, debido a las responsabilidades familiares, algún tipo de retraso o desventaja en su carrera profesional, sino que se limita a mejorar su pensión de jubilación “sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional” (vid. especialmente los párrafos nº 62 a 65).

Más modernamente podemos acudir a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto WA; es decir, la sentencia que resuelve la cuestión del art. 60 LGSS en su redacción inmediatamente anterior a la vigente y por la que se reconocía un complemento de la pensión cuando la mujer trabajadora ha tenido o adoptado dos o más hijos, pero no reconocía el mismo derecho a los hombres (tal como señaló la doctrina, se trataba de aplicar el principio de igualdad a la Seguridad Social, así, De la Flor Fernandez, 2016, p. 125). El objetivo de este precepto se presentaba como una medida dirigida a recompensar la aportación demográfica de la mujer; sin embargo, es obvio que la aportación masculina a la demografía es tan necesaria como la femenina. El Gobierno español alegaba que también era objetivo de esta regulación la reducción de la brecha de género en materia de pensiones, por la mayor dedicación femenina a los cuidados familiares, lo que reducía su carrera profesional y, consecuentemente, las futuras prestaciones. Partiendo de la doctrina afirmada por la STJCE Griesmar, la cualidad de progenitor es tanto propia de la mujer como del hombre y el hecho de que la mujer dedique más tiempo que el hombre al cuidado de las familias, no puede suponer que hombre y mujer no estén en una situación comparable a los efectos de su acceso a una medida como la que contenía el art. 60 LGSS (párrafos 51 y 52), conclusión que es ciertamente discutible, pues efectivamente es notorio que hay una mayor dedicación de la mujer a atender las responsabilidades familiares (en similar sentido crítico, Ramos Quintana, 2021). Se reitera que es legítimo establecer medidas de titularidad exclusiva de la mujer, pero vinculadas a la protección del hecho biológico del embarazo y maternidad, así como la necesaria protección de la relación materno-filial (parágrafo nº 56). A partir de ahí, las medidas dirigidas en exclusiva a la mujer pueden generar situaciones de discriminación. Concretamente, y al igual que ocurrió con el caso Griesmar, al analizarse el art. 60 LGSS el TJUE llega a la conclusión de que “no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período

do que sigue al parto” (parágrafo 57 de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto WA; vid también los párrafos 58 a 60 de esta sentencia). Por lo tanto, se consideró una norma discriminatoria, en tanto que el hombre trabajador no podía acceder a la misma, y esta no estaba conectada con la necesaria protección de la maternidad.

El siguiente hito en esta evolución es una conocida sentencia que afectó a nuestro ordenamiento nacional en materia de ausencia del trabajo por lactancia. Me refiero, como no, a la STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, asunto Roca Álvarez. Recordemos que esta sentencia responde a la cuestión prejudicial planteada como consecuencia de la regulación entonces existente sobre los derechos de lactancia (art. 37.4 ET), a tenor de la cual, mientras la mujer trabajadora tenía titularidad de ese derecho en todo caso, el hombre trabajador sólo podía acceder a dicho derecho si la madre también era trabajadora. Se acudió, como en los casos anteriores al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 1.1 Directiva 76/2007 –hoy art. 1. Directiva 2006/54-) planteándose la cuestión prejudicial. Ante la misma, tomando como punto de partida la doctrina de la sentencia Griesmar, se reconoce que hay una diferencia de trato por razón de sexo (vid. párrafo nº 25), debiendo analizarse si está justificada, pues los arts. 2.3 y 2.4 de la Directiva 76/2007 reconocían que la igualdad de trato no obsta a que se establezcan medidas de protección de la mujer en caso de embarazo y maternidad, ni a las medidas de protección de la mujer para promover la igualdad de oportunidades (vid. párrafo nº 26).

Respecto de la primera justificación, se recuerda la jurisprudencia afirmada por la Sentencia Hofmann, si bien se constata que la regulación española, bajo el término lactancia, se está refiriendo, no a la alimentación natural del recién nacido o amamantamiento, sino a otorgar los cuidados oportunos, por lo que esta medida nada tiene que ver con el hecho biológico de la lactancia natural, estando desvinculado el derecho a la suspensión de la misma. El hecho más patente de ello es que la propia regulación prevé expresamente la posibilidad de que la ausencia por lactancia pueda ser disfrutada por el padre (si la madre también trabaja). Por lo tanto, “no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después del embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y el hijo” (párrafo nº 31, pero pueden consultarse también los nº 27 a 31). En definitiva, que no existe justificación que sostenga el trato desigual del padre en estos casos.

Hasta aquí esta Sentencia Roca Álvarez forma parte de la anterior línea jurisprudencial, la que viene a delimitar hasta dónde puede llegar la doctrina afirmada por la Sentencia Hofmann. Sin embargo, en esta sentencia se añade otro razonamiento que hace que consideremos que se da un paso más hacia la corresponsabilidad. Recordemos que se ha afirmado que había dos posible justificaciones al trato desigual. Se ha desestimado que estemos ante una norma de protección de la maternidad como hecho biológico; pero también se aludía a que el principio de igualdad de trato no impedía el establecimiento de mecanismos dirigidos a promover una efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Para el Gobierno español, aquella regulación de la lactancia, por la que la mujer trabajadora era titular directa del derecho, mientras el hombre sólo obtenía una titularidad condicionada, se justificaba como instrumento para compensar las desventajas de la mujer para la conservación de su empleo tras el nacimiento del hijo, a diferencia del hom-

bre. Es decir, se aludía a la previsión del art. 2.4 de la Directiva 76/207 (en aquél momento en vigor, hoy sería el art. 3 de la Directiva 2006/54)), a tenor de la cual se autorizan normas nacionales cuyo objetivo sea la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y el mantenimiento del mismo (Vid. párrafos nº 32 y 33).

Pues bien, ante este razonamiento, la TJUE respondió que la titularidad materna del derecho a la lactancia, mientras que el padre sólo tenga un derecho condicionado, lejos de ser un instrumento para alcanzar la igualdad de oportunidades, “puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental” (párrafo nº 36)<sup>19</sup>. Por lo tanto, una discriminación, pero en función de las repercusiones negativas que tiene sobre las mujeres trabajadoras (Ballester Pastor, 2010, p. 42; De la Flor Fernández, 2016, p. 127). En definitiva, se constata por parte del TJUE la necesidad de que la regulación sobre los mecanismos de conciliación debe servir a romper con el reparto tradicional de funciones entre hombre y mujer, con la imposición social a la mujer del papel de cuidadora. Se evidencia así el siguiente paso en la evolución: el de la corresponsabilidad.

Debe advertirse que difícilmente este planteamiento jurisprudencial motive un cambio en la doctrina jurisprudencial establecida por la STJCE Hofmann. No obstante, no debemos dejar de señalar cómo se ha producido algún movimiento que afecta a la inamovilidad de la doctrina afirmada por esta última: la Directiva 2019/1158, establece, como hemos visto, un permiso de paternidad y bajo éste late cierta tendencia a asimilar dicho permiso a algunos efectos propios del permiso de maternidad, de manera que en sus considerandos iniciales (al plantear la necesidad de que dicho permiso sea retribuido), se afirma que “conceder el derecho al permiso de paternidad y al de maternidad tiene objetivos similares, es decir, crear un vínculo entre el progenitor y el niño” (considerando nº 30 de la Directiva 2019/1158). Ello nos remite a la cuestión del objetivo del permiso de maternidad, sobre el que ya hemos planteado que si bien la protección de la salud genera una situación protegible exclusiva de la mujer; por el contrario, regular un período para que pueda establecerse la relación entre madre e hijo, tiene una situación más cuestionable desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación. De otro lado, hay que reiterar cómo la atribución de la titularidad de derechos a la madre cuando se trata de cuestiones no vinculadas a su salud, puede ser una forma de prolongar el convencionalismo social por el que se otorga a la mujer el papel de cuidadora.

## 6. Propuestas de futuro

Una vez analizada esta regulación debemos plantearnos las propuestas que debemos hacer a la luz de la evolución normativa y jurisprudencial. Desde mi punto de vista es esencial impulsar la corresponsabilidad como objetivo o meta a alcanzar; es decir, tal

---

<sup>19</sup> Este planteamiento ya aparecía en la STJCE de 19 de marzo de 2002, C-476/99, asunto Lommers, sobre la negativa a admitir al hijo de un funcionario en una guardería, gestionada por la Administración, cuyas plazas se reservaban exclusivamente a los hijos de funcionarias.

como hemos señalado, debemos introducir en la conciliación la necesaria e imprescindible perspectiva de género; lo cual implica tanto reconocer que los derechos de conciliación no deben plantearse desde una perspectiva feminizada, como aceptar que la neutralidad en los derechos de conciliación no es suficiente para romper con la dinámica social que se impone a la mujer el papel de cuidadora. Para alcanzar este objetivo entendemos necesario seguir el siguiente iter:

- En primer lugar, considero necesario reevaluar la doctrina Hofmann, pues está demostrado que los excesos de protección sólo acaban dañando la posición de la mujer en el desarrollo de una carrera profesional. No quiero con esto transmitir la idea de que debe suprimirse la tutela de la salud de la mujer, pero sí que ha de medirse adecuadamente hasta dónde alcanza la justificación de medidas de protección exclusiva de la mujer trabajadora. Específicamente me estoy refiriendo a la protección de la “especial relación” entre la madre y el neonato. No parece admisible negar el mismo derecho al hombre cuando realmente no existe un motivo biológico que justifique este tipo de medidas.
- En segundo lugar, parece conveniente contemplar de manera conjunta la protección de maternidad y la protección de la conciliación de la vida familiar y laboral. Me refiero a una regulación conjunta de estos fenómenos, que permita un desarrollo más armónico entre los permisos de maternidad y paternidad. El desequilibrio entre uno y otro ha conducido a configurar el permiso de paternidad como un mero apéndice o complemento a la maternidad, cuando si lo que se persigue es la corresponsabilidad como objetivo, parece imprescindible una mayor asimilación de los derechos por paternidad al permiso por maternidad.
- En tercer lugar, es imprescindible reforzar la regulación en materia de conciliación; y ello fundamentalmente en dos direcciones. En primer lugar, procurando aportar medidas más enérgicas que favorecen la corresponsabilidad: la intransferibilidad de los permisos parentales es un buen ejemplo; pero también la posibilidad de condicionar la retribución en el permiso por paternidad puede jugar en contra de este objetivo; lo mismo podemos decir sobre la ausencia de regulación de salario en casos de permisos de cuidadores, o la falta de un mayor equilibrio del permiso de paternidad frente al de maternidad.

En segundo lugar, el ordenamiento comunitario debe ser mucho más fuerte frente a las posibilidades de los Estados, pues esta regulación deja todo un conjunto de elementos sustanciales a su configuración por parte de los Estados. No parece que esta sea la fórmula más adecuada, pues un conjunto tan nutrido de remisiones a los poderes normativos estatales puede generar regulaciones sobre conciliación de muy diverso grado.

- En cuarto lugar, y voy a detenerme en esta cuestión con un mayor detenimiento que en los apartados anteriores, creo imprescindible que la regulación sobre conciliación impulse medidas orientadas a facilitar una efectiva adaptabilidad

del tiempo de trabajo a las necesidades del trabajador. Ciertamente esta cuestión se contempla ya, como hemos visto, en la Directiva 2019/1158 (art. 9). Pero es una primera intervención, excesivamente tímida en esta materia, sin que se regule un derecho subjetivo de los trabajadores, sino una mera posibilidad para la que se requiere la conformidad empresarial.

La conciliación requiere necesariamente de tiempo, es el principal elemento de conflicto entre la vida laboral y familiar (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 2); es decir, que el trabajador pueda contar con tiempo suficiente para poder atender las responsabilidades familiares. De esta manera, las normas sobre conciliación se encargan de facilitar este tiempo. Ahora bien, hasta este momento la regulación comunitaria se ha basado fundamentalmente en derechos de ausencia; es decir, derechos que facilitan que el trabajador paralice la actividad productiva, sin que se extinga la relación laboral, para poder hacer frente a las necesidades familiares. Al margen de que ello pueda suponer un alivio para las necesidades del trabajador, lo cierto es que este planteamiento supone el alejamiento del trabajador de la actividad productiva, con las consecuencias negativas que ello supone, especialmente sobre la continuidad de carrera profesional, la obsolescencia de conocimientos o aptitudes profesionales, o para la carrera de seguro (Gorelli Hernández, 2018, p. 3). Si lo analizamos desde el punto de vista de las mujeres trabajadoras, los perjuicios son evidentes y más notorios, pues al atribuirse a ellas tradicionalmente el papel de cuidadoras, han sido ellas quienes más han soportado estas consecuencias negativas.

Es por ello que entendemos necesario una evolución de las medidas de conciliación, que supere el enfoque tradicional centrado en derechos de ausencia y fomente el trabajo flexible (Molero Marañón, 2019, p. 174); es decir, una mayor preponderancia los derechos de presencia: aquellos que permiten al trabajador disponer de tiempo para hacer frente a las necesidades familiares, pero sin tener que dejar de trabajar. Este tipo de medidas pueden ser de dos tipos a su vez: en primer lugar, la reducción de la jornada de trabajo o el acceso a un trabajo a tiempo parcial; en segundo lugar la adaptación de la jornada.

Entendemos que es mucho más conveniente la adaptación, pues los mecanismos de reducción lo que plantean es que el trabajador pueda hacer frente a sus necesidades familiares sacrificando tiempo de trabajo y salario; siendo esto último algo absolutamente necesario en la inmensa mayoría de los casos. Ello supone que habrá trabajadores que renuncien a reducir el tiempo de trabajo al serles necesario el salario. De otro lado, es evidente que en estos casos estamos ante una conciliación a costa del sacrificio económico del trabajador. Poco o nada aporta la empresa a un fin social común.

La adaptación del tiempo de trabajo, por el contrario facilita que el trabajador pueda tanto atender a su familia como al trabajo sin que sufra consecuencias negativas por ello. Es, pues, una perspectiva mucho más favorable a los intereses de la conciliación (Gorelli Hernández, 2018, p. 4). Es aquí donde creo que debería centrarse la intervención normativa, pues la actual regulación del art. 9 de la Directiva 2019/1158 es claramente insuficiente y sufre de un evidente déficit de obligatoriedad para los Estados en cuanto a las

medidas que sugiere. De otro lado, considero que la ausencia de efectos negativos sobre el trabajador es un elemento que puede impulsar la corresponsabilidad, la asunción por parte de los hombres trabajadores de su legítima cuota de responsabilidades familiares, pues no se altera en modo alguno su situación profesional. Por idénticas razones creo que facilita una mayor dosis de igualdad de oportunidades para las mujeres.

La necesidad de un ordenamiento que establezca derechos “fuertes” para los trabajadores es evidente, pues si bien la adaptabilidad del tiempo de trabajo supone un claro beneficio para los trabajadores; para los empresarios puede suponer un problema organizativo, por lo que a buen seguro la primera respuesta empresarial a una propuesta en este sentido sea rechazarla. Tanto es así, que no es extraño considerar que la flexibilidad empresarial y los derechos de conciliación no son compatibles entre sí.

Uno de los aspectos que se ha hecho valer en tiempos recientes en esta dirección de favorecer una flexibilidad del tiempo de trabajo a favor del trabajador ha sido la fuerte irrupción del teletrabajo. Ha sido moneda común entender que el teletrabajo facilita la conciliación de la vida familiar y laboral, pues evita la presencia en la empresa y permite una mayor dedicación a las necesidades familiares. Sin embargo, ya hemos destacado cómo el teletrabajo presenta un lado oscuro que debe ser evitado, pues es una de las vías más importantes de invasión del tiempo de descanso por el trabajo, facilitando la ruptura de las fronteras entre uno y otro tiempo (Gorelli Hernández, 2021, p. 119; Herranz Martín, 2019, p. 98). Pero, además, esta posible usurpación del trabajo de ámbitos de descanso es mucho más preocupante en el caso de teletrabajadoras, pues suele atenderse las responsabilidades familiares de manera prioritaria, desplazando el trabajo a momentos más propios del descanso como el horario nocturno (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 21). Es relevante, por tanto, no sólo promover el teletrabajo, sino también reforzar el derecho a la desconexión (Molero Marañón, 2008, p. 182) y, sobre todo, evitar que el teletrabajo se convierta en una especie de vuelta de la mujer al hogar que reactive el fenómeno de la “doble jornada” femenina. Desde este punto de vista se ha planteado por la doctrina la necesidad de introducir en el derecho a la desconexión la perspectiva de la conciliación, de manera que se incorpore como un elemento propio de este derecho (Ushakova, 2016, p. 16).

Este trabajo fue desarrollado en el marco del Proyecto “Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva”, subvencionado por la Consejería de Economía, conocimiento, empresas y Universidad de la Junta de Andalucía, P18-RT-4629.

## Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTOBAL RONCERO, Rosario: “Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y su desarrollo normativo”, *Tribuna Social* nº 134 (2002).

ALONSO BRAVO, Milagros: “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar

- la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 28 (2012).
- ARASTHEY SAHÚN, María Lourdes: “Relación laboral y avances en materia de corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres”, *Actualidad Laboral* nº 1 de 2008.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social* nº 51 (2010).
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su trasposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 11 de 2019.
- BENITO BENITEZ, María Angustias: “La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* nº 74 (2021).
- CABEZA PEREIRO, Jaime: “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social* nº 92 (2020).
- CASAS BAAMONDE, María Emilia: “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 10 de 2018.
- DE LA FLOR FERNANDEZ, María Luisa: “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social* nº 76, (2016).
- GALA DURAN, Carolina: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, *Temas Laborales* nº 158 (2021).
- GARCIA RUBIO, María Amparo: “Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 236 (2020).
- GORELLI HERNANDEZ, Juan: “Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53 (2019).
- GORELLI HERNANDEZ, Juan: “Límites a la conciliación: de las necesidades de flexibilidad a la insuficiencia de las reducciones de jornada”, *Trabajo y Derecho* nº 46 (2018).
- GORELLI HERNANDEZ, J.: “Teletrabajo, tiempo de trabajo y desconexión tras la Ley 10/2021”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 59 (2021).
- HERRAIZ MARTIN, María del Sol: “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 54 (2019).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derechos de las Relaciones Laborales* nº 8 de 2019.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- MARTINEZ BARROSO, María de los Reyes: “La Seguridad Social como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral. Últimas tendencias”, *Tribuna Social* nº 205 (2008).

- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del Siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* nº Extraordinario (2019).
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “Derechos de conciliación y tiempo de trabajo”, *Documentación Laboral* nº 82 (2008).
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: “El «fin» de la «re-conciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»? sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad”, *Trabajo y Derecho* nº 47 (2018).
- PERAN QUESADA, Salvador: “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española”, en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014.
- PERAN QUESADA, Salvador: “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53 (2019).
- POQUET CATALA, Raquel: “Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada”, *Actualidad Laboral* nº 21-22 de 2012.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: “Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad”, *Trabajo y Derecho* nº 77 (2021).
- RECHE TELLO, Nuria: “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social* nº 89 (2020).
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana: “Tiempo de trabajo y conciliación: premisas de un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* Monográfico nº 13 (2021).
- SERRANO GARCIA, María José: “Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales* Tomo II de 2012.
- TOSCANI GIMENEZ, Daniel: “El disfrute paterno del permiso de lactancia y su interpretación por el TJUE”, *Revista de Derecho Social* nº 56 (2011).
- USHAKOVA, Tatsiana: “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 192 (2016).

# La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española

## Protection against dismissal and other unfavorable consequences: transposition from EU Directive 2019/1158 to Spanish Legislation

Julia Dormido Abril \*

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla / Universidad Pablo de Olavide  
ORCID ID: 0000-0001-6740-6417*

Recibido: 21/03/2022

Aceptado: 31/03/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6942>

*Resumen.* La Directiva (UE) 2019/1158 establece la obligación de que los Estados miembros adopten las medidas que sean necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación de éste cuando los trabajadores quieran hacer efectivos los derechos reconocidos en los diferentes ordenamientos jurídicos con relación a la conciliación de la vida laboral y familiar. Se trata de establecer mecanismos de protección específicos contra las represalias que pueda emprender la empresa desde el momento en el que se solicitan o se disfrutan por parte de cualquiera de los progenitores los permisos relativos al ejercicio corresponsable de los derechos de la vida familiar y laboral.

Sin duda, el reparto equitativo de las cargas familiares es un instrumento que fomenta la igualdad real y efectiva entre ambos géneros, por lo que, resulta imprescindible que se establezcan en la legislación nacional cuáles son las consecuencias que tendrá que asumir la empresa que haya actuado de forma ilícita. Nos referimos, por tanto, a la imposición de unas sanciones que deberán tener una entidad suficiente como para ser efectivas y disuasorias, de manera que la parte empleadora no trate de despedir a las trabajadoras y los trabajadores que pretendan solicitar un permiso de conciliación para atender a un familiar que dependa de ellos o necesite de cuidados, por cualquiera de las circunstancias especialmente protegidas en la normativa europea.

*Palabras clave:* conciliación de la vida familiar y profesional, protección contra el despido, nulidad, improcedencia, trato menos favorable, indemnización.

*Abstract.* The EU Directive 2019/1158 requires the Member State to adopt the necessary measures to prohibit the dismissal of workers and any preparation for their dismissal when they want to exercise their rights to reconcile their working and family life as recognised in the different legal systems. It is about establishing specific safeguards against the legal re-

---

\*jdormido@us.es

tributions the company can take from the moment either parent asks for or has permissions related to the co-responsible exercise of the rights of family and work life.

Undoubtedly, the equitable distribution of family responsibilities is instrumental in promoting real and effective equality between both sexes, so it is essential that the national legislation establishes the consequences that a company will have if it has acted illegally. Therefore, the imposition of sanctions must have a sufficient magnitude to be effective and dissuasive, so that the employer is not tempted to dismiss workers by any of the circumstances specially protected by European legislation, who intend to request permission for leave to care for a family member who depends on them or needs care.

*Keywords:* work-life balance, protection against unfair dismissal, nullity, inadmissibility, less favourable treatment, compensation.

## 1. Introducción

El reparto igualitario de las cargas familiares entre los progenitores es uno de los mantras que viene repitiendo la Unión Europea y que se trasladan a sus disposiciones a través del fomento de la corresponsabilidad, lo que conllevará a que la igualdad entre mujeres y hombres sea real y efectiva, aunque, sin duda, ésta sigue siendo una tarea difícil.

Si bien, tal y como expresan los considerandos de la Directiva 2019/1158, para poder hacer efectiva la igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en consonancia con lo dispuesto en el art. 153.1, i del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el art. 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y que constituye un principio fundamental de la Unión Europea, se hace imprescindible adoptar medidas que incidan más en la consecución de aquella<sup>1</sup>. El reparto de las responsabilidades en el cuidado de los familiares tiene que hacerse de manera natural e igualitaria entre hombres y mujeres, aunque para ello aún falta que la sociedad termine de concienciarse de que no se trata de un trabajo exclusivo del género femenino. La conciliación de tales obligaciones con la vida profesional sigue siendo una tarea pendiente que repercute de forma negativa en las mujeres que, en muchas ocasiones, se ven obligadas a abandonar sus empleos o a resignarse a no seguir avanzando en su carrera profesional (Gómez-Millán, 2008). La Directiva 2019/1158, en su considerando núm. 11, pone el foco de atención en “los pocos incentivos” dirigidos a los hombres para que asuman las responsabilidades que recaen por excelencia exclusivamente en las mujeres. Para ello se ha avanzado en el desarrollo legislativo de permisos que dejan de considerar de forma independiente la maternidad y la paternidad, pasando a desarrollar un permiso parental que no diferencia entre sexos para determinar su duración, así como también se han introducido otra serie de cambios más, todos ellos muy significativos que procuran que sea también el trabajador el que opte por tales derechos.

No obstante, la casuística ha demostrado que no solo es imprescindible regular los derechos de conciliación partiendo del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sino que también es muy importante que se establezcan los mecanismos adecuados para

<sup>1</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), DOCE núm. 346, de 18 de diciembre de 2000.

evitar que las empresas emprendan conductas que puedan atentar contra el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida familiar y laboral. Por tanto, estas son las medidas que se analizarán en las próximas líneas, haciendo especial hincapié en la traslación de la prohibición de despedir contenida en la Directiva 2019/1158, la cual ha transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. Derechos reconocidos en materia de conciliación de la vida familiar y profesional

La Directiva (UE) 2019/1158 establece una obligación para que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para éste cuando las trabajadoras y los trabajadores de las empresas quieran hacer efectiva *la conciliación de la vida familiar y la vida profesional* a través del ejercicio de los derechos que tanto la norma europea como los diferentes ordenamientos de los Estados miembros establezcan<sup>2</sup>.

De esta forma, se garantizan en la Directiva el permiso de paternidad, el parental, el permiso para cuidadores y, en el artículo 9, las fórmulas de trabajo flexible. Estos derechos tienen su correspondencia, en parte, en el Estatuto de los Trabajadores, encontrándose en algunos casos mejorados en la legislación española y, en otros, aún no han llegado a ser incorporados de forma literal<sup>3</sup>. El primero de los derechos de conciliación protegido que establece la Directiva en su artículo 12 es el permiso de paternidad que, según la norma europea, deberá tener una duración de diez días laborables por el nacimiento del hijo, sin que se vea condicionado a ningún requisito establecido por el ordenamiento interno. Como es sabido, este permiso se corresponde con el nacimiento y cuidado del menor que, con motivo del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modificó el anterior art. 48.4 ET, eliminado el permiso de maternidad y el de paternidad para aglutinarlos en uno solo con igual duración para ambos progenitores<sup>4</sup>. Se trata de una medida que, aunque tuvo una implantación paulatina, de conformidad con la disposición transitoria decimotercera del ET, desde el 1 de enero de 2021 cuenta con la total equiparación del permiso de 16 semanas para la madre y para el otro progenitor con las correspondientes seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos. Por tanto, el contenido de la Directiva se ha visto superado con creces en nuestro ordenamiento interno, al igual que ocurre con el siguiente de los derechos de conciliación, el relativo al permiso parental que, de conformidad con el art. 5 de la Directiva, será de cuatro meses para cada trabajador (de manera individualizada) y que se disfrutará antes de que el hijo alcance una determinada edad, la cual como máximo será de ocho años y que será con-

<sup>2</sup> 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, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. DOUE núm. 188, de 12 de julio de 2019.

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, de 24/10/2015 (en adelante, ET).

<sup>4</sup> BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019 (en adelante RDL 6/2019).

cretada por cada Estado miembro o por los convenios colectivos (Maneiro, 2013). En este sentido, se resulta conveniente traer de nuevo a colación el art. 48.4 ET, relativo al permiso establecido para la madre biológica que, con relación al nacimiento, comprende el parto y el cuidado del menor de doce meses y que se disfrutará durante 16 semanas (cuatro meses), de las cuales las seis primeras serán ininterrumpidas y a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre. Para el progenitor el periodo es exactamente igual, salvo que su disfrute comienza una vez que se ha producido el parto<sup>5</sup>. Asimismo, cabría indicar que en el propio precepto se establece una ampliación de dicho permiso para aquellas situaciones en las que o bien, se produzca un parto múltiple, en cuyo caso la ampliación será de dos semanas más a partir del segundo hijo, o con motivo de la hospitalización por diversas circunstancias<sup>6</sup>. En este sentido, la Directiva no permite que en los dos meses de permiso iniciales éste se pueda transferir. No obstante, nuestro propio Estatuto ha venido a señalar que al tratarse de un derecho individual del que gozan los dos progenitores no cabe transferencia, en ningún momento<sup>7</sup>.

En segundo lugar, el permiso para cuidadores que establece el art. 6 de la Directiva y al que se remite el art. 12 de dicho texto legal, viene a configurar un derecho de cinco días laborables al año por trabajador, pudiendo estar supeditado a su justificación, entiendo que por parte de la persona trabajadora. Lo relevante de este permiso es que no tiene por qué estar conectado con el nacimiento, la guarda, adaptación o cuidado de un menor, sino que amplía los sujetos que necesitan de atención al indicar que se trata de "*persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso*", por lo que, la norma europea parece estar pensando en cualquier familiar con la consideración de dependiente al que la persona trabajadora tenga que atender. No indica la Directiva la consideración de este permiso, al igual que tampoco lo hacía con los anteriores, es decir, si debe estar retribuido o si debe ser el Estado el que sufrague esa pérdida de percepción salarial por la suspensión del contrato, dado que considera la norma que han de ser los Estados miembros los que configuren este permiso, serán estos los que concreten los subsidios pertinentes. Si acudimos a la legislación española, encontramos en el artículo 37.6 ET un permiso consistente en la reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella a quienes por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida. Se extiende tal derecho a quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo

<sup>5</sup> Cabría en este momento recordar que, con relación a la suspensión del contrato de trabajo, en el art. 48.5 ET se ha hecho una traslación del permiso de nacimiento y cuidado del menor a los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d ET.

<sup>6</sup> Esto mismo ocurre cuando, según lo establecido en el art. 48.6 ET, se da el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, en cuyo caso la suspensión del contrato del art. 48. 4 y 5 ET tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.

<sup>7</sup> En este sentido, les destaco el voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2018, de 17 de diciembre, BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019, en la que la magistrada reflexiona acerca de la finalidad del permiso de maternidad de 16 semanas (antes de la equiparación) que, a su juicio, no es solo la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral entre hombres y mujeres.

grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, así como también existe la posibilidad de que el progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente reduzca su jornada de trabajo, y su sueldo en proporción, 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 u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los veintitrés años. Por ende, considero que también existe esta correspondencia en nuestro ordenamiento jurídico laboral con la exigencia de la Directiva del citado art. 6.

Por último, en el citado art. 12 de la Directiva queda garantizado el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible para que los trabajadores puedan ocuparse de sus obligaciones de cuidado de hijos menores, de una determinada edad concretada por la legislación nacional que como mínimo deberá comprender los ocho años. En la norma europea esta fórmula podría estar limitada a un periodo razonable y en caso de negación por parte de la empresa se da la exigencia de justificación, teniendo en cuenta que se trata de un derecho que ha de atender a las necesidades de las dos partes de la relación laboral. Por ello, la propia Directiva ve con buenos ojos que pueda exigirse el requisito de la antigüedad la persona trabajadora en la empresa, aunque tal periodo no podrá ser superior a seis meses. Ahora bien, dicha fórmula de trabajo flexible está contemplada dentro de nuestro ET en el art. 34.8 no como un derecho reconocido, sino como una posibilidad, dado que la redacción actual del precepto establece que “las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, lo que comporta que queda a discrecionalidad de la empresa la decisión acerca de si efectivamente lo concede, realiza una contrapropuesta o si lo deniega, debiendo en el último caso motivar la respuesta. En este supuesto la legislación española se halla en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva, dado que el derecho a solicitar la adaptación alcanza hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. Este último permiso en materia de conciliación de la vida laboral y familiar se introdujo en nuestro Estatuto a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y se vio modificado por el anteriormente citado RDL 6/2019 que dejó de contemplarlo como un derecho/exigencia de adaptación de las condiciones de trabajo para pasar a regularlo como un derecho a solicitar las adaptaciones, lo que en la práctica comporta diferencias de enorme calado al no hablar de un derecho subjetivo<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007 (en adelante, LOIEMH). En concreto, la redacción de la disposición adicional décimo primera, tres, se establecía que “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...”

Estos derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar habían sido introducidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, para hacer efectiva la igualdad real de hombres y mujeres en el ámbito económico y social que promueve nuestra Constitución española en nuestro artículo 9.2, siendo un deber de los poderes públicos la promoción de las condiciones para que tal hecho se haga efectivo, así como la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud<sup>9</sup>. Asimismo, en el art. 39.1 CE se establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia que, junto con el art. 14 de nuestra Carta magna queda garantizado el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición, tal y como aseguraba la propia exposición de motivos de la citada norma<sup>10</sup>.

Por tanto, en cuanto a la obligación por parte de nuestro Estado de transponer a nuestro ordenamiento los permisos que en la Directiva gozan de una especial protección frente al despido, se puede concluir que sí, que efectivamente están incorporados al ET y que, incluso, la mayor parte de estos, supera las exigencias de la norma europea. No obstante, la cuestión será la de determinar si todos estos derechos gozan de la misma protección o no.

## **2. Instrumentos de reacción frente a la vulneración de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional**

La Directiva 2019/1158 ha pretendido seguir la línea establecida en la anterior norma de Derecho de la Unión Europea, la 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), donde se había establecido una protección especial a través de la cual se garantizaba a las trabajadoras que no serían objeto de ningún tipo de represalia o de actuación ilícita por parte de la empresa por ejercitar los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en la norma europea, tal y como era el permiso de maternidad y el permiso para exámenes prenatales<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> BOE núm. 266, de 06 de noviembre de 1999. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante, CE).

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011. El objeto de la controversia se centraba en el derecho a la adaptación de la jornada por cuidado de hijos que le permitiese conciliar la vida laboral y profesional, según lo establecido en el art. 36.3 y 34.8 ET. La empresa no accedió a la petición y el asunto llega ante nuestro Tribunal Constitucional debido a que el trabajador consideraba que se estaba vulnerando el derecho a la no discriminación del art. 14 CE, en este caso por razón de sexo, dado que si a él no se lo concedían tendría que solicitarlo su esposa con la consiguiente obstaculización a su desarrollo profesional. El máximo intérprete de la Constitución considera que no solo ha de interpretarse la norma de la manera más favorable al trabajador, sino que, además, ha de tenerse en cuenta que el mandato constitucional del art. 39.1 CE debe servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

<sup>11</sup> DOCE núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

Ahora bien, en relación con la materia que ahora nos ocupa y una vez que se ha definido la correspondencia de permisos que se han articulado en la Directiva 2019/1158 y con los que contamos en nuestra legislación laboral, cabría señalar cuáles de ellos quedan protegidos por esa tutela reforzada que el legislador europeo ha querido conceder y cuáles se quedan fuera. En tal sentido, el art. 12 de la Directiva, en concreto en su apartado primero, enumera los derechos en materia de conciliación para los que los Estados miembros adopten las medidas que sean necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido, de la persona trabajadora desde el momento en el que los solicite hasta el final de su disfrute. Tales derechos son: el permiso de paternidad, el permiso parental, el permiso para el cuidador y el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible.

Pese a que la Directiva habla de una prohibición expresa, el tenor del precepto no llega a sugerir qué fórmulas podrían ser suficientes para que quede incorporada en la legislación nacional la protección reforzada de tales derechos. Dicho en otras palabras, la norma de la Unión Europea no ha venido a establecer de forma concienzuda los instrumentos que han de ponerse en práctica en cada uno de los Estados miembros para evitar que se produzca un despido en los casos de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y la vida profesional, situación que redundaría en perjuicio sobre todo de las mujeres ante el temor de ver extinguido su contrato de trabajo. Por ende, atendiendo a su propia naturaleza jurídica, la Directiva ha considerado que deben ser los propios países los que evalúen y estudien qué fórmulas son las más efectivas, proporcionadas y disuasorias para evitar que las empresas traten de forma menos favorable a las trabajadoras y a aquellos trabajadores que quieran ejercitar las medidas de conciliación (Fernández, 2020).

En nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Ley 39/1999, se establece en el art. 55.5 (a partir del segundo párrafo) ET una regla de nulidad que es diferente a la establecida en dicho precepto, en su apartado primero. En el segundo de los supuestos, es decir, en el art. 55.5, párrafo primero, en el caso de que se produzca un despido que “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, éste se considerará nulo porque se encontrará relacionado con cualquiera de las causas de discriminación y, por tanto, recaerá sobre la parte empleadora la obligación de probar que la extinción del contrato de trabajo a instancias suyas se ha producido por otro motivo diferente al sugerido por la parte trabajadora, ya que he de recordar que en este tipo de supuestos el trabajador tan solo tiene que presentar una prueba indiciaria (Velasco, 2018)<sup>12</sup>.

Sin embargo, el legislador ha querido reforzar una serie de supuestos en los que, no teniendo que concurrir de forma directa la discriminación, se ha considerado que puede ser objeto de represalias por la parte empleadora y que, en atención al anteriormente cita-

<sup>12</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid), 31 de mayo de 2018, (ECLI: ES: TSJCL:2018:1539).

do art. 39 CE, merecen de una tutela reforzada por parte del ordenamiento<sup>13</sup>. Dicha tutela aparece a través de la nulidad objetiva automática (Elorza, 2009).

Se le otorga esta consideración a todos los despidos que se produzcan en trabajadoras en los que se de alguno de los siguientes supuestos: En primer lugar, a las trabajadoras que hayan suspendido su contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos, así como también a las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

A continuación, la norma no utiliza un género concreto y considera que deben quedar protegidas las personas trabajadoras (ambos progenitores) que hayan solicitado o estén disfrutando de los permisos contemplados en los artículos 37.4, 5 y 6 ET, además de la excedencia del art. 46.3 ET. Asimismo, cuando se trate de trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Por último, en la letra “c” del art. 55.5 ET se establece la tutela reforzada para las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Esta última situación conectaría directamente con lo establecido en la Directiva 2019/1158 cuando en su art. 11 hace referencia a la adopción de las medidas necesarias por parte de los Estados miembros con respecto al trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de cualquiera de los permisos que dicha norma enumera y define. Por ende, la Directiva condena todo tipo de actuaciones que infieran un trato menos favorable en los trabajadores, no solo por el disfrute de sus derechos, sino también por su solicitud. Se trata de una prohibición de despedir que se encuentra a su vez relacionada con la discriminación por razones familiares, tal y como acredita el propio título del precepto, cuyo contenido se centra en el trato menos favorable por haber solicitado a disfrutado los citados permisos<sup>14</sup>.

El legislador español ha querido diferenciar en nuestro ET dos situaciones que pueden conducir a la nulidad del despido: la primera, comprende una situación de discriminación prohibida en la Constitución o en la ley, o bien que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y, una segunda, relativa al

<sup>13</sup> En este sentido cabría señalar que la cuestión de la discriminación por vulneración del derecho fundamental del reparto de las cargas familiares no es pacífica, ya que en la jurisprudencia y en la doctrina vemos diferentes posturas con respecto a tal consideración, aunque no terminan de ser del todo nítidas. Con relación a la consideración del derecho fundamental, la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007). En dicha Sentencia no se trata la cuestión del despido porque lo que se pedía era una reducción de la jornada para atender al cuidado de los hijos, pero sí que reflexiona nuestro Tribunal acerca de la no discriminación por razón de sexo.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019, Praxair, C-486/18.

ejercicio de los derechos de conciliación. La diferencia entre un apartado y otro del art. 55.5 ET radica en la dificultad de calificar la represalia de la empresa ante la solicitud o disfrute de los derechos anteriormente citados como discriminatoria. Por ello, la norma establece para estos supuestos la nulidad automática objetiva, o lo que es lo mismo, una tutela reforzada para aquellos supuestos en los que se presume que la parte empresarial incurre en una actuación ilícita.

Asimismo, hay otro elemento de debate entre la Directiva 2019/1158 y nuestra legislación nacional, dado que no hay una correspondencia en cuanto al derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible entre ambos textos. Dicho en otras palabras, el derecho del art. 9 de la Directiva sí que queda bajo el paraguas de la prohibición de despedir y, por ende, de la tutela reforzada para la persona trabajadora<sup>15</sup>. Sin embargo, en España no se ha incorporado el art. 34.8 ET (que es el permiso equivalente) al art. 55.5 del mismo cuerpo legal, centrándose la norma nacional en los supuestos citados en los párrafos anteriores<sup>16</sup>. Con ocasión de tal circunstancia nuestros Tribunales han tenido que pronunciarse acerca del derecho a las fórmulas de trabajo flexible a través de las reclamaciones formuladas por los trabajadores que pretendían conciliar, llegando incluso el debate en sede judicial a considerar si efectivamente puede ser considerado el derecho de conciliación como fundamental al amparo de los artículos 9.2, 14 y 39 CE y si, por tanto, se incurre en algún tipo de discriminación con relación a la protección de la familia y la infancia<sup>17</sup>. De esta forma, pese a que el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible sí que está previsto en el art. 34.8 ET, no se puede afirmar que se encuentre reforzado con la regulación jurídica del despido nulo del art. 55.5 ET, al no formar parte del listado de supuestos especialmente tutelados. Así se ha puesto de manifiesto en los supuestos en los que los trabajadores han solicitado a la empresa la adaptación de su jornada laboral para dedicarse al cuidado del menor y la empresa, lejos de concederles tal permiso, los ha denegado incurriendo en un posible caso de discriminación por razón de las circunstancias familiares (Nieto, 2021).

---

<sup>15</sup> Con relación al trato menos favorable, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia, párrafo 79 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, Comenta, C-303/06.

<sup>16</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social de Palencia 4881/2019, de 23 de julio de 2019, núm. de Recurso 685/2019 (ECLI:ES:JSO:2019:4881). En esta resolución se pone de manifiesto como el trabajador solicitó a la empresa la adaptación de jornada para compatibilizar su vida familiar y laboral, queriendo desempeñar su turno de mañana, ante lo que la empresa respondió que no era posible por resultar incompatible con la organización de los turnos y del trabajo, aunque se le ofreció reducir la jornada. El argumento fue avalado por el Juzgado de lo Social, ya que no encontró en los datos alegados por el trabajador fundamento suficiente para instar a la empresa a aceptar la fórmula de trabajo flexible planteada por la parte asalariada.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011 (Antecedentes de hecho tercero). Esta Sentencia versa sobre un ayudante técnico educativo en una residencia de educación especial que quiere que se le adscriba al horario nocturno para poder conciliar la vida laboral con la familiar, al amparo de los artículos 36.3 y 34.8 ET. Alega el trabajador una discriminación indirecta por razón de sexo a su esposa que sería quien se vería obligada a reducir su jornada para atender al cuidado de los hijos. Nuestro Tribunal Constitucional consideró que el trabajador tenía un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias familiares, de conformidad con el art. 14 CE.

A mi juicio, ese reconocimiento del derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias familiares es la adaptación que la jurisprudencia ha realizado del "trato menos favorable" incorporado al art. 11 de la Directiva 2019/1158.

Por ende, se desprende una carencia en la norma laboral con relación a las represalias que pueda ejercitar la empresa ante la previsión de que sus empleados puedan solicitar sus derechos de conciliación<sup>18</sup>. Así ha podido apreciarse en un pronunciamiento reciente de nuestro Tribunal Supremo en el que se declaraba nulo el despido de una empleada del hogar, pese a que la parte empleadora no conocía de la situación de embarazo de aquella. No obstante, la Sala ha considerado que debía extenderse la tutela reforzada del art. 55.5, párr. segundo ET al despido por razón de embarazo cuando se trataba de una situación desconocida por las dos partes de la relación laboral<sup>19</sup>.

### 3. El despido, los actos preparatorios para el despido y el trato menos favorable en el marco de la Directiva (UE) 2019/1158

La Directiva 2019/115 ha identificado una serie de conductas empresariales que considera ilícitas porque considera que son constitutivas de un trato menos favorable hacia los trabajadores por el mero hecho de solicitar o disfrutar de una serie de permisos que están establecidos como derechos laborales relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar, lo que entronca directamente con el reparto de las cargas familiares anteriormente mencionadas, o lo que es lo mismo, la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones de trabajo. Por tanto, para contribuir con esta labor de redistribución del cuidado de familiares menores y dependientes entre ambos sexos se han sancionado en la norma de la Unión Europea a todas aquellas actuaciones que puedan repercutir negativamente en las trabajadoras y los trabajadores.

Así se pronuncia el art. 11 de la Directiva cuando se refiere a que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado” el permiso de paternidad, parental, para el cuidador, ausencia por causa de fuerza mayor o solicitud de las fórmulas de trabajo flexible<sup>20</sup>. En tal sentido, el trato desfavorable ha de ser considerado aquel que menoscabe

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2021, rec. núm. 754/2021. En el supuesto concreto, la empresa alegaba una disminución en su rendimiento, es decir, un motivo que (en principio) no se hallaba en conexión con ninguna de las situaciones expuestas en el art. 55.5 ET, asumiendo la empresa, además, que se trataba de un despido improcedente, por lo que ponía a disposición del trabajador la indemnización pertinente. En este caso se considera que se ha producido una discriminación por asociación (o refleja), ya que el despido se había practicado por la empresa a los pocos días de conocer que uno de sus trabajadores iba a ser padre a través de WhatsApp.

Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2020, de 29 de junio, (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020). Con relación al permiso de dos días de licencia solicitado por una enfermera por hospitalización de su hermana por razón de parto, el cual le fue denegado por entender que el parto no está incluido en las previsiones del art. 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, por lo que tendría que acreditar la existencia de causa para la hospitalización o la concurrencia de enfermedad grave, lo que venía a suponer una discriminación refleja, dado que no concurría en la solicitante ninguna de las causas relacionadas con el art. 55.5, apartado primero.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero 2022, n.º rec. 2099/2019.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2021, de 13 de septiembre de 2021, BOE de 20 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:153). En la resolución se pone de manifiesto las represalias tomadas por la trabajadora (trato menos favorable) tras haberse reincorporado de los correspondientes permisos primero y de la excedencia maternal después y tras haber solicitado la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años, momento en el que fue apartada de la plaza que ocupaba en el servicio de la UCI pediátrica, siendo designada a diversos puestos a diferencia de otras trabajadoras. Asimismo, alega la trabajadora que las condiciones económicas eran peores en com-

las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras por el mero hecho de conciliar la vida personal con la profesional.

Estas conductas empresariales ilícitas repercuten, por ejemplo, en la imposibilidad del trabajador de continuar con su carrera profesional, debido a la modificación en sus condiciones de trabajo a instancias de la empresa, tal y como puede ser el desempeño de funciones diferentes a la que se venían realizando con carácter previo a la solicitud y disfrute de los permisos de conciliación<sup>21</sup>. No tiene porqué tratarse de una movilidad funcional, si no simplemente se trata de los poderes de dirección que tiene la empresa. Asimismo, un trato menos favorable sería todo aquel que impida u obstaculice la conciliación sin que se den motivos razonablemente justificados para ello<sup>22</sup>.

Por otra parte, además del trato menos favorable, la Directiva de forma expresa en su art. 12 prohíbe el despido y cualquier acto preparatorio del mismo de un trabajador por haber solicitado o disfrutado de los permisos anteriores. Ha de considerarse como acto preparatorio del despido, por ejemplo, la realización de una serie de entrevistas para cubrir el puesto de trabajo al que la persona trabajadora que se halla disfrutando de sus permisos tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo<sup>23</sup>. Sin embargo, como ya se dijo anteriormente, el concepto de prohibición se manifiesta en la norma europea en un sentido muy amplio, dado que no se define ni se hace mayor hincapié en el mismo, pudiendo ser reconducida esta cuestión en los diferentes ordenamientos a través de una improcedencia, sin que se haga necesario que el despido tenga una calificación específica.

#### **4. El despido por vulneración de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en el Estatuto de los Trabajadores**

En el caso español, la vulneración de los derechos de conciliación lleva tiempo abordándose de la misma forma, toda vez que la Ley 39/1999 incorporó al ET la consideración del despido como nulo ante un (en aquel momento) corto listado de situaciones. En todo caso, se trataba de condenar la conducta empresarial ilícita con la reincorporación obligatoria de la persona trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir, de conformidad con el art. 55.6 ET.

Nuestro máximo intérprete de la Constitución ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta tutela reforzada que se ha establecido para aquellos derechos de conciliación por

---

paración con la del resto de la plantilla, dado que no se le permitía realizar horas extraordinarias que tenían una mejor compensación en horas de descanso, pero sí podía realizar horas nocturnas extraordinarias de diez horas.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2007, de 5 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:233).

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 18 de septiembre de 2019, (ECLI:EU:C:2019:757). En la sentencia se pone de manifiesto la supeditación de la concesión del permiso parental a la reducción de la jornada laboral, con una disminución proporcional del salario. El trabajador contaba con un trabajo a turnos con un horario variable y pedía un horario fijo a fin de ocuparse de sus hijos menores de edad. Se trata de una discriminación indirecta, aunque la normativa de aplicación en este caso era la Directiva 2006/54/CE, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06.

los que se presume una actitud atentatoria al principio rector de protección de la familia del art. 39.1 CE que por estar en el capítulo tercero del Título I de nuestra Carta Magna parece tener una menor relevancia que otros derechos subjetivos, pero nada más lejos de la realidad. Así lo ha razonado, aunque con ciertas dudas el Tribunal Constitucional, cuando en algunas de sus sentencias más destacadas ha aunado el citado precepto con los artículos 14 y 9.2 de nuestra norma suprema.

Toda esta argumentación nos ha conducido a descartar completamente la posibilidad de que el despido pueda ser calificado como improcedente, ya que el ET señala que la extinción a instancias de la empresa podría ser calificada como procedente en el caso de que los motivos alegados no se encuentren relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Esa salvedad incorporada al art. 55.5 ET *in fine* se halla en total consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2019/1158, la cual exige una justificación diferente y no relacionada con los derechos de conciliación, por lo que, considero que la obligación de transponer a nuestro ordenamiento jurídico de los artículos 11 y 12 de la Directiva 2019/1158 quedaría garantizada con la improcedencia.

Sin embargo, nuestra legislación nacional ha dado un paso más y, automáticamente, si no hay una causa ajena a las situaciones expuestas en el art. 55.5 ET, ha consagrado que la extinción del contrato de trabajo a instancia de la empresa conllevará la nulidad del despido, por lo que, no sería posible replantear que el despido pueda ser calificado como improcedente. A mayor abundamiento, no cabe la consideración de la improcedencia ni, aunque la parte empleadora no sea conocedora del embarazo de la trabajadora, tal y como ha determinado la del Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero 2022<sup>24</sup>.

Así pues, el legislador ha querido dar un plus en cuanto a la tutela extendida a este tipo de supuestos o situaciones que, por su interrelación con la igualdad entre hombres y mujeres, necesitan quedar reforzados por la norma. Abundando más en la cuestión, además del art. 14 CE, debemos recordar el art. 9.2 CE relativo a la consecución de la igualdad real y efectiva en todos los ámbitos, tal y como es el laboral, tratan de proteger a los trabajadores de un trato menos favorable por el disfrute de determinados permisos, tal y como es el del nacimiento y cuidado del menor y la corresponsabilidad en el cuidado del menor lactante, de forma que su ejercicio por cualquiera de los dos progenitores no tenga un impacto negativo en las condiciones de trabajo.

Por tanto, la actuación del legislador queda recogida dentro de la idea de plasmar una tutela más enérgica a través de la nulidad automática objetiva que la que de por sí otorga la nulidad por discriminación y la que, por supuesto, conlleva a la improcedencia. De esta forma, aunque hubiese podido ser suficiente la calificación de improcedencia para dar cumplimiento al mandato de la Directiva en lo que hace a la prohibición de despedir, el legislador dio un paso en firme a través de la Ley 39/1999 y el RDL 6/2019, respectivamente, superado los niveles de protección previstos en la Directiva con creces.

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 28 de noviembre 2017 (rec. 3657/2015) que aborda una causa injustificada del despido y que, en un primer momento el despido fue calificado por el Juzgado de lo Social como improcedente, lo cual se confirmó por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

## 5. Elementos de conexión y desconexión en materia de protección entre la Directiva (UE) 2019/1158 y el Estatuto de los Trabajadores

En lo que hace a la transposición de la Directiva, la cual está prevista como fecha límite para el 2 de agosto de 2022, de conformidad con su art. 20, habría que recordar que nuestro ET tiene incorporado en su texto una buena parte de las exigencias establecidas por el legislador europeo, aunque, a mi juicio, existen algunos aspectos que no se encuentran en total consonancia en la norma nacional, por lo que quizá sería conveniente que en los próximos meses se valorase el hecho de incorporarlos a la legislación española. Tal circunstancia nos lleva a exponer, aunque sea de forma breve, cuáles son los elementos que se encuentran por el momento en concordancia con la Directiva y cuáles necesitan de una reformulación.

En primer lugar, con respecto a los elementos de conexión, considero que el ET regula de forma similar a la norma comunitaria los derechos de conciliación de los artículos 4, 5 y 6 de la Directiva a través del ET, así como en nuestra Ley General de la Seguridad Social se encuentra incorporada la remuneración o prestación económica a la que se refiere el art. 8 de la Directiva 2019/1158<sup>25</sup>. Por tanto, se garantiza a las personas trabajadoras el disfrute de tales derechos y se configura una protección reforzada para los supuestos en los que haya una vulneración de los mismos por parte de la empresa, la cual se materializa a través de la prohibición de despedir.

De otra parte, y por lo que respecta a los elementos de desconexión entre norma europea y nuestro ET, estos se concretan en los siguientes aspectos. En un primer lugar, lo relativo a las fórmulas de trabajo flexible contempladas en el artículo 9 de la Directiva y su correspondencia con el art. 34.8 ET. Como ya se viniera indicando desde el principio del presente trabajo, para el legislador europeo se trata de un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar que también ha de gozar de una especial tutela en la legislación nacional, a través de los mecanismos que se adopten con posterioridad por los diferentes países. No obstante, en nuestro ordenamiento no hay una conexión entre el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible y la nulidad automática objetiva del art. 55.5 ET, pudiendo dar origen tal circunstancia a represalias por parte de la empresa que no encuentra en la legislación ningún óbice al hecho de despedir a un trabajador que pida adaptar su jornada de trabajo o, incluso, teletrabajar una serie de horas o días para poder dedicarse al cuidado de sus familiares (Benito, 2021). Sin duda, deberá producirse una incorporación al citado precepto o de lo contrario las personas trabajadoras que soliciten una adaptación de la jornada o que pretendan acogerse a la modalidad de teletrabajo para poder conciliar su vida familiar con la laboral podrán experimentar un trato menos favorable con respecto a aquellos compañeros y compañeras que no tengan ningún tipo de responsabilidad o personas de aquellos dependientes.

---

<sup>25</sup> Nos referimos, en concreto, a las prestaciones en su modalidad contributiva de la Seguridad Social, tales como: nacimiento y cuidado del menor, corresponsabilidad en el cuidado del lactante y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, reguladas a partir del art. 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE» núm. 261, de 31/10/2015). Las no citadas tienen su correlación con los permisos retribuidos del art. 37 ET.

Asimismo, la Directiva exige a los Estados miembros, no solo que adopten las medidas necesarias para proteger a los trabajadores frente al despido, sino también frente a cualquier acto preparatorio del mismo. Este aspecto podría abordarse desde una doble perspectiva, ya que son dos las cuestiones que considero que entroncan con esa definición de “los actos preparatorios”. La primera de ellas es la relativa al momento en el que comienza la protección frente al despido, o lo que es lo mismo, cuándo se habla de un acto preparatorio. Nuestra legislación entiende en el art. 55.5 ET que éste comienza en el momento en el que, o bien, se disfruta de los permisos de suspensión del contrato del artículo 45.1.d) y e) ET, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos, o bien, desde el momento del embarazo hasta el periodo anterior, así como desde la solicitud de los permisos de los arts. 37.4, 5 y 6 y el art. 46.3 ET y, por último, desde la reincorporación de la persona trabajadora del disfrute de los permisos del 45.1.d ET<sup>26</sup>. Si bien, de conformidad con esta regulación, quedarían fuera del paraguas de la nulidad los supuestos en los que se produzca el despido sin que tan siquiera se halla llegado a solicitar aquellos, tal y como en la práctica ha venido ocurriendo. Esta laguna jurídica puede derivar en conductas empresariales ilícitas que, a lo sumo, podrán calificarse como improcedentes por parte del Juez o del Tribunal si es que no consigue la empresa justificar con suficiencia que no tiene una interrelación con la conciliación y, por ende, no estará ni tan siquiera obligador a elegir entre la readmisión o la indemnización correspondiente.

La segunda de las cuestiones, relacionada con los actos preparatorios tal y como los expresa la Directiva, merece una aclaración. A mi juicio, la incorporación realizada por el legislador europeo parece pensar en las contrataciones causales de interinidad o sustitución de la persona trabajadora con derecho a la reserva del puesto de trabajo, situaciones en las que, si tras la incorporación del titular se produce la extinción de su contrato de trabajo, debería quedar contemplada con la especial protección indicada en el art. 12 de la norma europea. Este hecho se contextualiza en nuestro Estatuto en el art. 15.3, párrafo primero, en virtud del cual se podrán celebrar contratos de duración determinada, siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, entendiéndose que el contrato de trabajo de la persona sustituta llega a su fin con la incorporación de la que tenga el derecho de reserva<sup>27</sup>. En todo caso, el supuesto que prevé la Directiva no encuentra su reflejo en el art. 55.5 ET, porque ha entendido el legislador que si se despide a la persona que tiene en suspensión su contrato de trabajo ya quedaría protegido por la nulidad. No obstante, la casuística puede ser muy amplia, y más teniendo en cuenta los puntos de desconexión entre las dos disposiciones en comparación, por lo que, creo que sería interesante que quedase especialmente recogida esta circunstancia en la legislación laboral española.

<sup>26</sup> Tal y como señala el ET el periodo de protección automática por medio del despido nulo es de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento, según el art. 55.5, c.

<sup>27</sup> Redacción vigente de conformidad con Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

Por último, otro de los puntos que merece ser comparado entre las mencionadas normas es el del despido colectivo relacionado con la motivación exigida por el art. 12.2 de la Directiva en los supuestos de despido conectados con los permisos de paternidad, el parental, el del cuidador, así como por haber solicitado las fórmulas de trabajo flexible, teniendo en cuenta que el precepto establece que son los trabajadores los que podrán pedir al empleador que fundamente debidamente las causas del despido, debiendo proporcionar la empresa los motivos por escrito. En tal sentido, la norma europea realiza una referencia general a la motivación en términos generales en dicho apartado, pese a que en los considerandos parecía ser más atrevida e innovadora con respecto a su predecesora del año 2010, tal y como parecía desprenderse del considerando número 41, de lo que finalmente lo ha sido en el propio articulado<sup>28</sup>. No obstante, pese a que no se ha incorporado de forma expresa en la prohibición de despedir del art. 12 de la Directiva los despidos colectivos que afecten a las trabajadoras y trabajadores que ejerciten un derecho de conciliación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado esta exigencia de justificar la selección de la trabajadora que estuviese embarazada o se encontrase disfrutando de cualquiera de los derechos relacionados con la conciliación en alguna que otra sentencia destacada<sup>29</sup>.

Por nuestra parte, en la legislación española, el despido es causal, o lo que es lo mismo, siempre ha de estar justificado (Ballester, 2019). Sin embargo, cuando se trata del despido colectivo contemplado en el art. 51 ET la cuestión varía sustancialmente, dado que, en este sentido, tendríamos que remitirnos a lo dispuesto en el art. 53.1,a ET que tan solo requiere de la notificación por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, entendiéndose por tales las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a las que se refiere el art. 51.1 ET (Ballester, 2019)<sup>30</sup>. En el caso de que la motivación no estuviera expresada en la carta de despido se podría poner de relieve la vulneración del derecho a la tutela judicial, dado que se desconocería la causa por la que se opta por amortizar los puestos de trabajo en los casos de despido colectivo. A mayor abundamiento, cuando este último precepto hace referencia a los documentos sobre los que negociará durante el periodo de consultas, la referencia a las circunstancias personales de la plantilla de trabajadores se encuentra únicamente en la letra “e” del art. 51.2 ET, relativa a “los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”, pero, se debe recordar, que esta información no se traslada a la persona trabajadora despedida, tal y como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2016 que constituye un buen ejemplo de lo expuesto en tanto que, no se exige la motivación individual en la carta de despido al ser considerado tal hecho como un exceso con respecto a lo que exige la propia norma (Morales, 2016).

<sup>28</sup> 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 (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE núm. 68, de 18 de marzo de 2010.

<sup>29</sup> STJUE de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06.

STJUE de 22 de febrero de 2018, Porras Guisado, C- 103/16.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2016, nº rec. 138/2015 (ECLI:ES:TS:2016:3596).

## 6. Las consecuencias jurídicas de la prohibición de despedir en la Directiva (UE) 2019/1158 y en el Estatuto de los Trabajadores

En primer lugar, debo señalar que en la Directiva no vienen establecidas las consecuencias de la prohibición, dado que han de ser los Estados miembros los que se encarguen de su determinación a través de la incorporación de aquellas en sus respectivas disposiciones. Partiendo de dicha premisa, he podido analizar que en España se califica como nulo al despido que practique la empresa cuando los trabajadores se encuentren en alguna de las situaciones establecidas en el art. 55.5 ET.

No obstante, en la Directiva sí que aparecen definidos de forma meridiana algunos aspectos importantes relacionados con la prohibición de despedir, tal y como son: los requisitos del procedimiento establecido y los efectos de tal actuación empresarial ilícita.

Con relación al primero de los aspectos, el relativo al procedimiento, la norma europea ha exigido que se produzca una motivación por parte de la empresa donde quede suficientemente acreditado que el despido no se ha producido con ocasión de la solicitud y el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar reconocidos en la Directiva 2019/1158 y, además, se le impone a la parte empresarial que lo justifique por escrito, de conformidad con el art. 12.2 de la norma europea. En este sentido, es la parte trabajadora la que podrá requerir a la empresa dicha justificación, aunque son los Estados miembros los que tendrán que adoptar las medidas necesarias para que en la norma se establezca un régimen probatorio que sea más favorable al trabajador y que haga que la carga de la prueba recaiga sobre el empleador.

Si se analiza cómo se encuentra la cuestión en nuestro ordenamiento, una de las características que tiene precisamente la calificación de la nulidad automática objetiva del despido es que, a la parte asalariada, se le dispensa de tan siquiera tener que acreditar ningún tipo de indicio de que se le está despidiendo de la empresa por ejercitar cualquiera de sus derechos de conciliación, como sí que ocurre en los supuestos de nulidad del apartado 5 del art. 55, pero del primer párrafo. A través de esta medida, se corrige la dificultad que pueda conllevar tener que aportar cualquier tipo de prueba que acredite que la empresa está actuando de mala fe, tal y como ocurre, de conformidad con el art. 96 LRJS, en aquellos casos en los que proceso judicial se encuentra motivado en la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, en cuyo caso, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, lo que comporta a todos los efectos que la parte actora invoque alguna prueba que permita la apertura del procedimiento judicial (por mínima que sea)<sup>31</sup>. A mayor abundamiento, la nulidad objetiva no se extiende solo en los supuestos en los que la persona que ha sufrido el perjuicio es una mujer, lo cual podría interpretarse como una discriminación por razón de sexo, sino que el ámbito sub-

<sup>31</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

jetivo no entiende de género e incluye también a los trabajadores corresponsables, de ahí la objetividad y la presunción mantenida por el Tribunal Constitucional de un trato menos favorable con relación a las cargas familiares de los trabajadores<sup>32</sup>.

De otro lado, en el art. 13 de la Directiva se insta a los Estados miembros a que establezcan un régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones adoptadas en aplicación de la norma europea citada o de las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional. Sobre este aspecto el legislador es claro en cuanto que, exige que aquellas sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Cabría pensar si el hecho de declarar el despido nulo y tener que reincorporar de manera inmediata a la persona trabajadora y pagarle los salarios dejados de percibir es suficientemente disuasorio como que no se produzcan las extinciones.

Con respecto a esta cuestión, nos gustaría traer a colación un argumento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 8 de mayo de 2019 en la que venía a establecer la fórmula que había que aplicar para el cálculo de la indemnización por despido del trabajador cuando éste estuviese disfrutando de una reducción de jornada para atender a un familiar (en el supuesto de hecho, un menor)<sup>33</sup>. Argüía la Sala que la cantidad indemnizatoria debe siempre ajustarse a la jornada completa o a aquella que tuviese establecida la persona trabajadora con carácter previo al disfrute del permiso correspondiente, ya que ha de entenderse que se trata de una circunstancia transitoria, o lo que es lo mismo, que tiene un tiempo máximo de duración y que las condiciones laborales a tener en cuenta a todos los efectos son aquellas que se hubiesen pactado o convenido en el contrato de trabajo o convenio colectivo<sup>34</sup>. Este argumento, a mi juicio, ha de tenerse muy presente porque, tal y como reconoce la propia sala, la reducción de los derechos derivados de la relación laboral podría tener un doble efecto: en primer lugar, el disuasorio para el trabajador que no los solicite o los disfrute y, en segundo, el de incitar a la empresa a despedir, dado que “le saldría más barato” (si se nos permite la expresión) extinguir el contrato a un trabajador con cargas familiares y que está con una reducción de jornadas por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional, que a otra persona de la plantilla que no tenga hijos ni familiares a los que atender (Sánchez-Urán, 2019).

Asimismo, con relación al establecimiento de una sanción disuasoria y efectiva, considero que la imposición de una indemnización a la empresa que despida de manera ilícita

---

<sup>32</sup> Así lo interpreta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias nº rec. 3120/2017, donde en su Fº Dº octavo, b la Sala reflexiona acerca de si en un supuesto de trabajador con reducción de jornada por guarda legal de su hija el despido injustificado debe ser declarado improcedente o nulo, dado que, de decantarse por la primera opción, “la protección que el ET otorga a estos derechos quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él”. Así como también, recuerda el Tribunal cuál es el motivo de la diferencia entre la nulidad del apartado primero del art. 55.5 y la del segundo del ET.

<sup>33</sup> Op. Cit. STJUE Caso Proxair.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de octubre de 2003, nº 6742/2003, rec. 2873/2003. En dicha Sentencia la Sala viene a recordar un pronunciamiento anterior con fecha de 26 de enero de 2001 en el que se manifestaba acerca de la interpretación que ha de hacerse del disfrute del derecho del art. 37.5 ET en relación con la prestación por desempleo que le corresponde a la trabajadora para lo que se tomará como referencia la jornada completa y no la de la reducción, puesto que se entiende que ésta es provisional y motivada por la guarda legal o cuidado de un familiar directo. El disfrute de tal derecho no puede ocasionar ningún tipo de perjuicio al trabajador y más teniendo en cuenta la protección tan intensa que el legislador otorga a los permisos de conciliación, los cuales, según el Tribunal, se sancionan con la calificación de nulidad del despido, de conformidad con el art. 55.5, b ET.

podría reunir las características exigidas por el legislador de la Unión Europea, dado que lo que se busca no es más que evitar este tipo de conducta (Igartua, 2019). En este sentido, se aprecia la existencia de alguna que otra sentencia que ha venido a imponer a la empresa una indemnización por daño moral, motivado por la imposibilidad de conciliar la vida laboral y familiar debido a la negativa de la empresa de negociar la adaptación de la jornada, al amparo de lo dispuesto en el art. 34.8 ET, entre otros ejemplos<sup>35</sup>. Por ende, creo que pueden servir de ejemplo las resoluciones con las que contamos hasta la fecha para futuras sentencias relacionadas con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (Beltrán De Heredia, 2018). La cuestión podría versar sobre el lugar en el que incorporar el derecho al percibo de tal indemnización. La propuesta que, salvo mejor criterio, desde estas páginas formulo versaría en incorporar en el propio artículo 55 un incremento de días por año de servicio, de un modo similar a como está fijada la indemnización de 33 días para los supuestos de declaración de despido improcedente, tal y como se aprecia en el art. 56.1 ET.

Por último, con relación a los efectos, una vez que se ha declarado por parte del juzgado o Tribunal la declaración del despido como nulo, la empresa tendrá que reincorporar de manera inmediata a la persona trabajadora a su puesto de trabajo, debiéndose reintegrar a la persona trabajadora a su mismo puesto de trabajo, de conformidad con el art. 55.6 ET. La Directiva había abordado esta cuestión tan concreta de la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, tratándose como una exigencia, en los considerandos 36 y 38, aunque en el propio art. 12 de la citada disposición no se concretaba nada sobre este aspecto. Como se dice, se trata de un asunto que sí que se ha reflejado en la exposición de motivos de la norma de la Unión, pero que no ha tenido su reflejo en el articulado de la misma. Sin duda, no puede darse un menoscabo en las condiciones laborales de los trabajadores que estuviesen disfrutando de los derechos de conciliación reconocidos en las disposiciones legales y que han sido víctimas de una conducta empresarial ilícita, por lo que, deberán contar con las mismas condiciones laborales que tenían antes de la solicitud y del ejercicio de los correspondientes permisos.

## 7. Valoración final

Tras la investigación realizada, y lo expuesto en las líneas anteriores, me gustaría finalizar el presente trabajo con la exposición de una serie de ideas sobre las que quiero llamarles la atención de cara a la transposición de la norma que completará el plazo máximo establecido en la Directiva el próximo 2 de agosto de 2022. Al respecto, la primera de las ideas versa sobre la necesidad de incorporar el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible en el art. 55.5 ET párrafo segundo para que quede blindado al igual que el resto de derecho con la nulidad automática objetiva. La segunda tiene relación con la necesidad de

---

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, núm. 13/2021, de 19 de enero, nº rec. 637/2020 (ECLI: ES:TJAR:2021:41), donde se estimó parcialmente la solicitud de indemnización por daño moral, condenando a la demandada al abono a la parte actora de 1.500 euros.

reformular el artículo 51 ET en el sentido de incorporar a la carta individual que se notifique al trabajador en un despido colectivo que el motivo de su selección no se halla relacionado con ninguna de las situaciones del apartado quinto del último precepto citado antes citados. Asimismo, debo recordar que nuestra legislación laboral no establece ninguna inmunidad para aquellas personas que no se encuentren disfrutando ni hayan solicitado aun los derechos de conciliación, pero que, igualmente, pueden ser sancionados por la empresa con la extinción del contrato por conocer que van a tener hijos próximamente. Por tanto, habría que ampliar la nulidad automática objetiva a estos supuestos.

Por otra parte, se acusa en la norma una falta de identificación de cuáles son las conductas que la Directiva identifica como atentatorias de un trato menos favorable como, por ejemplo, la imposibilidad de promocionar en la carrera profesional, y considero que podrían tener cabida también en la legislación.

Por último, insistimos en la importancia de introducir en la norma un sistema indemnizatorio que sea realmente disuasorio del despido nulo y que podría formar parte del articulado del ET, del mismo modo que ya está contemplada la indemnización de los 33 días por año de servicio.

## 8. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, en *Derecho de las relaciones laborales*, N.º. 11, 2019 (Ejemplar dedicado a: Las nuevas directivas sociales).
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 146, 2019
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. 45, 2018.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, en *Revista de derecho social*, N.º 78, 2017.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: “Despido injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización?”, en su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2018/02/11/despido-injustificado-y-embarazo-desconocido-readmision-e-indemnizacion/>
- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, Ignasi: “Empleadas del hogar, desistimiento y embarazo/maternidad: despido nulo (STS 11/2/22)”, en su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2022/02/22/empleadas-del-hogar-desistimiento-y-embarazo-maternidad-despido-nulo-sts-11-2-22/>

- BENITO BENÍTEZ, María Angustias: La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad, en Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N<sup>o</sup>. 74, 2021.
- ELORZA GUERERO, Fernando: “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N<sup>o</sup> 98, 2009, págs. 241.
- FERNÁNDEZ PRIETO, Marta: “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, en Revista Derecho social y empresa, N<sup>o</sup>. 12, 2020 (Ejemplar dedicado a: Reformas En Materia De Igualdad Entre Hombres Y Mujeres).
- GARCÍA RUBIO, María Amparo: “Despido por causas empresariales y conciliación familiar: Garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia”, en Nueva revista española de derecho del trabajo, N<sup>o</sup>. 236, 2020.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo: la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N<sup>o</sup>. 53, 2019.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: La titularidad indiferente del permiso de lactancia; el caso Roca Álvarez. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 102, 2013.
- MILLÁN HERENCIA, María José: “Políticas selectivas de empleo para personas responsables del cuidado familiar”, en Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo: XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vigo, 10 y 11 de mayo de 2007, 2008.
- MORALES VÁLLEZ, Esther: “Sobre el contenido de la carta de extinción individual comunicada a los trabajadores afectados por el despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016, rec. núm. 2507/2014)”. RTSS. CEF. núm. 400, 2016.
- NIETO ROJAS, Patricia: “Despedido por ser padre. Eficacia de los derechos de conciliación y su impacto en la corresponsabilidad”, en el Foro de Labos. <https://www.elforodelabos.es/despido-por-ser-padre-eficacia-de-los-derechos-de-conciliacion-y-su-impacto-en-la-corresponsabilidad/>
- POQUET CATALA, Remedios: “Análisis del despido nulo ex Art. 55.5 ET”, en Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, Vol. 5, N<sup>o</sup>. 3, 2020.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: “Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial. Sentencia núm.251/2019, del JS núm. 1 de Mataró, de 12 de septiembre”, Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 8/2019.
- VELASCO PORTERO, Teresa: “Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección: STSJ Castilla y León (Valladolid), 31 de mayo de 2018 (ECLI: ES: TSJCL:2018:1539), Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N<sup>o</sup> 144, 2018.

# La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español\*

## Impact of the new directive on work-life balance in Spanish System

María José López Álvarez  
*Catedrática Derecho del Trabajo y SS*  
*Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*  
ORCID ID: 0000-0002-5004-1607

Recibido: 21-03-2022  
Aceptado: 27-03-2022  
doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6943>

*María José Dilla Catalá in memoriam*

*Resumen.* La nueva Directiva de Conciliación de la vida familiar y profesional trata de impulsar cambios en las políticas de conciliación para combatir la discriminación laboral de la mujer. Para ello, adopta una visión amplia de las necesidades de conciliación, incluyendo el cuidado de mayores y dependientes. Y apuesta por la corresponsabilidad y la flexibilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación. En nuestro sistema, algunas de estas novedades han quedado incorporadas tras el Real Decreto-Ley 6/2019, por lo que la Directiva no impone modificaciones normativas de calado a corto plazo. Sin embargo, las líneas marcadas por la Directiva obligan a revisar la aplicación de algunas de las medidas en vigor que tienen, por ejemplo, un llamativo sesgo de género, como la excedencia por cuidado de hijo que prevé el art. 46.3 ET. E igualmente exigen una mayor profundización en la regulación de derechos que permitan una conciliación efectiva y equilibrada en un escenario laboral complejo y con estructuras familiares cada vez más diversas y heterogéneas.

*Palabras clave:* conciliación familiar y laboral, igualdad de género, permiso parental.

*Abstract.* The new Work-Life Balance Directive includes provisions for changes in work-life balance policies to fight against women discrimination in labour market. The Directive introduces an open scope and provides a new right to carers' leave to support relatives that need assistance for a serious medical reason. Besides, EU law promotes equal sharing of child care and flexible working arrangements. In our system, Royal Decree Law 6/2019 has introduced some of these initiatives, so the Directive is not going to have an important impact in our national legislation. However, the new rules of the Directive are only minimum requirements and they should force the revision of some measures that have a negative impact in equal treatment, as parental leave according article 46.3 of the workers' Statute. In the same way, it is necessary to make an effort to ensure work-life balance in a complex labour market and with a very different family models..

*Keywords:* work-life balance; equal treatment; parental leave.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-097917-B-100 "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales" [mjlopez@comillas.edu](mailto:mjlopez@comillas.edu)

## 1. La Directiva (UE) 2019/1158: entre la novedad y el continuismo

El 2 de agosto de 2022 finaliza, con alguna excepción a la que luego se hará referencia, el plazo de transposición de la Directiva de Conciliación de la vida familiar y profesional<sup>1</sup>, por lo que parece un buen momento para hacer un repaso de la misma y valorar su encaje en nuestro sistema. La nueva norma se presenta a priori como una iniciativa ambiciosa, destinada a impulsar las políticas de conciliación en los Estados de la Unión. No es la primera vez que estas cuestiones atraen la atención del legislador comunitario, pero sí se aprecia un esfuerzo por visibilizar y conferir autonomía a los problemas de conciliación, que hasta entonces se habían regulado de forma dispersa, vinculados a la protección de la maternidad<sup>2</sup>, la igualdad de género<sup>3</sup> o el cuidado de los hijos e hijas<sup>4</sup>. La progresiva relevancia de la conciliación familiar y laboral en el contexto social y económico ha llevado a una mayor implicación de las instancias comunitarias, venciendo una tenaz renuencia a tomar posiciones en esta materia. Así, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>5</sup> la referencia a la Vida familiar y vida profesional se circunscribe a una escueta mención a la protección de la maternidad y el permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de hijo o hija<sup>6</sup>. En el Pilar Europeo de Derechos Sociales de 2017<sup>7</sup>, sin embargo, se recoge ya de forma explícita entre sus principios el derecho de los ciudadanos al equilibrio entre vida profesional y vida privada, precisando que “los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada”.

Pese a este cambio de tono en el discurso comunitario, no puede decirse que la Directiva 2019/1158 sea rupturista, ni en la forma ni en el fondo. Formalmente, aunque esta Directiva deroga y sustituye a la Directiva 2010/18 sobre permisos parentales y parece adoptar un enfoque más amplio, no proporciona, ni aspira a ello, una regulación sistemática y unitaria de los derechos de conciliación, puesto que la licencia de maternidad se mantiene en el ámbito de la Directiva 92/85. Difícilmente podría haber sido de otra manera, ya que la propuesta de la Directiva de Conciliación surge como respuesta a la tentativa frustrada de reforma de la Directiva de maternidad 92/85. Haciendo de la necesidad vir-

<sup>1</sup> Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio relativa a la Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, DO L 188 de 12.7.2019, p. 79.

<sup>2</sup> Directiva 92/85/CEE, 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 haya dado a luz o en periodo de lactancia (DO L 348 de 28.11.1992, p. 1).

<sup>3</sup> Directiva 2006/54/CE de 5 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204 de 26.7.2006, p. 23).

<sup>4</sup> Directiva 2010/18/UE de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y se deroga la Directiva 96/34/CE (DO L 68 de 18.3.2010, p. 13).

<sup>5</sup> LCEur 2000/3480, DOC 18 diciembre 2000, núm. 364.

<sup>6</sup> En el art. 33, ubicado en el apartado de *Solidaridad* junto con materias tan heterogéneas como la protección de los consumidores o del medio ambiente.

<sup>7</sup> Proclamado en la cumbre social de Gotemburgo por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017.

tud, la Comisión Europea realizó entonces una apuesta por una regulación más abierta de los derechos de conciliación. Un primer aspecto positivo es que, con ello, se hace posible superar la óptica excesivamente reduccionista de la Directiva de maternidad, centrada en la seguridad y salud en el trabajo (Cabeza Pereiro, Jaime, 2020, p. 44). No obstante, esta propuesta normativa termina saliendo adelante sin el respaldo de los agentes sociales que, si bien fueron consultados, no alcanzaron un acuerdo para negociar, siquiera sobre el permiso parental. La oposición, principalmente empresarial, es una muestra más de las reticencias a consolidar en el ámbito comunitario unos derechos que pueden tener un importante impacto económico. Pero el fracaso de la negociación es también indicativo de una cierta apatía por parte de los sindicatos a la hora de afrontar estas cuestiones, algo que, por cierto, está muy patente en nuestro sistema interno.

En el texto finalmente aprobado se hacen visibles estas vicisitudes. Si bien la ausencia de acuerdo con las partes sociales ha podido tener un efecto indirecto beneficioso, permitiendo avances en algunos aspectos que de otra forma no se habrían producido, las previsiones de la Directiva rebajan las expectativas de la propuesta inicialmente presentada, así como de algunas de las formulaciones que se recogen en los Considerandos previos (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1110). De esta forma, no se garantiza un mínimo en la prestación económica del permiso parental, que queda a expensas de la regulación interna de cada Estado; el carácter intransferible del permiso parental se limita a dos meses y no a los cuatro inicialmente previstos. Y el disfrute del permiso parental y las fórmulas de trabajo flexible, que en principio habrían de garantizarse hasta que el hijo alcanzara la edad de doce años, se rebaja a los hijos menores de ocho años. Aun así, la Directiva 2019/1158 merece, sin duda, un voto de confianza, por cuanto marca un camino de avance en una materia en la que existen todavía divergencias muy significativas entre los Estados miembros, con muy diferentes “velocidades” en su regulación.

A estos efectos, varias son las novedades que pueden encontrarse en la norma, eso sí, con un grado desigual de desarrollo:

- El objetivo prioritario y confesado de la Directiva es promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. A lo largo de los considerandos previos, se hace especial énfasis en la necesidad de combatir la discriminación en el empleo y la infrarrepresentación femenina en el mercado de trabajo. Y se identifica como una de las principales causas de esa situación, la dificultad para conciliar adecuadamente las obligaciones laborales y familiares, debido a la inexistencia de políticas adecuadas de conciliación que impliquen a los hombres en las tareas de cuidado. Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración. La Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva (26/4/2017) señala que la brecha salarial en algunos Estados miembros alcanza el 28%, y su acumulación a lo largo de la vida laboral da lugar a una brecha de género en materia de pen-

siones del 40% de media en la UE, generando un riesgo más elevado de pobreza y exclusión social para las mujeres<sup>8</sup>.

Con ello, se apunta a la corresponsabilidad como un factor corrector a introducir en la ecuación de la conciliación, en aras de la consecución de esa deseada igualdad. Se recalca, así, la baja frecuencia con la que los padres hacen uso de los derechos de conciliación, y los escasos incentivos que el ordenamiento jurídico comunitario ofrece para modificar esa situación y procurar que los varones asuman la misma cantidad de responsabilidades en el cuidado.

La Directiva da, en este sentido, un paso más, al defender el carácter intransferible de los permisos o las fórmulas de trabajo flexible para implicar a los padres en las labores de crianza y educación de los hijos e hijas. Parece, pues, que se supera la perspectiva de normas precedentes de reducir las cuestiones de conciliación a la necesidad de los trabajadores y trabajadoras de compaginar su vida personal y profesional, obviando las connotaciones de género del problema (Cabeza Pereiro, Jaime, 2010, p. 4). Se echa en falta, no obstante, y sobre ello se volverá más adelante, alguna referencia a otros aspectos relevantes, como el propio derecho de los padres a asumir las tareas de cuidado; derecho que, aunque formalmente se reconozca sobre el papel, no siempre es fácil de ejercitar, cuando el contexto social, económico y empresarial resulta adverso y no se reconocen incentivos suficientes que rompan las inercias asentadas.

Por otra parte, la Directiva toma distancias, de esta forma, con la posición más tradicional en el ámbito comunitario que, a raíz de la sentencia Hoffman<sup>9</sup>, ha venido defendiendo la protección de la madre trabajadora sobre la base de las “especiales relaciones entre la mujer y su hijo en el período que sigue al embarazo”. En la sentencia se concluye que las normas comunitarias no pueden entrar a “regular cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja”. Aun con matices, esta postura se mantendrá en resoluciones posteriores como el asunto Abdoulaye<sup>10</sup>, el asunto Lommers<sup>11</sup> o, incluso en fechas más recientes, el asunto Betriu Montull<sup>12</sup>.

Esta doctrina ha sido revisada parcialmente por el propio TJUE en decisiones posteriores como el asunto Roca Álvarez<sup>13</sup> o el asunto Maïstrellis<sup>14</sup>. En ellas se constata cómo la concesión a las mujeres de derechos vinculados a la crianza de los hijos e hijas puede tener efectos negativos, al contribuir a perpetuar roles y estereotipos de género que mantienen a los hombres en una función subsidiaria respecto a las funciones parentales. Se aboga, sin embargo, fundamentalmente, por un reconocimiento neutro de los derechos de conciliación a ambos progenitores, sin ahondar en medidas más incisivas que fomenten

<sup>8</sup> En España, el informe reciente de CC.OO sobre brecha salarial, sitúa ésta en el 24% <https://www.ccoo.es/76c5b5ec2de4237255da2ecd9da0e499000001.pdf>

<sup>9</sup> STJUE 12 julio 1984, C-184/83.

<sup>10</sup> STJUE 16 septiembre 1999, C-218/98.

<sup>11</sup> STJUE 19 marzo 2002, C-476/99.

<sup>12</sup> STJUE 19 septiembre 2013, C-5/12.

<sup>13</sup> STJUE 30 septiembre 2010, C-104/09.

<sup>14</sup> STJUE 16 julio 2015, C-222/14.

el ejercicio de estos derechos por los trabajadores varones, como las que ahora plantea la Directiva. Y, con todo, estos pronunciamientos no han sido óbice para que, en fechas recientes, el Tribunal vuelva sobre la doctrina Hoffman. La STJUE 18 noviembre 2020, asunto *Syndicat CFTC*<sup>15</sup> admite que un permiso “adicional” que se concede tras la maternidad, con una duración de entre mes y medio y dos años y tres meses, puede reservarse en exclusiva a las mujeres si tiene por objeto “la protección de la madre tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad”. La sentencia, dictada tras la entrada en vigor de la Directiva, pone en cuestión el recorrido de ésta y arroja sombras sobre su capacidad efectiva para generar avances significativos en esta materia.

- Por primera vez, una norma comunitaria formula un reconocimiento más amplio de las necesidades de conciliación, que no se circunscriben ya únicamente a las tareas de crianza y educación de los hijos e hijas, sino que incluyen el cuidado de mayores, enfermos y dependientes. La Directiva insiste en este punto en que las políticas de conciliación han de tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población. El reto demográfico al que se enfrenta Europa, junto con la presión sobre el gasto público que conlleva para algunos Estados miembros, hacen previsible un aumento de la necesidad de cuidados no profesionales, que recaerán sobre familiares y allegados. Se otorga, pues, relevancia a esta circunstancia desde el propio título de la norma, que se refiere a la conciliación laboral y familiar de *progenitores y cuidadores*. En relación a estos últimos regula, como se verá más adelante, un nuevo permiso para cuidadores, y hace extensivos a los mismos el disfrute de fórmulas de trabajo flexible. Debe advertirse, con todo, que la conciliación para la atención y cuidado de los hijos e hijas sigue siendo preferente para el legislador comunitario, y así se pone de manifiesto en la muy diferente duración de los permisos parentales y de cuidadores, o en el carácter retribuido de unos y otros.
- La Directiva, en fin, apuesta, en la línea seguida por algunos Estados miembros, por dar protagonismo a los *derechos de presencia* (aquellos que permiten al trabajador o la trabajadora compaginar su esfera familiar y profesional sin limitar su presencia en ésta última) frente a los tradicionales *derechos de ausencia* (permisos, licencias, excedencias). Asumiendo que las labores de conciliación no se concentran ya en etapas puntuales, sino que tienden a ocupar buena parte del ciclo vital del trabajador o la trabajadora, parece oportuno buscar alternativas que favorezcan la atención a las responsabilidades familiares de forma estable y regular, como un elemento más del entramado que conforma la relación jurídico-laboral. Es necesario transitar desde un modelo en el que prima la idea de trabajar menos para conciliar, a otro en el que se facilite el trabajar diferente, ofreciendo mayores márgenes de flexibilidad (Jurado Segovia, Angel, 2018, p. 118). Y es que, por otra parte, el abandono, aunque sea temporal, del puesto de trabajo se ha demostrado

---

<sup>15</sup> C-463/19.

que perjudica las carreras profesionales de los trabajadores, especialmente las mujeres, que pueden encontrar dificultades para regresar a su empleo o sufrir otros efectos negativos, como la reducción de cotizaciones, que se traducirá en pensiones menguadas o inexistentes. De ahí que la Directiva aliente las fórmulas de trabajo flexible como una herramienta que puede facilitar el ajuste trabajo-familia, y que, al resultar más atractiva, pueda animar a los trabajadores varones a asumir más responsabilidades en el entorno doméstico.

## 2. La transposición de la Directiva al Derecho español

Nuestro ordenamiento no ha sido ajeno a los problemas que suscita la conciliación y cuenta ya con un notable bagaje en la materia. La primera iniciativa de calado es la Ley 39/99 de Conciliación<sup>16</sup>. Además de la carga simbólica que representa una norma dedicada específicamente a la Conciliación, la Ley 39/99 supuso un impulso notable para la regulación de estas cuestiones, y fue pionera en algunos aspectos, como la atención al cuidado de familiares enfermos o dependientes. Tras ella, la LO 3/2007 Igualdad<sup>17</sup> refuerza la dimensión de género en la protección de los derechos de conciliación y articula un permiso de paternidad de carácter intransferible. La evolución de nuestro sistema es, pues, claramente satisfactoria y anticipa algunas de las novedades que, como se ha visto, la Directiva 2019/1158 incorpora al acervo comunitario. A ello debe añadirse, ya en fechas recientes, la publicación del Real Decreto-Ley 6/2019<sup>18</sup>, que toma como referencia los trabajos ya muy avanzados en ese momento de la Directiva, y realiza importantes progresos en corresponsabilidad y trabajo flexible. El balance es positivo y nuestras disposiciones internas están alineadas con el rumbo emprendido por la Directiva, por lo que la labor de transposición habrá de focalizarse en extremos concretos, sin que se aprecien divergencias de fondo sustanciales. Lo cual no equivale a renunciar a vías de mejora que amplíen y profundicen la implementación de estos derechos, evitando el estancamiento en un ámbito en el que buena parte de los objetivos que se propugnan están todavía lejos de alcanzarse.

### 2.1. *Ámbito de aplicación de la Directiva: progenitores y cuidadores*

La norma comunitaria aborda la conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores *progenitores y cuidadores*. En su artículo 3 proporciona definiciones de varios conceptos clave y, entre ellos, recoge el de cuidador como aquel trabajador “que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo

<sup>16</sup> Ley 39/99, 5 de noviembre para promover la conciliación laboral y familiar de las personas trabajadoras.

<sup>17</sup> Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>18</sup> Real Decreto-Ley 6/2019, 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave”; mientras que debe entenderse como familiar: “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho”. Varias reflexiones pueden hacerse a partir de esta delimitación:

- El cuidador lo es únicamente en supuestos que requieren atención por un “motivo médico grave”, lo que excluye el cuidado cotidiano de menores por quien no ostenta la condición de progenitor (Cabeza Pereiro, Jaime, 2020, p. 51). La heterogeneidad y paulatina complejidad de las estructuras familiares y unidades de convivencia habrían justificado, seguramente, una acotación más amplia para dar cabida a situaciones que empiezan a darse con cierta frecuencia (piénsese en familias reconstituidas o en padres divorciados que vuelven a convivir con su familia de origen) y para las cuales no se otorga protección desde la Directiva, como tampoco se hace en nuestro ordenamiento interno.
- La noción de familiar que ofrece la Directiva resulta considerablemente restringida, si bien en el preámbulo se anima a los Estados miembros a considerar familiares adicionales, como abuelos o hermanos. En este punto, nuestro sistema maneja un concepto más amplio y así tanto el art. 37.3 ET, cuando contempla permisos retribuidos, como el 37.6 ET, en los supuestos de reducción de jornada, se refieren a familiares “hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”. Otra cuestión es la conveniencia de incluir a los afines, ante el peligro de que ello facilite que el peso de las labores de cuidado se mantenga sobre las mujeres y no se favorezca un reparto corresponsable (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1126).

En cambio, no existe ninguna referencia en nuestras normas a las parejas de hecho, algo que deberá corregirse ya que, como se ha señalado, la Directiva sí lo menciona explícitamente.

- La definición comunitaria de cuidador se construye no sólo sobre los vínculos de parentesco, sino también sobre los de convivencia en el mismo hogar. Es este último un elemento desconocido en nuestras normas, que a la hora de regular derechos de conciliación se remite siempre a los “familiares” como sujetos pasivos de los mismos. Aunque habrá que esperar al alcance que la jurisprudencia del TJUE conceda a este requisito de convivencia, es una referencia de interés, que puede dar respuesta a determinadas situaciones en una sociedad donde los modelos clásicos de familia se difuminan (las unidades familiares no son extensas, el número de hijos se reduce y con frecuencia vive lejos, las personas solteras son cada vez más numerosas) y las relaciones de cuidado se organizan sobre la base de estructuras informales y privadas que, no por ello, tienen por qué resultar insatisfactorias. Se trata, por tanto, de un aspecto que, en todo caso, tendrá que ser incorporado a nuestras previsiones internas y en esta dirección apuntan informes recientes como el Libro Blanco para un nuevo marco nacional de apoyo y protec-

ción a las familias en España publicado por la OCDE en 2022, en el que se propone una definición más amplia de familia como “unidad económica o funcional” de personas que viven juntas y comparten recursos<sup>19</sup>.

## 2.2. Permiso de paternidad

Sin duda, una de las novedades llamativas de la Directiva es la concesión de un permiso de paternidad de diez días laborables, que el trabajador habrá de disfrutar con ocasión del nacimiento de su hijo o hija. Los padres deben acogerse a dicho permiso en torno al momento del nacimiento de un hijo o hija, y debe estar claramente vinculado al nacimiento con el fin de prestarle asistencia. Con ello, la Directiva parece marcar distancias con el permiso parental. Los perfiles borrosos de ambas figuras se han puesto de manifiesto en distintos momentos y así, por ejemplo, en la STJUE 19 septiembre 2013, C-5/12, asunto *Betriu Montull*, los litigantes defienden que las diez semanas voluntarias de la licencia por maternidad del art. 48.4 ET podrían considerarse como un permiso parental. En la Directiva, el permiso de paternidad se ciñe al momento del nacimiento, alineándose con la licencia por maternidad que regula la Directiva 92/85; mientras que el permiso parental se destinaría a labores de cuidado y crianza más allá del nacimiento. Se busca, así, reforzar el papel del padre en las tareas de cuidado y fomentar la corresponsabilidad, superando el rol subordinado e instrumental que habitualmente asumen los padres en las obligaciones domésticas. Sin embargo, la reducida duración que se contempla para el permiso de paternidad- diez días- frente a la establecida para la maternidad- catorce semanas- desvirtúa de inicio este objetivo bienintencionado. En este punto, la norma comunitaria sigue lo que constituye la tónica habitual en los Estados miembros que, con la excepción del nuestro, mantienen una duración notablemente desigual entre las licencias por maternidad y paternidad. Así, por ejemplo, en Bélgica la licencia por maternidad tiene una duración de 3,3 meses frente a los 15 días que se reconocen por paternidad; en Italia, 4,7 meses frente a 10 días; y en Dinamarca, 3,3 meses frente a dos semanas (Koslowskla et al, 2021). Probablemente, eso obedece tanto a consideraciones económicas como a la propia realidad social y cultural, todavía reticente a que los padres interrumpen su trabajo para asumir estas tareas (Cabeza Pereiro, Jaime, 2010, p. 6). La experiencia demuestra, no obstante, que el mantenimiento de una regulación diferenciada para ambos permisos hace muy difícil alcanzar un equilibrio en la asunción de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y, en consecuencia, impide avanzar en la lucha contra la discriminación laboral que sufren éstas. En este escenario, la equiparación que lleva a cabo el Real Decreto-Ley 6/2019 resulta claramente mucho más ambiciosa y atrevida, y se sitúa un paso por delante a la hora de promover un cambio social que haga efectiva la corresponsabilidad (Perán Quesada, Santiago, 2019, p. 190). El tratamiento paritario de nuestro sistema, que establece una suspensión contractual de dieciséis semanas para cada progenitor, se enfatiza,

<sup>19</sup> [https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/evolving-family-models-in-spain\\_c27e63ab-en](https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/evolving-family-models-in-spain_c27e63ab-en)

además, al refundir ambos permisos en un único “permiso por nacimiento de hijo o hija”. Un repaso de la regulación de la Directiva permite identificar algunos otros aspectos que muestran la fortaleza de nuestras normas en esta cuestión:

- El permiso por paternidad se reconoce en la norma comunitaria a los padres o, cuando así esté previsto en la legislación nacional, a un *segundo progenitor equivalente*. En esa dirección apunta la referencia al *progenitor distinto de la madre biológica* que efectúa el art. 48.4 ET, que permite proteger a las uniones no heterosexuales. La norma comunitaria, sin embargo, guarda silencio sobre la paternidad por adopción. Dado que, en las previsiones relativas al permiso parental, sí existe una referencia explícita a esta circunstancia, parece que la omisión, en el caso del permiso por paternidad, es deliberada y trata de mantener coherencia con la regulación comunitaria de la licencia por maternidad, limitada a la madre biológica. Se trata, con todo, de un tema pendiente en el derecho comunitario (De la Corte Rodríguez, Miguel, 2020, p. 92), que en nuestro ordenamiento lleva ya tiempo resuelto dado que, como es sabido, los padres por adopción gozan a estos efectos de idénticos derechos que los biológicos.
- En lo tocante a las condiciones de ejercicio del derecho, la Directiva configura el permiso de paternidad con carácter intransferible y posibilidad de disfrute en parte antes, o únicamente después del nacimiento del hijo o hija, así como en fórmulas de disfrute flexible. El Real Decreto-Ley 6/2019 contempla igualmente permisos intransferibles para cada uno de los progenitores, de los cuales las seis primeras semanas habrán de disfrutarse ininterrumpidamente a jornada completa tras el nacimiento con carácter obligatorio; y las diez restantes podrán distribuirse de forma flexible hasta que el menor cumpla doce meses. Se ha discutido, por un lado, acerca de la obligatoriedad de la primera fase del permiso que, en el caso del padre, nuestra norma ampara en el “cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil”. Ciertamente, puede cuestionarse la conveniencia de una imposición de esta naturaleza, que incide en opciones personales y familiares y, en este sentido, la Directiva parte de un presupuesto distinto, esto es, la voluntariedad. A nuestro juicio, la preceptividad legal ha de entenderse en un contexto de promoción e impulso, para obtener una extensión del permiso que asegure su eficacia y el cumplimiento de su objetivo como medida de corresponsabilidad. Y desde esa perspectiva, difícilmente podrá considerarse que entre en confrontación con la regulación comunitaria, salvo en el hipotético- y no muy probable- caso de que se llegara a sancionar a las personas que no ejercieran su derecho al permiso de paternidad (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1121).

Por otra parte, la Directiva 2019/1158 se abre a la posibilidad de un disfrute flexible del permiso por paternidad que incentive la utilización del mismo, y en esa línea el art. 48.4 ET permite, una vez transcurridas las seis primeras semanas, el disfrute de forma acumulada o interrumpida, por períodos semanales, a tiempo completo o parcial, del per-

miso por nacimiento de hijo o hija. Debe advertirse, no obstante, que la Directiva 92/85 establece el disfrute de catorce semanas *ininterrumpidas* para la licencia por maternidad. Tampoco ello ha de resultar, sin embargo, problemático, atendiendo a la apuesta que hace la Directiva 2019/1158 por la flexibilidad como instrumento para favorecer la conciliación. La jurisprudencia comunitaria también se ha manifestado en este sentido, y así la STJUE 22 octubre 2009, C-116/08, asunto Meers señala que “las medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y la vida familiar deben fomentar la introducción en los Estados miembros de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad”.

- La Directiva 2019/1158 establece, en paralelismo con lo dispuesto para la licencia por maternidad, que el permiso de paternidad habrá de ser retribuido con una remuneración o prestación económica equivalente, al menos, a los ingresos que percibiría el trabajador en caso de interrupción de su actividad por motivos relacionados con su estado de salud. Y aunque el permiso no puede supeditarse a una antigüedad previa, la compensación económica por el mismo sí puede condicionarse a períodos de trabajo previos, que no podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores al nacimiento del hijo o hija. También en este extremo nuestra normativa supera lo dispuesto por la Directiva, ya que garantiza una prestación económica del 100% de la base reguladora para el permiso por nacimiento de hijo o hija<sup>20</sup>, en función de unos períodos previos de cotización atendiendo a la edad del progenitor que no superan, en ningún caso, los seis meses<sup>21</sup>.

### 2.3. Permiso parental

El permiso parental ya se recogía en la Directiva 2010/18 pero, aunque no es una figura novedosa en sí misma, incorpora algunos extremos de interés en la nueva norma comunitaria. Conceptualmente, como se ha señalado, la Directiva 2019/1158 delimita con algo más de nitidez este permiso- que se reconoce para el cuidado del hijo o hija y puede proyectarse durante los primeros años de crianza- frente a la licencia por maternidad o por paternidad- que se concede vinculado al momento concreto de nacimiento del hijo o hija y cuenta con una particular protección. Sigue sin estar clara, pese a todo, la distinción entre ambos derechos porque tampoco se establece un período mínimo a partir del nacimiento para disfrutar el permiso parental, y así la reciente STJUE 18 noviembre 2020, asunto Syndicat CFTC, a la que ya se ha hecho referencia, se ocupa de un permiso de maternidad *adicional* previsto por un convenio colectivo que, por sus características- duración variable que puede llegar a ser muy prolongada, ausencia de retribución cuando se supera un límite temporal- bien parece que podría encajar mejor como un permiso parental.

<sup>20</sup> Art. 179 Real Decreto Legislativo 8/2015, 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

<sup>21</sup> Art. 178 LGSS.

En nuestro ordenamiento, se han identificado como figuras que pueden entrar dentro del concepto de permiso parental la excedencia por cuidado de hijos, en primer término, y eventualmente el permiso por lactancia o la reducción de jornada por cuidado de hijos<sup>22</sup>. Sin embargo, a diferencia de su predecesora, la Directiva 2019/1158 menciona expresamente la reducción de horas de trabajo como una fórmula de trabajo flexible; y configura el permiso parental como un permiso “de ausencia”. Ello parece alejarlo tanto de la lactancia como de la reducción de jornada, lo que dejaría a la excedencia por cuidado de hijo o hija como la única alternativa, a priori, válida para responder al cumplimiento de la Directiva. En este punto, se hace necesario repasar los rasgos principales del permiso parental en la regulación comunitaria:

- Es un derecho individual y se mantiene la duración mínima del mismo de cuatro meses que ya se preveía en la Directiva 2010/18; pero se amplía el carácter intransferible del permiso de uno a dos meses.
- A diferencia del permiso por paternidad, el permiso parental se reconoce tanto a los progenitores biológicos como adoptivos.
- El permiso ha de disfrutarse antes de que el hijo o hija alcance una determinada edad, como máximo, de ocho años. No prosperó finalmente la propuesta inicial de elevar a doce años la edad del hijo o hija a efectos de fijar el límite de ejercicio del derecho.
- Puede condicionarse el derecho a disfrutar el permiso a un período de trabajo o antigüedad previo que no podrá exceder de un año. Esta previsión ya se contemplaba en la Directiva 2010/18 y, como puntualiza la STJUE 25 febrero 2021, asunto XI<sup>23</sup>, es un requisito que, de exigirse, debe hacerse tomando como referencia el momento en el que se pretende disfrutar el permiso y no el de nacimiento del hijo o hija.
- El permiso puede disfrutarse de forma flexible en las modalidades que se establezcan internamente. A estos efectos, el preámbulo de la Directiva ofrece algunas posibilidades de disfrute flexible: a tiempo completo, a tiempo parcial, en períodos alternos, por ejemplo, un cierto número de semanas consecutivas de trabajo separadas por períodos de permiso... El empleador deberá valorar sus necesidades y las de sus trabajadores a la hora de acceder a estas peticiones, y habrá de justificar por escrito y dentro de un plazo razonable cualquier denegación.
- El trabajador o la trabajadora ha de cumplir con un plazo razonable de preaviso para ejercer su derecho y habrá de indicar en su solicitud la fecha de inicio y de fin del período de permiso.
- Los empleadores podrán aplazar la concesión del permiso parental por un período razonable, cuando el disfrute del permiso en ese momento pueda alterar seriamente el buen funcionamiento de la empresa. En todo caso, el empresario habrá de justificar por escrito cualquier aplazamiento.

<sup>22</sup> Así lo admite la STJUE 18 septiembre 2019, asunto Ortiz Mesonero, C-366/18.

<sup>23</sup> C-129/20.

- La remuneración es un aspecto importante, por cuanto es un elemento que condiciona especialmente el que los padres, que habitualmente son la fuente principal de ingresos familiares, accedan al disfrute de este permiso. La Directiva 2010/18 utilizaba una fórmula descomprometida, exhortando a los Estados miembros a tomar en consideración “el papel que desempeñan los ingresos-entre otros factores- en la utilización del permiso parental”. En la nueva norma, se aprecia una evolución por cuanto se establece que, al menos los dos meses intransferibles del permiso, habrán de ser retribuidos. No se ha conseguido, sin embargo, incluir un mínimo para esa retribución como se ha hecho para el permiso por paternidad (que recuérdese habrá de contar con una remuneración equivalente, al menos, a la que percibiría el trabajador en caso de baja por enfermedad). Pero la Directiva sí apostilla que esa compensación económica habrá de articularse “de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo que, en principio, supone tener que tomar en cuenta el nivel de ingresos ordinario de los titulares del derecho y prever una cobertura razonable para posibilitar el disfrute. A partir de esta previsión, pues, puede plantearse un criterio de *ade-cuación*, que oriente la actuación de los legisladores internos y la labor interpretativa del TJUE (Cabeza Pereiro, Jaime, 2020, p. 65). Debe advertirse, no obstante, que, para este punto en concreto, la Directiva establece un plazo de transposición más amplio, hasta el 2 de agosto de 2024, lo que evidencia las dificultades para obtener un mínimo consenso en esta materia.

Habida cuenta de lo expuesto, parece que la excedencia por cuidado de hijos que actualmente regula nuestro ordenamiento no se acomoda plenamente a las exigencias que para el permiso parental impone la Directiva 2019/1158. Se abren, por tanto, varias posibilidades para cumplir con el mandato comunitario:

- Articular un permiso *ex novo* para dar respuesta a las previsiones de la Directiva en relación con el permiso parental, que se adicione a los ya existentes en nuestro ordenamiento.
- Impulsar cambios en la regulación de la excedencia por cuidado de hijo para atender a los requerimientos de la Directiva. Probablemente, el ajuste de mayor calado que debería realizarse sería el relativo a la retribución dado que, como es sabido, la excedencia no contempla actualmente ninguna prestación económica durante su disfrute, sin que pueda entenderse como retribución, a estos efectos, el beneficio actualmente aplicable de considerar el período de excedencia como cotizado de cara a futuras prestaciones de la Seguridad Social (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, 1124). Debe recordarse, no obstante, que el plazo para la transposición de estos aspectos retributivos no finaliza hasta el 2 de agosto de 2024.

Igualmente, algunos otros extremos de la regulación del art. 46.3 ET habrían de modificarse: así las previsiones de disfrute flexible- que ahora se limitan al disfrute fraccio-

nado- y que la Directiva recoge con un alcance más amplio; el período de preaviso exigible al trabajador; o las opciones a disposición del empleador para posponer la concesión del permiso (actualmente se contempla únicamente el supuesto, poco habitual por otra parte, de que si dos trabajadores de la empresa generasen el derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podría limitar el ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa). Si efectivamente se optara por esta vía, sería una buena oportunidad también para reflexionar sobre esta institución y su finalidad. La excedencia por cuidado de hijo tiene un sesgo de género muy significativo, el 88,99% de las que se solicitaron en 2020 lo fueron por mujeres<sup>24</sup>, y su impacto negativo en el empleo femenino es más acusado debido a su larga duración. Parece oportuno, pues, replantear su configuración para atenuar estos efectos no deseados y favorecer un ejercicio corresponsable de este derecho en la línea propugnada por la Directiva.

- Hacer uso de la cláusula pasarela que prevé el art. 20.6 de la Directiva. Considerando la heterogeneidad de las medidas de conciliación existentes en los diferentes Estados miembros, la norma comunitaria intenta no imponer cargas adicionales a aquellos sistemas que ya cuentan con derechos a nivel interno que facilitan la conciliación. Por ello, contempla que cualquier ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración por ésta pueda tomarse en cuenta para cumplir lo dispuesto por la Directiva en lo referente al permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, siempre que se superen los estándares mínimos previstos en la Directiva 2019/1158 y la Directiva 92/85, y no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de esas Directivas. En nuestro caso, la aplicación de esta cláusula permitiría, entonces, que el permiso por nacimiento de hijo de dieciséis semanas que reconoce al padre el art. 48.4 ET, en la medida en que excede holgadamente el mínimo de diez días previsto por la Directiva, pudiera utilizarse a efectos de cumplir con la exigencia de un permiso parental retribuido de una duración mínima de dos meses. Este “trasvase”, sin embargo, no podría operarse en relación con la licencia por maternidad, dado que, como ya se ha indicado, la Directiva 92/85 prevé para ella una duración mínima de catorce semanas, y nuestro ordenamiento sólo mejoraría en dos semanas ese mínimo. Parece, por tanto, más conveniente optar por alguna de las soluciones anteriores, ya que la aplicación de la cláusula pasarela no evitaría la necesidad de una reforma legal para garantizar el permiso parental mínimo retribuido de dos meses a las trabajadoras. Y, en cambio, provocaría una asimetría en la regulación de los derechos de conciliación de hombres y mujeres, muy poco recomendable desde una perspectiva de corresponsabilidad (De la Corte Rodríguez, Miguel, 2020, p. 90).

Ahora bien, de prosperar la ampliación del permiso por nacimiento de hijo a seis meses que, al parecer, se planea incluir en el anteproyecto de Ley de diversidad familiar

<sup>24</sup> [www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliación](http://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliación)

y apoyo a las familias, la utilización de la cláusula pasarela pasaría a ser una opción mucho más plausible. Aunque puede cuestionarse la conveniencia de concentrar todos los permisos retribuidos que se reconocen al trabajador y a la trabajadora en el momento del nacimiento, marginando el período de crianza más allá del primer año de vida.

#### 2.4. Permiso para cuidadores

Otro de los elementos novedosos que incorpora la Directiva 2019/1158 es el permiso para cuidadores. Se trata de una ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores o trabajadoras para prestar cuidados a un familiar o conviviente que necesite asistencia o cuidados importantes por un “motivo médico grave”. La Directiva reconoce cinco días laborables al año por trabajador, pero otorga a los Estados miembros una amplia capacidad para establecer el ámbito de aplicación del permiso, las condiciones de ejercicio del derecho o la distribución de los permisos en base a otros parámetros diversos a la periodicidad anual, por ejemplo, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso. No se estipula, en este caso, tampoco una retribución mínima para los trabajadores o trabajadoras que disfruten del permiso. Como ya se ha adelantado, el legislador comunitario introduce con este permiso una perspectiva más amplia de las labores de conciliación, no limitadas a la crianza y cuidado de los hijos o hijas. Es un primer paso, sin duda positivo, pero se aprecia una cierta cautela regulatoria que lleva a configurar un derecho de mínimos, con un nivel de protección sensiblemente inferior al previsto para el permiso de paternidad o el parental. Esta relativa indefinición provocará con seguridad problemas interpretativos, pero favorece, además, la confusión entre este nuevo permiso y el de ausencia por fuerza mayor, que ya se recogía en la Directiva 2010/18 y se mantiene, sin cambios significativos, en la Directiva 2019/1158. Este permiso garantiza al trabajador el derecho a ausentarse por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. La clave para la diferenciación entre ambas figuras puede estar en la delimitación que hace la propia Directiva, que se refiere a *motivos médicos graves* en el permiso para cuidadores, frente a los *motivos familiares urgentes* que justificarían la ausencia del trabajo por fuerza mayor (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1125). La gravedad es un elemento para valorar la necesidad de atención y cuidado que precisa el familiar o conviviente, pero no tiene por qué implicar urgencia o inaplazabilidad (por ejemplo, acompañar a una revisión médica a un familiar dependiente o de mayor edad). En cambio, la urgencia sugiere inmediatez y respuesta rápida por parte del trabajador, pero no presupone necesariamente gravedad (una indisposición repentina de un familiar o una incidencia durante el horario escolar). Con todo, los términos de la norma son tan ambiguos que resulta difícil precisar con exactitud su alcance y, en este sentido, no es descartable que la labor de transposición de los Estados miembros termine de borrar las fronteras ya de por sí difusas entre uno y otro permiso.

Nuestro ordenamiento contempla desde hace tiempo algunas fórmulas para la atención de mayores y dependientes y, en este punto, la Directiva 2019/1158 no va a supo-

ner cambios sustanciales. Una cuestión, sin embargo, a considerar es que, como ya se ha adelantado, nuestras previsiones internas reconocen estos derechos únicamente para el cuidado de familiares, sin atender al dato de la convivencia al que sí se refiere la Directiva. Por lo demás, de las figuras con las que actualmente contamos en nuestro sistema, la excedencia para el cuidado de familiar del art. 46.3 ET, la reducción de jornada por cuidado de familiar del art. 37.6 ET y los permisos retribuidos del art. 37.3 ET podrían dar respuesta a los requerimientos del permiso para cuidadores de la Directiva. Debe advertirse, no obstante, que el permiso de la norma comunitaria se configura como un derecho de *ausencia*, por lo que la reducción de jornada tendría un encaje más forzado. La excedencia, por su parte, presupone una ausencia prolongada del trabajador, mientras que el permiso para cuidadores parece destinarse más bien a la atención puntual que pueda requerir un familiar o conviviente dependiente. Pero los términos de la norma comunitaria son tan amplios que permitirán, seguramente, considerar sin mucha incomodidad a la excedencia, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en relación con el permiso de cuidadores. Respecto al permiso retribuido que el art. 37.3 b) ET reconoce por accidente o enfermedad grave de parientes, tiene un carácter puntual que puede ofrecer una cobertura más idónea para el permiso por cuidadores que contempla la Directiva; si bien hasta el momento, este permiso se ha venido vinculando con la ausencia por causa de fuerza mayor también prevista por la Directiva pese a que, como ya se ha indicado, este último derecho parece anudarse a situaciones de urgencia que no tienen por qué implicar gravedad. Ello pone de manifiesto la cercanía entre ambos permisos comunitarios y sus perfiles borrosos, a los que ya se ha hecho referencia. En todo caso, lo que no parece contemplarse en nuestra normativa es la concesión de permisos para la atención de familiares y convivientes por motivos urgentes puntuales no graves; algo que, como se ha comprobado durante la pandemia, resulta imprescindible para la conciliación, y a lo que iría dirigido el permiso retribuido de siete días anunciado recientemente como parte del anteproyecto de ley de Diversidad familiar.

### 2.5. Fórmulas de trabajo flexible

La flexibilidad laboral es uno de los aspectos en los que incide con más insistencia la norma comunitaria, tanto en lo relativo al ejercicio de los permisos (permitiendo que puedan disfrutarse a tiempo completo, a tiempo parcial, en períodos alternos...), como en la implantación de fórmulas de trabajo flexible (trabajo a distancia, horarios flexibles, reducción de horas de trabajo) que favorezcan que el trabajador adapte su calendario laboral a sus necesidades y circunstancias particulares. Con ello se pretende que los progenitores y cuidadores no tengan que abandonar, aunque sea temporalmente, el mercado de trabajo, lo que facilita su continuidad en el mismo y su progresión profesional. Se refuerzan, así, como ya se señaló, los *derechos de presencia*, que enfocan la conciliación como una necesidad cotidiana, que se proyecta de forma sostenida en el tiempo (Molero Marañón, María Luisa, 2019, p. 173). Además, la flexibilidad es un incentivo para que, especialmente los hombres, accedan al disfrute de los derechos de conciliación, lo que redundará en una mayor corresponsabilidad.

La Directiva 2019/1158 mejora sensiblemente en este punto las previsiones de su predecesora, que se limitaba a instar la adopción de medidas de flexibilidad tras la reincorporación del permiso parental. La jurisprudencia comunitaria había venido haciendo una interpretación rigurosa de esta disposición, denegando las peticiones de flexibilidad en otras circunstancias que no estuvieran directamente conectadas con la vuelta tras el permiso parental<sup>25</sup>. La nueva regulación, en cambio, concede de forma más abierta el derecho a todos los cuidadores y progenitores con hijos o hijas de, como mínimo, ocho años que tengan que ocuparse de sus obligaciones de cuidado. El régimen jurídico para la concesión de estas medidas de flexibilidad es también más detallado. El trabajador o la trabajadora tiene derecho a plantear una solicitud, que habrá de ser estudiada por el empresario atendiendo tanto a sus propias necesidades como a las de los trabajadores. La denegación de la solicitud, así como el aplazamiento de las fórmulas de flexibilidad, habrá de justificarse por parte del empleador. La duración de estas medidas podrá estar sujeta a límites razonables, y puede condicionarse el ejercicio del derecho a una antigüedad mínima en la empresa que no podrá ser superior a seis meses. En contrapartida, se garantiza al trabajador el derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período solicitado, así como un derecho de reversión anticipado si se produce un cambio en las circunstancias.

Nuestra normativa interna cuenta con algunas medidas específicas de trabajo flexible por razones de conciliación- la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares del art. 37.6 ET o la reducción de jornada por cuidado de lactante del art. 37.4 ET- y contempla la posibilidad de que el trabajador solicite otras adaptaciones de su prestación de trabajo a través del art. 34.8 ET. Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 6/2019, el art. 34.8 ET se sitúa en la senda de la Directiva comunitaria. La previsión estatutaria había tenido hasta entonces una eficacia muy reducida. La excesiva vaguedad de sus términos, que se limitaban a reconocer al trabajador una mera “expectativa de derecho”<sup>26</sup> condicionada a lo que estipulara la negociación colectiva o al acuerdo alcanzado con el empresario, resultaron claramente insuficientes para dotar de contenido práctico a las demandas de flexibilidad planteadas por los trabajadores (Lahera Forteza, Jesús, 2014, p. 45, Velasco Portero, Teresa, 2015, p. 83). Con la redacción actual, la posición del trabajador se fortalece significativamente, si bien hay algunos extremos que habrán de tenerse en cuenta a la luz de lo dispuesto por la Directiva 2019/1158:

- La titularidad del derecho recae sobre las *personas trabajadoras* que precisen una medida adaptativa para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional. En el caso de los progenitores, éstos tienen derecho a realizar la solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años de edad. Nuestra disposición interna mejora, pues, en este punto lo previsto por la Directiva, que, si bien en las propuestas iniciales contemplaba igualmente la edad de doce años como referencia para el ejercicio del derecho, finalmente rebajó el límite a los

<sup>25</sup> STJUE 16 junio 2016, asunto Rodríguez Sánchez C-351/14, STJUE 18 septiembre 2019, asunto Ortiz Mesonero, C-366/18.

<sup>26</sup> SsTS 13 junio 2008, RJ 4227, 20 octubre 2010, RJ 8447.

ocho años. Fuera de este supuesto, habría muchas situaciones potenciales en las que los trabajadores podrían beneficiarse de esta flexibilidad laboral: trabajadores con familiares o allegados enfermos, dependientes o de edad avanzada, con hijos o hijas mayores de doce años con necesidades particulares, trabajadores que, sin ser progenitores (abuelos, tíos), precisan atender a menores de edad... Parece razonable que sea la negociación colectiva la encargada de acotar las condiciones subjetivas para el ejercicio del derecho, y que esa acotación se haga sobre la base de lo previsto en la Directiva 2019/1158. Como ya se ha señalado, las fórmulas de trabajo flexible se conceden en la norma comunitaria a progenitores con hijos o hijas de hasta ocho años y cuidadores. Y la noción de cuidador se refiere a trabajadores con necesidad de asistir a familiares o convivientes que requieren asistencia por un motivo médico grave. Ello obligaría a atender a vínculos de convivencia y no exclusivamente de parentesco. Pero, por otra parte, podría amparar una delimitación más estricta en otros supuestos, como el cuidado de menores por quien no ostenta la condición de progenitor o la atención ordinaria de menores mayores de doce años. En este sentido parece que apunta la STS 5 febrero 2021 cuando establece que la excedencia para cuidado de familiares del art. 46 ET no comprende el cuidado de hijos mayores de tres años, salvo en situaciones particulares de enfermedad o accidente. Otras sentencias, STJ Galicia 5 octubre 2020, en el marco del art. 34.8 ET, también rechazan la petición de adaptación de jornada para mayores de doce años sin que concurren necesidades especiales (De la Puebla Pinilla, Ana, 2021, p. 217).

- En lo tocante al ejercicio del derecho, el art. 34.8 ET prevé, en sentido amplio, adaptaciones en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación. Se abre, así, un amplio abanico de iniciativas posibles para favorecer la conciliación: horarios flexibles, bancos de horas de libre disposición, cambios de turno, elección de períodos de vacaciones, distribución irregular de la jornada por causas familiares, así como trabajo a distancia o, incluso, cambios de centro o de puesto de trabajo. En sintonía con lo dispuesto por la Directiva, la previsión estatutaria articula, una vez presentada la solicitud por el trabajador, un período de negociación con la empresa de una duración máxima de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa comunicará por escrito la aceptación de la petición, las posibles alternativas a la propuesta del trabajador o bien la denegación de la solicitud, indicando en este último caso, las razones objetivas en las que se sustenta esa decisión. Además, la disconformidad del trabajador con el resultado le permite recurrir en vía judicial ex art. 139 LJS. Ello ha supuesto un notable incremento de la litigiosidad en torno a esta cuestión, obligando a los órganos jurisdiccionales a terciar en un conflicto de intereses en el que han de ponderar, conforme a criterios de equidad, las posturas encontradas de las partes. En este marco, se ha planteado hasta qué punto debe exigirse al trabajador desvelar aspectos íntimos de su vida privada y de su organización familiar para tratar de justificar su petición. Se ha alertado, así, del peligro de caer en un “activismo judicial”, que investigue las

circunstancias privadas de cada familia, haciendo juicios de valor o de oportunidad sobre las mismas (Casas Baamonde, María Emilia, 2018, p. 1068). Nuestros tribunales están poniendo límites a esta práctica, que no tiene amparo en la Directiva ni en el art. 34.8 ET, en la medida en que las peticiones de adaptación no tienen por qué quedar condicionadas a la valoración de las decisiones personales y familiares que adopte el trabajador. La STSJ Galicia 28 mayo 2019 señala, así, que el derecho del art. 34.8 ET es un derecho personalísimo de la trabajadora y no procede valorar si el padre puede adaptar la jornada, los abuelos ayudar, si hay comedor en el colegio...

Por otra parte, el art. 34.8 ET hace un llamamiento para que, a través de la negociación colectiva, se establezcan condiciones de ejercicio del derecho que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, por razón de sexo entre las personas trabajadoras. La Directiva insiste igualmente en la importancia de la corresponsabilidad y estima que la flexibilidad laboral puede ser un incentivo para que los padres soliciten derechos de conciliación. Sin embargo, si bien los hombres están recurriendo cada vez con mayor frecuencia a las fórmulas del art. 34.8 ET, la mayoría de las peticiones de flexibilidad provienen todavía de mujeres. Un estudio que analiza 109 sentencias dictadas en los dos años siguientes a la aparición del Real Decreto-Ley 6/2019, indica que el 74% de las solicitudes de adaptación de jornada se efectúan por mujeres trabajadoras<sup>27</sup>. Es, por tanto, necesario que se fomente un uso equilibrado que evite la feminización de esta figura.

## 2.6. Protección de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación

Al igual que sus predecesoras, la Directiva 2019/1158 establece garantías para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos de conciliación. En concreto, la protección se articula en una triple vía:

- **Derechos laborales:** los trabajadores y trabajadoras conservan los derechos adquiridos o en curso de adquisición a la fecha de inicio de los permisos familiares, que se aplicarán tras la finalización de los mismos. Se garantiza, además, la reincorporación del trabajador o trabajadora a su puesto de trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no le resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso (art. 10).

La jurisprudencia comunitaria ha afrontado esta cuestión con algunas vacilaciones. La STJUE 21 octubre 1999, asunto Lewen<sup>28</sup>, admite que se excluya de la percepción de una

<sup>27</sup> <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/gestion-adaptacion-jornada-claves-tras-dos-anos-nuevo-art-34-8-retos-pospandemia>

<sup>28</sup> C-333/97.

paga extraordinaria de Navidad a una trabajadora embarazada por no encontrarse en activo en el momento del pago; y más recientemente la STJUE 4 octubre 2018, asunto Dicu<sup>29</sup> establece que el período de permiso parental no puede asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos del devengo del derecho a vacaciones. Pero en otras ocasiones ha contribuido a defender la posición del trabajador o trabajadora en el ejercicio de estos permisos familiares, reconociendo, por ejemplo, el derecho a percibir los incrementos retributivos que se generen durante el período del permiso<sup>30</sup>, el cómputo de la antigüedad durante la baja<sup>31</sup> o el derecho a que las indemnizaciones por extinción se calculen sobre la base de la retribución completa del trabajador y no sobre la reducida que hubiera venido percibiendo durante el permiso parental<sup>32</sup>. Es esta también la línea seguida por nuestros Tribunales, pese a la inexistencia de una previsión normativa en nuestro ordenamiento similar a la que recoge la Directiva<sup>33</sup>.

- Protección contra el despido: la norma comunitaria insta a adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido del trabajador o trabajadora por haber solicitado o disfrutado de estos permisos, y establece un mecanismo de inversión de la carga probatoria, haciendo recaer sobre el empresario la necesidad de acreditar que el despido obedece a motivos distintos del ejercicio de los derechos de conciliación (art. 12). Nuestro sistema cumple satisfactoriamente en principio con este requerimiento, a tenor de la presunción de nulidad del despido que recoge el art. 55.5 ET<sup>34</sup>. Ha de advertirse, con todo, que algunos supuestos no se benefician de esta protección, en particular en lo que se refiere a aquellos trabajadores que solicitan medidas adaptativas al amparo del art. 34.8 ET, lo que habrá de tenerse en cuenta de cara a futuras modificaciones normativas.
- Discriminación. Bajo este epígrafe, el art. 11 de la Directiva prevé que se adopten las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un *trato menos favorable* por haber solicitado o disfrutado alguno de los permisos familiares. Los términos excesiva- y parece que deliberadamente- ambiguos de la norma en este punto, hacen que no se pueda establecer con rotundidad una vinculación entre conciliación y discriminación por razón de sexo (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1112). Pero tampoco parece estar en la intención de la Directiva el configurar la conciliación como una causa autónoma de discriminación. La jurisprudencia comunitaria no mantiene un criterio uniforme, y si bien en algunos supuestos adopta una perspectiva antidiscriminatoria conectada con el principio de igualdad y la situación de desventaja que sufre la mujer en el ámbito profesional<sup>35</sup>, en otros,

---

<sup>29</sup> C-12/17.

<sup>30</sup> STJUE 13 febrero 1996, asunto Gillespie, C-342/93, STJUE 30 marzo 2004, asunto Alabaster, C-147/02.

<sup>31</sup> STJUE 16 febrero 2006, asunto Sarkatzis Herrero, C-294/04.

<sup>32</sup> STJUE 22 octubre 2009, asunto Meerts, C-116/08.

<sup>33</sup> STS 25 abril 2018, Rec. 2152/16,

<sup>34</sup> El Real Decreto-Ley 6/2019, 1 marzo modifica el art. 14 ET y amplía esta protección a la resolución del contrato durante el período de prueba para las trabajadoras embarazadas y las que estén disfrutando del permiso de maternidad.

<sup>35</sup> STJUE 20 junio 2013, asunto Riezniec, C-7/12, STJUE 8 mayo 2019, asunto Re-Praxair, C-486/18.

la decisión del Tribunal destila un tono más neutro y se ancla simplemente en la protección específica que ofrecen las Directivas a los trabajadores que disfrutan derechos familiares<sup>36</sup>. Este debate se ha suscitado también en nuestro sistema, especialmente después de que la STC 26/2011, 14 marzo abriera la puerta a una posible “discriminación por razón de las circunstancias familiares” incardinable en el art. 14 CE. La sentencia cuenta, sin embargo, con un voto particular, que cuestiona la creación de una nueva categoría discriminatoria cuando no se aprecien diferencias históricamente arraigadas que justifiquen una situación de inferioridad y vulnerabilidad. En esa dirección parecen moverse algunas decisiones posteriores, que afrontan la tutela de los derechos de conciliación en clara conexión con la discriminación por razón de género<sup>37</sup>. Así, la lesión sufrida en este ámbito por la mujer trabajadora se reputaría como una discriminación directa; mientras que si la vulneración va referida a un trabajador varón constituiría una discriminación indirecta, en la medida en que los obstáculos que encuentran los varones para el ejercicio de estos derechos impiden un reparto equitativo e igualitario de las tareas familiares. Las cuestiones de conciliación tienen actualmente un sesgo de género que no es posible ignorar y que condicionan, inevitablemente, su abordaje jurídico. A futuro, no obstante, y a efectos de tutela, puede ser interesante reflexionar sobre otros aspectos de la conciliación que permanecen en la sombra, pero que deberían estar llamados a jugar un papel más relevante: el propio derecho de los trabajadores varones a asumir tareas de cuidado o los derechos de menores, mayores y dependientes a recibir cuidados adecuados y, en definitiva, un trato digno.

### 3. Conclusiones y propuestas para seguir avanzando

La relativa comodidad con la que, como hemos visto, nuestro ordenamiento afronta la transposición de la Directiva 2019/1158 no puede llevar a crear la falsa impresión de haber alcanzado los objetivos que la propia norma esboza para una conciliación equilibrada y satisfactoria. Queda todavía largo un largo camino por recorrer y será preciso un esfuerzo sostenido y transversal para seguir avanzando. A este respecto, y desde las líneas marcadas por la Directiva, pueden apuntarse algunas propuestas:

- Incluir la conciliación en la agenda de la negociación colectiva. Es decepcionante el escaso interés mostrado por los convenios colectivos en la regulación de los derechos de conciliación, que quedan habitualmente postergados en favor de otras prioridades. Una intervención más activa de la negociación colectiva en esta materia podría resultar, sin embargo, muy positiva para arbitrar fórmulas eficaces que potencien la flexibilidad y la corresponsabilidad en el contexto particular de

<sup>36</sup> STJUE 7 septiembre 2017, asunto H, C-174/16.

<sup>37</sup> STS 10 enero 2017, RJ 2017/38.

cada empresa, así como para avanzar en la sensibilización de la plantilla y romper inercias que lastran la aplicación de estas medidas.

- Concepción amplia de la conciliación no vinculada exclusivamente a la crianza y cuidado de los hijos. Nuestro sistema recoge desde hace años derechos para el cuidado de mayores y dependientes. Sin embargo, el incremento de las necesidades de conciliación vinculadas a estos colectivos hace aconsejable pensar en plantear otras iniciativas, así como en equiparar el régimen jurídico de estas figuras con las dedicadas a la atención de menores.
- Fomentar la corresponsabilidad en el ejercicio de todos los derechos de conciliación. Si bien nuestro ordenamiento ha dado un importante paso en esta cuestión al equiparar la licencia por maternidad y paternidad, sigue habiendo derechos con significativos desequilibrios de género (como la excedencia por cuidado de hijos o las medidas de flexibilidad en el marco del art. 34.8 ET). Es fundamental propiciar una asunción corresponsable de estas tareas no sólo para revertir la discriminación laboral que sufre la mujer, sino igualmente para dignificar la actividad de cuidado y de aquellos a quienes se dirige.
- Atender a la complejidad y heterogeneidad de las estructuras familiares. Desde la Directiva se insta a tomar en consideración las necesidades particulares de las familias: padres adoptivos, familias monoparentales, partos múltiples o prematuros, familias numerosas, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas. No existe ya un modelo único de familia y es urgente que las medidas de conciliación se articulen teniendo en cuenta la diversidad de situaciones familiares y sus demandas específicas.

## Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> AMPARO. “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019
- CABEZA PEREIRO, JAIME. “La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020.
- CABEZA PEREIRO, JAIME. “¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2010.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> EMILIA. “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2018.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, MIGUEL. “La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española”, *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 146, 2020.
- DE LA PUEBLA PINILLA, ANA. “Últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Femeris*, vol. 6, núm. 2, 2021.

- JURADO SEGOVIA, ANGEL. "Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. extraord. 2018.
- LAHERA FORTEZA, JESÚS. "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", Documentación Laboral, núm. 100, 2014.
- MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> LUISA, Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI, Revista del Ministerio de Trabajo, SS y Migraciones, Mujer en el futuro del Trabajo, núm. extraord., 2019.
- PERÁN QUESADA, SANTIAGO, "La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva", Revista General del Derecho y de la Seguridad Social, núm. 53, 2019.
- VELASCO PORTERO, TERESA, "El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación", Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 41, 2015.

# Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158

## Promotion of gender equality through “flexible work formulas”. Reflections and proposals in light of Directive (EU) 2019/1158

María Teresa Igarreta Miró  
*Catedrática de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*  
ORCID ID: 0000-0002-3555-2003

Recibido: 09/02/2022

Aceptado: 08/03/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6944>

*Resumen.* Pese a los avances en las políticas la conciliación trabajo y familia aún no se ha librado del sesgo de género ni se ha alcanzado la ansiada corresponsabilidad. Frente a las tradicionales medidas de ausencia o de reducción del tiempo de trabajo para dedicarlo a las tareas de cuidado, utilizadas mayoritariamente por las mujeres, las fórmulas de trabajo flexible inciden en la organización, especial aun cuando no exclusivamente temporal, de la prestación para adaptarla a las necesidades familiares, logrando un mejor equilibrio. Su repercusión en la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres hace indispensable su eficacia y su tutela. El análisis de las previsiones de la Directiva 2019/1158 permite adelantar determinadas propuestas para garantizar el derecho al trabajo flexible progresando hacia cierta soberanía, o al menos un rol no secundario de las personas trabajadoras en la gestión de la prestación de servicios, sobre todo en sus aspectos temporales.

*Palabras clave:* igualdad, género, tiempo de trabajo, flexibilidad.

*Abstract.* Despite policy advances, the balance between work and family is still not free of gender bias and the longed-for co-responsibility has not been achieved. Whereas the traditional measures of absence or reduction of working time to dedicate it to care tasks, which are mostly used by women, flexible working arrangements focus on the organisation, especially but not exclusively temporary, of benefits to adapt them to family needs, achieving a better balance. Its impact on the promotion of effective equality between men and women makes its effectiveness and its protection essential. The analysis of the provisions of Directive 2019/1158 makes it possible to advance certain proposals to guarantee the right to flexible work, progressing towards a certain degree of sovereignty, or at least a non-secondary role for workers in the management of the provision of services, especially in their temporary aspects.

*Keywords:* equality, gender, working time, flexibility.

## 1. Políticas de conciliación e igualdad de género

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres sigue sin ser plena en el ámbito de las relaciones laborales. Innegables son los avances acontecidos en los últimos años en nuestro país, en especial tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante, LOI), pero también lo es la necesidad de seguir progresando y de explorar otras soluciones para el logro de los objetivos perseguidos. No abordaremos aquel postulado<sup>1</sup>, centrando la investigación en la innegable relación entre los cuidados o la conciliación de la vida familiar y laboral, en la actualidad asumidas de forma mayoritaria por las mujeres<sup>2</sup>, y distintas formas de discriminación, brechas de género, frenos a su desempeño profesional o cualquier otra forma de postergación laboral, en parte motivados o amplificadas por el ejercicio de los derechos contemplados para aquellos fines. De forma más específica, analizaremos el papel que la gestión flexible del trabajo puede jugar para combatir aquellos indeseables efectos (también Rodríguez Copé, 2021: 355), aun cuando las claves para reequilibrar las cargas sostenidas por las partes y marchar hacia la corresponsabilidad no pueden buscarse exclusivamente en el ámbito del Derecho<sup>3</sup>, con fuertes raíces culturales y sociológicas. Resultan esenciales instrumentos adecuados al mandato de fomentar “*la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares*”, evitando toda discriminación basada en su ejercicio, como señala el art. 44 LOI.

Teniendo en cuenta que los últimos movimientos reguladores, en particular, 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, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo<sup>4</sup>, que va a centrar nuestra atención, y el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, de fecha anterior aunque casi simultáneo en su tramitación (Dans, 2019: 204), se ciñen a la conciliación o equilibrio<sup>5</sup> entre el trabajo y la vida familiar, sin extenderlo a otros aspectos de la vida privada, a ella habremos de ceñirnos.

---

<sup>1</sup> Puede verse, GARCÍA y VENTURA, 2021: 141 ss. Utilizaremos indistintamente la expresión igualdad de género, que parece atender mejor a la realidad especial que viven las mujeres en el mundo laboral. Como se sabe, mientras el término sexo responde a condiciones biológicas, el de género es más bien una construcción cultural en el que se incluyen roles y/o expectativas que la sociedad asigna a cada sexo, en base a conductas, pensamientos y características (incluidos determinados estereotipos).

<sup>2</sup> Constatación de la que parte la propia Directiva, conocedora de la baja frecuencia con que los hombres hacen uso de los derechos de conciliación. Entre otros, GUERRERO, 2018: 294 ss; MORÁN, 2019: pp. 91 ss.

<sup>3</sup> Un sector doctrinal insiste en ir más allá de la mera promoción de la corresponsabilidad, criticando la parquedad de la LO 3/2007 en su imposición de medidas para su efectividad, obviando que debe ser exigida por el orden jurídico, vid. GUERRERO, 2018: 285. En la misma línea, PERÁN, 2019: 1 ss. Sobre la corresponsabilidad como un nuevo principio jurídico derivado de la igualdad de género, pero real, efectivo, no meramente formal MOLINA, C., 2020: 23. También, FERNÁNDEZ, C., GARCÍA, E. y LÓPEZ, M., 2019: 13.

<sup>4</sup> DOUE 12.7.2019, L 188/79. Vid. asimismo el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) de 7 de diciembre de 2017 (DOUE 11.04.2018) y el del Comité de las Regiones de 1 de diciembre de 2017 (DOUE 8.05.2018). Interesante también la consulta del Informe de situación dado durante la Presidencia Estonia el 24.11.2017, Expte. 2017/0085 (COD).

<sup>5</sup> La traducción española de la Directiva sigue empleando el término conciliación, mientras que en otros idiomas se usan otros mucho más representativos de esta idea, en inglés (*work-life*) *balance*, en francés *équilibre* y en italiano *equilibrio*.

No es casual la elección de la mentada Directiva como piedra angular de la investigación, en tanto ofrece herramientas al TJUE para exigir su trasposición al derecho interno en clave de género (Fernández, 2020: 7)<sup>6</sup>, en concordancia con la relevancia del principio de igualdad en el Derecho de la Unión, contemplado en los propios arts. 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea, con un claro carácter transversal<sup>7</sup> ex art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión. Recogido igualmente, como es sabido, en los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017), incluido el derecho a unas “*condiciones de trabajo flexibles*”, entre otras medidas, instando a un uso equilibrado, de forma indistinta por trabajadores y trabajadoras.

Partiendo de la propia constatación de que el marco jurídico de la Unión proporciona “pocos incentivos a los hombres para que asuman la misma cantidad de responsabilidades en el cuidado de familiares” y de que “el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar” (considerando 11), analizaremos la contribución de las fórmulas de trabajo flexible al mentado objetivo, dividiendo el estudio en tres grandes bloques. En primer lugar, nos dedicaremos al concepto de fórmulas de trabajo flexible y a los aspectos principales de la regulación de la Directiva. En segundo lugar, afrontaremos la cuestión relativa a la tutela del derecho y la protección frente al despido, como mecanismo para reforzar su papel en la lucha contra la discriminación y la consecución de la igualdad de género. Atendida la regulación en el orden interno<sup>8</sup> y su compleja aplicación práctica, concluiremos con un apartado destinado a la búsqueda de soluciones y propuestas de mejora que faciliten el ejercicio del derecho por parte de los trabajadores, en igualdad de condiciones, su normalización y la prohibición de represalias o respuestas adversas por parte del empresario que desincentiven su uso y, a la postre, perpetúen los estereotipos de género ampliamente extendidos. Llegados hasta aquí, se debería evolucionar hacia la expansión de una gestión flexible del trabajo donde el trabajador sea protagonista, perdiendo fuerza la exigencia de solicitud expresa, la concurrencia de una causa familiar y el sometimiento de la concesión exclusivamente a intereses empresariales, donde se alcanzaría un mayor grado de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres o entre trabajadores con o sin responsabilidades familiares.

## 2. Aproximación conceptual a las “fórmulas de trabajo flexible”

La derogada Directiva 2010/18/UE ya contenía una referencia a esta cuestión, bastante timorata, en términos de velar porque los trabajadores pudieran adaptar sus regí-

---

<sup>6</sup> Sobre la decidida apuesta de la Comisión por un enfoque de género y hacia un compromiso con un cambio de modelo que refuerza las responsabilidades extralaborales de hombres y mujeres, ambos sexos concernidos al mismo nivel, Cabeza, 2020: 45.

<sup>7</sup> Principio de transversalidad reforzado en la reciente Estrategia para la Igualdad de Género. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169 (INI) (2021/C 456/19), DOUE 10.11.2021. También Rodríguez et alrri, 2020; Ramos, 2020: 1 ss.

<sup>8</sup> Dejamos al margen el estudio de las medidas excepcionales adoptadas en atención a la pandemia de COVID-19 donde también ha jugado un papel relevante la previsión de fórmulas de gestión flexible del tiempo de trabajo para atender a necesidades familiares.

menes de trabajo tras la reincorporación del permiso parental. El salto de cualidad en el nuevo texto es notorio, al hablar de garantizar el derecho a solicitar estas fórmulas de trabajo flexible y al desvincularlo del mentado permiso<sup>9</sup>, acogiendo implícitamente su utilidad en relación con otras necesidades de conciliación y cuidado.

El intento definitorio realizado por la Directiva es más bien escaso, identificando en su artículo 3.1 f) las “*fórmulas de trabajo flexible*” con “la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo”. La redacción, deliberadamente abierta, destaca por dos rasgos: situar en el centro de la definición el término “adaptar” y un contenido amplio, reflejado en una enumeración no exhaustiva.

Iniciando por el primero de los aspectos, aunque en este aserto parece reconocer un genuino derecho de adaptación a los trabajadores, esta impresión se desvanece a la luz de la regulación del concreto régimen jurídico aplicable a la “solicitud” en el art. 9. Seguramente para facilitar la aplicación se emplea el término “adaptar” (*aménager* en la versión francesa, *adjust* en inglés y *adattare* en italiano) de notoria holgura, que apunta a la capacidad de flexibilizar y adecuar algo a necesidades o intereses concretos. Si nos atenemos a su definición en el diccionario de la RAE adaptar significa acomodar, ajustar algo a otra cosa. La visión coincide con la contemplada en el art. 34.8 ET, derecho abierto, caracterizado por su generalidad y plasticidad (Núñez-Cortés, 2020: 2).

En cuanto al contenido del derecho, se limita a una enumeración ejemplificativa de posibles fórmulas flexibles, reconducidas al trabajo a distancia, los calendarios laborales flexibles o la reducción de las horas de trabajo, que sin duda no agotan la definición legal y podrían llevar a entender incluidas solicitudes de adaptación tocantes a otros aspectos de la prestación laboral, siempre que respondan a la necesidad de conciliar. La norma interna, como se sabe, alude también a la adaptación de la “forma”, comprendida la prestación del trabajo a distancia, abriéndose camino una exégesis extensiva de las posibilidades de ajuste de la prestación a las necesidades familiares, admitiendo ya los tribunales demandas relacionadas con el lugar de trabajo (STSJ 25 mayo 2021, rec.355/2021, con una exégesis integradora de la norma).

### 2.1. El trabajo a distancia

El trabajo a distancia parece arrojar un mejor equilibrio entre las responsabilidades familiares y laborales<sup>10</sup>. Se pone el acento en su configuración como una fórmula de trabajo flexible a fin de atender a las responsabilidades familiares, aceptada por algún pronun-

<sup>9</sup> Al que aparecía claramente ligado en la anterior Directiva y al que se ha aferrado el TJUE, entre otras, SSTJUE 18.09.2019, C-366/18, Asunto Ortiz Mesonero o de 16.06.2016, C-351/14, Asunto Rodríguez Sánchez). Vid. las interesantes consideraciones que realiza Dans, 2020: 211 ss, sobre la Sentencia del asunto Ortiz Mesonero, aventurando una respuesta seguramente diversa si se hubiera planteado hoy en día.

<sup>10</sup> Según *Eurofund*, en nuestro país el teletrabajo facilita la conciliación, al tener los trabajadores más libertad para organizar su tiempo de trabajo, García, 2021: 5.

ciamiento judicial<sup>11</sup> y ello en parte se debe a que, de suyo, lleva implícita cierta dosis de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo.

Como se sabe, la regulación comunitaria del teletrabajo es la contenida en el Acuerdo Marco del año 2002<sup>12</sup> que lo reconduce a “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”. Atendida esta definición, la solicitud del trabajador no viene condicionada a unos mínimos de trabajo presencial ni nada semejante, por lo que cabría pensar tanto en fórmulas totales como parciales, aunque seguramente estas últimas son más acertadas desde el punto de vista preventivo y contribuyen mejor a la idea de corresponsabilidad.

Rasgo de la definición viene constituido también por la voluntariedad, objeto de cierta matización cuando se utiliza para atender a las necesidades de conciliación de la persona que trabaja, en la medida en que el empresario debe justificar su negativa, mientras en el Acuerdo marco se expresa con total claridad que “si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar el empresario puede aceptarla o rechazarla”. Esta modalización no ha de afectar a la aplicación de las garantías mínimas que a los trabajadores ofrece el ordenamiento comunitario, esto es, “los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa”.

Algunas de las características propias de esta forma de prestación de servicios alteran su tradicional organización, destacando una menor rigidez, con cierta flexibilización horaria, papel preeminente de los objetivos o resultados, una dilución de fronteras entre la vida laboral y la privada mucho más palpable y una necesidad de encontrar soluciones *ad hoc*, más flexibles para estos casos, en temas como el control horario o el derecho a la desconexión digital. En este terreno, el Acuerdo citado ya imponía la obligación empresarial de garantizar que la carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores comparables de los locales de la empresa, aspecto aún falto de concreción en el orden interno, más allá del derecho a la desconexión digital y la evitación de la fatiga informática.

Es notoria la existencia de cierta tensión entre los efectos positivos o/y negativos de esta forma de prestación de servicios sobre la igualdad de género, pues mientras algunos autores destacan sobre todo sus ventajas en orden a la flexibilización del tiempo de trabajo y la mayor facilidad para equilibrar trabajo y familia, otros ponen el acento en su posible actuación como instrumento perpetuador de determinados estereotipos o de la asignación de las tareas de cuidado predominantemente a las mujeres o el posible agravamiento de desigualdades de género, violencia y acoso. En este sentido, aun siendo innegable esta doble perspectiva, conviene insistir en su utilización como acicate para la promoción de la

<sup>11</sup> A modo de ejemplo, STSJ Galicia de 5 de febrero de 2021 (rec. 3191/2020).

<sup>12</sup> Acuerdo suscrito por CES (Confederación Europea de Sindicatos) y las patronales UNICE, UEAPME y CEEP el 16 de julio de 2002.

igualdad de género e, incluso, de compartir de forma más equitativa las tareas de cuidado, si ambos cuidadores teletrabajan<sup>13</sup>.

Pese a todo, se muestra bastante tímida la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia que no va mucho más allá de un mero reconocimiento de los derechos a la igualdad y no discriminación en el art. 4.3 y de los derechos de conciliación, incluido el derecho de adaptación de la jornada en los términos del art. 34.8 ET (art. 4.5). Teniendo en cuenta los cambios que comporta la adaptación relativa al modo de prestación, que van más allá de los que afectan específicamente a la organización del tiempo de trabajo, un sector doctrinal expone, referido al orden interno, la inadecuación de la ubicación sistemática de la medida dentro de la regulación de la jornada, proponiendo como más correcto el art. 20.2 ET, dada la verdadera novación contractual que supone (López Balaguer, 2019: 105).

## 2.2. Los calendarios laborales flexibles

Estamos quizás ante la más perturbadora de las fórmulas incluidas en la regulación legal, habida cuenta del sentido que en nuestro ordenamiento se da al calendario laboral. El término no aparece definido ni en el propio texto de la Directiva ni en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo<sup>14</sup>. Probablemente se debe nuevamente a dificultades idiomáticas y a la necesidad de una expresión que pudiera ser bien recibida en los distintos órdenes internos. La expresión francesa *horaires de travail souples* frente a la inglesa (*flexible working schedules*) o la italiana (*calendari di lavoro flessibili*), se centra más en el aspecto nuclear de la cuestión: los horarios de trabajo flexibles.

El empleo del adjetivo flexible que equivale a maleable da a la acepción una amplitud notoria abarcando el uso de mecanismos diversos de adaptación para todos los aspectos encajables en la fórmula siempre que se cumpla con la necesidad de atender y cuidar a la familia. Entre lo más habitual, podríamos pensar en la jornada y su módulo de cómputo, el horario, las pausas, los días de descanso, las vacaciones y los turnos. Por su parte, podría incluir distintas variedades, así los horarios flexibles, las bolsas o cuentas de horas, días u horas de permiso recuperables y otras análogas.

El considerando 10 de la Directiva se refiere también a los cambios en los calendarios de trabajo, algo que, junto a la prevalencia del horario laboral ampliado, repercute negativamente en el empleo femenino. Y, en este sentido, establece que “a fin de animar a los trabajadores que sean progenitores y cuidadores, a permanecer en el mercado laboral,

<sup>13</sup> Puede verse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Trabajo e igualdad de género: requisitos para que el teletrabajo no exacerbe la distribución desigual de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados entre mujeres y hombres y que sirva de motor para promover la igualdad de género” [Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia Portuguesa] (2021/C 220/02), DOUE 9.6.2021 (C 220/13). La relación entre trabajo a distancia, género y conciliación, entre otros, en Cordero, 2021: 1 ss; De la Puebla, 2020: 4 ss; De la Casa, 2021: 83 ss. Sobre las ventajas que arroja en el equilibrio trabajo-familia (*work-life balance*), Eurofund-International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Luxembourg-Geneva, 2017, pp. 28 ss. Apunta su carácter de arma de doble filo, López Álvarez, 2020: 109.

<sup>14</sup> DOUE 18.11.2003, L 299/9.

estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales”, pudiendo solicitar fórmulas de trabajo flexible (C. 34).

Para arrojar cierta luz a la mencionada expresión podríamos acudir a la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles<sup>15</sup>. Su art. 2 a) recoge el término calendario de trabajo “que determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo”. Por su parte, el considerando 21 establece que “si no se puede indicar un calendario de trabajo fijo debido a la naturaleza del empleo, como en el caso de los contratos a demanda, el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podría tener que ir a trabajar y el período de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de la tarea”. A ello añade la expresión patrón de trabajo definida por el art. 2 c) como “la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empresario”. Aceptación que no aparecía en la propuesta, incluyéndose en la tramitación, en sede de discusiones parlamentarias, a fin de no utilizar el de calendario para distinguir los previsibles/imprevisibles, con relación a las obligaciones de información, acerca de las cuales no existía el necesario consenso<sup>16</sup>.

Así, si el patrón es total o mayoritariamente previsible, la información abarca la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador; así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambio de turno (art. 4.2 l). Mientras que en supuestos donde el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre: i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas, ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el art. 10, apartado 3 (art. 4.2 m).

A la vista de esta regulación, cabe coincidir con quien sostiene que el término patrón de trabajo encierra un concepto más amplio en el que se podrían incluir los criterios organizativos sobre el tiempo de trabajo reflejado tanto en el calendario como en la elección de los días y horas de referencia (Canalda, 2019: 174). Sorprende, entonces, dada la tramitación prácticamente coetánea, que la Directiva 2019/1158 se haya limitado al empleo del término “calendario” laboral, mientras el de patrón está dotado de un grado de flexibilidad mayor, dando entrada a un amplio abanico de posibilidades en relación con la organización del tiempo de trabajo, en especial en lo relativo a la distribución.

Ahora bien, aunque probablemente sería más atinado el empleo del término patrón de trabajo u otro más abierto, no cabe dar una exégesis cerrada al vocablo calendario,

<sup>15</sup> DOUE L 186 de 11.07.2019. Sobre su procedimiento de aprobación y los ajustes que la Directiva impone al ordenamiento interno puede verse MIRANDA, 2019: 71 ss.

<sup>16</sup> Sobre la sustitución de la alocución “calendario de trabajo de un trabajador (sea) total o fundamentalmente variable por la de patrón de trabajo total o fundamentalmente impredecible”, vid. Informe del Comité de Representantes Permanentes al Consejo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, Bruselas, 14.06.2018, Expte. Interinstitucional 2017/0355 (COD), p. 3.

inmerso dentro de las formas de trabajo flexible. La Directiva 2019/1152 añade la connotación de fija al calendario, pues su falta debido a la naturaleza del empleo obliga a comunicar cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podría tener que ir a trabajar y el período de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de la tarea. De ahí se desprende que el calendario alude a la distribución del tiempo de trabajo: jornada y horario, o los términos equivalentes de cada legislación. También da carta de naturaleza, en ausencia de disposiciones más específicas en el orden interno, como ocurre en el nuestro, a solicitudes de adaptación consistentes en la no realización de horas procedentes de la distribución irregular u horas extraordinarias, entre otras.

En el ordenamiento nacional, como se sabe, la referencia al “calendario laboral” se halla en el apartado 6 del art. 34 ET, norma de escasa trascendencia práctica y que incide en la faceta documental y de publicidad del mentado instrumento, sin especificar los extremos que debe incluir, dejando su regulación a los convenios, siendo poco certera también en cuanto a los efectos jurídicos del incumplimiento empresarial (el art. 6.1 LISOS considera infracción leve no exponer en lugar visible del centro de trabajo el calendario laboral vigente) o de su posibilidad de alteración sucesiva<sup>17</sup>. Es de suponer que el calendario debería abarcar los distintos aspectos relativos no solo a la jornada, sino también al horario (horas de entrada y salida), interrupciones, pausas, vacaciones y descansos, como contenido mínimo. No obstante, en la práctica, los principales conflictos derivan de los derechos reconocidos a los representantes de los trabajadores en este ámbito<sup>18</sup> y la inclusión de los horarios o los turnos de trabajo, que han recibido una respuesta negativa por parte del Tribunal Supremo<sup>19</sup>. Estas discrepancias apuntan a la necesidad de modificar la regulación nacional, para incluir en el calendario la determinación de las horas y los días de comienzo y finalización del trabajo (Canalda, 2019: 174), aunque también se ha sostenido que no debería ser interpretado como algo que va más allá del artículo del ET, como regla de principio (Miranda, 2019: 81).

### 2.3. Reducción de las horas de trabajo

Si bien la gestión flexible del tiempo de trabajo por excelencia es aquella relativa a la distribución de las horas de trabajo por días, semanas, meses o, inclusive, anualmente y, por ende, centrada en los aspectos cualitativos de la jornada, en ocasiones el trabajador

---

<sup>17</sup> Entre las infracciones de Seguridad Social, el art. 22.13 LISOS considera grave “...la no comunicación, con antelación a que se produzcan, de las variaciones que se originen sobre el calendario inicialmente dispuesto, en relación con la concreción e individualización por trabajador de los días de suspensión o de reducción de jornada, así como en este último caso, el horario de trabajo afectado por la reducción”.

<sup>18</sup> La DA Tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (BOE 26 de septiembre) reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 ET. Puede verse, SOLÁ, 2019: 1 ss.

<sup>19</sup> SSTs 18 de septiembre de 2000 (rec. 4240/1999) y 24 de enero de 2003 (rec. 175/2001), en relación con el horario. STS 20 de julio de 2015 (rec. 192/2014), respecto a los turnos de trabajo.

necesita reducir sus horas de trabajo. En el orden interno, la inclusión en la adaptación de la duración de la jornada suele reconducirse a supuestos que no encajan en otros derechos reconocidos en el ET, posibilidades de ajuste que en el caso de la Directiva parecen cobrar un mayor relieve, pues no existe una regulación específica al respecto, aunque cabría enmarcarlo al menos en parte en las formas flexibles de disfrute del permiso parental reconocidas expresamente en el art. 5.6.

Aunque esta facultad de ir más allá de los casos contemplados legalmente puede revestir cierta importancia en determinados casos, el desafío estriba en la búsqueda de fórmulas que, aun suponiendo una disminución del tiempo de trabajo, repercutan lo mínimo posible en otras condiciones laborales, en especial el salario. En este sentido, sería interesante explorar instrumentos como la semana comprimida de trabajo (cuatro días) sin pérdida de retribución<sup>20</sup> u otros mecanismos de flexibilidad, por ejemplo, prever que alcanzados unos determinados objetivos resultase factible alterar las horas de salida o aumentar los descansos, sin merma salarial ni necesidad de recuperación del tiempo así rebajado<sup>21</sup>.

#### 2.4. *Carácter no exhaustivo del elenco*

El análisis de los conceptos enumerados arroja un balance bastante extenso que comprende los turnos, cuestión problemática en la práctica, siendo además un elenco no exhaustivo, permitiendo otras formas de flexibilización. En puridad, la demarcación incumbe al titular del derecho, que realiza la solicitud motivada por sus necesidades familiares. A partir de ahí es al empresario a quien corresponde el estudio y la resolución. En este sentido, cabría hacer una consideración adicional y de corte general acerca de si puede imponerse la exigencia de que la fórmula, el modelo (o patrón) propuesto esté implantado en la empresa. En el orden interno, pese a que el art. 23 ET parece condicionar la solicitud del trabajador de elección de turno por razones formativas a que sea el sistema implantado en la empresa (aparentemente el de turnos rotatorios), el TS ha admitido la solicitud de turno fijo, inclusive en casos de existencia exclusivamente de dos turnos de trabajo o para no participar en la rotación de los turnos<sup>22</sup>. Tendencia reforzada para el trabajo a distancia, donde se empieza a barruntar la idea de la innecesidad de la implantación previa siendo lo determinante que resulte materialmente posible atendiendo a la naturaleza de las funciones desempeñadas por la persona trabajadora<sup>23</sup>. Parámetro que debería ser el utilizado en el estudio y valoración de las solicitudes. Con notable grado de

<sup>20</sup> Algunas experiencias positivas en OIT, 2019 a): 78. El debate es abordado por Álvarez, 2021; Miñarro, 2021: 5 ss.

<sup>21</sup> Propone fórmulas más creativas e imaginativas, con racionalización de los tiempos de prestación, eliminación de la cultura de la presencialidad y la plena dedicación, con mayores cotas de flexibilidad para el trabajador Altés, 2020: 207.

<sup>22</sup> SSTs 25 de octubre de 2002 (rec. 4005/2001) y 6 de julio de 2006 (rec. 1861/2005); SSTSJ Asturias 14 de diciembre de 2012 (rec. 2645/2012); Galicia 31 de octubre de 2012 (rec. 4637/2009); Madrid 21 de junio de 2010 (rec. 1296/2010).

<sup>23</sup> SJS n.3 Burgos 24 de julio de 2020 (proc. 402/2020) o Barcelona 29 de enero de 2020 (proc. 822/2019), donde la empresa se limita a indicar que el sistema no está implantado, se está negociando colectivamente y que deberá volver a solicitarlo más adelante, omitiendo sus deberes de negociación, propuestas alternativas y motivación de fondo, acogiendo el juzgado la solicitud de teletrabajo en sus propios términos. Cordero, 2021: 17.

amplitud el considerando 34 de la Directiva 2019/1158 pone de manifiesto la necesidad de animar a los trabajadores que sean progenitores y cuidadores para permanecer en el mercado laboral, a través de las posibilidades de adaptación de su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias.

Son precisos mayores avances en la flexibilización del tiempo de trabajo en favor del trabajador, la tendencia a ampliar las causas o a la descausalización y fórmulas de ágil gestión, con mayor grado de autoorganización, sirviendo así también de acicate contra las discriminaciones basadas en el ejercicio de derechos de conciliación y a la preterición de la mujer en el ámbito laboral. Así, el objetivo sería la normalización de fórmulas de trabajo flexible, bancos de tiempo o de horas, la utilización flexible de vacaciones, realización de horas extraordinarias o de distribución irregular “a la inversa”, el protagonismo del trabajador en la compensación de horas realizadas en interés empresarial, para ajustarla a sus intereses y otras semejantes.

### **3. Efectos de las fórmulas de trabajo flexible sobre la igualdad efectiva entre mujeres y hombres**

Las ventajas de las fórmulas de trabajo flexible, no ignoradas por la doctrina laboral<sup>24</sup>, suelen cifrarse en la mejora del ambiente laboral, de la propia motivación y satisfacción de la persona (Rodríguez Copé, 2016: 89), a la que se tiende a aparejar una reducción del absentismo e, incluso, la mejora de la imagen social de la empresa, sin venir por ello reñida, más bien lo contrario, con el incremento de su productividad y competitividad. La mayor calidad de vida de los trabajadores incide también en los niveles de bienestar laboral y permite a la empresa optar por aquellos con una mayor cualificación.

Aun cuando estos beneficios en el plano del desempeño de la actividad laboral son neutros desde un enfoque de género, favoreciendo de igual manera a quien ejerce el derecho, con independencia de su condición de hombre o mujer, cabe añadir una serie de efectos positivos para la promoción de la igualdad de género. Es difícil negar a estas alturas que las modalidades de trabajo flexible permitirán mejor el equilibrio trabajo-familia y disminuirán los conflictos entre ambas facetas que, en especial para las mujeres, con frecuencia tienen su origen en la duración excesiva de la jornada laboral, la inflexibilidad de horarios de trabajo o su impredecibilidad, llevando incluso aparejada la aceptación del descenso de categoría profesional para reducir el tiempo de trabajo y ocuparse de sus responsabilidades familiares (OIT, 2016: 73). Quizás es demasiado aventurado afirmar, como hace la Directiva en sus considerandos, que “ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres y en dejar a las mujeres más tiempo para el empleo remunerado”. Para que se produzca esta reducción efectiva no bastan estas

<sup>24</sup> Así, GORELLI, 2019: 861; Martínez Moreno, 2013: 51 ss; Molina, 2014: 18; Rodríguez Escanciano, 2021 a): 13.

fórmulas, siendo precisa la corresponsabilidad, el ejercicio de los derechos por ambos progenitores o distintos cuidadores y el reparto efectivo de las tareas de cuidado.

A fin de no extendernos en demasía, reconduciremos los efectos positivos a tres grandes ámbitos. En primer lugar, comportan un claro beneficio económico en tanto que, con la salvedad de aquellas que supongan reducción de los tiempos y con los apuntes esbozados, no conllevan disminución alguna del salario, aspecto primordial en el caso de familias monoparentales (mayoritariamente con componente femenino)<sup>25</sup> pero también un incentivo para extender su ejercicio entre los varones. Descartado el factor salarial, desaparece uno de los motivos, no exclusivo lógicamente, para el ejercicio mayoritariamente femenino de los derechos de conciliación, debido a la menor merma retributiva para la unidad familiar dada la pervivencia de brechas salariales de género<sup>26</sup>.

En segundo lugar, el mantenimiento del empleo sin ausentarse y el mejor equilibrio con las tareas familiares perjudica menos la carrera profesional de las mujeres, con un desarrollo más lineal, contribuyendo a su mejor promoción profesional. Estas fórmulas son las que mejor representan el espíritu de las políticas de conciliación denominadas de “nueva generación” que imponen avanzar en la igualdad real y efectiva y un reparto más equitativo que permita atender un trabajo remunerado, con similar dedicación. Están así apartadas, sobre todo ideológicamente, de las de primera generación concebidas para permitir a la mujer compatibilizar sus responsabilidades familiares con su actividad laboral, sin perder su rol tradicional como cuidadora en exclusiva de su hogar, lo que dificultaba o inclusive paralizaba su carrera profesional (Fernández, 2020: 9). La propia Directiva en su preámbulo incluye entre sus objetivos el de “respaldar la trayectoria profesional de las mujeres para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades”.

Por último, podrían observarse ciertos efectos positivos “por irradiación” derivados de un menor recurso a algunos de los derechos típicos con alejamiento del puesto de trabajo y la merma retributiva, ejercidos por las mujeres en una abrumadora mayoría. Sin alentar, en absoluto, su desaparición, apostando por las mejoras de regulación, adaptándolos a las nuevas realidades y su uso corresponsable, el recurso a la flexibilidad, al permitir combinar distintas fórmulas, el empleo conjunto con otros derechos de conciliación y el ejercicio simultáneo por ambos progenitores, sin restricciones ni siquiera en caso de prestar servicios en la misma empresa, otorga un mayor margen de maniobra, en especial a las trabajadoras, permitiéndoles compatibilizar mejor su carrera profesional y sus necesidades (y derechos) de atención y cuidados. Si se logran hacer maleables los tiempos, pueden engranarse mejor con los dedicados a otros aspectos de la vida privada y familiar.

---

<sup>25</sup> Como constata también la Estrategia para la igualdad de género a partir de un estudio de Maldonado L.C. & Nieuwenhuis, R., “Family policies and single parent poverty in 18 OECD countries 1978-2008”, *Community, Work & Family*, 18 (4), pp. 395 ss, p. 12. Nuestro ordenamiento jurídico-laboral aún presenta graves carencias en este terreno, sobre el particular Blasco, 2020: 109 ss.

<sup>26</sup> En puridad, ambos factores parecen retroalimentarse, pues está claro que en el origen de ésta, entre otros condicionantes, se encuentra la asunción predominante de las tareas de cuidado por parte de las trabajadoras, Cabeza, 2012: 81. Esta incidencia de la conciliación en la retribución de los trabajadores, en función de su género, también en Morán, 2019: 196.

En resumida síntesis, la ampliación y extensión de la flexibilidad en la organización del trabajo en aras de la conciliación, incluida la restricción de ciertas potestades empresariales, puede contrarrestar una de las principales causas de expulsión de las trabajadoras del mercado de trabajo, pues según la OIT, al seguir asumiendo la mayor parte de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas, tienen limitada su capacidad de aumentar sus horas en un empleo remunerado y para adaptarse a los requerimientos imprevisibles de ajustes de jornada (OIT, 2016: 7-8; Chacártegui, 2013: 25). Cabe esperar también una contribución a la reducción de la segregación de los trabajos femeninos y masculinos, acabando con una mayor asignación a las mujeres de puestos que pueden exponerse a las vicisitudes de la conciliación y a los hombres de aquellos donde la disponibilidad personal es más estricta, normalmente mejor retribuidos (sobre esta segregación, CABEZA, 2020: 49). Para todo ello necesitaremos también cambios en la sociedad en su conjunto, aún lejos de estar completamente asumidos.

#### 4. Alcance del derecho al trabajo flexible

##### 4.1. Derecho de solicitud

El art. 9.4 de la Directiva permite a los Estados miembros supeditar el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad (no superior a seis meses), con referencia específica a la suma de los contratos de duración determinada, prescripción que sigue contribuyendo a la brecha -también de género- que se abre entre estos trabajadores y quienes tienen un contrato de duración indefinida, que ya es suficientemente amplia en la práctica dado que su propia situación de “interinidad” dificulta el ejercicio de cualesquiera derechos y de forma especial los propios de la conciliación. En este sentido, es de valorar positivamente que nuestra norma no se acoja a esta opción.

En cuanto a los sujetos solicitantes, pasemos revista al concepto de familiar, referido al “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de éste cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional” (art. 3.1 e). No obstante, anima a los Estados miembros para que reconozcan el ejercicio de algunos de estos derechos con respecto a otros familiares adicionales, como abuelos y hermanos. En nuestro ordenamiento, como se sabe, el legislador se ha limitado a fijar la edad en el caso de los hijos en 12 años (frente a los 8 de la Directiva) y a situar la causa en razones de conciliación familiar, lo que llevaría a una interpretación amplia del concepto.

Es más, extiende la condición de solicitantes, más allá de los progenitores, a quienes tengan la condición de cuidadores. Según dispone el art. 3.1 d) se entiende por tal a aquel “trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y necesite asistencia y cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro”.

En relación con la solicitud de adaptación, a la vista de la parquedad de la regulación interna, cabría entender, en una interpretación más acorde con la Directiva, que cabe exten-

derla a parejas de hecho, aunque suscita bastante más dudas respecto a personas con las que no se conviva<sup>27</sup>, aunque podría extraerse esta conclusión interpretando que la convivencia se exige para extender la figura del cuidador más allá de los vínculos de parentesco.

Un sector de la doctrina, aun cuando propugna una definición más flexible y adaptable que la de la Directiva, advierte de los posibles efectos contraproducentes de esta flexibilidad en sistemas como el nuestro, que se han basado demasiado en el cuidado informal de las mujeres, puesto que “un entendimiento amplio de familia puede ser perjudicial a los objetivos expresos de la Directiva de producir una mayor igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y en las condiciones de trabajo” (Cabeza, 2020: 52). Es sin duda un debate abierto en el que habrá que seguir profundizando.

En la práctica interna los problemas no descansan tanto en los solicitantes sino en la propia situación familiar. En nuestro caso, algunos pronunciamientos judiciales tienden a indagar no solo en la necesidad de conciliación de la persona trabajadora que cursa la solicitud, sino también en sus circunstancias personales y familiares, para descartar que el otro progenitor u otro familiar puedan asumir las tareas de cuidado. Pese a las ventajas que algunos autores ven en este proceder, es conveniente descartar este tipo de razonamiento en tanto lo que hay que averiguar es si se da la necesidad conciliatoria y la solicitud resulta razonable. Se ha sostenido que el hecho de indagar en las circunstancias personales del cónyuge o pareja, usualmente varón, podría contribuir a la promoción de la corresponsabilidad y evitar que sean las mujeres quienes, mayoritariamente, ejerzan derechos de conciliación (Agustí, 2019: 34; Cordero, 2021: 7; Serrano, 2021: 11). Entendemos que no debe ser ésta la vía para el logro de la corresponsabilidad, habiendo de circunscribirse la ponderación judicial a valorar las necesidades de conciliación de la persona solicitante y las necesidades organizativas y productivas de la empresa. El derecho es de titularidad individual y, además, compatible con el ejercicio de otros derechos de conciliación (sea por el mismo sujeto o por otro integrante de la unidad familiar o de convivencia). Téngase en cuenta, sin embargo, que la Directiva llama a los Estados miembros a posibles ampliaciones incluyendo otros familiares como los abuelos<sup>28</sup>, que a buen seguro generarían numerosas dificultades de todo orden.

Un aspecto que cobra cierta relevancia en la Directiva 2019/1158 es la posible incidencia de la duración de la adaptación en el éxito de la solicitud. Es verdad que, como regla de principio, en el articulado no encontramos una concreta duración que sería fácilmente medible en el caso del menor de ocho años, pues cabría entender que no se prorrogará,

---

<sup>27</sup> La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia se refiere de forma genérica a “personas de la familia y su entorno” (art. 2.5), término que cabría aplicar analógicamente, siempre que quede demostrado el vínculo, la necesidad de conciliar y la razonabilidad de la solicitud. No obstante, sería mejor cierta concreción por la negociación colectiva, dadas las dificultades que en la práctica puede acarrear esta acreditación.

<sup>28</sup> En el orden interno algún pronunciamiento judicial se ha mostrado favorable a dar cabida a la abuela dentro del parentesco requerido por el precepto legal, considerando en tal caso exigible que la trabajadora justifique sus circunstancias familiares, máxime cuando su hija trabaja en la misma empresa, desestimando la demanda al no acreditar la abuela ni la edad de los nietos, ni el horario escolar, ni la inexistencia de guardería para el menor, ni las circunstancias laborales del padre, sin que se haya argumentado que éste no pueda hacerse cargo de sus hijos o que haya ejercido los derechos de conciliación y le hayan sido denegados, vid. Rodríguez Escanciano, 2021 b): 5-6.

salvo acuerdo explícito, más allá de esta edad. No obstante, considera que la duración es un aspecto esencial para el empresario, señalando de forma explícita en su preámbulo que las empresas deberían tener conocimiento de la duración de la medida solicitada a efectos de valorar si la aceptan o no (C. 36). Por su parte, el art. 9.1 viene a señalar que la duración de las fórmulas de trabajo flexible podrá estar supeditada a un límite razonable. Ninguna de estas prescripciones ha sido acogida en el orden interno, por tanto, ni viene sujeta a límites ni puede entenderse que la adaptación queda en modo alguno condicionada a su duración, al margen de que pudiera resultar más o menos conveniente exponerla de forma aproximada en la solicitud. Un tema a ponderar sería el de si duraciones excesivas pueden tener efectos negativos desmesurados, que en el plano estrictamente laboral deberían ser prácticamente inexistentes.

#### *4.2. Estudio de la solicitud, plazos y resolución*

No es muy explícita la Directiva en este plano, limitándose prácticamente a señalar que “los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo temporal flexible en un plazo razonable de tiempo”, regulación algo más detallada en el orden interno (apertura de un proceso de negociación por un período máximo de treinta días, contestación por escrito aceptando, planteando una propuesta alternativa que satisfaga las necesidades de conciliación o negativa).

El plazo de resolución se refiere únicamente al criterio de la razonabilidad (art. 9), cuestionando un sector de la doctrina si el plazo interno se ajusta a este requisito (Cordero, 2021: 17). Obliga también la Directiva al empresario a justificar su negativa, también si se trata del simple aplazamiento de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9.2).

Dado el volumen de empresas medianas y pequeñas e incluso microempresas de nuestro país, que encontrarán mayores dificultades organizativas, es interesante resaltar que la Directiva 2019/1158 (C. 48) anima a los Estados miembros a proporcionar incentivos, orientación y asesoramiento a las pymes a fin de cumplir sus obligaciones de conformidad con la Directiva, evitando que supongan una carga desproporcionada. Dificultades que se podrían ver paliadas si se implantasen fórmulas organizativas más flexibles de aplicación voluntaria para toda la plantilla, al margen de las necesidades familiares, compatibles con sus necesidades productivas y/o de negocio, cediendo parte de las potestades omnímodas de distribución irregular y dotando a los trabajadores de cierta capacidad de autoorganización del tiempo, confiando más en la satisfacción de determinados objetivos o resultados que en la mera presencia en tramos horarios fijos en los lugares de trabajo. El efecto beneficioso que estas fórmulas arrojan sobre las brechas de género es patente, como se ha visto, minimizando, asimismo, los posibles perjuicios para quienes ejercen su pretensión de adaptar la jornada, así como previsibles conflictos entre trabajadores.

Por último, baste ahora con señalar que la Directiva regula la cuestión relativa al regreso a la situación anterior de un modo seguramente más ajustado que el Derecho interno. Por un lado, reconoce el derecho del trabajador a volver a su modelo de trabajo original

al término del período acordado (art. 9.3). Por otro, hace expresa mención a las solicitudes para la vuelta anticipada que serán estudiadas y atendidas por el empresario, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. No obstante, como observa la doctrina, no reconoce un derecho de retorno si se ha otorgado sin fijación de un límite temporal, de forma que solo hay un derecho de solicitud de la reversión, que ha de ser tomado en consideración por el empresario, a salvo las posibles y recomendables mejoras que pudieran establecerse a nivel interno (CABEZA, 2020: 70). Conviene llamar la atención de la negociación colectiva acerca de la necesidad de regular adecuadamente las condiciones del retorno a las condiciones previas, manteniéndolas sin fisuras o, en su caso, remitir a su concreción en el acuerdo individual suscrito por el trabajador.

#### 4.3. No discriminación y protección frente al despido

Partiendo de la relevancia de la flexibilización de la prestación como fórmula más equilibrada para atender las responsabilidades familiares y sus posibles efectos en la promoción de la igualdad de género, merece cierta atención el régimen jurídico de tutela y garantía del derecho fijado en la Directiva, en tanto son notorias las diferencias marcadas entre la misma y la destinada a los tradicionales derechos de ausencia. Pese a que en sus considerandos se apuesta por la necesidad de tutelar al trabajador que se acoge a las fórmulas de trabajo flexible frente a la discriminación o contra cualquier trato menos favorable por este motivo, incluyendo el despido (C. 40 y 41), la protección contenida en su articulado no es equivalente a la establecida para el disfrute de los permisos. Pero es que incluso a aquel nivel las diferencias son notorias, exigiéndose la justificación por escrito de los motivos de su despido para quienes disfruten de un permiso más no para quienes se acogen a las fórmulas flexibles de trabajo (C.41). Misma reflexión cabe hacerse en relación con la carga de la prueba (C. 42).

El artículo 9 de la Directiva al regular las fórmulas de trabajo flexible reconoce el derecho a retornar al modelo de trabajo original en los términos vistos, pero no hubiera estado de más haber reforzado expresamente el mantenimiento de los derechos laborales en el art. 10, como sí se hace en relación con los distintos permisos.

Desde luego el art. 11 de la Directiva incorpora un principio de no discriminación por conciliación cuando señala que los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o ejercido los permisos en ella reconocidos o los derechos previstos en el art. 9, esto es, las fórmulas de trabajo flexible. En este momento ya resulta evidente que la propia Directiva parte de una innegable vinculación del ejercicio de estos derechos con la discriminación, que seguramente debe ser por razón de género, incluida la vertiente “por asociación”<sup>29</sup> pero no lleva esta tutela a su máxima expresión en lo que hace a la protección frente al despido.

<sup>29</sup> Fernández, 2020: 26. Vid. la STSJ Galicia 16 de abril de 2021 (rec. 754/2021), que remite a la STC 71/2020, de 29 de junio, sobre la discriminación refleja o por asociación. *In extenso*, Maneiro, 2021: 25 ss. Autorizada doctrina en la materia crítica que la Directiva no exprese con rotundidad en su articulado que la discriminación, en términos de

A nuestro juicio, cabe hacer grandes objeciones a la regulación contenida en el art. 12 de la Directiva 2019/1158 que traza una clara línea de frontera entre la tutela brindada tras la solicitud o el ejercicio de los permisos e, inclusive, del *tiempo de ausencia* previsto en el art. 9 y el resto de fórmulas de trabajo flexible. Esta referencia al tiempo de ausencia se introduce *ex novo* y pudiera ocasionar ciertas dificultades exegéticas. Como vimos, se contempla expresamente la reducción del tiempo de trabajo y a eso parecería ceñirse la mención que ahora se comenta. No obstante, una interpretación extensiva, atendida la finalidad de la norma (la tutela del ejercicio de los derechos de conciliación) permitiría también equiparar ausencia con “no presencialidad”, como la derivada de un posible ejercicio del derecho a disfrutar de la prestación a distancia.

La redacción del precepto contrasta con el posicionamiento extensivo que deriva del considerando 41 de la Directiva que estima que “Los trabajadores que ejercen su derecho a acogerse a los permisos o a las fórmulas de trabajo flexible contempladas en la presente Directiva deben estar protegidos contra el despido y contra cualquier medida de preparación para un posible despido por haber ejercido su derecho a solicitar tales fórmulas de trabajo flexible, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

Ahora bien, ya aquí marca la distancia entre la solicitud al empresario de que justifique debidamente la causa del despido, aplicable a los derechos que nos ocupan, y la obligación de justificar por escrito los motivos del despido que solamente se aplica a los permisos, como luego se refleja expresamente en el art. 12.2. Mismas diferencias se consolidan con relación a la carga de la prueba que únicamente corresponde al empleador para los permisos, más no para las fórmulas de trabajo flexible.

La necesidad de este tipo de protección, sin embargo, era explícita en la propuesta de la Presidencia Estonia<sup>30</sup> que la extendía sin ambages a quienes hubieren ejercido el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible (C. 23, 24 y 25 y artículo 12), incluida la carga de la prueba para el empleador acerca de que el motivo de su decisión es ajeno al ejercicio del derecho a solicitar (o disfrutar, habría que añadir) las fórmulas de trabajo flexible.

Esta falta de similitud, unida a la propia ausencia de previsión expresa en la norma interna, parece apuntar a un derecho de segunda categoría, sin encontrarse a la altura de los tradicionales derechos de conciliación (centrados en la ausencia), mientras que, si se pretende avanzar en este terreno, en especial en aras a la igualdad de género, el derecho debería venir dotado de la máxima protección<sup>31</sup>. El trabajador pretende “alterar” una faceta de su relación de trabajo, el modo o el tiempo de la prestación (jornada y/u horario), que pertenece típicamente al núcleo de los poderes directivos y organizativos del empresario, sin merma alguna de retribución como regla y sin sacrificios adicionales, algo que puede encontrar ciertas reticencias del lado empresarial.

---

tratamientos menos favorables del art. 11, constituye precisamente una discriminación por razón de sexo, Cabeza, 2020: 77.

<sup>30</sup> Informe de situación dado durante la Presidencia Estonia el 24 de noviembre de 2017, Expte. 2017/0085 (COD). Redacción que debía haberse mantenido. En general, sobre el tratamiento de la nulidad del despido en el orden comunitario, Nieto, 2021: 13 ss.

<sup>31</sup> Para Lousada, 2021: 35, causa cierta decepción que la flexibilización de la carga de la prueba no se extienda a la solicitud o disfrute de una fórmula de trabajo flexible (art. 9).

No obstante, autorizada doctrina estima que la decisión legislativa puede ser razonable, dada la amplísima configuración del derecho de adaptación que la hace poco compatible con la extensión de las garantías en materia extintiva (Goerlich, 2020: 5; Cabeza, 2020: 73). Posición que nos resulta difícil compartir en tanto el acto que puede resultar contrario al derecho de igualdad se debe a la solicitud (o al correspondiente disfrute del cambio solicitado) y, por ende, poco tiene que ver, en esencia, con la heterogeneidad de las medidas que cabe incluir en el catálogo ejemplificativo de la propia Directiva.

Por otra parte, también cabría plantear la sombra de la duda del riesgo de incremento de recurso a este tipo de solicitud -sin perjuicios económicos- de manera fraudulenta para intentar conseguir un blindaje frente al despido. Ahora bien, esta situación también se da con la reducción de jornada; de hecho, no es desconocida en la práctica judicial que, constatada tal circunstancia, ha descartado sin ambages la calificación de nulidad del despido<sup>32</sup>. Es ostensible, al igual que en otros<sup>33</sup> casos como pudieran ser las denuncias falsas en temas como el acoso, que una posible actuación ilegítima de una minoría no debiera conllevar la estigmatización de la mayoría ni la falta de respuesta contundente del ordenamiento en orden tanto a la tutela del derecho a la conciliación, con la consiguiente nulidad, ni a la protección frente a comportamientos fraudulentos encaminados a obtener una garantía injustificada de un derecho impostado.

Resulta indudable que la Directiva hace a los Estados responsables de proteger a los trabajadores que ejercen sus derechos de conciliación, cuestión a la que nos referiremos *infra* al hilo de las propuestas para el Derecho interno, que también se ha mostrado timorato en este asunto y no ha incluido la protección frente al despido para la solicitud o ejercicio de este tipo de derecho. El caso es que una medida de este tipo ya existe en el ET, pues frente a las objeciones señaladas de la posible amplitud de los derechos, nótese cómo se incluye expresamente en el art. 53. 4 b) y 55.4 b) ET la nulidad para el despido “de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta Ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la protección integral”, entre los que se incluye, como es sabido, el derecho de adaptación. Aunque es evidente que aquí el colectivo protegido está mejor delimitado y, afortunadamente, su despliegue es menos frecuente, ello no es óbice para encontrar una respuesta adecuada también en el caso que nos ocupa.

## 5. Propuestas de mejora de la norma interna

### 5.1. Hacia una mayor efectividad del derecho de adaptación

Pasando el foco de atención a la norma interna<sup>33</sup>, un sector mayoritario de la doctrina apunta a la insuficiencia de la legislación, pues si se pretende fomentar la igualdad y

<sup>32</sup> A modo de ejemplo, ATS 12 de septiembre de 2018 (rec. 4347/017) que descarta la nulidad al tratarse de una solicitud de reducción de jornada, formulada cuando ya se conoce que se va a proceder el despido, para blindar el contrato y evitar el despido. También STSJ Madrid 28 de diciembre de 2017 (rec. 273/2017).

<sup>33</sup> Puede verse, Ballester, 2019: 14 ss; Lousada, 2019: 70 ss; Pastor, 2019: 1 ss.

la corresponsabilidad se precisaría un reconocimiento del derecho de forma indubitada, abierta y efectiva como se hace en relación a otros derechos conciliatorios, en consonancia con su dimensión constitucional, en tanto los obstáculos a los mismos obligan, principalmente a las mujeres, a optar por otros derechos menos ventajosos (Jover, 2019: 71).

Convendría, además, apostar por fórmulas más garantistas para algunos supuestos. Así, pese a no plasmarse expresamente en el articulado, es conveniente traer a colación la mención contenida en el considerando 37 de la Directiva 2019/1158 a que las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros. Criterio que debía erigirse en pauta de interpretación a la hora de evaluar las solicitudes y no estaría de más que tuviera un reflejo concreto en el orden interno, inclusive reconociendo en determinados casos un derecho subjetivo a la adaptación, a salvo la imposibilidad técnica.

Por su parte, el art. 8.3 de la Ley 10/2021, sobre trabajo a distancia, encomienda a los convenios o acuerdos colectivos el establecimiento de mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades, procurando evitar que en el diseño de estos mecanismos se perpetúen los roles y estereotipos de género, teniendo en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa. En fase de proyecto, sin embargo, se establecía una expresa prioridad para acceder al teletrabajo de las personas con responsabilidades familiares así como el derecho al trabajo a distancia ocasional por fuerza mayor familiar que desaparecieron del texto definitivo. El motivo podría situarse en las críticas vertidas sobre los riesgos de una identificación entre trabajo a distancia y conciliación, apostándose por defender su neutralidad, considerando positivo que se plantee como una alternativa abierta a todo tipo de trabajadores, sin cuestionar los motivos o causas del mismo, aun cuando llamando a la negociación colectiva a la regulación de ciertas preferencias por razones familiares (López Álvarez, 2020: 108, 113 y 118), espacio que esperemos sea capaz de cubrir en los términos extensivos que desarrollaremos *infra*.

En relación con el regreso al puesto de trabajo resulta patente la defectuosa redacción de la regulación interna que es menos explícita que la comunitaria en cuanto al reconocimiento del derecho incondicionado del trabajador de vuelta a su puesto de origen dentro del plazo solicitado-concedido. Es más precisa en este sentido la Directiva al contemplar dos supuestos distintos: la vuelta dentro de lo pactado y el retorno anticipado. En el primer caso, un derecho perfecto, en el segundo un derecho a solicitar el regreso, quedando a la decisión de la empresa sobre su concesión. Esta clara discrepancia y la os-

curidad de la norma nacional aconsejan una revisión del texto legal, como ha propugnado ya también un sector de la doctrina (Núñez-Cortés, 2020: 23).

A estas alturas es notorio que el gran problema es la aplicación práctica de la norma que descansa en la ponderación judicial de los intereses en juego, dado el escaso detalle que el legislador ha prestado a los elementos a considerar, papel que excede de la función jurisdiccional, con importantes divergencias y cierto grado de inseguridad jurídica (Pérez, 2021: 12 ss; Sánchez-Urán, 2019: 1 ss). No estaría de más un ejercicio de especificación de las causas de denegación en el propio texto legal, así como la previsión de sistemas alternativos de solución del conflicto<sup>34</sup>. Si como veremos *infra*, nuestra propuesta pasa por la extensión de la gestión flexible del trabajo en favor de los empleados, mientras sigamos ante causas tasadas y un procedimiento de solicitud, negociación y concesión altamente protocolizado, debería apostarse por una regulación más estricta en cuanto a las razones que justifican la negativa empresarial, ceñida de manera más rígida a la imposibilidad técnica u organizativa de la empresa, descartando meras ventajas económicas, además de regular expresamente las fórmulas de protección de los trabajadores que ejercen tales derechos

Asimismo, si tenemos en cuenta que se contemplan otros supuestos de adaptación en la norma (por razones preventivas, formativas o de protección a las víctimas de la violencia de género) sería conveniente la reunificación de todos ellos y la previsión de reglas de prioridad aplicativa. También cierta respuesta expresa acerca de si los deberes de adaptación impuestos al empresario son títulos habilitantes para la modificación sustancial de condiciones de otros trabajadores, a lo que probablemente ha de responderse de forma positiva.

## 5.2. Medidas de promoción y fomento de las fórmulas de trabajo flexible ¿en especial para los varones?

En primer lugar, seguramente hubiera sido adecuado, por su carácter especialmente pedagógico, conservar la referencia introducida en el párrafo 2º del art. 34.8 ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, a la “obligación de promover el uso de jornadas continuadas, horarios flexibles u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que sean más compatibles con la garantía de esos derechos y la mejora de la productividad en las empresas”. Aunque es cierto que su presencia ha sido meramente decorativa, puesto que en los años de vigencia de este aserto no se acometieron actuaciones por parte de los sucesivos gobiernos y tampoco parece existir un interés especial de la patronal a negociar temas atinentes a la flexibilidad de la jornada, donde el fiel de la balanza actualmente está bastante inclinado a su favor.

Por su parte, el Dictamen del CESE sobre la Directiva destaca que las fórmulas de trabajo flexible no deben tratarse como una “cuestión relativa a las mujeres”, centrándose

---

<sup>34</sup> También la doctrina hace interesantes propuestas tanto de creación de órganos de mediación para estos conflictos como de uso de sistemas de alternancia, suplencia o permuta entre los propios trabajadores de la plantilla, que facilitarían un uso más flexible del tiempo de trabajo no solo para atender necesidades familiares sino también otros intereses personales, Martínez Moreno, 2020: 21.

en las madres o mujeres que deben cuidar a sus familiares dependientes. Las empresas deben fomentar las fórmulas de trabajo flexible tanto para los hombres como para las mujeres, y deben contribuir a una evolución cultural que se ajuste a las aspiraciones de hombres y mujeres y que también fomente una mayor igualdad profesional (punto 4.4.4: 7).

En este sentido sería interesante el promover, fomentar o incentivar este tipo de medidas tanto desde las instancias públicas como dentro de las políticas de conciliación y/o los planes de igualdad de las empresas. Ámbito donde también ostenta un relevante papel el convenio colectivo. Como se sabe, la llamada al convenio por parte del art. 34.8 ET pone especial cuidado en reclamar que la regulación de los términos de ejercicio del derecho se acomode a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno y otro sexo.

Un sector de la doctrina considera que en la regulación del derecho de adaptación el legislador no ha tenido en cuenta la perspectiva de la corresponsabilidad, estimando necesario abordar el derecho incluyendo la regulación del uso alternativo entre los trabajadores hombres y mujeres respecto de sujetos causantes comunes, ya se trate de hijos/as o de familiares, a fin de superar el tradicional rol de cuidadoras de las mujeres, que mantiene y acrece la brecha de género (López Balaguer, 2019: 117), inclusive incentivos que favorezcan la utilización por parte de los varones (De la Puebla, 2020: 9). Igual la configuración del propio instrumento (la flexibilidad en la forma o en la organización del tiempo) es suficiente garantía para un progresivo incremento de la utilización por los varones y de un uso intensivo por las trabajadoras, en detrimento de otras medidas de ausencia más perniciosas para sus intereses laborales. El convenio habrá de evolucionar hacia la extensión al conjunto de la plantilla, sin sujeción a solicitud y causa concretas, asunto en el que incidiremos *infra*.

### 5.3. Instrumentos específicos de tutela

Como hemos señalado en un apartado anterior, aunque la protección brindada a los trabajadores frente a la discriminación y el despido no se equipara a la prevista para los permisos, se otorga cierto grado de tutela y, además, el art. 14 de la Directiva encomienda a los Estados Miembros la previsión de “*las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los trabajadores que sean representantes de los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra las consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una demanda contra la empresa o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva*”.

Por su parte, el considerando 44 afirma que para la aplicación efectiva de los principios de igualdad de trato y de oportunidades es necesario que los trabajadores gocen de una protección judicial adecuada contra cualquier trato o consecuencia desfavorable resultante de una denuncia o procedimiento relacionado con los derechos contemplados en la presente Directiva. Las víctimas pueden verse disuadidas de ejercer sus derechos ante el riesgo de posibles represalias, por lo que deben recibir protección contra cualquier trato desfavorable cuando ejerzan los derechos que les otorga la presente Directiva.

En este sentido, la alternativa del trabajador entre solicitar una adaptación o una reducción de jornada, más nociva para los intereses económicos e, inclusive, para la progresión profesional, puede verse condicionada por el temor a las represalias o a un posible despido que, a la postre, goza de una mayor tutela en el segundo de los supuestos. De ahí la trascendencia de darle también una garantía de nulidad a las fórmulas de trabajo flexible disfrutadas o solicitadas por el trabajador.

Sin embargo, es fácil constatar que hasta el momento en el orden interno no se ha adoptado ninguna medida específica, caracterizándose por un mutismo pleno, sin considerarse necesario incluir esta cuestión en el art. 34.8 ET ni completar el listado de derechos de conciliación (solicitados o disfrutados) de los arts. 53.4 y 55.5 ET que conducen a la nulidad del despido si son carentes de causa, a pesar de que estos apartados han sufrido algunas modificaciones por el propio RDL 6/2019<sup>35</sup>. Los bien pensantes aventurarían que se trata de un simple olvido, sin embargo, a estas alturas, no sería raro conjeturar que estemos ante una omisión consciente por parte del legislador. En definitiva, aunque no se tengan certezas sobre las motivaciones subyacentes, la regulación interna no se ajusta bien al régimen aún insuficiente previsto en la Directiva, que en última instancia encomienda esta tarea de tutela “diferenciada” a cada Estado miembro.

Lo más atinado sería la inclusión expresa del supuesto (despido consecuencia de la solicitud o de la adaptación) entre los que reciben la calificación de nulidad tanto en relación con el despido disciplinario como a la extinción por causas objetivas. A similar conclusión llega la doctrina que extrae de la genérica obligación de los Estados miembros de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias<sup>36</sup> ex art. 13 que la calificación habría de ser de procedencia o nulidad, en todo caso (Fernández, 2020: 28; Rodríguez Escanciano, 2020: 9).

Ahora bien, en espera de los deseables cambios en este sentido, que cumplirían una clara función disuasoria de los incumplimientos empresariales y supondrían un modo de promover el ejercicio del derecho, contribuyendo a la igualdad efectiva, habrá que acudir a las normas generales de protección frente a posibles tratos discriminatorios o a las represalias. Algún pronunciamiento judicial<sup>37</sup> ya ha iniciado esta trayectoria mediante el recurso a una interpretación, ciertamente extensiva, de la garantía de indemnidad, estimando la “solicitud” (comunicación en el caso enjuiciado) como un acto “equivalente” a los previos o preparatorios al proceso<sup>38</sup>. Aunque el planteamiento aparentemente es algo

<sup>35</sup> *In extenso*, Fernández, C., García, E. y López, M, 2019: 169 ss. Puede verse, Poquet, 2020: 86 ss

<sup>36</sup> Como señala el considerando 43 dichas sanciones pueden incluir sanciones administrativas y económicas, como multas o el pago de una indemnización, así como sanciones de otro tipo. En relación con el art. 18 de la Directiva 2006/54, la STJUE 17 de diciembre de 2015 (C-407/14, Arjona Camacho) admite que los daños punitivos podrían tener cabida en este tipo de sanciones, aunque descartando que hayan de imponerse en todo caso, en tanto el precepto no exige una medida determinada a los Estados miembros en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación.

<sup>37</sup> STSJ Extremadura (Cáceres) 5 de julio de 2018 (nº rec. 335/2018). Alguna autora admite la posible aplicación de las reglas generales, si se acredita un panorama indiciario de vulneración de derechos fundamentales y la empresa no justifica suficientemente el motivo de su decisión extintiva, Aragón, 2020: 13; Jurado, 2020: 22. Lo reconduce a la aplicación de las reglas generales sobre vulneración de los derechos fundamentales, Goerlich, 2020: 5.

<sup>38</sup> Sobre la extensión de la garantía a reclamaciones internas del trabajador en la empresa, aunque la doctrina judicial se muestra claramente dividida, entre otros, Todolí, 2020: 99 ss, quien considera que no debería seguir exigiéndose en este terreno una manifestación expresa del trabajador de acudir a los tribunales, p. 112.

forzado, se enmarca en una línea ya bien conocida de expansión de la garantía de indemnidad<sup>39</sup>, trayectoria que se ha mostrado bastante efectiva para tutelar los derechos en liza. La ventaja clara es que legitima el uso de la prueba indiciaria de forma que, aportados los pertinentes indicios por el trabajador, correspondería al empresario demostrar que su decisión descansa en causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. Respuesta con perfecto encaje en la referencia de la Directiva a cualquier procedimiento iniciado para hacer valer los derechos, aquí la propia solicitud.

En esta línea de defensa, no cabe ignorar, en modo alguno, la dimensión constitucional (Rodríguez Ruiz, 2015: 355 ss; Reche, 2014: 221 ss) del derecho que nos ocupa a tenor de los distintos pronunciamientos del TC (entre otras, SSTC 3/2007, 15 de enero y 24/2011, 14 de marzo). Es el caso de la Sentencia 26/2011, 14 de marzo, donde pese a ser el padre el solicitante de un cambio de turno, el Tribunal entiende vulnerado el derecho a la no discriminación “por cualquier condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE), en conexión con el mandato contenido en el art. 39 CE, “nueva” causa de discriminación fundada en razones familiares<sup>40</sup> rebatida por el interesante voto particular que acompaña a la sentencia<sup>41</sup>. Para el magistrado disidente la razón de peso radicaría en la discriminación indirecta de la mujer, argumento que también es clave para la mayoría, pero que choca con el obstáculo de no ser un derecho del recurrente. Aspecto que él mismo destaca al señalar que el rechazo de su pretensión implica convertir, no a él, sino a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos. Ello serviría a los fines pretendidos de extensión de la protección frente al despido, aunque nuestra apuesta es la inclusión del supuesto en la norma interna, a fin de reforzar la tutela.

Por su parte, también cabe acudir al orden internacional, habida cuenta que la formulación realizada en el Convenio 156 OIT, de 23 de junio de 1981, es más amplia que la correspondiente de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 33), al señalar que “la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo” (art. 8). Y, por ende, el ejercicio de cualquier derecho de conciliación, aunque no comporte la ausencia del trabajo, a la que suelen ceñirla las disposiciones más específicas, debería desterrarse como causa de extinción del contrato de trabajo, acarreando la entrada en juego de las reglas de alteración de la carga probatoria,

---

<sup>39</sup> Línea muy marcada en la doctrina de nuestro TC, pero a la que tampoco es ajena el TJUE, entre otras, vid. la Sentencia de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18) donde se extiende la protección de un modo bastante flexible (más allá de las actuaciones de reclamación formal), a la trabajadora despedida por defender o apoyar a una mujer discriminada (en el acceso al empleo) por razón de su embarazo.

<sup>40</sup> Sobre este extremo en el que no vamos a profundizar más, Alonso, 2012: 141 ss.

<sup>41</sup> También encuentra objeciones en la doctrina, que entiende que se incardina mejor en la tutela antidiscriminatoria -tanto para mujeres como para hombres- por razón de sexo, JURADO, 2020: 22. No obstante, empieza a hablarse recientemente, en especial tras la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18, de la “discriminación masculina”; muy crítica con esta sentencia que no acoge la perspectiva de género, es limitativa de las acciones positivas igualatorias de las desventajas padecidas históricamente por las mujeres y acepta la discriminación individual masculina, Casas, 2021: 14, quien afirma que estamos ante “una jurisprudencia con un afán de igualdad loable cuando la maternidad y la paternidad y el cuidado corresponsable de los hijos tengan los mismos efectos sobre el trabajo de mujeres y hombres y sobre sus carreras de cotización para lucrar pensiones contributivas, lo que hoy no sucede, como los recalitrantes datos estadísticos demuestran palmariamente”. Por todas, sobre la perspectiva de género que ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas, STS 10 de enero de 2022 (rec. 1/2022).

debiendo pechar el empresario con la demostración de que concurren motivos no relacionados con la conciliación, cuya omisión comportará la nulidad del despido. Pese a las dificultades y a la amplitud de las medidas que integran las fórmulas de trabajo flexible, lo crucial debe ser llegar a determinar si la actuación empresarial constituye una represalia por la propia solicitud, que es la forma que el ordenamiento comunitario e interno han otorgado al derecho de adaptación legalmente reconocido, para garantizar su efectividad y con ello la igualdad de género. La extensión expresa arrojaría efectos positivos al favorecer la corresponsabilidad, dado el tono de neutralidad que presupone (Nieto, 2020: 20).

Tampoco ha actualizado el legislador el catálogo de infracciones y sanciones para dar cabida en sus precisos términos a los comportamientos del empresario contrarios al “derecho” del trabajador o a aquellos que se consideren discriminatorios en atención a tales motivos. Es patente que cabe acudir a los tipos generales en materia de jornada (art. 7.5 LISOS, entre las infracciones graves) o a las conductas discriminatorias o atentatorias de otros derechos fundamentales (ex arts. 8.11, 12 y 13 bis LISOS). Ahora bien, con la doctrina (Jurado, 2020: 24) cabe sostener que la aplicación del primero exige una interpretación acorde con el contenido del derecho, que en modo alguno es incondicionado y se reconduce a la solicitud, que ha de ser cursada, negociada y contestada por el empresario, sin que el legislador haya dado facultad alguna en orden a la ponderación de intereses en juego a los órganos administrativos, descansando de forma exclusiva en el poder judicial. Como es lógico, ello no obsta una posible sanción de comportamientos empresariales contrarios a la buena fe y, en particular, las negativas completamente injustificadas o la falta de estudio, atención y/o respuesta a la solicitud presentada por el trabajador en ejercicio de su derecho de adaptación. Comportamientos que, como se sabe, están conduciendo a la estimación de las demandas interpuestas por los trabajadores por parte de los juzgados de lo social<sup>42</sup>. De nuevo aquí, la tutela del derecho y sus efectos positivos sobre la igualdad de género con toda probabilidad exigirían un mayor esfuerzo de tipificación por parte del legislador.

#### *5.4. Hacia un mayor protagonismo de la persona que trabaja en la organización flexible del trabajo*

Si los pasos dados por la Directiva en orden al derecho de adaptación y su trasunto en la norma interna han de acogerse de forma favorable, no estamos ante el final del recorrido sino en el camino hacia un mayor equilibrio entre la flexibilidad pro empresa y pro operario. En este terreno faltan aún mayores garantías en la otorgada al empresario, en orden a evitar duplicidades, vías cumulativas de flexibilización y otras facultades exorbitantes, de dar entrada a la participación del trabajador en la compensación de los descansos y un nuevo papel para la negociación colectiva, entre los más significativos.

---

<sup>42</sup> La falta de respuesta suele llevar a acoger íntegramente la pretensión del/la solicitante, SJS n.2 León 17 de febrero de 2020 (proc. 981/2019); STSJ Asturias 23 de marzo de 2021 (rec. 425/2021); puesto que la falta de contestación vulnera los derechos fundamentales afectados según la STSJ Cataluña 19 de febrero de 2021 (rec. 4607/2020). También STSJ Asturias 28 de abril 2020 (rec. 3000/2019).

Uno de los campos de actuación más relevantes es la intervención de los trabajadores en el diseño de las fórmulas de trabajo flexible, sea a nivel de negociación colectiva, con la previsión de instrumentos de gestión directa por los trabajadores sin necesidad de sujeción a causa concreta, sea de forma más específica, a la hora del ejercicio del derecho de adaptación de la jornada<sup>43</sup>, enmarcado en actuaciones encaminadas a una mayor agilización de los procedimientos de solicitud y concesión, más restringida en su posible negativa que en la regulación actualmente vigente.

En el estadio actual de la cuestión, de los convenios colectivos, pese al papel mediocre en la articulación de los derechos de conciliación hasta el momento (Martínez Moreno, 2020: 13; Núñez-Cortés, 2020: 14) y la necesidad de un rol más activo (Jover, 2019: 68) cabría esperar un mejor tratamiento de las fórmulas de flexibilización, con especificación de sus aspectos esenciales (elección de turno, horario flexible de entrada y salida, bolsas o cuentas de horas, teletrabajo ágil y otras soluciones imaginativas), duración de la “adaptación”, posibles causas de extinción, si se estimase necesario, forma y momento para la reincorporación, entre los más significativos. En especial, urgen propuestas para la gestión flexible del tiempo de trabajo innovadoras, eficientes, equilibradas, ajustadas a las nuevas necesidades organizativas, productivas y sociales del siglo XXI<sup>44</sup>, en términos de neutralidad de género, huyendo de fórmulas rituales o de meras reiteraciones del texto legal. Afrontar el derecho de adaptación o las fórmulas flexibles en abstracto y de forma individual es un error que debe subsanarse acometiendo una nueva regulación del tiempo de trabajo más equilibrada y moderna, con un mayor peso de la voluntad de los trabajadores en su gestión (Martínez Yáñez, 2021: 7) pero sin dejar atrás las necesidades empresariales. Algo en lo que existe un importante grado de consenso, el problema estará en su alcance y la forma de ponerlo en práctica, así como de los instrumentos de regulación, incluidas fórmulas de *soft law*. El ET demanda una reestructuración y reforma de las viejas normas sobre tiempo de trabajo que atiendan a las nuevas realidades espaciotemporales marcadas por la extensión de las tecnologías, con ciertas dosis de flexibilidad y garantías mínimas ajustadas a los nuevos tiempos. Seguramente también previsiones para un recurso más flexible y puntual al teletrabajo para dar cabida a otras necesidades, imprevistos o intereses del trabajador.

De momento las posiciones de las partes en el uso de la gestión flexible del tiempo de trabajo no son parangonables, sin ni siquiera efectivos mecanismos de defensa del trabajador frente a los excesos de la empresa. Sin duda, resultan claramente insuficientes e imprecisos los pretendidos contrapesos a la flexibilización del tiempo de trabajo en forma de transparencia, información y negociación derivados de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles (Martínez Yáñez, 2021: 13). Por tanto, la norma interna ne-

---

<sup>43</sup> El protagonismo del convenio en esta materia va a encontrar algunos límites y, como se ha señalado, “una regulación en la negociación colectiva con un condicionamiento irracional o desproporcionado para el ejercicio del derecho a la adaptación que impidiese su aplicación en la práctica estaría vulnerando la prohibición de discriminación sexista”, LOUSADA, 2019: 24.

<sup>44</sup> La OIT (2019 b): 12) propone a las empresas implantar modalidades innovadoras de organización del tiempo de trabajo, combinando la eficiencia en los negocios con una mayor influencia del trabajador.

cesita relevantes ajustes hacia una ordenación del tiempo de trabajo más actual y equilibrada, intentando alcanzar soluciones que tutelen ambos intereses en juego y, en su caso, nivelando las dosis de flexibilidad de uno (la empresa) con cierta capacidad de decisión sobre su tiempo también del trabajador, con una mayor entrada en el tablero de juego de sus representantes.

Estas propuestas de extensión caminan en la dirección avanzada por la OIT acerca de la necesidad de los trabajadores de tener mayor soberanía sobre su tiempo (OIT, 2019 c): 41; Molina, 2019: 5 ss; Vega, 2020: 1 ss). Ahora bien, habrá que estudiar en cada contexto concreto estas posibilidades de ampliación que siempre deberán equilibrarse con las necesidades empresariales, caminando hacia una bidireccionalidad en el uso flexible del tiempo de trabajo, dotando a ambas partes de la relación de instrumentos que permitan el ajuste a los propios intereses.

Hablar de soberanía del tiempo de trabajo, en abstracto y referida exclusivamente al trabajador, seguramente no es el patrón más ajustado en el marco del trabajo por cuenta ajena y dependiente, pues cohonesta mal con los propios poderes inherentes al empresario. No obstante, las nuevas soluciones para la gestión flexible, dentro de una reforma más global del tiempo de trabajo, debieran garantizar que el trabajador vaya ganando parcelas donde su voluntad constituya un elemento determinante en la distribución de su jornada. Aun en esta tesitura habrá que pensar fórmulas de medición de la carga de trabajo y la fijación de ciertas reglas de mínimos que garanticen la seguridad, la salud y el bienestar de los trabajadores. El desafío, desde luego, no es modesto, ni va a resolverse de una forma inmediata, pero deben buscarse respuestas organizativas que se muevan en tal dirección en los márgenes permitidos en cada momento por el orden sociolaboral establecido que habrá de ir caminando en ese sentido.

El logro de mayores cotas de soberanía y la puesta a disposición de instrumentos de organización flexibles en favor de los intereses del trabajador, sin sujeción a solicitud ni a causa concreta, contribuirá a luchar eficazmente contra las desigualdades entre los hombres y mujeres e, incluso, entre los trabajadores en relación con su situación familiar.

## Bibliografía

- ALONSO BRAVO, M. (2012), “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 28.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A. (2020), “Futuro y tiempo de trabajo”, AA.VV.: *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*, OIT-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2021), “Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días”, *Trabajo y Derecho* nº 13 (extra).

- ARAGÓN GÓMEZ, C. (2020), “Tiempo de trabajo y conciliación: reducciones y adaptaciones de jornada por razones familiares”, *Trabajo y Derecho* nº 62 ([laleydigital.es](http://laleydigital.es)).
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2019), “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trabajo y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, vol. 4, nº 2.
- BLASCO JOVER, C. (2020), “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 451.
- CABEZA PEREIRO, J. (2012), “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak* nº 25.
- CABEZA PEREIRO, J. (2020), “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social* nº 92.
- CANALDA CRIADO, S. (2019), “La nueva Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440.
- CASAS BAAMONDE, M.E. (2021), “El control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y de la inaplicación de la Ley interna por los jueces y tribunales (Complementos de pensiones contributivas por maternidad y “discriminación masculina”)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 9.
- CORDERO GORDILLO, V. (2021), “Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral”, *IUS-Labor* nº 2.
- CHACÁRTEGUI JÁVEGA, C. (2013), “La Ley 3/2012, de 6 de julio. Una Reforma Laboral en detrimento de la dignidad y del concepto de trabajo decente de la OIT”, *Revista Jurídica de Castilla y León* nº 31.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. (2019), “Conciliación, régimen de turnos y adaptación de la jornada de trabajo”, *Revista Galega de Dereito Social* nº 9.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2020), “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* vol. 1, nº 3.
- DE LA CASA QUESADA, S. (2021), “Teletrabajo, género, riesgos psicosociales: una tríada a integrar en las políticas preventivas 4.0”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459.
- FERNÁNDEZ PRATS, C. GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M. (2019), *Los derechos de conciliación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. (2020), “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa* nº 12.
- GARCÍA CAMPÁ, S. y VENTURA FRANCH, A. (2021), “El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Vol. 9, nº 2.
- GARCÍA MÉNDEZ, I. (2021), “Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofund y la OIT sobre la flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº 13 ([laleydigital.es](http://laleydigital.es)).

- GOERLICH PESET, J.M. (2020), “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”, Tribuna en *El Derecho*, 22.01.2020 (<https://elderecho.com/goerlich>).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2019), “La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, nº 373.
- GUERRERO VIZUETE, E. (2018), “La conciliación entre vida laboral, personal y familiar una década después de la Ley Orgánica 3/2007”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 51.
- JOVER RAMÍREZ, C. (2019), “La nueva configuración del permiso de lactancia y del derecho de adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* vol. 7, nº 2.
- JURADO SEGOVIA, A. (2020), “Tutela del derecho”, en AA.VV., *Registro de jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*; La Ley, Madrid, La Ley 4968/2020.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. (2020), “Trabajo a distancia, conciliación familiar y corresponsabilidad”, LEÓN LLORENTE, C., *Teletrabajo y conciliación en el contexto de la COVID-19. Nuevos retos en el marco de la prevención de la violencia de género y la calidad de vida de las mujeres (PEVG 2020)*, UIC Barcelona-Thomson Reuters Aranzadi.
- LÓPEZ BALAGUER, M (2019), “El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 437-438.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., (2019) “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación”, *Revista de Derecho social y empresa* nº 11.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2021), *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Bomarzo, Albacete.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2021), “La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 463.
- MARTÍNEZ MORENO, C. (2013), “La recomposición del sistema de fuentes en la ordenación del tiempo de trabajo”, en ARGÜELLES BLANCO, A.R. y ROMERO BURILLO, A.M., (Dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- MARTÍNEZ MORENO, C. (2020), “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?”, *Revista de Derecho Social y Empresa* nº 12.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. (2021), “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho* nº 78.

- MIÑARRO YANINI, M. (2021), “Del fallido debate de la jornada de 35 horas a la de 32: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456.
- MIRANDA BOTO, J.M. (2019), “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español”, *Temas Laborales* nº 149.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2014), “Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial”, *Documentación Laboral* nº 100.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019), “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo de trabajo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2020), “Una “cuestión de género” en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 453.
- MORÁN ROA, S. (2019), “La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de la jornada: una herramienta para la igualdad de género y la productividad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF* nº 431.
- NIETO ROJAS, P. (2021), “Nulidad del despido y ejercicio de derechos de conciliación ¿es idéntica la protección para padres y madres corresponsables?”, en NIETO ROJAS, p. (Dir.), *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2020), “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 55.
- OIT (2016), *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra.
- OIT (2019 a), *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos*, Ginebra.
- OIT (2019 b), *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, Ginebra.
- OIT (2019 c), *Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra.
- PASTOR MARTÍNEZ, A. (2019), “Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trabajo y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor* nº 1.
- PERÁN QUESADA, S. (2019), “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (2021), F., “Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación de tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, nº 2.

- POQUET CATALÁ, R. (2020), “Análisis del despido nulo ex art. 55.5 ET”, *Femeris*, Vol. 5, nº 3.
- RAMOS QUINTANA, M.I. (2020), “La nueva Estrategia Europea para la Igualdad: orientaciones, iniciativas y acción política bajo el mandato de Von der Leyen”, *Trabajo y Derecho* nº 66 (laleydigital.es).
- RECHE TELLO, N. (2014), “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 24.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. (2016), “Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad: ejes claves para la gestión del mercado de trabajo actual”, en SÁEZ LARA, C., (Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, Murcia.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. (2021), “Acciones legislativas en torno al salario y al tiempo de trabajo: el obligado avance de la normativa laboral desde una perspectiva de género”, en SÁEZ LARA, C., NAVARRO NIETO, F. y GÓMEZ CABALLERO, P. (Coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico. Libro homenaje a Federico Durán López*, Madrid.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2020), “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley* nº 8600, La Ley 2768/2020 (laleydigital.es).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2021), “Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* nº 13, a).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2021) b), “Derecho de una abuela a la adaptación del horario de trabajo por motivos de conciliación: necesidad de acreditar la situación de necesidad familiar”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 9, b).
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. et altri (Dirs) (2020), *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025: un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, Albacete.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B. (2015), “La dimensión constitucional de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista Española de Derecho Constitucional* vol. 35, 103.
- SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y. (2019), “Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 8.
- SERRANO ESPINOSA, G.M. (2021), “Conciliación, sí; pero mejor corresponsabilidad”, *Diario La Ley* nº 9890.
- SOLÁ i MONELLS, X. (2015), “La elaboración del calendario laboral vulnerando la competencia de consulta de los representantes de los trabajadores (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (Recurso 2730/2013))”, *IUSLabor*, nº 1.
- TODOLÍ SIGNÉS, A. (2020), “La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 449-450.
- VEGA RUIZ, M.L. (2020), “La soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional”, *Revista de Derecho Social y Empresa* nº 13.

# Mujeres y Covid

## Women and Covid

Alejandra Selma Penálvarez  
*Catedrática de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia*  
ORCID: 0000-0003-2116-0057

Recibido: 28/11/2021  
Aceptado: 27/02/2022  
doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6945>

*Resumen.* Las mujeres, en el Siglo XXI siguen teniendo una presencia mayoritaria en los denominados “trabajos de cuidado”, tanto retribuidos como no retribuidos, lo que las ha colocado en primera línea del riesgo de contagio en tiempos de coronavirus, situación que claramente ha influido en sus oportunidades de mantener y conservar un empleo, al mismo tiempo que ha hecho surgir nuevos conflictos laborales hasta ahora desconocidos. En el presente trabajo se realiza un recorrido detallado por los diferentes aspectos prácticos, directa o indirectamente relacionados con el mercado de trabajo, en los que la pandemia mundial ha afectado con más intensidad a mujeres que a hombres.

*Palabras clave:* Epidemia, coronavirus, precariedad laboral, conciliación de la vida familiar y laboral, seguridad y salud laboral.

*Abstract.* Women, in the 21st century continue to have a majority presence in so-called “care jobs”, both paid and unpaid, which has placed them in the forefront of the risk of contagion in times of coronavirus, a situation that has clearly influenced their chances of keeping and keeping a job, at the same time that it has given rise to new labor disputes previously unknown. In this paper, a detailed tour is made of the different practical aspects, directly or indirectly related to the labor market, in which the global pandemic has affected women more intensely than men.

*Keywords:* Epidemic, coronavirus, job insecurity, reconciliation of family and work life, occupational health and safety.

### **1. Consideraciones iniciales: ¿verdaderamente hay diferencia entre mujeres y hombres?**

Este año 2021 ha sido un año diferente. La epidemia mundial de coronavirus, que ahora empieza a suavizar sus efectos después de causar serios estragos, ha motivado un cambio radical en las relaciones productivas, suscitando problemas antes desconocidos que, durante muchos más meses de los esperados, pasaron prácticamente a desplazar, por

su importancia, a los problemas tradicionales de los que adolecía nuestro mercado laboral. Pocas son las empresas o los sectores de actividad que han resistido con mayor o menor contundencia a los duros embates de la crisis económica y social derivada del coronavirus, mientras que el legislador se esforzaba, no siempre con éxito, en idear estrategias que permitan suavizar la incidencia laboral y económica que el confinamiento, el distanciamiento social, los cierres perimetrales o los límites de aforo han provocado en nuestro sistema productivo. Tanto es así que puede afirmarse que la epidemia ha provocado cambios sociales y económicos importantes que han dejado una huella imborrable en el mercado laboral, no solo de nuestro país, sino posiblemente del mundo entero.

En este contexto tan poco alentador, surge, sin duda, una pregunta obligada: ¿realmente la epidemia mundial de coronavirus ha afectado con más intensidad a mujeres que a hombres? ¿Realmente puede encontrarse una diferencia de género en lo que a las consecuencias del coronavirus se refiere? Y es que, parece que tal es su intensidad y alcance que, salvo excepciones muy concretas, todas las personas han empeorado su calidad de vida en los últimos meses, al mismo tiempo que han visto reducirse sus expectativas y oportunidades laborales con motivo de la epidemia, por lo que, a primera vista, intentar encontrar una diferencia por géneros, parecería absurdo y forzado. Ahora bien, una primera aproximación a las cifras estadísticas que ha arrojado el mercado laboral en estos meses de pandemia, permite, claramente, llegar a una conclusión totalmente contraria.

Y es que mientras los datos médicos demuestran que la mortalidad derivada de complicaciones causadas por la infección de COVID-19, es sustancialmente más acusada en varones<sup>1</sup>, los datos sociales y económicos, por el contrario, confirman que la incidencia laboral y económica derivada de la epidemia ha sido más acusada entre las mujeres<sup>2</sup>, y esto ha ocurrido por su elevadísima implicación en los trabajos de cuidado, tanto en lo que respecta al trabajo retribuido, desempeñado por cuenta propia o ajena, como al trabajo no retribuido que se realiza en el ámbito familiar como aspecto indisolublemente vinculado a la conciliación de la vida familiar y laboral.

La confluencia de ambos factores ha colocado a las mujeres en general, y a las personas trabajadoras de sexo femenino en particular, en primera línea del riesgo de contagio, lo que ha suscitado múltiples conflictos laborales, ha generado una sucesión de adaptaciones (previsiblemente temporales) de nuestro ordenamiento jurídico, destinadas a hacer frente, con carácter circunstancial, a las nuevas necesidades sociales surgidas durante la epidemia y, en definitiva, ha planteado infinidad de dudas y lagunas interpretativas, así como nuevas necesidades de protección que hubiese sido imprescindible atender con el fin de garantizar que las prestaciones de servicios se desarrollan, en estos convulsos

---

<sup>1</sup> Aunque las probabilidades de contagio son las mismas para mujeres y hombres, estadísticamente, a nivel mundial, se ha demostrado que la tasa de fallecimiento masculina casi duplica a la femenina. España no se aparta de esta regla general. Al respecto, véanse los datos facilitados por el Ministerio de Sanidad relativos a la diferenciación por géneros en causas de mortalidad. Ministerio de Sanidad - Portal Estadístico del SNS - Estadísticas, Informes y Recopilaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad - Mortalidad.

<sup>2</sup> Se trata de una situación que se comparte, con similar intensidad, a nivel mundial. En concreto, las cifras de desigualdad registradas en España, se pueden apreciar con claridad, entre otros documentos, en el estudio específico sobre la cuestión encargado por la Comunidad de Madrid, cfr. <http://www.madrid.org/iestadis/fijas/estructu/sociales/covidminf.htm>.

tiempos, no solo bajo una estricta seguridad y salud laboral, sino también siguiendo una escrupulosa seguridad jurídica.

## 2. Violencia de género y confinamiento. Más difícil todavía

Uno de los principales aspectos sobre los que los medios de comunicación se ocuparon de hacer hincapié al declararse el estado de alarma, fue el repunte esperado que, esta situación de convivencia forzada, unida al estrés laboral, familiar y social que implica sobrellevar la epidemia, podía desencadenar en los episodios de violencia machista. Y es que en un primer momento las cifras no eran nada alentadoras: durante las primeras semanas de confinamiento forzoso a las que obligó la declaración nacional de estado de alarma durante el mes de marzo de 2020, las peticiones de actuación y/o atención psicológica cursadas por víctimas de violencia de género se habían incrementado en más del 60% en comparación con las registradas a lo largo del mismo periodo del año anterior<sup>3</sup>. Se demostraba así que la (ya por sí misma difícil de lograr) protección integral a las víctimas de violencia de género, estaba enfrentándose a uno de los retos más difíciles de la historia<sup>4</sup>.

Ésta es la explicación a la extraordinaria y urgente necesidad que motivó la promulgación del RD-Ley 12/2020 de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, con el que, buscando dar respuesta a las necesidades de protección de las víctimas de violencia de género en este nuevo contexto, se adoptan una serie de medidas destinadas a adaptar la prestación de los servicios de asistencia integral y protección a las víctimas a las circunstancias excepcionales a las que se ve sometida la ciudadanía durante el confinamiento total o parcial que imponen las circunstancias sanitarias, con el fin de mejorar su eficacia. Se trata de una norma que fue promulgada apenas 15 días después de la declaración del estado de alarma y de eficacia inmediata<sup>5</sup>.

Entre otras, las medidas adoptadas fueron las siguientes: considerar como servicio esencial la asistencia integral a las víctimas con el fin de garantizar la efectiva prestación de estos servicios las 24 horas del día, 7 días a la semana; iniciar la campaña «Estamos contigo, la violencia de género la paramos unidas», destinada tanto a víctimas como a posibles testigos o familiares, con la que se persigue identificar, visibilizar y denunciar cualquier episodio de violencia machista; también se activa un servicio psicológico inmediato a través de WhatsApp con el fin de agilizar la atención a la víctima, sin necesidad de realizar desplazamiento físico de ningún tipo. Al mismo tiempo, se elabora una guía de actuación para

<sup>3</sup> Según datos publicados por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género en 2020, año en el que se sufrieron más duramente los efectos de la pandemia, incluyendo las llamadas al 016, las consultas online y la atención realizada a través de WhatsApp. Las cifras de violencia de género correspondientes al año 2021, se pueden consultar en Boletines Estadísticos Mensuales Año 2021 - Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género ([igualdad.gob.es](http://igualdad.gob.es))

<sup>4</sup> El riesgo de que la declaración de confinamiento ordenada por el art. 7 del RD 463/2020 ante la declaración del estado de alarma agravasen los episodios de violencia de género ya se ha puesto de manifiesto por múltiples autores: Lorente Costa, 2020 y Magro Servet, 2020.

<sup>5</sup> En este caso, intentando actuar con la mayor celeridad posible habida cuenta de la gravedad de la situación, el citado RD-Ley fue promulgado el 31 de marzo de 2020 y publicado en el BOE el 1 de abril de 2020, entrando en vigor al día siguiente: esto es, el 2 de abril de 2020.

mujeres víctimas de este tipo de violencia, destinada a facilitar información muy útil acerca de los diferentes instrumentos y medidas de apoyo existentes y la forma de activarlos.

Precisamente con el fin de reforzar la asistencia a las víctimas en momentos en los que se esperaba un repunte de episodios violentos y de evitar listas de espera, cuyos efectos, dada la situación, podrían ser terribles, se acuerda la posibilidad de utilizar también establecimientos de alojamiento turístico para que las víctimas de violencia de género pudiesen residir temporalmente en el caso de saturación de los centros de alojamiento de las víctimas de este tipo de delitos que tuviesen preparados Comunidades Autónomas y Municipios. Por su parte, a nivel nacional se activa el llamado «Botón SOS» en la App *AlertCops* destinada a facilitar la petición de ayuda de las víctimas. Se trata de un mecanismo con el que, de forma muy sencilla, se requiere la actuación inmediata de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad, gracias al cual, la víctima podría enviar con rapidez un mensaje con geolocalizador pidiendo presencia policial inminente.

Es importante destacar que, en tiempos en los que el teletrabajo, por motivos evidentes, ha irrumpido con fuerza en el contexto productivo, no sirven de nada las medidas laborales tradicionales de protección a las víctimas de violencia de género, pensadas para adaptar la jornada, el horario, turno o lugar de prestación de servicios con el fin de evitar contacto o coincidencia alguna con un potencial agresor, en las que nunca se pudo contemplar el confinamiento forzoso y obligado entre agresor y víctima.

Y es que, aunque el teletrabajo normalmente permite a quien lo realice, desempeñarlo en el lugar que desee, la flexibilidad (muchas veces, también de horario) que esto implica, no servirá de nada si víctima y agresor siguen conviviendo en el mismo domicilio. Todo lo contrario, el teletrabajo unido a la restricción de la libertad deambulatoria provocada por la declaración del estado de alarma, agravarán las oportunidades de conflicto. Ante esta situación, se hace imprescindible intensificar los esfuerzos en concienciar a las víctimas para que no dejen pasar desapercibidos los episodios de agresión, y se decidan a denunciar la situación, así como a romper la convivencia cuanto antes con el potencial agresor.

El resultado conjunto de todas estas iniciativas puede decirse que ha sido exitoso, al menos, desde el momento en el que el número de víctimas mortales de la violencia de género ha sido en 2020 el más reducido de los últimos años (45 víctimas en 2020, frente a las 55 de 2019, 51 de 2018, 50 de 2017, 49 de 2016, y nada menos que 60, de 2015)<sup>6</sup>, por lo que debe reconocerse que la finalidad protectora que justificó la urgente aprobación del RD-Ley 12/2020, finalmente ha permitido alcanzar el objetivo deseado pues, prestando un servicio ininterrumpido y en varios idiomas, se ha logrado canalizar exitosamente el número más alto de peticiones de ayuda cursadas hasta la fecha, contribuyendo así a cumplir el propósito que, desde un primer momento, la citada norma pretendía: prevenir, controlar y minimizar los efectos de la violencia de género en periodos de confinamiento.

---

<sup>6</sup> Datos publicados en la página web de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad. Cfr. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/home.htm>.

### 3. Pandemia y precariedad laboral con nombre de mujer

Otro de los aspectos en los que la pandemia ha dejado también una huella muy marcada sobre la carrera laboral de personas trabajadoras de sexo femenino es el relacionado con la pérdida de estabilidad y continuidad laboral.

Es por todos conocido que, posiblemente el defecto principal del que adolece el mercado de trabajo nacional sea el de la excesiva temporalidad de los contratos de trabajo ofertados. Se trata de un rasgo, tristemente generalizado, del que no escapa ninguna Comunidad Autónoma, y que incide (salvo por lo que al empleo público se refiere) con similar intensidad en prácticamente todos los sectores de actividad. Han sido muchas y variadas las estrategias en materia de empleo, ideadas a lo largo de los años con el fin de potenciar la creación de puestos de trabajo y la estabilidad en el empleo, materializados unas veces en forma de bonificaciones y reducciones a la cuota de cotización a la Seguridad Social, subvenciones o deducciones fiscales, y otras, mejorando la labor de intermediación laboral que realizan los Servicios Públicos de Empleo, permitiendo la colaboración de empresas privadas con ánimo de lucro<sup>7</sup>. Como se puede comprobar, se trata de medidas que se encuentran en un proceso de evolución permanente, sustituyéndose constantemente unas por otras ante el fracaso de las anteriores.

Pese a todo, por el momento, las estadísticas siguen arrojando resultados muy lejanos al objetivo deseado. Y es que este sistema de ensayo-error, aunque persiga un objetivo loable, en realidad presenta un importante rasgo negativo: tantos son los estímulos vigentes, tan variados son sus destinatarios y requisitos de acceso y tan acusado es su dinamismo y evolución a lo largo del tiempo que en la práctica, resulta difícil para las empresas y asesores conocer con exactitud cuáles son las medidas de estímulo a la contratación a las que puede acogerse la concreta relación laboral iniciada, y cuál es la forma contractual más aconsejable o el perfil del trabajador más apropiado para disfrutar de una reducción de los costes sociales. Y estas consecuencias son en la práctica uno de sus principales obstáculos.

Los contratos temporales, registrando un crecimiento porcentual imparable año tras año, representan hoy más del 93% del total de los contratos celebrados a lo largo de año en nuestro país, mientras los contratos indefinidos apenas llegan al 7% (AAVV, 2021), poniendo en un serio compromiso a los principios básicos del ordenamiento laboral configurados en torno al modelo de la estabilidad laboral. Tanto es así, que la reciente reforma laboral operada por el RD-Ley 32/2021 ha establecido las bases para llevar a cabo una profunda reformulación del sistema, con el fin de intentar controlar la temporalidad laboral en nuestro país y potenciar al máximo la contratación indefinida.

---

<sup>7</sup> Ante los escasos resultados prácticos en materia de intermediación laboral que estaban dando los SPE, por medio de sucesivas reformas normativas, la intermediación laboral se abre a la iniciativa privada con el fin de mejorar su eficacia: primero el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio (consolidado después por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre) admite la participación en el mercado de trabajo no sólo de las Agencias Privadas de Colocación sin ánimo de lucro (tradicionalmente permitidas) sino también de aquellas que persiguen la obtención de un beneficio empresarial. A continuación, se dio un segundo paso en la ampliación del número de sujetos habilitados para realizar dichas funciones: se reconoce también la función de las ETT como Agencias Privadas de Colocación (RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012). Sobre este tema, *in extenso*, véase García Romero, 2012

Ahora bien, aunque es cierto que la elevadísima temporalidad es uno de los vicios de los que por el momento adolece el mercado de trabajo español, si se interpreta este dato con perspectiva de género, los resultados son abrumadores: más del 60% de los contratos temporales concertados a lo largo del año se suscriben por personas de sexo femenino. Al mismo tiempo, si analizamos la contratación laboral atendiendo a la duración de la jornada y no a la duración del contrato, observamos también que el contrato a tiempo parcial, en el conjunto del Estado, es sin duda una modalidad mayoritariamente femenina (pues las mujeres suscriben hoy aproximadamente el 60% del total de nuevos contratos a tiempo parcial firmados en territorio español).

La conclusión es devastadora: si la contratación indefinida y a jornada completa se ha ido convirtiendo progresivamente en nuestro país en una modalidad contractual residual, las cifras pasan a ser prácticamente simbólicas si de lo que se valora es cuántos contratos de éstas características se han concertado con mujeres: en 2020, menos del 3% del total de los contratos celebrados se ajustan al modelo de protección máxima previsto como modelo en el Estatuto de los Trabajadores: esto es, indefinido y a jornada completa.

Ante un contexto tan poco alentador no es difícil comprobar que, si la precariedad laboral se acrecienta entre el colectivo de femenino, también aumenta con ello, como si de un binomio inseparable se tratara, la ansiedad ante la pérdida del empleo, sobre todo en los casos en los que existen cargas familiares. A menores ingresos, menores ahorros, menor cobertura por desempleo y, por lo tanto, más inseguridad económica y social, lo que repercute muy seriamente sobre el bienestar personal y familiar. Esta situación social y económica ha provocado nuevos problemas, hasta ahora, impensables en nuestro modelo de relaciones laborales: se han detectado situaciones en las que las personas, dejándose llevar irracionalmente por el miedo a perder su puesto de trabajo, han acudido a trabajar con síntomas de coronavirus o conociendo el hecho de haber sido contacto estrecho de una persona previamente diagnosticada como positiva en dicha enfermedad.

Aunque no solo existe la prohibición legal de despedir en tiempo de pandemia, sino también, por supuesto, el reconocimiento de la nulidad de los despidos realizados con finalidad discriminatoria o atentando contra un derecho fundamental de los trabajadores (como, sin duda, lo sería el derecho a salvaguardar su salud en particular, y la salud pública en general), a lo largo de los últimos meses se han registrado situaciones en las que, bien por desconocimiento de los derechos que les asisten, bien por el hecho de no estar desempeñando una actividad declarada que le permita activar con facilidad los mecanismos legales de protección de los derechos de los trabajadores (con la consiguiente indefensión que ello implica) ciertas personas se han visto coaccionadas a no faltar a sus puestos.

A la vista de lo expuesto, se abre un nuevo debate: ¿cuáles sería las consecuencias laborales de este tipo de actos? ¿Implican, por las importantísimas consecuencias sociales que pueden acarrear, la transgresión de la buena fe contractual por parte de la persona trabajadora, y darían lugar, ahora sí, de forma justificada a un despido disciplinario del trabajador irrespetuoso con las normas sanitarias? ¿Se ha dado lugar a una nueva vertiente dentro de la comisión de un delito contra la salud pública por parte de este sujeto? ¿Sería necesario aportar pruebas que acrediten que esta coacción empresarial ha existido? Y si es

así ¿ha cometido el empresario una conducta administrativa o penalmente sancionable? O, por el contrario, ¿bastaría considerar la precariedad e inestabilidad laboral que se sufre, como un factor, por sí mismo explicativo de estos irresponsables intentos de aparentar una total diligencia y, por tanto, sin necesidad de que concurra ninguna actuación empresarial maliciosa destinada a forzar al trabajador a continuar con su prestación de servicios?

Se trata de cuestiones sobre las que, pese a su importantísima trascendencia social, por el momento, no existe una respuesta clara ni en el propio texto de la ley, ni en los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes<sup>8</sup>, pero que se presentan con extraordinaria frecuencia en los empleos más precarios, y que pueden llegar a colocar en una situación de extrema necesidad a las mujeres, en especial, cuando en los casos en los que ellas sean las únicas que soporten el peso económico de la unidad familiar. Al mismo tiempo, la paralización que el coronavirus ha provocado en muchas actividades económicas pone de manifiesto que existe otro lastre oculto que sigue gravando a las personas con cargas familiares, sobre todo, en épocas de crisis económica: cada año las estadísticas se ocupan de confirmar que son las personas con cargas familiares, especialmente si son de sexo femenino, las que tienen mayores dificultades para acceder a un puesto de trabajo<sup>9</sup>. Si esto es así, ¿por qué no articular, al menos, medidas eficaces para evitar que estas personas pierdan los puestos de trabajo de los que partían?

Ante la ausencia de bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social o incentivos fiscales para las empresas que contraten a trabajadores con hijos (que serían muy efectivas para fomentar la contratación y la conservación del empleo de este colectivo de trabajadores, sobre todo, en los casos de familias numerosas), la única medida que, en la práctica, podría servir para favorecer la continuación de la actividad laboral de las personas con cargas familiares en tiempos de inestabilidad económica, es la posibilidad de pactar con los representantes de los trabajadores la preferencia en la conservación del empleo de estos sujetos en los casos de suspensión o extinción colectiva de los puestos de trabajo. Así pues, a pesar de que el art. 51.5 ET hace referencia expresa a esta posibilidad, debe recordarse que no se trata de una preferencia exigida por la ley (que por el momento solo existe respecto a los representantes legales de los trabajadores) sino simplemente de una declaración ejemplificativa destinada a recordar a los negociadores la existencia de esta posibilidad. Pese a todo, es por todos conocidos que las referencias de esta índole en los expedientes de regulación de empleo o en los propios convenios colectivos, destinadas a potenciar la permanencia en el empleo del sexo menos representado en la empresa o de los empleados con cargas familia-

---

<sup>8</sup> A modo de un breve ejemplo del sentido opuesto de los pronunciamientos jurisprudenciales que han recaído sobre la misma materia en los últimos meses, véase, entre otras la STSJ de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Social, de 3 de septiembre (Rec. 432/2021), que considera improcedente el despido de un trabajador que acudió a trabajar con síntomas compatibles con el coronavirus dado que se estima probado que desconocía el protocolo de actuación. En sentido totalmente contrario, el Juzgado de lo Social n.º.1 de Cartagena, en sentencia de 2 de enero de 2022, declara procedente el despido de dos empleadas de una empresa agrícola porque no informaron a sus jefes de que convivían con un hombre que había dado positivo en COVID-19, considerando que, por su negligencia, generaron una situación de riesgo insostenible, contraviniendo, no solo el protocolo de la empresa, sino también lo dispuesto por las autoridades sanitarias, que sí era de general conocimiento por los ciudadanos.

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, analizada desde diversos puntos de vista, véase AAVV, 2018.

res, son excepcionalísimas (Cegarra, 2022). Es entonces cuando resulta obligado reflexionar acerca de la siguiente cuestión ¿tiene que acaecer una situación generalizada de fuerza mayor, con la consiguiente crisis económica y social de efectos masivos que lleva aparejada, para ser verdaderamente conscientes del valor fundamental que adquiere la estabilidad laboral para las personas con cargas familiares? ¿Por qué no es más frecuente la utilización de este tipo de compromisos? ¿Cómo es que, hasta ahora, la lucha por la igualdad de género, no ha hecho hincapié en esta cuestión, pese a saber que, en la práctica, son las mujeres con hijos las que sufren más duramente las consecuencias de la pérdida de un empleo?

#### **4. Salud y mujer. Un paso atrás en la esperanza de vida**

Según las encuestas realizadas, la población española, independientemente de su edad o su sexo, reconoce haber reducido el número de consultas médicas solicitadas a raíz de la pandemia. El miedo al contagio, así como el deseo de no sobresaturar a los profesionales sanitarios con consultas derivadas de dolencias que se consideran de menor gravedad han sido los principales motivos de ello. Siguiendo esta tónica general, pero centrándonos ya en el colectivo femenino, 1 de cada 3 mujeres embarazadas reconocen haber flexibilizado los protocolos de supervisión del embarazo por motivo de la epidemia, al mismo tiempo que, durante los últimos meses (unas veces de forma voluntaria por el propio paciente, y otras, de forma involuntaria, debido a la situación sanitaria), se han retrasado las pruebas médicas tendentes a diagnosticar enfermedades autoinmunes que, por esencia, son principalmente femeninas, de difícil detección temprana y complejo tratamiento, lo que ha contribuido a agravar sus síntomas.

Pero no solo eso. Esta reducción drástica de la atención sanitaria de las enfermedades no vinculadas directamente al coronavirus, ha afectado muy intensamente sobre las enfermedades crónicas, grupo de enfermos entre los que, sin duda alguna, destacan las personas mayores de 80 años, que manifiestan patologías derivadas o agravadas por su edad. Recuérdese que, como confirman los datos del INE, se trata éste de un colectivo en el que la presencia femenina es muy acusada: precisamente las mujeres, en pleno siglo XXI, siguen representado más del 60% de las personas mayores de 80 años, más del 70% de las de más de 90 años, y más del 80% de las que superan los 100 años de edad, por lo que en definitiva, puede afirmarse que, la reducción de la atención sanitaria y cuidados médicos que ha motivado la epidemia, deja una huella especialmente visible entre el colectivo femenino. El aislamiento social y familiar desencadena daños emocionales especialmente graves en las personas de más edad, factor que, unido a la reducción de la actividad social, provoca una pérdida de movilidad, y con ello, de autonomía personal, muchas veces difícil de recuperar, lo que repercute seriamente no solo en la salud del paciente y en su potencial esperanza de vida, sino que también, intensifica la necesidad de atención constante por parte de cuidadores y familiares.

Se trata ésta de una consecuencia que, en la práctica, se presenta indisolublemente vinculada al rechazo que, en muchos casos, familiares y mayores manifiestan respecto al

internamiento en residencias de ancianos o simplemente, respecto a la utilización de los centros de día de mayores y dependientes con el fin de evitar, en la medida de lo posible, cualquier riesgo potencial de contagio de coronavirus. De esta forma, el simple hecho de no poder recurrir a la atención especializada externa ha motivado una sobrecarga, para muchos hogares, de las cargas familiares, hasta alcanzar niveles nunca vistos, aspecto que, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, también recae con mayor incidencia sobre el colectivo femenino que, todavía hoy, sigue siendo el que asume la atención de las cargas familiares con mayor frecuencia que los hombres, en detrimento de sus oportunidades formativas o laborales, aumentando así de forma extraordinaria las dificultades de conciliación a las que, ya con carácter general, se suele enfrentar el colectivo femenino.

Además de lo expuesto, por lo que a la salud femenina se refiere, el riesgo de contraer coronavirus en el entorno laboral obliga a plantear la siguiente pregunta: ¿se ha modificado, a raíz de la epidemia, la configuración tradicional de las situaciones de riesgo en el embarazo y/o riesgo en la lactancia? Como es sabido, se trata de situaciones exclusivamente pensadas para trabajadoras de sexo femenino, por esencia, residuales, tendentes a evitar la exposición de la trabajadora a un riesgo profesional respecto al cual, la concreta situación biológica que está atravesando la mujer la hace especialmente vulnerable cuando no existe ninguna otra fórmula efectiva de evitar su exposición directa al citado riesgo (como podría ser mediante la utilización de equipos de protección individual específicos o recurriendo al cambio temporal de puesto de trabajo a otro no expuesto al citado riesgo). Y es que, el respecto, la OMS considera que, siguiendo escrupulosamente los protocolos básicos de higiene (en los que se incluyen las medidas ya por todos conocidas del lavado frecuente de manos, utilización de mascarilla y uso de gel hidroalcohólico), el riesgo de transmitir el coronavirus a través de la lactancia materna es extremadamente bajo, por lo que no cabrá reconocer que, la epidemia, por sí sola, ha creado un nuevo riesgo profesional susceptible de repercutir sobre la lactancia materna ni, por lo tanto, capaz de generar el derecho a la suspensión de la relación laboral y consiguiente percepción de una prestación de la Seguridad Social.

En contra de lo que se pudiera pensar, la respuesta que actualmente se ofrece es también muy similar respecto a la situación de riesgo en el embarazo. Al no existir datos médicos que permitan demostrar que el COVID-19 cause síntomas o secuelas especialmente graves sobre las mujeres gestantes o sobre los *nasciturus*, ni tampoco, que las mujeres embarazadas sean más propensas a contraer esta enfermedad, nuestras Mutuas de Accidentes de Trabajo, en principio, no están reconociendo causas nuevas de suspensión del contrato diferentes a las que ya existían. Así, por ejemplo, en determinadas profesiones se aconseja la baja médica a partir de la semana 26 de embarazo por riesgo profesional (como en ciertas profesiones sanitarias), circunstancia que seguirá concurriendo, aunque el embarazo se haya desarrollado en tiempos de pandemia, que por sí sola, no anticipará el reconocimiento del riesgo, independientemente de si la trabajadora en cuestión, por motivo de su profesión, se encuentra más o menos expuesta al contagio. La única excepción existente al respecto estaría motivada por mujeres con patologías graves previas al embarazo que, además, desarrollaran actividades en ámbitos especialmente propicios al

contagio de la enfermedad, en las que, después de comprobar que no existe puesto de trabajo compatible, se reconocería la baja por contingencia profesional (Cortés, 2020).

Se trata de una situación especialmente compleja, en cuya configuración sin duda entran en juego dos factores de fundamental importancia como son la protección de la mujer embarazada, por una parte, y por otra, la optimización de las prestaciones de la Seguridad Social. El resultado, posiblemente no haya sido el socialmente deseable. Y es que, quizá sea esta inseguridad laboral y sanitaria la que haya provocado que, en contra de las primeras previsiones que realizaron los medios de comunicación, los meses de confinamiento no hayan llevado aparejado, al menos, no en Europa, el *baby boom* que se anticipaba: las mujeres no se sienten seguras para sobrellevar un embarazo y un parto en tiempos de pandemia.

También, por lo que al control de la salud durante el embarazo se refiere, la pandemia deja en un segundo plano la reivindicación de reconocer tanto a mujeres como a hombres el derecho a disfrutar de un permiso retribuido, por el tiempo imprescindible, para acudir a técnicas de preparación al parto y exámenes médicos prenatales que, aunque redactado en masculino genérico en el art 37.3.f) ET, jurisprudencialmente, se viene reservando exclusivamente, por razones biológicas evidentes, al sexo femenino<sup>10</sup>. Y es que, pese al importante avance que el reconocimiento de este derecho supondría en la igualdad de género, la prohibición de acompañantes en consultas médicas con el fin de reducir al máximo el contacto físico, unida a la prestación *on line* de las clases de preparación al parto, hacen que, por lo menos mientras dure la epidemia, esta lucha carezca de sentido.

## 5. Los efectos del COVID sobre los trabajos de cuidados

Es hoy en día un hecho notorio que las mujeres asumen con mayor frecuencia que los hombres los trabajos de cuidados. Se trata de una característica muy importante de nuestra sociedad, porque abarca no solo al cuidado no retribuido, familiar o informal de menores y dependientes que se realiza como parte imprescindible de la conciliación de la vida familiar y laboral, sino que también se extiende al trabajo retribuido, realizado por

---

<sup>10</sup> Véase, al respecto, la única sentencia que por el momento existe al respecto: la STSJ de Sevilla 1431/2007 de 23 de abril de 2007 (rec.nº.599/2006). En ella se mantiene una postura, sin duda, muy criticable, en virtud de la cual, se argumenta que este apartado f) se introdujo en el Estatuto de los Trabajadores por la Disposición adicional undécima de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, cuya Exposición de Motivos (párrafo quinto) señala que por medio de dicha disposición se pretende transponer al ordenamiento español no sólo la Directiva 89/391/CEE, sino también otras, entre ellas la 92/85/CEE, 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». Considera el tribunal que de ello se infiere que el artículo 37.3 f) ET debe interpretarse en conexión con la normativa comunitaria de la que trae causa, en la únicamente se hace referencia a la mujer, y por lo tanto, se ha de llegar a la conclusión de que el disfrute de este derecho (y por extensión, también el referido a acudir a técnicas de preparación al parto, al que el ordenamiento jurídico español ofrece idéntico tratamiento que a la realización de exámenes prenatales) corresponde únicamente a la mujer embarazada. Posiblemente, si hoy en día, nuestros jueces y tribunales tuviesen que enfrentarse a un problema de esta índole, la respuesta podría ser totalmente diferente, pero ante la ausencia de pronunciamientos más recientes, no existe ningún otro antecedente jurisprudencial que tomar de modelo, lo que dificulta las reclamaciones de equiparación que puedan formular los trabajadores varones (o incluso, las madres no gestantes en caso de parejas del mismo sexo).

cuenta propia o ajena, dentro del ámbito privado o incluso, dentro del empleo público, destinado a realizar tareas de atención y cuidado de los ciudadanos, sean o no de índole sanitaria. Y es que, al quedar calificados, en tiempos de pandemia, estos trabajos de cuidado como actividades esenciales, las mujeres, debido a la profesión desarrollada, han pasado a desempeñar un papel fundamental en la contención de la epidemia, en la salvaguarda de la salud pública y a la hora de garantizar la prestación de muchos servicios esenciales a la comunidad, al mismo tiempo que, debido a la actividad que desempeñan, se han visto obligadas a colocarse en primera línea del riesgo.

Cada año, atendiendo al número de colegiados en los respectivos colegios profesionales, y a los datos de empleo facilitados por el INE, se aprecia que, el mercado de bienes y servicios demuestra una clara preferencia de la mano de obra femenina en profesiones vinculadas al empleo doméstico o la atención domiciliaria, el comercio minorista, limpieza de edificios y locales, terapeutas ocupacionales, así como en la gran mayoría de actividades sanitarias, como logopedia, nutrición, farmacia, enfermería, psicología o fisioterapia<sup>11</sup>, entre otras muchas<sup>12</sup>. En definitiva, en actividades fundamentales para el sostenimiento de la actividad nacional, en las que se ven obligadas a tratar directamente con los usuarios del servicio, por lo que se encuentran directamente expuestas al contagio, pese a mantener las recomendaciones marcadas en materia de higiene y distanciamiento.

El hecho de realizar funciones imprescindibles en este contexto tan particular en el que se ven obligados a reforzar las medidas preventivas al mismo tiempo que se intensifica su carga de trabajo, obligándoles en muchos casos a realizar, por motivo de fuerza mayor; horas extraordinarias, y reducir al mínimo su tiempo de descanso, provoca un desgaste físico y psíquico (y por supuesto, también personal y familiar) al que hasta ahora nunca habían tenido que enfrentarse estos profesionales. Ante estas duras circunstancias, empiezan a detectarse nuevos riesgos psicosociales que, aunque fáciles de detectar, están resultando muy difíciles de combatir. Y es que, el desgaste físico y emocional extremo que pueden llegar a sufrir en tiempos de COVID estos profesionales no tiene por el momento la calificación de enfermedad profesional, por lo que, las patologías derivadas de esta circunstancia, sólo podrán considerarse derivadas del ambiente laboral y vinculadas al trabajo realizado, extendiendo el concepto de accidente de trabajo<sup>13</sup>.

Al menos, lo que sí se ha conseguido, después de un duro periplo<sup>14</sup>, es incluir temporalmente el COVID como nueva enfermedad profesional para el personal sanitario y

---

<sup>11</sup> Salvo en medicina y odontología, en las que, por el momento, existe un prácticamente pleno equilibrio de géneros atendiendo al número de profesionales colegiados, en el resto de profesiones sanitarias hay una clara prevalencia de mujeres. El INE, cada año, publica los datos estadísticos de los profesionales sanitarios colegiados.

<sup>12</sup> La doctrina más especializada advierte de que la escasa presencia de mujeres en las carreras técnicas y tecnológicas conlleva una menor presencia femenina en los citados sectores de actividad, lo que las impide acceder a los niveles salariales y demás condiciones laborales que suelen superiores a la media en los citados sectores de actividad. Sobre esta importantísima cuestión, véase Mella, 2020.

<sup>13</sup> Situación que han denunciado ya los respectivos colectivos profesionales. Sobre este tema, véase Cáceres, 2021.

<sup>14</sup> Como demuestra la variada regulación de esta situación que, sucesiva y no siempre complementariamente, han realizado en los últimos meses los art. 5 del RD-Ley 6/2020, art. 9 del RD-Ley 19/2020, DA 10ª del RD-Ley 28/2020, y finalmente, el art. 6 del RD-Ley 3/2021, arriba referenciado.

sociosanitario (objetivo que se ha cumplido a través del RD-Ley 3/2021, y que se mantendrá mientras se prolonguen en el tiempo las recomendaciones sanitarias destinadas a prevenir el riesgo de contagio). Gracias a esta ampliación se permitirá reconocer el derecho a percibir recargo de prestaciones cuando se demuestre que no se han cumplido las medidas preventivas necesarias en el lugar de trabajo para evitar los contagios, al mismo tiempo que serán más fácilmente detectables las recaídas derivadas de las secuelas provocadas por la enfermedad, independientemente del tiempo que haya transcurrido desde el contagio. Pese a la utilidad de esta medida, no son pocas las críticas recibidas, no solo por su carácter limitado en el tiempo (dado que, previsiblemente, y pese a la vacunación masiva, el coronavirus será una de las enfermedades que convivirá con el ser humano de cara al futuro, aunque llegado el momento se puedan relajar las medidas sanitarias), sino también por el colectivo personal tan reducido sobre el que incide, dado que quedarían excluidos de tal condición otro tipo de profesionales, también directamente expuestos al contagio que lleguen a enfermar a raíz del desempeño de su profesión, y respecto a los cuales, dicha contingencia se considerará simplemente una enfermedad común por no tratarse de personal sanitario ni sociosanitario (como, entre otros, conductores de ambulancia, enterradores, limpiadores de centros hospitalarios pertenecientes a subcontratas, cuerpos y fuerzas de seguridad, personal de supermercados o asesores laborales -que han demostrado ser imprescindibles para actuar en los fenómenos de reestructuración de empleo que provoca todo episodio de fuerza mayor-), pese a requerir también presencia personal inevitable y ser igualmente imprescindibles para el mantenimiento de la sociedad.

Ahora bien, no puede olvidarse que, por lo menos, las IT derivadas de coronavirus -tanto por enfermedad como por contacto estrecho<sup>15</sup>-, cuando éste se considere una contingencia común, merecen, circunstancialmente un tratamiento privilegiado en el que, aunque se reconozcan por el servicio público de salud y no por la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, y a diferencia de lo que ocurre respecto a las demás causas desencadenantes de un proceso de IT por enfermedad común, no solo no se pedirá periodo de carencia al sujeto que cause baja, sino que también se le abonará, desde el primer día de la baja el 75% de la base reguladora de la prestación.

## 6. Algunos conflictos laborales antes impensables

Precisamente por lo que respecta al trabajo de cuidados desempeñado de forma dependiente y por cuenta ajena, estos meses de epidemia empiezan a revelar nuevos conflictos laborales hasta ahora inimaginables y, respecto a los cuales, la respuesta no es tan sencilla como a primera vista pudiera parecer.

---

<sup>15</sup> O incluso, si llegado el caso, se impusiese por motivos sanitarios un confinamiento estricto de determinada localidad o zona geográfica que impidiese asistir al trabajo cuando la presencia física sea insustituible, aunque por el momento, los confinamientos suelen contemplar la excepción de acudir a actividades laborales o docentes obligatorias, así como los desplazamientos realizados con finalidad de recibir atención médica, farmacéutica o psicológica.

En concreto, se trata de manifestaciones atípicas de exigencia de buena fe contractual, manifestadas en forma de órdenes e instrucciones empresariales que, si bien pudieran parecer excesivas por abusivas en otros momentos históricos, hoy parecen tener una justificación razonable.

No hay duda alguna que, en tiempos de pandemia, existe la obligación del trabajador que manifieste la enfermedad de comunicar tal situación a la empresa (aunque respecto al resto de causas de IT la empresa no recibe comunicación alguna respecto al motivo que ha causado tal situación), lo que supone, en aras del interés común, una reducción lícita y razonable del derecho a la intimidad personal que hubiese operado estrictamente en cualquier otra circunstancia. Al mismo tiempo, las limitaciones que la epidemia ha provocado sobre el derecho a la intimidad del trabajador adoptan, en tiempos de coronavirus, no solo perfiles muy variados sino también una intensidad extraordinaria. En concreto, cada vez con más frecuencia se suscitan conflictos derivados de la influencia de las conductas extralaborales del trabajador sobre su relación laboral<sup>16</sup>.

Son muchas las empresas en las que se obliga al trabajador a firmar declaraciones juradas en las que se compromete, bajo la sanción de despido, a respetar estrictamente, durante su vida privada las medidas de distanciamiento social que recomienda la OMS (compromisos de “vida responsable”), o en las que, también con finalidad sancionadora, se imponen estrictos códigos de conducta que inciden no solo sobre las actuaciones de los empleados desarrolladas en tiempo y lugar de trabajo, sino también durante su tiempo libre. En muchos casos además, la empresa complementa estas limitaciones con la realización de una minuciosa supervisión de las redes sociales de sus empleados con el fin de detectar cualquier quiebra en las medidas de seguridad que, potencialmente, pudiese elevar las posibilidades de contagio. Ahora bien, ¿son lícitas estas intromisiones en la vida privada del trabajador? ¿Necesitarían estar justificadas por la acreditación de la necesidad de salvaguardar un bien de especial valor vinculado a la prestación de servicios (como ocurriría, por ejemplo, respecto a trabajadores de residencias de ancianos, discapacitados, menores de edad, enfermos crónicos, o dedicados a la atención de cualquier otro colectivo especialmente vulnerables)? En esta línea, ¿podría considerarse, incluso, que cualquier empresa tiene, por propia naturaleza, un interés razonado en salvaguardar la seguridad y salud de sus empleados en tiempos de pandemia independientemente de cuál sea su objeto social? ¿No es esto además imprescindible para evitar, además, que el contagio masivo de sus empleados provoque una paralización indeseada de la actividad productiva? ¿Cabría decir que, en tiempos de pandemia, se refuerzan al máximo las obligaciones empresariales tendentes a salvaguardar la seguridad e higiene en su entorno laboral llevado a justificar comportamientos de esta índole? Y si esto es así, estas formas de intromisión

---

<sup>16</sup> Y es que, aunque hasta ahora, han sido muchos los autores que se han ocupado de analizar los límites del poder de dirección del empresario sobre los comportamientos del trabajador pertenecientes a su esfera privada, hasta ahora, este tipo de problemas no se habían planteado en una situación de pandemia mundial, estando vigente la declaración de Estado de alarma, lo que, quizá, podría obligar a redimensionar los contornos del poder de dirección empresarial. Acerca de la postura clásica, véase, entre otros: Tosca, 2014, Toyoma, 2012 o Mateu, 2005.

lícita en la vida privada del trabajador ¿sólo se justifican respecto a las actividades profesionales en las que el coronavirus se considera una contingencia profesional -y, por lo tanto, la empresa, asume especial diligencia en su contención y detección- o podría extrapolarse a cualquier actividad productiva en la que exista trato directo con colectivos vulnerables? ¿Podría incluso justificarse ante cualquier tipo de actividad entendiendo que existe un interés natural de toda empresa en salvaguardar la salud de sus empleados evitando que los comportamientos irresponsables de sus empleados cometidos durante su vida privada repercutan negativamente sobre la integridad física del resto de empleados y, en consecuencia, sobre los intereses patrimoniales y productivos de la empresa? O, por el contrario, este tipo de controles empresariales ¿pueden considerarse, siempre y sin excepción, situaciones injustificadas de abuso de derecho por extralimitación en el ejercicio de las facultades empresariales de organización, control y sanción del trabajo realizado? Sin duda, el riesgo potencial de contagio y el daño personal y patrimonial a la organización empresarial que esto conllevaría, obligarán a estudiar con detenimiento el asunto, replanteando quizá (siempre de forma circunstancial y causal) la vigencia de los límites tradicionales al control empresarial de la vida privada del trabajador.

Mucho más discutible en cambio resultaría la coacción empresarial a recibir vacuna que se quiera imponer a los empleados, limitando su libertad personal al respecto, puesto que parece que, por lo menos mientras que no exista obligación de vacunación impuesta por los poderes públicos, se trata de una decisión que quedaría incluida dentro de la libertad individual de cada sujeto. Eso sí, como el tiempo permitirá comprobar, el hecho de haber recibido ya la vacuna contra el coronavirus, sin duda será en un futuro inmediato uno de los datos personales que el trabajador, si lo desea, decidirá incluir en su propio CV, con el fin de elevar a sí sus oportunidades de colocación. Ahora bien, ¿se podrá considerar una pregunta lícita si, en una entrevista de trabajo se le pregunta al trabajador si está vacunado? ¿Se consideraría siempre un ejemplo de discriminación en el acceso al empleo? O, por el contrario, ¿podrían legitimarse este tipo de preguntas respecto a aquellas profesiones en las que el coronavirus de consideraría enfermedad profesional, o incluso, no siéndolo, implica el trato directo con colectivos vulnerables? Y es que, quizá las reglas de la buena fe, junto con el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 9 CE) lleven a no considerar este tipo de comportamientos del trabajador susceptibles de justificar un despido disciplinario, pero ¿podrían dar lugar a un despido por ineptitud sobrevenida? Se trata ésta de una cuestión de mucha más importancia práctica de lo que a primera vista parece, pues, si esto es así ¿debe entenderse que, por analogía, en tiempos de pandemia, la objeción de conciencia a la vacuna o la posición negacionista de un trabajador, podría actuar (al menos en ciertos casos) como si se tratase de una discrepancia ideológica insalvable en una “empresa de tendencia”?<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Desde hace años la doctrina y la jurisprudencia laboral vienen admitiendo que el cambio ideológico del trabajador puede actuar como motivo suficiente para justificar la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador en la empresa de tendencia, cuando, por la naturaleza de las funciones realizadas, se aprecie que la prestación de servicios del contrato trabajador es susceptible de influir en la opinión de los potenciales clientes de la empresa y con ello, en su aceptación en el mercado. A modo de ejemplo, véanse las interesantísimas apreciaciones que, hace ya más tres décadas, realizó sobre el alcance de esta forma de extinción del contrato GOÑI SEIN, J. L., “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”, Civitas, Madrid, 1988, págs. 258 y 259.

Se tratan de cuestiones todas ellas especialmente complejas, en los que principios constitucionales esenciales confluyen con intereses sociales y laborales de gran valor, modulando la forma clásica de desarrollar los derechos y obligaciones laborales, sobre las que por el momento no existe una postura doctrinal ni jurisprudencial uniforme, demostrando así la dificultad e indeterminación inherente al tema (Matia, 2020).

## 7. Nuevos retos en materia de conciliación de la vida familiar y laboral en tiempos de pandemia

Jueces y tribunales vienen considerando un hecho notorio el que las obligaciones familiares y con ellas, las necesidades de conciliación, se asumen con más frecuencia por mujeres<sup>18</sup>. Cada año, las cifras estadísticas se ocupan de confirmar que más del 90% de las solicitudes de excedencias o reducciones de jornada por cuidado de hijos o familiares son cursadas por mujeres. Lo mismo ocurre respecto a las peticiones de acumulación de la hora por lactancia, el disfrute de los permisos retribuidos que ante determinadas circunstancias familiares contempla el art. 37.3 ET, las reducciones de jornada por cuidado de hijos con enfermedad grave, las adaptaciones de jornada por motivos de conciliación (34.8 ET)<sup>19</sup>, etc.<sup>20</sup>. De la misma forma, también las encuestas demuestran que las mujeres prácticamente duplican, de media, el tiempo dedicado al cuidado diario del hogar o de los hijos<sup>21</sup>.

Al mismo tiempo, independientemente de la actividad realizada, no se puede negar que el coronavirus ha intensificado las dificultades de conciliación: mayor riesgo de contagio reduce la demanda de servicios privados o públicos de apoyo a mayores y dependientes, así como limita al máximo la posibilidad de recurrir a la ayuda prestada dentro del entorno familiar con el fin de evitar el contagio (complicando al máximo el apoyo familiar que venían desempeñando los abuelos).

En contra de lo que a primera vista pudiera parecer, el confinamiento forzoso, unido al cierre de instituciones educativas y consiguiente potenciación del trabajo y la formación a distancia en todas aquellas actividades en las que fuera posible que se llevó a cabo durante los primeros meses de la epidemia ponen de manifiesto una cuestión sobre la que anteriormente no se había reparado: el teletrabajo, aunque ayuda a conciliar, no es,

---

<sup>18</sup> De forma rotunda, la SAN (Sala de lo Social) de 13 de noviembre de 2013 (AS/2013/3023), reconoce expresamente que se parte “de una premisa que no está cuestionada por constituir un hecho notorio. Se trata de la afirmación relativa a que los derechos de conciliación de la vida familiar y la protección de la maternidad y el derecho de lactancia están mayoritariamente ejercitados por mujeres”. Aunque los hechos notorios no necesitan ser probados, existen hoy en día múltiples datos estadísticos que permitirían confirmar dicha circunstancia. Así, al respecto, véase Meil, 2011.

<sup>19</sup> Éstos y otros datos aparecen publicados en la página web del Instituto de las Mujeres, dependiente del Ministerio de Igualdad, dentro del apartado “estadísticas. Mujeres en cifras. Conciliación”. Cfr. <https://www.inmujer.gob.es/Mujer-Cifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>.

<sup>20</sup> Aunque no hay datos oficiales por el momento, no resultará sorprendente comprobar que también han sido las mujeres las que han solicitado, con más frecuencia que los hombres, las medias de adaptación de horario y jornada previstas dentro del Plan Me Cuida.

<sup>21</sup> Los resultados de las citadas encuestas, se pueden encontrar, cada año, entre las estadísticas que publica el INE. [https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t00/mujeres\\_hombres/tablas\\_1/10/&file=ctf03002.px&L=0](https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=ctf03002.px&L=0).

desde luego, la solución más efectiva para erradicar, de forma definitiva, los problemas de conciliación que, en la práctica están lastrando la carrera profesional de las mujeres y desencadenando la brecha de género. Sin duda, el ahorro de tiempo en desplazamiento que implica el teletrabajo y la flexibilidad en la distribución de la carga de trabajo que, en muchos casos permite (art. 13 RD-Ley 28/2020), es un importante factor que ayuda a mejorar la calidad de vida de las personas trabajadoras, mejorando el tiempo de calidad que se dedica a padres e hijos, pero, el teletrabajo en sí mismo no es la utópica solución que se estaba buscando: si el trabajo (aunque se realice a distancia), requiere concentración y disponibilidad constante, será totalmente imposible realizar simultáneamente las labores de atención familiar que se pretendían. Al contrario, el hecho de tener que compatibilizar ambas obligaciones puede dejar sentir sus efectos en la calidad del trabajo prestado a distancia por las personas que, al mismo tiempo, atienden sus cargas familiares (que sufrirán interrupciones en la conversación, ruidos de fondo que dificulten la comunicación, pérdidas de atención ante requerimientos inminentes de sus hijos, rupturas de la confidencialidad de los datos manejados al trabajar delante de familiares, ajenos a la empresa, etc.), desmotivando a las empresas, todavía más, hacia la contratación femenina o hacia la admisión, total y permanente o meramente puntual o temporal, del trabajo a distancia. Y no solo eso. Ya se ha anticipado que serán las personas de sexo femenino las que, en la práctica, se adscriban voluntariamente al régimen de teletrabajo, viendo en ello la mejor estrategia para facilitar la conciliación laboral. Pero lo que parece una solución se puede convertir en una fórmula oculta de intensificar de nuevo la carga de familiar que soportan las mujeres, haciéndolas de nuevo asumir, casi en exclusiva, el peso de la atención a la familia, corriendo el riesgo de destruir los avances en materia de corresponsabilidad alcanzados en los últimos años (de la Puebla, 2020).

Posiblemente en ello esté pensando el legislador al promulgar, en plena crisis sanitaria, el RD-Ley 28/2020 destinado a regular el trabajo a distancia en nuestro país, y con el que, a pesar de lo que en un principio se esperaba, no se ha previsto el teletrabajo como modalidad preferente exigible a las empresas ni para hacer frente a los problemas de conciliación de sus empleados, ni siquiera tampoco, para garantizar el cumplimiento de las medidas de distanciamiento, limitando los encuentros personales en entornos laborales, que se exigirían en tiempos de pandemia. Al contrario, como se puede comprobar, la regulación del trabajo a distancia se plantea en abstracto, todavía con muchas lagunas e inconcreciones en su régimen jurídico (Fernández Orrico, 2021), sustentándolo siempre sobre el acuerdo de las partes, sin hacer referencia a la causas personales o sociales que puedan motivar la necesidad de empresas o trabajadores de recurrir a esta forma de prestación de servicios.

Y es que, en tiempos de coronavirus, como ya se ha puesto de manifiesto, se intensifican las cargas familiares, no solo por la reducción del tiempo de presencia en instituciones públicas de educación y cuidado de mayores y dependientes, sino también por el problema añadido que puede suponer para un hogar familiar el tener un familiar afectado por coronavirus. Y es que nuestro ordenamiento laboral ha previsto, como se ha adelantado, que las situaciones de enfermedad como de aislamiento forzoso por contacto estrecho sean constitutivas de una baja laboral respecto al trabajador que las sufre (RD-Ley

6/2020, considerada como derivada de contingencias comunes pero dotada de una protección cualificada), pero ¿qué ocurre cuando la persona trabajadora debe ocuparse de atender a un familiar enfermo no hospitalizado?<sup>22</sup>, ¿Cómo se atiende a los hijos menores que no pueden asistir a colegios e institutos por haber estado en contacto estrecho con un positivo y tener que mantener cuarentena?

Con el fin de dar respuesta a esta situación sin necesidad de tener que articular una nueva causa de baja laboral (que hubiera sido totalmente insostenible para nuestro sistema de seguridad social), el RD-Ley 8/2020 instaura el denominado “Plan Me Cuida”. Se trata de un instrumento, previsiblemente temporal y extraordinario de conciliación, en virtud del cual, las personas trabajadoras pueden solicitar la reducción de su jornada de trabajo, la suspensión de la relación laboral o la adaptación del horario o/y de la forma de prestación de servicios con el fin de atender a un familiar afectado por coronavirus. Se trata de una medida, con la que se aúnan las estrategias de la suspensión o reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, junto a las posibilidades de adaptación del tiempo y forma de trabajo actualmente previstas en el art. 34.8 ET, pero ampliando el potencial abanico de sujetos cuyo cuidado puede dar derecho a solicitarla: no solo hijos menores o familiares dependientes, sino también, otros familiares, convivientes o no, como cónyuges, hijos o padres, independientemente de su edad, mientras estén afectados por coronavirus. En concreto, resulta especialmente útil porque permite adaptar el horario y forma de prestación de servicios con el fin de que, sin pérdida de su retribución, pueda compatibilizar su trabajo con la atención, previsiblemente de corta duración, de familiares enfermos.

Es entonces cuando se aprecia el importantísimo papel que, sobre esta concreta cuestión, representa la negociación colectiva. Y es que tanto los mecanismos de flexibilización previstos en el art. 34.8 ET como en virtud del Plan Me Cuida exigen el acuerdo de las partes, las previsiones convencionales que se hayan incluido al respecto, al ser directamente aplicables y exigibles en su respectivo ámbito de aplicación, de existir, harían innecesario el acuerdo individual con el contrato trabajador afectado. También la regulación legal del paso al teletrabajo deja muchos aspectos pendientes de ser concretados a través de la regulación convencional (cfr., por ejemplo, los arts. 12 y 13 del RD-Ley 28/2020, sobre flexibilización del horario de trabajo y sobre compensación de los gastos al trabajador). A la vista de ello se aprecia el importantísimo papel que adquiere en estas situaciones la presencia femenina en las comisiones de negociación de los convenios colectivos: al estar más familiarizada con la dificultades que implica a conciliación laboral y más concienciada con las necesidades familiares de las personas trabajadoras, se ha demostrado que las negociaciones en las que se ha respetado una presencia paritaria en la composición de las comisiones negociadoras suelen ser más proclives a facilitar la atención de las cargas familiares por parte de su personal, mejorando, a través del texto del convenio colectivo, las medidas de conciliación de la vida laboral previstas en el Estatuto de los Trabajadores (Sánchez, 2016).

---

<sup>22</sup> Y es que, respecto a las hospitalizaciones, entrará en juego el permiso retribuido previsto en el art. 37.3 ET, por un máximo de tres días y, si se tratase de una hospitalización de larga duración, antes de la existencia del plan Me Cuida, siempre podía el trabajador solicitar una excedencia por cuidado de familiares ya que, en este caso por razones de enfermedad, no pueden valerse por sí mismos.

Íntimamente conectada con la cuestión anterior, no se puede olvidar que, en los últimos meses, también nuestras empresas se han visto obligadas a aprobar, con carácter urgente, planes de contingencia, a través de los cuales se garantizaba la continuación de la actividad, al mismo tiempo que se introducían medidas efectivas para salvaguardar la seguridad y salud de todas las personas implicadas en el proceso de producción. Planes que, además, normalmente, se han gestado y aprobado, previo proceso de negociación con los representantes legales de los trabajadores. Y es en ese momento, una vez más, cuando se aprecia que la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de dirección, puestos de alta dirección y comités y comisiones de empresa es ahora más necesaria que nunca. En caso contrario, estos acuerdos urgentes adoptados en el seno de una empresa ante situaciones de fuerza mayor, como la que atravesamos, posiblemente omitan contemplar, como hasta ahora se ha detectado en múltiples ocasiones, instrumentos de flexibilización de la prestación de servicios que sean lo suficientemente efectivos como para hacer frente a las necesidades de conciliación que se han generado en tiempos de pandemia. Y es que, si las mujeres, por mera frecuencia estadística, están más familiarizadas y más implicadas con la conciliación de la vida familiar y laboral, y por ese motivo, son mejores conocedoras de las dificultades añadidas de conciliación que implica trabajar en estas circunstancias excepcionales, la escasez de mujeres en los puestos de administración de las entidades empresariales, en los cargos de dirección, e incluso, en la representación laboral que, desde hace años, viene denunciándose, sin que por el momento haya logrado atenuarse ¿no ha influido negativamente en la elaboración de planes de contingencia respetuosos con la conciliación de la vida familiar y laboral? ¿Dónde ha quedado ahora la perspectiva de género? Un ejemplo de ello lo encontramos comprobando cómo han sido las recuperaciones del tiempo de inasistencia al trabajo derivadas del confinamiento forzoso impuesto durante las primeras semanas de epidemia, después de que el RD-Ley 10/2020 lo declarara constitutivo de un “permiso retribuido recuperable”, en los términos pactados con el empresario. Y es que, como la práctica se ha ocupado de confirmar, prácticamente cualquier forma de recuperación del tiempo no trabajado durante las semanas de encierro, es por esencia, difícilmente compatible con la ya por sí difícil conciliación, por lo que debería articularse de una forma muy cuidadosa, razonada y estudiada, preferiblemente contando con un proceso de negociación colectiva iniciado al efecto, cosa que, en la práctica, no siempre se ha hecho, incrementando con ello las dificultades de conciliación, y penalizando así, sin saberlo, todavía más, la carrera laboral femenina.

Es precisamente al respecto cuando se echa en falta que nuestros convenios colectivos realicen una regulación más precisa y detallada del derecho a la desconexión digital como parte indisoluble de la organización del trabajo. Y es que, aunque previsto como derecho mínimo de los trabajadores con el fin de garantizar el descanso de los empleados y la consiguiente prevención de los riesgos psicosociales vinculados al trabajo, su falta de concreción expresa en el ámbito empresarial puede dar lugar a confusiones entre los empleados y, en consecuencia, situaciones indeseadas de sobrecarga de trabajo<sup>23</sup>. Tristemen-

---

<sup>23</sup> Interesante aspecto que aborda, con detenimiento Fernández, 2021. Recuérdese que la calidad en el

te, esta vulneración del derecho al descanso de los empleados tiene repercusiones más serias respecto a las personas que tienen cargas familiares, pues se ven obligadas, durante su tiempo libre, a atender sus responsabilidades familiares mientras siguen a disposición de la empresa, intensificando con ello su desgaste psicológico. Pero no solo eso. Se ha advertido que, en la práctica, la falta de concreción del derecho a la desconexión digital puede ocasionar un importante retroceso en los avances en materia de corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la atención del hogar y la familia. Y es que, el sexo femenino, que en ciertas etapas de su vida puede ser más proclive a desconectar, puede verse abocado a asumir, prácticamente en su exclusividad, las cargas de conciliación, mientras el miembro de la pareja de sexo masculino, continua con su prestación de servicios incluso durante su tiempo de descanso, relegando por este motivo sus obligaciones familiares<sup>24</sup>.

En este contexto, pese a ser un colectivo sobre el que ha recaído muy seriamente la inestabilidad económica que en muchos hogares, ha dejado la pandemia, sorprende comprobar la escasa atención que el legislador ha prestado por el momento a la figura del empleado de hogar. Es cierto que se contempló una prestación extraordinaria por desempleo (RD-Ley 11/2020) para atender las necesidades económicas de las personas que perdieran su puesto de trabajo por motivo del coronavirus (de efectos reales mucho más teóricos que prácticos), pero no ha ideado estrategia alguna para facilitar a los hogares con cargas familiares que recurran a esta forma de apoyo doméstico, lo que sería imprescindible no solo para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, sino también para dignificar este tipo de trabajos, mayoritariamente prestados por mujeres, en los que, amparados por la seguridad que ofrece la inviolabilidad del hogar familiar existe un elevadísimo porcentaje de irregularidad.

Ante la dificultad o imposibilidad de recurrir, por motivos de seguridad, a guarderías, colegios, centros de día o de educación especial, atención a dependientes, residencias de ancianos, apoyo prestado por abuelos por motivos de confinamiento, cierre forzoso o simplemente, por miedo al contagio, muchas familias se han visto obligadas a recurrir a la relación laboral especial de empleados de hogar para poder hacer frente a sus obligaciones familiares. Y es entonces cuando se aprecia que resulta imprescindible contemplar urgentemente una bonificación en las cuotas de cotización a la Seguridad Social de la que

---

empleo se mide, entre otros factores, por el escrupuloso cumplimiento del derecho al descanso de los trabajadores y la ausencia de riesgos psicosociales, sin el cual, se habrá incurrido en precariedad laboral por razones diferentes a la retribución o temporalidad de los servicios prestados. Sobre este aspecto, véase Abreu, 2017.

<sup>24</sup> Recuérdese que, al respecto, tanto el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y el art. 18 del RD-Ley 28/2020 sobre teletrabajo, contemplan, tajantemente el derecho a la desconexión digital con el fin de garantizar el descanso y la protección de la intimidad familiar de las personas trabajadoras, pero remite a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario lo referente a la concreción de las modalidades de ejercicio de este derecho, por lo que la ausencia de previsión específica al respecto, aunque nunca limitará este derecho, sí puede introducir confusión entre los empleados y empleadas, muchas veces, desconocedores del alcance real de los derechos que le confiere la ley, en perjuicio de su derecho al descanso y de la salvaguarda de su intimidad familiar. Adviértase que el derecho a la desconexión digital se reconoce a cualquier empleado/a de la empresa que, en su prestación de servicios, utilice herramientas telemáticas (como correo electrónico, teléfono o incluso WhatsApp con fines laborales), por lo que su regulación es útil en cualquier sector de actividad y no solo en aquellos en los que se haya implantado, en mayor o menor medida, el teletrabajo.

deberían poder beneficiarse los hogares con cargas familiares que recurran a este tipo de servicios en tiempos de coronavirus (dado que, en estas circunstancias, lograr otro tipo de apoyo resulta tan arriesgado), así como una deducción fiscal por concertar este tipo de contratos. En caso contrario, confundiendo lujo con necesidad, se consigue ahogar todavía más a los hogares trabajadores, desmotivando la carrera laboral femenina, se favorece la economía irregular y, en definitiva, se consigue prolongar, a través de los años, los factores desencadenantes de la brecha de género en salarios y pensiones<sup>25</sup>.

## 8. Las mujeres autónomas: las grandes olvidadas

A pesar de que el RD-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, ha establecido ciertas medidas de atención a los profesionales autónomos en tiempos de coronavirus, éstas están centradas en articular una prestación extraordinaria por cese de actividad para los sujetos que se ven obligados a interrumpir su actividad profesional en tiempos de coronavirus, y en cambio, olvidan establecer medidas que favorezcan la conciliación, y con ella, la continuación de la actividad, de las personas que trabajan por cuenta propia en tiempos de pandemia.

Como se ha adelantado, cada año las estadísticas de contratación laboral y empleo se ocupan de recordar que la igualdad de géneros no se ha completado: las mujeres siguen presentando un porcentaje de ocupación laboral muy inferior al masculino (AAVV, 2021).

Así, las mujeres sólo conciertan 4 de cada 10 contratos de trabajo firmados en nuestro país, y no sólo eso. También la precariedad laboral es más intensa sobre el colectivo de trabajadores de sexo femenino, pues es cierto que, si más del 80% de los contratos que cada año se conciertan en nuestro país tienen una duración limitada en el tiempo, únicamente un 3% del total de los contratos indefinidos y a jornada completa que se celebran cada año, se han concertado con mujeres<sup>26</sup>.

Aunque ante esta situación de precariedad e inestabilidad laboral, el inicio de una actividad por cuenta propia podría parecer una solución a estos problemas, sorprende comprobar que, en la práctica, las estadísticas revelan similares datos respecto a la actividad por cuenta propia. Pues de cada 10 nuevas altas que se registran en nuestro país en el RETA, prácticamente 7 las cursan a varones<sup>27</sup>. Es difícil explicar cuáles son los motivos que llevan a las mujeres a ser más reacias que los hombres a la hora de emprender una actividad profesional por cuenta propia. Si, con carácter general, se ha buscado en el autoempleo bien la solución a la falta de trabajo por cuenta ajena, bien encontrar la posibilidad de autoorganizar libremente el tiempo de trabajo ¿por qué las mujeres no inician nuevas actividades profesionales en la misma proporción que los hombres? Posiblemente la res-

<sup>25</sup> Indagando sobre las principales causas de las lagunas de protección que hoy en día tiene el trabajo realizado por mujeres, véase Lozano, 2021.

<sup>26</sup> Sobre el grado de temporalidad del mercado laboral y sobre su incidencia sobre la contratación femenina, véase el análisis que cada año realiza la Memoria sobre la situación socio-económica del país del Consejo Económico y Social.

<sup>27</sup> Cfr. datos de los últimos años reflejados en: [http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm).

puesta a esta pregunta supere los contornos del Derecho del Trabajo y pase a situarse más bien en un plano psicológico. Y es que quizá sean las personas de sexo femenino las que con más frecuencia temen invertir sus ahorros y esfuerzos en la puesta en marcha de un nuevo negocio, sospechando que, posteriormente, sus obligaciones familiares y personales no les van a permitir dedicar el tiempo y esfuerzo que toda actividad profesional requiere para tener una implantación y un desarrollo exitoso.

Pero existe un segundo motivo que sirve para desincentivar el autoempleo femenino, motivo que esta vez se encuentra íntimamente vinculado a la situación laboral de la mujer anteriormente expuesta: la falta de financiación. Y es que, si su vida laboral anterior ha sufrido las intermitencias propias de la contratación temporal, o bien, se ha desarrollado con grandes periodos de trabajo a tiempo parcial, es difícil que encuentren entidades de crédito dispuestas a financiar este nuevo negocio, sin exigir hipotecas o avales varios<sup>28</sup>.

En este sentido, y como una de las posibles vías de financiación de una nueva actividad profesional por cuenta propia, no se puede dejar de mencionar la posibilidad de percibir en un pago único la prestación por desempleo con el fin de sufragar los gastos de lanzamiento del negocio. Tanta puede ser su utilidad que la reciente Ley 31/2015 amplía la posibilidad de percibir en un único pago la totalidad de las prestaciones por desempleo (antes reservadas únicamente a los sujetos más jóvenes, o limitadas a un porcentaje de la cuantía pendiente) a cualquier perceptor de prestación que desee iniciar actividad por cuenta propia. Ahora bien, por lo que atañe a la mujer emprendedora debe tenerse en cuenta que, incluso optando por la posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo, y a pesar de que el legislador haya generalizado el disfrute de esta posibilidad, no resultará una alternativa tan útil como a primera vista parece. Y es que será precisamente esta diferencia salarial (Sabater, 2014) (Ramos et al, 2014) que viene provocada por la temporalidad y parcialidad en la vida laboral a la que se acaba de hacer referencia, la que después determinará el acceso de las personas de sexo femenino a prestaciones de menor cuantía y menor duración (al partir en muchos casos de una base de cotización más reducida y un periodo de cotización más breve), de tal forma que, incluso capitalizada, el importe de la prestación por desempleo no será suficiente para sufragar los gastos iniciales de lanzamiento de un nuevo negocio<sup>29</sup>.

En cualquier caso, analizando el perfil medio de la mujer emprendedora, un informe del Global Entrepreneurship Monitor (GEM) constata que, en España, su perfil típico es el de una mujer de entre 25 y 34 años de edad, de las que sólo 1 de cada 3 dispone de estudios universitarios que realiza con una inversión inicial comprendida entre los 1.200 y los 1.800 euros. Vinculada al ámbito urbano, suele iniciarse en un negocio de autoempleo

---

<sup>28</sup> La dificultad femenina para obtener financiación bancaria a la hora de poner en marcha un negocio se ha puesto de manifiesto en múltiples foros. A modo de ejemplo, véase el Informe Especial GEM sobre Emprendimiento Femenino, publicado por el Observatorio de Emprendimiento Femenino, disponible en el siguiente enlace web: El 70% de las mujeres emprendedoras en España inician sus negocios por oportunidad - GEM España (gem-spain.com).

<sup>29</sup> Y es que, en muchas ocasiones, si la temporalidad es muy elevada, la trabajadora no habrá conseguido reunir el periodo de carencia exigido para generar derecho a esta prestación o, si su parcialidad ha sido muy acusada, la devengada tendrá una cuantía tan reducida que, ni aun capitalizándola al 100%, servirá para sufragar los gastos de lanzamiento de una nueva actividad.

generalmente tras estar en situación de desempleo. Con mayor frecuencia, las actividades se concentran en el sector servicios (así lo hace prácticamente el 80% de las nuevas emprendedoras), centrándose principalmente en negocios vinculados al comercio y, de forma secundaria, en hostelería y restauración. A la vista del escaso capital inicial que, de media, se utiliza para sufragar los gastos de lanzamiento de una nueva actividad, parece que las autónomas en nuestro país se nutren bien del ahorro privado, bien de microcréditos de escasa entidad concedidos por una entidad financiera (en algunos casos, éstas asumen compromisos de financiación a las mujeres emprendedoras y a los autónomos más jóvenes ofertando una línea de crédito a bajo interés) o incluso, de las subvenciones de escasa cuantía que todavía mantienen algunas Comunidades Autónomas destinadas a sufragar parte de los gastos materiales o inmateriales<sup>30</sup> derivados de la puesta en marcha de un negocio (medidas que por otra parte, se han visto seriamente reducidas por motivo de la crisis económica). En definitiva, parece que muchos ejemplos de autoempleo femenino no son más que formas tangenciales de intentar rentabilizar ciertas actividades de ocio, desempeñadas de forma ocasional, dando lugar, a lo que empieza a conocerse como “autoempleo precario” que, una vez más, incide con especial fuerza sobre las mujeres (Martínez, 2019).

Partiendo de estas dificultades iniciales, la epidemia de coronavirus ha provocado que las mujeres emprendedoras sufran, todavía con más fuerza que los hombres, la incidencia de la crisis económica: los negocios de menor entidad, especialmente ideados para tratar de forma personal con usuarios y clientes se han visto particularmente afectados por la situación de inestabilidad económica y social derivada del coronavirus. Pero no solo eso: las dificultades añadidas que implica, por los motivos expuestos, la conciliación familiar y laboral en tiempos de pandemia muestra su vertiente más dura por lo que atañe a las trabajadoras autónomas. Sin posibilidad de negociar con un empresario medidas de conciliación de la vida familiar y laboral (como, por ejemplo, respecto a las trabajadoras por cuenta ajena, permite hacer hoy en día el art. 34.8 ET o el Plan Me Cuida), han de asumir personalmente con su propio esfuerzo, y en detrimento de la disponibilidad de atención a sus clientes, la atención de sus cargas familiares, sin recibir ayuda de ningún tipo.

Se trata ésta de una situación que, por el momento no ha sido convenientemente resuelta por parte del legislador, que únicamente contempla determinadas bonificaciones en la cuota de cotización al RETA en caso de nacimiento de un hijo, riesgo en el embarazo o lactancia y, si se vincula además a la contratación de un nuevo trabajador, a la hora de suspender o reducir la jornada de trabajo por motivos de atención de hijos o familiares que no puedan valerse por sí mismos (art. 30.1 Ley 20/2007). En cambio, hasta el momento, no ha previsto medidas equivalentes cuando la mujer emprendedora se haya visto

---

<sup>30</sup> Cabe destacar que en ciertas ocasiones, estas ayudas no suponen la concesión de una subvención económica directa y a fondo perdido al emprendedor, destinada a sufragar los bienes muebles o inmuebles que requiere su negocio, sino en la prestación de ciertos servicios. Así por ejemplo, este tipo de ayudas pueden ir encaminadas bien a facilitar al autónomo la realización de ciertos trámites administrativos imprescindibles para la creación de su empresa (por ejemplo, constitución de una sociedad, comunicación administrativa de apertura de empresa y centro de trabajo, trámites fiscales, asesoramiento legal en materia de contratación laboral, etc.), bien a ofrecerle sin coste ciertos servicios que en la práctica resultan imprescindibles para garantizar la subsistencia del negocio (por ejemplo, estudios de mercado, publicidad, programación de una página web en la que se muestre al público potencial la nueva actividad, etc.).

obligada a reducir o incluso, suspender su actividad profesional debido a la necesidad de atender a familiares afectados por el coronavirus. Parece entonces que, superando los hijos los 3 o los 12 años de edad, a los que respectivamente, se vincula el ejercicio de estos derechos, solo queda la posibilidad de considerar “familiares que no puedan valerse por sí mismos” a los parientes o convivientes afectados o aislados por motivo de COVID, a efectos de poder disfrutar de las bonificaciones en la cuota de cotización al RETA antes mencionadas, olvidando el legislador que no siempre los autónomos en general, y en especial las autónomas (que suelen ser, como se ha indicado, pequeñas emprendedoras) disponen de la situación económica necesaria para tramitar una nueva contratación, presupuesto al que, por el momento, se vincula con carácter necesario, este tipo de ayudas, sin que, por el momento se haya previsto excepción alguna motivada por la epidemia.

La confluencia de los factores indicados permite concluir, sin reservas, que la conciliación en tiempos de pandemia, se convierte en una misión prácticamente imposible para las pequeñas emprendedoras, abocándolas muchas veces a la desaparición de sus respectivos negocios, en una situación ya por sí económicamente complicada. Y es que si a las dificultades inherentes a mantener un negocio en tiempos de crisis se unen los problemas de conciliación agravados que desencadena la epidemia, muchas autónomas se verán obligadas a desistir de su espíritu emprendedor.

## **9. Consideraciones finales. brecha digital y brecha salarial ¿están relacionadas?**

En plena sociedad digital, el confinamiento forzoso actuó como un detonante que ha incentivado de forma exponencial la utilización de nuevas fórmulas de comunicación no presencial que posibilitan las nuevas tecnologías en todas las áreas de la vida, tanto personales, como profesionales, y por supuesto académicas. Es en este contexto donde se descubre un nuevo reto social: acabar con la brecha tecnológica (o brecha digital) que, en esta nueva normalidad, aísla a los hogares con menos recursos. Y es que, la necesidad imperiosa de mantener el confinamiento, los cierres perimetrales y el toque de queda, ha obligado a realizar múltiples actividades laborales y sociales de forma telemática, demostrándose así que el ser humano, aprovechando las enormes utilidades que permiten las herramientas informáticas, puede adaptarse con enorme rapidez a los retos que se le presentan. Redes sociales y e-sports desplazan con asombrosa rapidez a las formas clásicas de interacción social, al mismo tiempo que se descubre que muchas más actividades de las que pensábamos pueden realizarse en régimen de teletrabajo sin merma alguna de su calidad y eficacia.

En este contexto, lo que antes se consideraba un mero complemento con fines de ocio, ha redimensionado su papel hasta convertirse en una herramienta de integración social esencial. Por este motivo, esta carencia de recursos desempeña un papel demoleedor no solo sobre la vida social de las personas, sino también respecto al rendimiento académico de los estudiantes, que se ven imposibilitados de seguir con normalidad el desarrollo de las clases, coartando así también, en consecuencia, sus expectativas pro-

fesionales a medio plazo. Lo que muchas veces pasa desapercibido es que, esta brecha tecnológica, en la práctica, también se encuentra íntimamente conectada a cuestiones de género. Situación que es imprescindible visibilizar, con el fin de poder erradicar las causas que la motivan.

Estadísticamente, se ha comprobado que, gran parte de los hogares sin recursos suficientes para atender, con fines académicos, las necesidades digitales de los miembros que la integran son hogares monoparentales. También los datos anuales de nuestro país permiten comprobar que, más del 90% de los hogares monoparentales españoles están a cargo de una mujer que, muchas veces a demás, será la que se ocupe del sustento económico de la familia en exclusiva<sup>31</sup>.

Pero la conexión que existe entre la brecha digital y la brecha de género no acaba ahí. Sin duda influye en esta desigualdad económica en la que tienen más riesgo de encontrarse los hogares en los que el único cabeza de familia es una mujer el hecho de que, mujeres y hombres, todavía no hayan encontrado una igualdad laboral plena. Desigualdad que se incrementa cuando la mujer en cuestión se encuadra dentro de uno de los colectivos que, *a priori*, presentan menos oportunidades de colocación<sup>32</sup>. Al ser las mujeres las más más afectadas por la elevada temporalidad y parcialidad de las que adolece nuestro mercado de trabajo<sup>33</sup>, su situación económica, al carecer de ahorros, suele quedar más afectada ante la pérdida de un puesto de trabajo. Al mismo tiempo hay que poner de manifiesto que el colectivo femenino es el que se dedica con más frecuencia a las tareas de atención y cuidado de la familia, lo que repercute en la continuidad, duración o dedicación de su actividad profesional con su consiguiente reflejo en su retribución mensual, provocando la ya conocida brecha de género en salarios y pensiones. De esta forma, la práctica demuestra que, las situaciones de pobreza extrema recaen con más frecuencia sobre hogares femeninos y, por lo tanto, sin ayudas públicas, sus convivientes no tendrán las mismas oportunidades de formación e integración social que al resto de familias, dando lugar así a que la pobreza intergeneracional se perpetúe, y más actualmente, cuando las estadísticas confirman que el 54% del paro registrado a raíz de la epidemia mundial de coronavirus es femenino<sup>34</sup>, lo que permite comprobar que, tristemente serán las mujeres

---

<sup>31</sup> Situación que reconoce la propia exposición de motivos del RD-Ley 20/2020, por el que se aprueba en España el Ingreso Mínimo Vital. Además de ello, el mismo texto recuerda que España se encuentra entre los países de la Unión Europea con una distribución de la renta entre hogares más desigual, poniendo de manifiesto que, ante esta situación, esta nueva prestación no contributiva nace con el objetivo principal de garantizar unas condiciones materiales mínimas que eviten la pérdida de oportunidades educativas y laborales que desencadena la pobreza extrema. Sobre esta cuestión, cfr. Santibáñez, 2018.

<sup>32</sup> La causa de la exclusión social es la dificultad para participar en los mecanismos habituales de inserción laboral. Esta dificultad puede provenir por causas variadas: bien por la edad o minusvalía del sujeto, falta de cualificación, su grado de minusvalía o su situación de dependencia, por el hecho de ser delincuente penado, ex presidiario, toxicómano o persona deshabitada al consumo de sustancias adictivas, sujetos sometidos a excesivas cargas familiares, etc. Son diversos los autores que han puesto de manifiesto la multitud de causas posibles de desigualdad social que pueden desencadenar la exclusión de las personas y su contante modificación con el paso del tiempo, así entre otros, cfr. Amador, 2011 y Vidal, 2017.

<sup>33</sup> Aspecto que cada año, confirman nuestras estadísticas de empleo, tal y como se analiza con detenimiento en AAVV, 2021.

<sup>34</sup> Según un informe elaborado por la consultora McKinsey a nivel mundial, aunque solo el 39% del empleo global se lleva a cabo por el género femenino, ellas sufrieron más de la mitad (el 54%) de las pérdidas

más más afectadas por situaciones de pobreza en general y de pobreza digital, en particular (por el coste que implica la adquisición, el correcto mantenimiento y la obtención de la formación suficiente para utilizar correctamente los equipos informáticos).

A su vez, aunque no lo parezca, la pobreza digital va a dificultar el tránsito de un trabajo presencial al trabajo a distancia, aspecto que resultará especialmente importante en los casos en los que, el régimen de teletrabajo se solicite únicamente con carácter temporal o coyuntural con el fin de atender cargas familiares (instando activar las medidas de flexibilización previstas en el art. 34.8 ET) o a familiares enfermos por coronavirus (recurriendo al Plan Me Cuida), en ambos casos, sujetos al acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario. Aunque, según la regulación vigente del teletrabajo, el empresario tiene la obligación de facilitar a su empleado los medios necesarios para que el trabajador desarrolle su prestación de servicios en régimen de teletrabajo (art. 11 RD-Ley 28/2020), nada impide que este presupuesto se flexibilice en caso de existencia de acuerdo entre las partes. De esta forma, el trabajador pondría a disposición de la empresa, normalmente con carácter meramente temporal, sus propios recursos tecnológicos. Y es que no se puede negar que, muchas veces, es ésta la única forma posible de lograr el reconocimiento de ciertas fórmulas de flexibilización de la presencia en la empresa, solicitadas a interés del propio trabajador, con carácter puntual (pocas horas a la semana) o temporal (previstas para hacer frente a una situación concreta, previsiblemente de corta duración), y respecto a las cuales, el hecho de no resultar rentable adjudicar medios informáticos permanentes, sin duda obstaculizaría el acuerdo de voluntades.

Ante esta situación, existirá un indicador clave que permitirá comprobar si, verdaderamente, las mujeres han sido las más afectadas por la epidemia: el porcentaje de beneficiarios y beneficiarias, respectivamente de la nueva prestación no contributiva denominada Ingreso Mínimo Vital (en adelante, IMV) nacida en plena pandemia, pero con vocación de perdurabilidad. Al respecto, surge una pregunta obligada: ¿será el IMV una alternativa que evite tener que hacer frente a las dificultades de conciliación que agrava la epidemia? ¿Potenciará el abandono de los puestos de trabajo menos cualificados, peor retribuidos y con más exigencia de presencia física? ¿Se va a convertir en el salario de las amas de casa que se reclama desde el siglo XIX?<sup>35</sup> La respuesta a estas cuestiones se podrá obtener con facilidad comprobando las cifras de beneficiarios de esta prestación al finalizar el año 2021.

---

de empleo causadas a raíz del coronavirus. Se trata ésta de una consecuencia de la que no escapa el mercado de trabajo nacional. Así pues, según los datos publicados por el INE en febrero de 2021, en España se contabilizaron 1,7 millones de hombres desempleados, frente a los 2,3 millones de mujeres paradas.

<sup>35</sup> Al ser las mujeres las más más afectas por la elevada temporalidad y parcialidad de las que adolece nuestro mercado de trabajo, su situación económica, al carecer de ahorros, suele quedar más afectada ante la pérdida de un puesto de trabajo. Al mismo tiempo hay que poner de manifiesto que el colectivo femenino es el que se dedica con más frecuencia a las tareas de atención y cuidado de la familia, lo que repercute en la continuidad, duración o dedicación de su actividad profesional con su consiguiente reflejo en su retribución mensual, provocando la ya conocida brecha de género en salarios y pensiones. De esta forma, el reconocimiento del IMV contribuirá a fomentar la igualdad de género, evitando situaciones de pobreza extrema que recaen con más frecuencia sobre hogares femeninos, ofreciendo a sus convivientes las mismas oportunidades de formación e integración social que al resto de familias, impidiendo así que la pobreza intergeneracional se perpetúe. De hecho, como las estadísticas dentro de poco se ocuparán de confirmar, es bastante posible que, en la práctica, el IMV se convierta en una prestación típicamente femenina. Alguna de estas cuestiones las analiza Pollos, 2020.

## 10. Bibliografía

- AAVV, “*Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España (2020)*”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2021, soporte informático.
- AAVV, “*Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*”, Hierro Hierro, J., Kahale Carrillo, D.T. (coords.), Sánchez Trigueros, C. (dir.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
- AAVV, “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.
- AMADOR MUÑOZ, L.V. y MUSITU OCHOA, G., “*Exclusión social y diversidad*”, Ed. Trillas, México, 2011.
- ABREU ARAÚJO, M.J.S., “Bienestar en el Trabajo y Calidad de Vida en el Trabajo: relaciones con nuevas formas de trabajo e implicaciones futuras, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, nº. 1, enero-marzo de 2017, págs.1-28 soporte informático.
- CÁCERES RIVERA, D.I., “Enfermería, pandemia y fatiga por compasión: una reflexión general sobre el 2020”, *Revista Ciencia y Cuidado*, vol. 18, nº. 1 (enero-abril), 2021, págs. 116-123.
- CEGARRA CERVANTES, F., “*Las obligaciones empresariales para la protección de las personas trabajadoras maduras en los despidos colectivos*”, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2022, inédita. Disponible en [www.digitum.um.es](http://www.digitum.um.es).
- CORTÉS BORDOY, J., “Embarazo, recién nacido y COVID-19”, *Medicina balear*, vol. 35, nº. 3, 2020, págs. 35-38.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos*, vol. 1, nº. 3, 2020, págs. 4-11.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, I., “Burnout: prevención y evaluación de la carga mental en la sociedad digital”, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº. 190, 2021, págs. 16-24.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Trabajo a distancia: Cuestiones pendientes y propuestas de mejora: el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 58, 2021, soporte informático.
- GARCÍA ROMERO, B., “Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores”, en VVAA, “*La reforma laboral de 2012: análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”, (coord. por Cavas Martínez, F.), Laborum, Murcia, 2012, págs. 33-69.
- GOÑI SEIN, J. L., “*El respeto a la esfera privada del trabajador*”, Civitas, Madrid, 1988.
- LORENTE ACOSTA, M., “Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento”, *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 46, nº. 3, 2020, págs. 139-145
- LOZANO LARES, F., “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 58, 2021, soporte informático.

- MAGRO SERVET, V., "Casuística sobre la violencia de género y la declaración del estado de alarma a raíz del Coronavirus", *Diario La Ley*, nº 9604, 2020, soporte informático.
- MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., "Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº. 440, 2019, págs. 19-56.
- MATEU CARRUANA, M.J., "Las facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 169, 2005, págs. 37-44.
- MATÍA PORTILLA, J.M., "Covid e intimidad", en AAVV, Biglino Campos, P; Durán Alba, F., "Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional", Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020, Zaragoza, págs. 1-25, versión digital.
- MEIL LANDWERLIN, G., "El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa", *Revista latina de sociología*, nº. 1, 2011, soporte informático.
- MELLA MÉNDEZ, L., "Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. 66, 2020, soporte informático.
- POLLOS CALVO, C., "Mujeres y el ingreso mínimo vital. Repercusión en la violencia de género", *Diario La Ley*, nº 9669, 2020, soporte informático.
- RAMOS R., SANROMÁ i MELÉNDEZ, E. y SIMÓN PÉREZ, H., "Diferencias salariales entre sector público y privado según tipo de contrato: evidencia para España", *XXI encuentro de Economía Pública*, 2014, soporte electrónico.
- SABATER FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>.C., "La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación laboral", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº. 30, 2014, págs. 163-198.
- SANTIBÁÑEZ GRUBER, R., FLORES, N., y MARTÍN, A., "Familia monomarental y riesgo de exclusión social", *iQual: revista de género e igualdad*, nº. 1, 2018, págs. 123-144.
- TOSCA, D., "El despido justificado en comportamientos extralaborales configurativos de mala conducta: una doble excepción a las reglas", *Revista derecho del trabajo*, nº. 2, 2014, págs. 147-153.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. "La conducta extralaboral como causal de despido", *Revista derecho del trabajo*, nº. 2, 2014, págs. 158-167.
- VIDAL FERNÁNDEZ, F. y RENES AYALA, V., "La agenda de investigación en exclusión y desarrollo social", Fundación FOESSA, Madrid, 2007.

# Estatuto de refugiada por motivos de género, blindaje de fronteras y desafíos actuales en la UE

## Gender-based refugee status, border shielding and current challenges in the UE

Mercedes Yela Uceda

*Profesora Visitante Departamento Derecho Público II y Filología I*

*Universidad Rey Juan Carlos*

ORCID ID: 0000-0002-3121-797X

Recibido: 29-09-2021

Aceptado: 23-02-2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6946>

*Resumen.* En los últimos tiempos se han producido numerosas llegadas a la Unión Europea para solicitar refugio, desde el año 2015 estamos viviendo una crisis humanitaria inigualable. A pesar de que el número de solicitudes de refugio se ha reducido, las necesidades son mayores y los campos de refugiados se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema. La pandemia de la COVID-19 ha bloqueado y suspendido la adquisición de los procedimientos de protección internacional, vulnerando los derechos de los refugiados y en particular de las mujeres. La situación de las mujeres solicitantes de refugio y el acceso al estatuto de protección por motivos de género, a la luz de los principios de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en tiempos de crisis sanitaria deben ser estudiadas a través de una metodología descriptiva y documental.

Al mismo tiempo la respuesta de la UE a las llegadas de refugiados requiere de un estudio en profundidad. El incumplimiento de cuotas, la falta del principio de solidaridad, la ausencia del principio de reparto de cargas propician, sin duda, la falta de protección a los solicitantes de refugio a pesar de que cumplan los requisitos establecidos en la normativa internacional para poder adquirir la protección como refugiadas. Se realizará un análisis desde el punto de vista criminológico-penal donde poder identificar las necesidades específicas de las mujeres, las consecuencias dañinas de los hechos traumáticos que viven las refugiadas y los riesgos que atraviesan hasta llegar al Estado de acogida.

*Palabras clave:* refugio, persecución por motivos de género, estatuto de refugiada, COVID-19, derechos humanos..

*Abstract.* In recent times there have been numerous arrivals to the European Union to seek refuge, since 2015 we have been experiencing an unparalleled humanitarian crisis. Although the number of refugee applications has decreased, the needs are greater and the refugee camps are in a situation of extreme vulnerability. The COVID-19 pandemic has blocked and suspended the acquisition of international protection procedures, violating the rights of refugees and in particular of women. The situation of women refugee claimants and access to

---

\*mercedes.yela@urjc.es.

gender-based protection status in the light of the principles of the 1951 Refugee Convention in times of health crisis needs to be examined with a descriptive and documentary methodology.

At the same time, the EU's response to refugee arrivals requires in-depth study. The non-fulfilment of quotas, the lack of the principle of solidarity and the absence of the principle of burden sharing undoubtedly lead to a lack of protection for asylum seekers, despite the fact that they meet the requirements established in international regulations for acquiring protection as refugees. An analysis will be carried out from a criminological-criminal point of view in order to identify the specific needs of women, the harmful consequences of traumatic events and the risks they face until they reach the host state.

*Keywords:* refugee, gender-based persecution, refugee status, COVID-19, human rights.

## 1. Contextualización

En la actualidad, numerosas personas llegan a las fronteras exteriores de la Unión Europea en búsqueda de protección internacional, a través de las figuras de asilo o refugio. Y otras tantas, intentan llegar a la UE y por los peligros o amenazas que se encuentran en las diferentes rutas de llegada, se quedan por el camino. Somos conscientes que se producen continuas violaciones del Derecho Internacional de los Refugiados, recogido en la norma básica y pilar fundamental de la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951, por lo que es necesario un estudio detallado sobre la situación de la mujer refugiada. Un análisis de la figura de la mujer refugiada por razones de género desde el Derecho Internacional Público, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde la intervención del Derecho Penal en el fenómeno de inmigración clandestina, nos podrá aportar posibles soluciones para la gestión de la mal denominada crisis de refugiados de los últimos tiempos.

Como punto de partida, realizaremos una breve recapitulación del progreso del fenómeno de las llegadas de los refugiados o mal llamadas crisis migratoria en estos últimos tiempos y un análisis del estatuto de refugiada, enfocándonos en un estudio de la protección internacional con perspectiva de género. Los años 2015 y 2016 se recuerdan como aquellos en los que ocurrieron una de las mayores crisis migratorias y humanitarias de los últimos tiempos, llegando a medio millón de solicitudes de protección en la UE<sup>1</sup>. Las oleadas de refugiados colapsaron el sistema de acceso de protección internacional y las llegadas masivas produjeron una sobrepoblación en los campos de refugiados a la espera de su tramitación, poniendo de manifiesto, entre otras cuestiones: la insuficiencia de recursos, la no concesión de protección en algunos supuestos que deberían de ser contemplados, los acuerdos de reubicación y la imposibilidad de poder hacer frente al fenómeno de llegadas masivas.

Posteriormente, tras las llegadas masivas a la UE se crea el acuerdo de Turquía, cuya aplicación comienza el 4 de abril de 2016, con la intención teórica de poder evitar oleadas masivas y gestionar las fronteras y los procedimientos de protección internacional de forma más eficiente a fin de evitar un colapso del sistema, como ya ocurrió en dichos años

---

<sup>1</sup> En concreto en 2015 se recibieron 1.282.690 y 1.221.185 en el año 2016, según Eurostat, Oficina estadística de la Comisión Europea. Informe de datos 2021. Recuperado de: [https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr\\_asyappctza&lang=en](https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_asyappctza&lang=en)

2015 y 2016. Las cifras de solicitudes de protección a partir del año 2017 descienden, sin embargo, coincide en el tiempo con instrumentos normativos, como la entrada en vigor de la Declaración UE- Turquía, de 18 de marzo de 2016<sup>2</sup>.

La realidad práctica de dicho acuerdo, cuyo objetivo práctico era en realidad externalizar, configurando así una Europa como fortaleza (De Lucas, 2016) y no como lugar de acogida. En sí, el efecto tapón como mecanismo que obstaculiza la posibilidad de solicitar protección internacional en un puesto fronterizo es claro, contraviniendo así el artículo 14 de la DUDH respecto al derecho de buscar asilo y el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que sí garantiza el derecho de asilo, como derecho subjetivo de los individuos y no de los Estados. ¿Pero realmente en qué consistía dicho acuerdo, de naturaleza jurídica dudosa según diversos autores, ahora ya suspendido?

El acuerdo buscaba en sí una prevalencia de las políticas de control de fronteras, ejerciendo como guardia de las mismas, comprometiéndose los Estados miembros al reasentamiento de un refugiado por cada sirio retornado a Turquía (González, 2020). Dicho acuerdo, según De Lucas incumplía la legalidad, legitimidad y la eficacia de la protección internacional (De Lucas, 2016) debilitando aún más los derechos de los refugiados. Tanto el acuerdo de Turquía, suspendido en 2019, como los últimos instrumentos de *soft law* recientes, como el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo del 23 de septiembre de 2020, ponen de manifiesto un aumento y prevalencia de medidas de contención, de carácter restrictivo más que una protección real y eficaz de los derechos de los refugiados.

Tras la publicación y entrada en vigor de dichos instrumentos normativos, podemos plantearnos cómo han afectado al número de llegadas a la UE. Según las estadísticas de los últimos años, en 2019 se recibieron un total de 698.760 solicitudes, y cuando comenzó la pandemia COVID-19 en la UE en 2020, las mismas se redujeron en 471.630 solicitudes, alcanzando una situación similar recibida de años anteriores, previos a la gran crisis migratoria, como cifras del año 2013 (Eurostat, 2021).

En este punto, podríamos cuestionarnos si las solicitudes de protección internacional han disminuido debido a que las necesidades son menores o bien por el aumento de obstáculos para que las personas lleguen a un puesto fronterizo y puedan pedir refugio. El número decreciente de solicitudes de protección internacional, en particular de refugio, se debe a una serie de razones interconectadas; la crisis del COVID-19 ha afectado significativamente la agitación de la política de asilo y refugiados, la suspensión del Acuerdo de Turquía y el colapso del sistema de protección internacional. Añadido todo ello a la sus-

---

<sup>2</sup> En dicha declaración se pone de manifiesto la compensación económica que Turquía recibía y se aludía a la finalidad del Acuerdo UE determinándose: "Turquía y la Unión Europea han reafirmado su compromiso con la aplicación del Plan de Acción Conjunto puesto en marcha el 29 de noviembre de 2015. Ya se han logrado muchos avances, como la apertura, por parte de Turquía, de su mercado laboral a nacionales sirios bajo protección temporal, la introducción de nuevos requisitos de visado para los sirios y personas de otras nacionalidades, el incremento de los esfuerzos de seguridad por parte de los guardacostas y policías turcos y un intercambio de información más intenso. Asimismo, la Unión Europea ha iniciado el desembolso de los 3000 millones de euros del Mecanismo para los refugiados en Turquía destinado a proyectos concretos y además se ha avanzado en los trabajos sobre la liberalización de visados y en las negociaciones de adhesión, entre otras cosas con la apertura del capítulo 17 el pasado mes de diciembre" según lo expuesto en la Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016, del Consejo Europeo. [Consulta 20/02/2021]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

pensión del derecho a la libre circulación, la paralización de solicitudes, las condiciones insalubres de los campos de refugiados; son factores que reúnen de forma genérica un cóctel explosivo que sin duda debilitará con grandes efectos negativos a los derechos más esenciales de los refugiados y refugiadas.

En particular, a través de una metodología exploratoria de carácter documental, estudiaremos los desafíos actuales de la crisis de refugiados, en particular, de la situación de la solicitante de protección internacional, tema principal de estudio en nuestro trabajo que responderemos a través de un análisis multidisciplinar.

## 2. La institución del refugio y la persecución por motivos de género

Para comenzar, nos centraremos de forma genérica en la protección internacional, en concreto en la figura del refugio, cuya finalidad principal es la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas extranjeras o apátridas, este es el elemento esencial que activa la protección internacional. Será necesario en primer lugar realizar una breve radiografía de las deficiencias de la institución de refugio que afectan a todo solicitante de protección internacional, para posteriormente centrarnos en la mujer refugiada. No podemos hablar y, este sería otro estudio a desarrollar, de protección internacional de las personas que se encuentren en precarias condiciones o tengan motivos de persecución si se encuentran en nuestro país. En este sentido, se configura como una protección complementaria a la que debían de haber tenido en su Estado de origen o residencia, en otras palabras, podemos definirla como aquella salvaguarda de derechos que un Estado de acogida proporciona al individuo extranjero si su país de acogida o residencia no quiere brindarle protección o por el contrario, por falta de recursos no puede hacerlo, según la Convención de 1951.

Fuera de este mecanismo de salvaguarda que es la protección internacional, se encuentran el concepto del inmigrante, definido de forma genérica como aquel que busca un futuro u oportunidades mejores de las que tiene en su país de origen (CEAR, 2021). Tampoco, se corresponde la protección internacional con el concepto de inmigrante definido por CEAR, definición que se aproxima a la figura del inmigrante económico, siendo aquella persona que busca un futuro mejor, con oportunidades más adecuadas.

De esta definición, es importante extraer dos conclusiones; la primera la diferencia de la inmigración con los mecanismos de protección internacional, asilo y refugio y la segunda, plantear si existe un verdadero derecho a emigrar.

Respecto a ello, el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, propugna:

“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.” por lo que puede deducirse la existencia de un verdadero derecho a emigrar (DUDH, 1948).

Respecto al refugio y asilo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 14: “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” (DUDH, 1948). Dicho artículo, a diferencia con el anterior, alude a la inexistencia de un verdadero derecho al refugio, solamente según lo expuesto en la DUDH, puede alegarse el derecho a buscar a asilo, no a obtenerlo. Lo que quiere decir, en otras palabras, que los Estados, según esta disposición, poseen una obligación negativa respecto al asilo, es decir, garantizar que no existan barreras u obstáculos para que los individuos puedan solicitar protección internacional, no estando obligados a conceder asilo.

Las fórmulas de protección internacional conocidas, como el refugio o el asilo, se configuran como un mecanismo complementario y subsidiario que el Estado de origen debería ofrecer y proporcionar al individuo. Así, esta fórmula de protección internacional es de carácter subsidiario y se proporciona en ausencia de protección y cuando se produce la puesta en peligro de los derechos más esenciales del ser humano, advirtiendo ya en este punto la conexión directa del refugio con los derechos humanos.

Como primera cuestión de este análisis con perspectiva de género, debemos plantearnos si existe una protección específica hacia las mujeres en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que contemple dicho planteamiento. Para ello, debemos de recordar brevemente qué se considera refugiado según lo dispuesto en la normativa internacional<sup>3</sup>. Según esta definición, el primer factor de activación y transferencia de protección internacional, como comentamos es el ciudadano extranjero o apátrida, fuera de su país de origen o residencia.

El segundo elemento es la existencia de peligros objetivos y definidos que puedan causar daño, es decir, la lesión a la vida, integridad o seguridad del sujeto. En tercer lugar, de acuerdo con las disposiciones de la Convención de 1951, estos factores y el temor plenamente fundado al peligro para la vida humana o la seguridad personal no son solo cualquier causa o motivación, sino también una serie de supuestos evaluados, especialmente: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social específico u opinión política.

¿Dónde encontramos la inclusión de protección por violencia hacia las mujeres en dicho artículo 1.A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951? ¿Por qué no se hace una alusión en específico a la situación de las mujeres como motivo para solicitar refugio? El primero de los argumentos a dichos planteamientos es claro, por motivos temporales. No es hasta el 3 de septiembre de 1981, cuando entra en vigor la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer, constituyendo un texto jurídico pionero en la lucha contra la violencia de las mujeres.

---

<sup>3</sup> Dicho concepto queda establecido a nivel internacional, según el artículo 1.A. 2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se entiende por refugiado aquel individuo que: “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” ver en ONU (1951), Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951.

Una vez incluida la perspectiva de género se hace una reinterpretación del concepto de refugiado en virtud de lo dispuesto del artículo 1.A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 incluyendo la posibilidad de acceso al estatuto de protección por motivos de género. En el año 1993, a fecha de 20 de diciembre, se aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer por la Asamblea de la ONU; la importancia de este texto es la conexión, según se detalla, de la violencia contra las mujeres con la violación de los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>4</sup>.

Llegados a este punto: ¿por qué unir género y refugio? Para resolver dicha pregunta nos iremos a los fundamentos esenciales de cada concepto. En la Declaración de 1993, se aborda el fundamento de la violencia de género, constituyendo según se detalla en dicho texto que: “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer”. De esta forma a través de la violencia, y control, como mecanismos de dominación, la mujer ha quedado relegada a un papel de subordinación respecto del hombre, produciéndose una situación de discriminación que se ha mantenido a lo largo del tiempo tomando como origen las sociedades patriarcales.

Centrémonos en dos palabras clave, extraídas de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 20 de diciembre de 1993, en relación con la situación sufrida a lo largo de la historia por la mujer: violencia y discriminación. Aquí, por tanto, podemos observar la conexión clara con la institución de refugio, antes de entrar con la exposición de los motivos que puedan dar lugar a la inclusión de la persecución por motivos de género. Violencia y discriminación constituyen elementos esenciales al mismo tiempo de la institución del refugio, creado con la finalidad de protección a la persona. Si recordamos lo dispuesto en la Convención de 1951, la protección se brinda al ciudadano extranjero o apátrida sobre el que exista una amenaza a su vida, integridad o seguridad con riesgo de sufrir un daño severo, violencia, sobre sus derechos fundamentales. Es, por tanto, que la situación de violencia que lleva a una discriminación sobre, ciudadanas extranjeras o apátridas, solicitantes de refugio en los Estados de acogida, debe ser atendida a la luz de lo dispuesto en la Convención de 1951.

El concepto de daño severo, en relación con la amenaza de violencia hacia las mujeres, debe ser explicado, en la propia Declaración de 1993, se especifica que la violencia hacia las mujeres abarca todo tipo de ella: violencia sexual, física, psicológica e incluso recientemente ha sido añadida la ciberviolencia, que cada día se encuentra más presente. Además se entiende como manifestación de violencia de género, según el Convenio del Consejo de Europa, de Estambul, ratificado por España en 2014, un concepto amplio. De esta forma violencia de género será considerada aquella producida por un hombre contra una mujer por el hecho de serlo dentro del ámbito de la pareja, ex pareja o relación análoga de afectividad vigente o pasada y, además aquella violencia que afecte a las mujeres de forma desproporcionada. A modo de ejemplo son manifestaciones de violencia que afec-

---

<sup>4</sup> Así se dispone en el preámbulo, determinando que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades” según lo establecido en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 20 diciembre de 1993.

tan a las mujeres de forma desproporcionada, según el número de víctimas, por ejemplo la mutilación genital femenina y la trata de mujeres con fines de explotación sexual<sup>5</sup>.

Volviendo de nuevo a la protección internacional, solamente existen cinco motivos tasados que dan lugar a la adquisición del estatuto de refugiada, aunque se cumplieran el resto de los elementos ya citados. Los motivos tasados en la Convención de 1951 constituyen una limitación severa a la protección internacional, que a veces no puede dar respuesta a individuos necesitados de protección o situaciones anómalas que impiden su acceso como los denominados refugiados en órbita, los refugiados de facto o también los refugiados *sur place*.

El 7 de mayo de 2002, ACNUR emite unas Directrices sobre protección internacional en las que explica la inclusión de la persecución por motivos de género en la definición del artículo 1A(2) de la Convención de 1951. De estas directrices, es posible extraer conclusiones importantes como que la persecución por motivos de género “carece de un sentido legal per se” según refiere ACNUR. En otras palabras, el género, entendido como construcción social, aludiría a la motivación de presentar una solicitud de refugio, dando lugar a la necesidad de protección. De aquí, extraemos dos ideas fundamentales; por una parte, que la Convención de 1951 y en particular del concepto de refugiado, se ha establecido desde una perspectiva masculina. Algunos autores, determinan que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 que dan lugar al estatuto de refugiada se han formulado desde una mirada androcentrista (Zamora, 2019). Lo cierto es que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 no hace referencia alguna ni a la mujer ni a los niños, sujetos de especial protección. Sin embargo, hay que tener en cuenta el momento temporal de la elaboración de la Convención, cuando aún no había comenzado el desarrollo normativo para combatir la violencia de género.

Tampoco, menciona la Convención conceptos como el género o el sexo para la comprensión del fenómeno de la violencia de género. Teniendo en cuenta, como sabemos, que el sexo hace referencia a la condición biológica mientras que el género es entendido como construcción social, la violencia de género debe ser explicado en clave estructural como forma de discriminación basada en el género y no en el sexo. Será más adelante, el Convenio de Consejo de Europa, de 2011, en Estambul, cuando se especifica que “por violencia contra las mujeres por razones de género” se entiende no solamente aquella producida del hombre hacia la mujer en un contexto de pareja, ex pareja o análoga relación de afectividad, si no se amplía a aquella que afecte a las mujeres de forma desproporcionada.

En los primeros momentos que se toma preocupación por la situación en concreto de la mujer es en 1993, a través de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que contempla la violencia sexual como una lesión de los derechos fundamen-

---

<sup>5</sup> En este sentido es importante destacar que por “violencia contra las mujeres” señala el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la mujer y la violencia doméstica, de 1 de agosto de 2014, “se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada y por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

tales de la mujer y además como una causa de los desplazamientos forzados. En otras palabras, la violencia sexual puede ser considerada junto al resto de elementos del concepto de refugiado, como causa y forma de persecución de un peligro cierto que constituya una amenaza para la vida e integridad de la mujer, causando de forma obligada la huida de su Estado de origen o residencia y generando la activación de la protección internacional en el Estado de acogida.

A pesar de que la Convención fue acordada en 1951, la amplitud y la definición completa del artículo 1A (2) nos permite incluir el género como motivo de persecución, dentro de la pertenencia a un grupo social determinado. Es precisamente, esta reinterpretación la que permite incluir los motivos de género en el concepto universal de refugiado establecido por la Convención de 1951. En este sentido, lo especifica ACNUR en 2002 donde establece la importancia de incluir la perspectiva de género en la protección internacional, en concreto en la adquisición del estatuto de refugio. En las directrices del 7 de mayo de 2002, ACNUR menciona que la persecución por motivos de género carece en sí, “de un sentido legal per se”, por lo que debe estar sujeta a una interpretación en consonancia con los principios y elementos básicos del concepto de refugiado establecidos en la Convención de 1951.

De tal forma que, la inclusión de la persecución por motivos de género puede ser incluida en la pertenencia de un grupo social determinado, es compatible con los principios de la institución de refugio y no supone que se reconozca el estatuto de refugiada a todas las mujeres por el mero hecho de serlo. La persecución por motivos de género conlleva el cumplimiento del resto de requisitos del artículo 1A (2): ciudadano extranjero o apátrida que no puede o no quiere volver a su Estado de origen o residencia a causa de un peligro cierto y determinado, que suponga una amenaza o fundados temores para su vida, integridad o seguridad. Por ello, la persecución por motivos de género tiene su fundamento y reconocimiento en dos supuestos; prácticas determinadas en el Estado de origen que son equivalentes a una persecución, por ejemplo, apedrear a una mujer hasta la muerte por cometer adulterio y, como segundo caso, una situación de discriminación que pueda equipararse a una persecución. Como ejemplo, cuando el Estado no pueda o no quiera proteger a personas por prejuicios con dimensión de género que sean amenazadas y existan fundados temores.

Como ejemplo, mencionamos la STS de 26 de enero de 2016, en la que el Tribunal Supremo recoge que debe concederse autorización de residencia por causas humanitarias por persecución relacionada con el género, a una mujer de Etiopía, ya que de ser expulsada a su país de origen sería susceptible de sufrir violencia sexual por el hecho de su orientación homosexual y por ser mujer.

También, es interesante destacar la Sentencia de la Audiencia Nacional, SAN 18/2017 de 12 enero de 2017 en la que la Audiencia desestima la solicitud de protección subsidiaria de una solicitante de asilo originaria de Perú, víctima de violencia de género que había sufrido amenazas del entorno de su expareja. El fallo desestimatorio radica que no existen suficientes indicios que acrediten una persecución existente.

Siguiendo con el análisis de ACNUR, en las directrices del 7 de mayo de 2002 sobre persecución por motivos de género, se establece que bajo ninguna circunstancia se puede

inferir que una interpretación sensible significa que a todas las mujeres se les otorgará automáticamente el estatus de refugiado, solamente aquellas que son perseguidas por motivos de género u otras razones son elegibles para el estatus de refugiado. Debemos distinguir entre las costumbres que constituyen persecución y discriminación. Las prácticas discriminatorias son actos de violencia contra la mujer, que pueden basarse en la existencia de leyes de persecución contra la mujer, que atentan contra los derechos humanos o imponen castigos o sanciones de género excesivas o inapropiadas (que involucran ciertos aspectos de género) (ACNUR, 2002).

Otro de los ejemplos que contempla especialmente la persecución por motivos de género es la adquisición del estatuto de refugio a cualquier persona, hombre o mujer, que sea perseguida a causa de su orientación sexual.

En este sentido se detectan deficiencias en la práctica en cuanto a la prueba que demuestre esos fundados temores de persecución, así en STS 1834/2018 de 18 de julio de 2016<sup>6</sup> se admite la solicitud de refugio a un solicitante procedente de Camerún que sufría persecución a causa de su orientación sexual que la Administración había denegado la protección a pesar de existir un relato verosímil y un informe favorable del ACNUR.

También se recoge especialmente el caso de las víctimas de trata, quienes además de adquirir el estatuto de refugiada cuentan con una protección reforzada y complementaria. En este sentido, en virtud de lo dispuesto en el Pacto de Estado contra la violencia de género, en la línea de lo que disponen los instrumentos internacionales, tanto la mutilación genital femenina y la trata de mujeres con fines de explotación sexual son manifestaciones de violencia de género puesto que afectan a las mujeres de forma desproporcionada. Llegados a este punto, es necesario destacar la situación de las mujeres y las menores como blancos vulnerables de la criminalidad organizada y la vinculación existente entre el tráfico ilícito de migrantes junto al fenómeno de la trata, utilizando todo tipo de técnicas para captar a las mujeres que atraviesan peligrosas rutas marítimas o terrestres para llegar a Europa.

Por todo ello, destacamos la importancia de las Directrices de ACNUR sobre persecución por motivos de género, de 7 de mayo de 2002, ya que dicha reinterpretación amplía los supuestos de protección internacional hacia la mujer refugiada, constituyendo un mecanismo de protección más para combatir la violencia hacia las mujeres.

Además, de este marco normativo, la ONU ha realizado un estudio de diciembre de 2021 sobre la identificación de la persecución de género en conflictos y atrocidades. Dicho estudio se enfoca en la necesidad de combatir los delitos de género a nivel internacional desde el respeto de los derechos humanos y en particular, identifica el elemento género, en los delitos sexuales que sufren las mujeres por el hecho de serlo en conflictos armados (ONU, 2021). El estudio llega mucho más allá, reconociendo la importancia de incluir la persecución de género equiparada incluso a un crimen internacional por las violaciones sistemáticas producidas hacia los derechos de las mujeres, concluyendo como propuesta: "Los organismos nacionales e internacionales responsables de establecer mecanismos de

---

<sup>6</sup> Así se debate dicha interpretación sobre el problema de la prueba en la STS 1834/2018 de 18 de julio de 2016 del Tribunal Supremo, (ROJ: STTS3571/2016).

rendición de cuentas deben incluir la persecución de género como crimen de lesa humanidad en los mandatos, estatutos y documentos rectores de estos mecanismos” (ONU, 2021).

En sí, esta inclusión por motivos de género ha facilitado el acceso al estatuto de refugio a las mujeres que sufren determinadas prácticas o situaciones de discriminación en las que se encuentra en peligro su vida e integridad e incluye la protección para cualquier persona, sea hombre o mujer, de una persecución a causa de su orientación sexual. En la teoría se han producido avances, pero en la práctica vemos que se siguen detectando deficiencias que es necesario paliar.

### 3. El impacto de la COVID-19 en el estatuto de refugiada

La finalidad del refugio, institución creada tras la II Guerra Mundial, es ofrecer una protección específica en una situación concreta, tasada y regulada desde los instrumentos internacionales. En virtud, de lo que dispone la Convención del Estatuto de los Refugiados de 1951, la diferencia del refugio respecto a otras figuras como, el inmigrante por motivos económicos o el asilo, es precisamente la existencia de un peligro, real y determinado que permita acreditar al individuo una serie de indicios que pongan en riesgo para su vida, libertad o seguridad. El modelo político criminal desde los últimos tiempos respecto a la inmigración y protección internacional apuesta por un blindaje o restricción de fronteras. La existencia de fronteras convive aunque prevalece el fenómeno de la globalización. El concepto de frontera tal y como lo conocemos ha evolucionado, siguiendo la opinión de DE LUCAS, no puede ser considerado como “equivalente a la de muro defensivo o de contacto” si no establecerse como “una zona de contacto, de intercambio, negociación y de mezcla tanto cultural y social como económica y política” (De Lucas, 2015).

En especial la construcción de la Unión Europea, el concepto de ciudadanía y sus derechos regulados en el artículo 18 TUE junto al acuerdo Schengen ha propiciado la libre circulación de personas y mercancías, para los Estados miembros de la UE y para terceros países. Incluso la supresión de controles internos, salvo excepciones justificables para los países del Acuerdo Schengen quedando únicamente el control de las fronteras exteriores. En la misma línea el artículo 18 del TUE proporciona una serie de derechos al ciudadano de un Estado Miembro de la UE, superando la idea individualista de la supremacía de los nacionalismos.

La inmigración y asilo pasa a ser una materia común de la Unión en base al artículo 78 del TFUE por lo que la elaboración de normativa en materia de inmigración y asilo se ha ido desarrollando conforme ha pasado el tiempo y la crisis de los refugiados ha ido evolucionando. De hecho, desde los Acuerdos Schengen y posterior Convenio Schengen cuya entrada en vigor en España fue en 1995, se han suprimido las fronteras interiores, dejando dos efectos importantes; de una parte, la libre circulación entre los ciudadanos de los Estados miembros dentro del territorio de la UE y de otra parte, reforzar la gestión de fronteras exteriores.

Nuestro punto de partida desde la UE para la gestión de las fronteras y regulación en materia de asilo y refugio fue tras la celebración del Consejo de Tampere, la necesidad

de la creación del SECA, junto a los Convenios Dublín I en 2001, Dublín II del año 2008 y Dublín III del año 2013, considerados como los pilares normativos de la política de asilo y protección internacional. En el mismo sentido, a nivel internacional, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, regulan el estatuto del refugiado y van en línea, configurados como norma de mínimos, con las disposiciones normativas de la UE.

Como señalábamos anteriormente, respecto a las necesidades de protección los años 2015 y 2016 las solicitudes de protección internacional en la UE superaban más del millón, produciéndose una crisis humanitaria sin precedentes. Posteriormente, se creaba el acuerdo de Turquía y la UE a partir de 2016 entrando en vigor, obstaculizando, a modo de Estado tapón, las solicitudes de protección internacional. Como han señalado algunos estudios del ACNUR, el 86% de los refugiados estaban alojados en países en desarrollo en 2018 (Peral, 2018). Según los datos reportados por CEAR, durante 2019 España reconoció solo el 5% de las solicitudes de refugiado para la condición de refugiado, mientras que los estados miembros de la UE aceptaron el 31% de las solicitudes favorables en promedio (CEAR, 2021).

A finales de 2019, comienza la expansión de la pandemia derivada de la COVID-19, llegando a la UE a principios de 2020. Los efectos de la pandemia han afectado a todos los sectores: economía, relaciones comerciales, tensiones políticas, blindaje de fronteras e imposición de medidas restrictivas.

La pandemia ha debilitado los derechos de las personas necesitadas de protección internacional y ha acentuado la crisis humanitaria aún más. Es muestra de la falta de una dirección común de los Estados miembros, ausencia de un acuerdo común para hacer frente y garantizar los derechos de los refugiados. Así, se debilitan y se evidencian la falta de competencias de las instituciones de la UE, la falta de acuerdo y compromiso y el surgimiento de tendencias nacionalistas (Ríos, 2020).

El número de solicitudes presentadas en España también ha disminuido en los últimos años. En 2019, se presentaron un total de 118.264 solicitudes, mientras que en 2020 se presentaron menos de 89.000 solicitudes, una disminución de aproximadamente un 25% con respecto al año anterior (Eurostat, 2021). En este sentido, la disminución en el número de solicitudes de protección internacional no se debe a una disminución de la demanda, por el contrario, la pandemia ha aumentado la demanda. Las medidas restrictivas junto a la suspensión de la libre circulación y el cierre absoluto de fronteras son un gran obstáculo para las personas que tratan de llegar a la UE en búsqueda de asilo o refugio.

Además, la reducción del 25% en las solicitudes se debió principalmente a la implementación de medidas de cierre de fronteras que afectaron la llegada de refugiados y las restricciones al movimiento de población, situación que aumentó aún más las barreras para que las personas presenten solicitudes en los puestos fronterizos. Como señaló CEAR, dada la implantación de políticas de cierre de fronteras, estas medidas también han impulsado esfuerzos para encontrar nuevas rutas, como la de las Islas Canarias (CEAR, 2021). La búsqueda de rutas alternativas o más peligrosas provocan que las mujeres y niños se encuentren todavía más desprotegidos y que puedan ser captados con mayor facilidad por las organizaciones criminales o que incluso nunca lleguen a su destino perdiendo sus vidas.

Respecto al número de solicitantes de asilo de la UE, por género, en la UE, no presentan variaciones. En el año 2018, el 37% eran mujeres frente al 63% hombres, en 2019 se recibieron 38% solicitudes de mujeres y 62% de hombres. En el año 2020 el número de solicitudes presentadas por mujeres fue el 35% frente a un 64,9% de hombres (Eurostat, 2021), lo que demuestra que existe el doble de solicitantes hombres que mujeres.

El nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de 23 de septiembre de 2020 va destinado a intentar paliar todas estas consecuencias nefastas para las mujeres y la crisis de los refugiados. Dicho instrumento, cargado de buenas intenciones, trata de reforzar principios esenciales; el principio de solidaridad entre todos los Estados miembros y el principio de reparto de cargas para evitar el colapso de los países situados en las fronteras exteriores, como es el caso de Grecia, Italia o incluso España. Buenas intenciones que en la práctica siguen sin cumplirse y que algunos Estados parecen querer quedarse fuera del compromiso internacional y comunitario con la protección de los solicitantes de asilo o refugio, como vemos cada día en la situación que se encuentran los campos de refugiados.

En este sentido, en aras de evitar una expansión de la pandemia y la protección de los ciudadanos de la Unión cada Estado miembro ha establecido una serie de medidas restrictivas para resguardar la salud. La otra cara de la moneda, es precisamente que el blindaje de fronteras, el estado de alarma ha producido efectos devastadores en la protección internacional de los refugiados y la lesión de sus derechos humanos. Las consecuencias son claras, la paralización de procedimientos de protección internacional, el colapso, la sobre población de los campos de los refugiados a la intemperie en condiciones insalubres donde se encuentran miles de personas, también mujeres y niños. Uno de los ejemplos claros, es el campo de Moira donde convivían más de 13.000 refugiados en unas malas condiciones y a finales del año pasado fue destruido por un incendio.

Por ello, es necesario agilizar los procedimientos para que las personas puedan tener acceso a la protección y salir del campo de refugiados lo antes posible con destino a su país de acogida y por otra parte, una atención desde la UE necesaria para la protección con unas mínimas condiciones higiénicas, de salud y de comodidad. La condición de los campos de refugiados en su mayoría es insalubre, existe una superpoblación y en muchas ocasiones las personas, niños incluidos, tienen que dormir en tiendas de campaña a la intemperie en pleno invierno.

También es necesario ocuparnos, del aumento de las tendencias sociales y políticas que apuestan por una implantación de cierre absoluto de fronteras, al mismo tiempo que crecen el racismo, la xenofobia y la discriminación del ciudadano extranjero, lo que obstaculiza enormemente su integración en la sociedad.

Además, durante el COVID el estudio de la ONU de noviembre de 2021 sobre la violencia contra las mujeres recuerda que “las mujeres y las niñas de todo el mundo siguen siendo sometidas a múltiples formas de violencia de género, incluidos el feminicidio, la violencia en línea y la violencia doméstica. Aunque representan más de la mitad de la población mundial, las mujeres y niñas de todo el mundo todavía corren el riesgo de ser asesinadas y sujetas a violencia, intimidación y acoso cuando hablan, por el simple hecho de ser mujeres y niñas. La violencia contra las mujeres y las niñas es el resultado de la discrimina-

ción social, política, económica, racial, de casta y cultural que se perpetra a diario contra las mujeres y las niñas en toda su diversidad, incluso en el contexto de los conflictos armados” (ONU, 2021). Según los datos aportados, 1 de cada 2 mujeres ha sufrido violencia durante la pandemia, el 25 % de las mujeres se siente menos segura en su casa y el 21% de ellas se siente insegura en su hogar a consecuencia de sufrir maltrato físico (ONU, 2021).

Por todas estas cuestiones, podemos identificar que la aparición del COVID-19 ha incrementado la violencia hacia las mujeres, poniendo la necesidad de enfocarnos en la protección de las mismas adecuándonos a las circunstancias particulares que estamos viviendo y que sin duda, el aislamiento o la disminución de las interacciones sociales son aspectos que suponen una barrera para salir de una situación de violencia.

#### 4. Conclusiones

La gestión de la crisis de los refugiados sigue siendo ineficiente, es necesaria una agilización de los procedimientos de protección internacional para evitar el colapso de los campos de refugiados y la situación de los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) como así demuestra y propone el Nuevo Pacto de Migración y Asilo de 23 de septiembre de 2020. Su situación en los campos de refugiados es insostenible, la paralización de procedimientos de protección internacional y el colapso de recursos, demora la estancia de las personas que se encuentran a la espera de la concesión del estatuto de refugio en condiciones insalubres y vulnera los derechos y protección reconocida por la Convención de 1951.

En concreto, la situación de las mujeres es especialmente delicada, considerando como factor de riesgo al género, pues son propensas a convertirse en víctimas de trata con fines de explotación sexual o la violencia sexual. Esto unido a su huida en rutas peligrosas para escapar de la amenaza de peligro, hace necesaria su inclusión junto con los niños, de víctimas consideradas de especial protección.

Las mujeres pueden tener acceso al estatuto de refugio además de los motivos tasados del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951, en la interpretación de la pertenencia a un grupo social determinado. Los casos más característicos de solicitud de protección internacional en mujeres, como motivo que causa la persecución y establece un riesgo o amenaza sobre ellas, son aquellas que han sido víctimas de trata con fines de explotación sexual, violencia de género o incluso mutilación genital femenina. Es preciso por ello tener una perspectiva de género en el estudio de la institución del refugio para poder identificar las necesidades específicas de las mujeres refugiadas que llegan a Europa solicitando el estatuto de refugiadas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres víctimas de todos estos fenómenos.

Recordemos desde el plano internacional, la DUDH, el artículo 13, permite al individuo a salir de su país, pero no reconoce un verdadero derecho a emigrar. Por tanto, las personas son libres de salir de su país e intentar buscar un futuro mejor, sin embargo, esto no queda realmente garantizado para poder nacionalizarse deberán de atenerse a lo dispuesto en la normativa de extranjería de cada país, salvo que puedan acogerse como destinatarios de protección internacional, asilo o refugio.

Igualmente, en consonancia, el artículo 14 de la DUDH establece el “derecho a buscar asilo”, configurado realmente como una obligación negativa para los Estados que no deben impedir que una persona solicite protección internacional, no a garantizar un estatuto de refugiado. Nos encontramos entonces ante una obligación en sentido negativo, “de no hacer”, algo que el Acuerdo de Turquía con la UE configurado como Estado tapón o el blindaje de fronteras, vulneran claramente el derecho establecido en el artículo 14.

Además, sí que existen principios de obligado cumplimiento, como es el ejemplo del artículo 33, principio de *non refoulement* o de no devolución. Constituye un principio de naturaleza *ius cogens*, aplicable además a cualquier solicitante de protección internacional, independientemente si la persona finalmente adquiere el estatuto de protección de refugiado o no. Este principio, reflejado así mismo, en el CEDH, constituye una obligación de cumplimiento, al mismo tiempo que una prohibición absoluta de enviar a un solicitante de protección internacional donde su vida, integridad o seguridad corra peligro. Es por tanto, que ciertas estrategias usadas en ocasiones en la práctica denominadas como “efecto dominó”, el enviar al sujeto a un país intermedio y de ahí a un tercer Estado, comprometan e infrinjan el principio de *non refoulement*.

Respecto, a los aspectos sociales, los discursos de odio y criminalización del inmigrante como generador de peligro junto a su errónea vinculación con el terrorismo han contribuido a fomentar la discriminación. El racismo y las tendencias xenófobas, provocan una discriminación clara de los refugiados en los Estados de acogida, constituyendo además grandes barreras para su integración.

En paralelo a estas tendencias sociales y políticas que apuestan por el cierre total de fronteras y el rechazo al refugiado, nos encontramos con una verdadera ausencia de compromiso por parte de algunos Estados miembros, como es el caso de Hungría ante el cumplimiento de la normativa de refugio. En términos sociales, es adecuado un compromiso íntegro de todos para la correcta integración de los refugiados. Pero la realidad jurídica va más allá, no es un acuerdo o compromiso, hay que recordar; a veces parece olvidarse, que el cumplimiento de los pilares de la Convención de 1951 y la protección de los derechos de los refugiados recogidos en diversos textos normativos de salvaguarda de derechos humanos, constituye una verdadera obligación internacional.

A pesar de los principios configuradores de la Unión Europea, nos encontramos ante una crisis humanitaria y de derechos cada vez más significativa. En la UE se propugna el concepto de ciudadano de la UE al mismo tiempo que se configura una Europa como fortaleza de cara al exterior, estableciendo un cierre y control de fronteras. Las políticas migratorias son usadas en muchas ocasiones como estrategia electoral y se encuentran destinadas al control y a la seguridad. Cada vez más, las políticas migratorias restrictivas están en auge dentro de la UE apostando por el control y la seguridad, realizando disposiciones o instrumentos normativos enfocados en un blindaje de fronteras. En este aspecto es preciso recordar de una parte, la conexión del Derecho Internacional del Refugiado con los derechos humanos, con la finalidad última de protección ante una situación de peligro o amenaza. De otra, recordar que un refugiado, no es un inmigrante económico sobre el que recae una legislación de extranjería aprobada por cada Estado parte en virtud del

principio de soberanía. Respecto a la institución de refugio recae una obligación internacional de los Estados parte y la aprobación de disposiciones normativas como el Acuerdo de Turquía- UE de 2016, destinadas a crear un efecto tapón y un mecanismo de barrera en las fronteras, vulneran el derecho de los refugiados a solicitar protección internacional.

Por todo ello, el reconocimiento del estatuto de refugiada por persecución por motivos de género constituye además de una reinterpretación del artículo 1. A) de la Convención de 1951, una obligación de los Estados, una obligación a nivel internacional y a nivel nacional. Los Estados a nivel nacional deben garantizar la persecución de todos los actos de violencia contra la mujer y establecer mecanismos de protección adecuados. Como propuestas de mejora respecto la situación de las mujeres refugiadas, nos centramos en la necesidad del reconocimiento del estatuto, es decir, el acceso a la protección internacional. La interpretación del riesgo o daño, en situaciones de mujeres víctimas de violencia, debe ser mejorada, puesto que en muchas ocasiones al salir de su país de origen huyendo no se cuenta con más indicios de prueba que el relato de la mujer. Por ello, es esencial que solamente el relato de la mujer con determinados indicios de veracidad sea suficiente para acceder al reconocimiento de la condición de refugiada por motivos de género.

De una parte, es necesario plantear una armonización de los procedimientos de adquisición de la condición de refugiada, ya que incluso dentro de los Estados miembros de la UE existen diferencias de plazos, valoraciones de prueba y de reinterpretación de los requisitos entre los exámenes de solicitud de la condición de refugiada.

Por otra parte, es esencial mantener una protección reforzada a las víctimas de violencia sexual junto con un avance de los estudios de la persecución de género con una reinterpretación más amplia, incluyendo que todos los supuestos de violencia hacia las mujeres activen el reconocimiento del estatuto de refugiada para salvaguardar los derechos de las mujeres.

En último lugar, como mecanismo de prevención, los Estados deben de fomentar la cooperación y el principio de reparto de la carga de forma equitativa para poder atender las solicitudes de protección internacional con los recursos suficientes sin vulnerar los derechos de los refugiados y refugiadas. La situación de la pandemia crea nuevas dificultades, retos o barreras añadidas a las que ya teníamos, en especial para los derechos de las mujeres, pero debemos de recordar que ninguna medida restrictiva con la finalidad de proteger la salud de los ciudadanos puede lesionar los derechos fundamentales de otros, en este caso los derechos de los refugiados que se ven continuamente vulnerados.

## 5. Bibliografía

ACNUR (2002). Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género, de 7 de mayo de 2002. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>

CEAR (2021). Informe 2020: las personas refugiadas en España y Europa. Recuperado de: [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/Informe-Anual\\_CEAR\\_2020\\_.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/Informe-Anual_CEAR_2020_.pdf)

- Comisión Europea (2020). Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de 23 de septiembre de 2020. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/new-pact-on-migration-and-asylum-package\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/new-pact-on-migration-and-asylum-package_1.pdf)
- Consejo de Europa (2014). Convenio sobre prevención y lucha contra la mujer y la violencia doméstica, de 1 de agosto de 2014. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>
- De Lucas, Javier, & Nair, Sami. (2015). Mediterráneo: el naufragio de Europa. Valencia: Tirant humanidades.
- De Lucas, Javier. (2016). Refugiados como “moneda de cambio”. Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016. *Anuario de Derechos Humanos*, (12), 17-32.
- Eurostat (2021). Oficina estadística de la Comisión Europea. Informe de datos 2021. Recuperado de: [https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr\\_asyappctza&lang=en](https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_asyappctza&lang=en)
- Gonzalez, Alicia (2020). “Los Desafíos de la Política Migratoria y de Asilo en la Unión Europea”. *InterNaciones*, (18), 25-42.
- ONU (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951. Recuperado de: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>
- ONU (1993). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 20 diciembre de 1993. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>
- ONU (2021). Measuring the shadow pandemic: violence against women during COVID-19, noviembre de 2021. Recuperado de: <https://data.unwomen.org/sites/default/files/documents/Publications/Measuring-shadow-pandemic.pdf>
- ONU (2021). Identificar la persecución de género en conflicto y atrocidades, herramientas para documentadores, investigadores y fiscales y jueces de crímenes de lesa humanidad: identificando la persecución de género. Diciembre de 2021. Recuperado de: <https://www.unwomen.org/sites/default/files/2022-01/Identifying-gender-persecution-in-conflict-and-atrocities-es.pdf>
- Peral, Luis., Orteu, Eduard., Annunziata, Gianfranco., Durante, María., Gregori, Fabio., Boudier, F., y Da Silva-Ferreira, Manuel. (2018). “Comprensión y gestión de los flujos migratorios en el área del Mediterráneo: Desde emergencia hasta fenómeno estructural”. *Boletín IEEE*, (12), 975-1013. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6959988>
- Ríos Beatriz (2020). “Los 10 desafíos de la recuperación europea”. *Actualidad Económica*, nº26. Recuperado de: <https://vpnssl.urjc.es/dana/home/index.cgi/magazines/los-10-desafios-de-larecuperación-europea/docview/2444132894/se-2?accountid=14730>
- Zamora, Cristina (2019). Violencia contra las mujeres y refugio: estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género. *Violencia contra las mujeres y refugio*, 1-95.

# Conciliación de la vida familiar y laboral durante la pandemia por COVID-19. Plan MECUIDA

## Work-family balance during the COVID-19 pandemic. The MECUIDA Plan

Gra ciela Mar tínez Barbero\*  
*Coordinadora Sector Sanidad Unión Sindical del Principado de Asturias (USIPA-SAIF).  
Graduada en Enfermería. Graduada en Derecho*  
ORCID ID: 0000-0002-6962-6111

Juan Pablo González Rivas\*\*  
*Graduado en Derecho*  
ORCID ID: 0000-0002-0619-020X

Recibido: 22/ 07/2021

Aceptado: 11/03/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6947>

*Resumen.* La reducción y la adaptación de jornada persiguen alcanzar el derecho de conciliación de cada individuo, de cada persona trabajadora, avanzando hacia la corresponsabilidad como objetivo final que lleva a compartir las labores de cuidado entre hombres y mujeres. La nueva realidad laboral y social consecuencia de la crisis sanitaria motivada por la pandemia mundial por COVID-19, con la implementación del teletrabajo, las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) y la digitalización de la economía, ha puesto de manifiesto la necesaria reinención y readaptación del marco legal a estas circunstancias “anómalas”, precipitando verdaderas innovaciones legislativas, tal y como ha sucedido con la publicación 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, en el que se regula el Plan MECUIDA (artículo 6) y las posteriores prórrogas de las medidas para la adaptación del horario y reducción de jornada de la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero y en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

*Palabras clave:* Conciliación, corresponsabilidad, cuidados, Covid-19, plan MECUIDA.

*Abstract.* The reduction of working hours and the adaptation of the same seek to achieve the right to conciliation of each individual, of each worker, moving towards co-responsibility as the final objective that leads to sharing care tasks between men and women. The new labor and social reality as a consequence of the health crisis caused by the global pandemic by COVID-19,

---

\*gracielamartinezbarbero@gmail.com

\*\*pablogonzriv@gmail.com

with the implementation of teleworking, information and communication Technology's (ICTs) and the digitization of the economy, has highlighted the necessary reinvention and readaptation of the legal framework to these "anomalous" circumstances, precipitating true legislative innovations, as has happened with the publication of Royal Decree-Law 8/2020, of March 17, of extraordinary urgent measures to face the economic and social impact of COVID-19, in the one that regulates the MECUIDA Plan (article 6) and the subsequent extension of the measures for the adaptation of the schedule and reduction of the working day of the third additional provision of Royal Decree-Law 2/2021, of January 26 and in the sixth additional provision of Royal Decree-Law 11/2021, of May 27, on urgent measures for the defense of employment, economic reactivation, and the protection of self-employed workers.

*Keywords:* Reconciliation, co-responsibility, care, Covid-19, The MECUIDA Plan.

Los roles sociales son fundamentales a la hora de abordar la temática de la conciliación, entendida como una parte fundamental del derecho a la igualdad de todos los seres humanos. Atribuidos tradicionalmente a las mujeres en torno a las funciones de cuidadora y reproductora, estos roles han hecho que ellas se incorporen al mercado laboral a través de mecanismos distorsionadores de esta igualdad de la que debe gozar respecto al varón. En este sentido, o se le otorga el papel de un complemento a través del trabajo a tiempo parcial - y las disfuncionalidades que ésta acarrea- o bien a través de la doble jornada laboral.

Parece poco discutible, tanto desde una perspectiva histórica, como desde un análisis actual, la infrautilización e infrarrepresentación de las mujeres en el mundo del trabajo<sup>1</sup>. Las estadísticas no dejan dudas sobre la discriminación que hoy sigue sufriendo la mujer en el acceso y permanencia dentro del mercado de trabajo. Esas estadísticas muestran con claridad que la tasa de desempleo femenino es sensiblemente superior a la del desempleo masculino<sup>2</sup> así como que el empleo precario -en especial el empleo temporal y los bajos salarios- también afecta en mayores porcentajes a las mujeres que a los hombres.<sup>3</sup>

Las diferencias entre sexo y género son básicas a la hora de poner de manifiesto esta circunstancia. La doble jornada laboral era tradicional en las primeras mujeres feministas que reclamaban la igualdad entre hombres y mujeres, sin recabar en esas peculiaridades o en las labores de cuidado que deben ser respetadas y diferenciadas, pero realizadas indistintamente por hombres y mujeres.

En sentido estricto, «*doble presencia*» es el lema acuñado por Laura Balbo a finales de los años setenta para mostrar la realidad de la vida cotidiana de las mujeres adultas en las actuales sociedades urbanas. Con ese lema, que substituye en España al más coloquial «*doble jornada*», la socióloga italiana pretende mostrar la sincronía de la doble carga que el binomio «*tiempo-trabajo*» plantea a esas mujeres cotidianamente. Es decir, las mujeres adultas que tienen un empleo (presencia en el ámbito productivo) deben afrontar sincró-

<sup>1</sup> Herreros López, J.M & Roldan Martínez, A. (2004). La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España. *Revista Actualidad Jurídica*, 10, 229-266.

<sup>2</sup> Siguiendo los "Indicadores económico-sociales" que recoge el Boletín mensual "Panorama Económico-Social de España", editada por el Consejo Económico y Social, el total de ocupados varones existentes en el tercer trimestre de 2003 era (en miles) de 10.353,6, mientras que el de ocupadas mujeres era de 6.464,2. El total de asalariados varones en el mismo periodo de tiempo era (en miles) de 8.218,7, por 5.511,5 de mujeres. Por último, el número de parados varones era (en miles) de 916,2, por 1.198,4 de mujeres paradas (vid. "Panorama Económico-Social de España", Madrid, Consejo Económico y Social, NQ 109, noviembre de 2003, p. 3).

<sup>3</sup> Sobre estas diferencias entre hombres y mujeres en los ámbitos señalados véase, por ejemplo, Cano, Y.; Charro, P.; San Martín, C.; Sempere, A.V.,(2005). *Políticas Sociolaborales.*, Tecnos, pp. 95, 98, 117 y 126.

nicamente el trabajo doméstico-familiar (presencia en el ámbito de la reproducción) sea cual sea el grado de ejecución de este último. La sincronía en este caso es algo más que un detalle, fácilmente visible, por ejemplo, a través de la no delegación de las tareas de gestión y responsabilidad del hogar-familia que las citadas mujeres «llevan en la cabeza» de manera permanente<sup>4</sup>.

El contexto previamente comentado justifica que las herramientas jurídicas deban optar por avanzar hacia el concepto de la corresponsabilidad. Para luchar contra estos estereotipos son absolutamente necesarias las normas jurídicas neutras, no las perspectivas igualitaristas que han llevado a esas dobles jornadas laborales, a esos trabajos a tiempo parcial, como un incentivo para fomentar el trabajo de la mujer.

La conciliación es un mecanismo jurídico que se expande a lo largo de toda la Unión Europea que nace y encuentra su sustento fundamental en los países nórdicos, al estar obligadas estas sociedades a realizar sin diferenciación por razón de sexo, las mismas labores entre hombres y mujeres. Esta tendencia se extendió al resto de los países europeos, si bien los países del sur, con más tradición cristiana católica, han tardado o no han incorporado completamente estos conceptos de reparto de los cuidados igual por igual entre hombres y mujeres<sup>5</sup>. El asunto no es baladí, tanto que en las primeras escrituras bíblicas ya se subordina a la mujer, toda vez que, por ejemplo, se “crea” a partir de una costilla de un hombre, añadiendo la Biblia “Y el Señor Dios dijo a la mujer: «Multiplicaré los sufrimientos de tus embarazos; darás a luz a tus hijos con dolor. Sentirás atracción por tu marido, y él te dominará»<sup>6</sup>. Otras tesis sostienen que este origen de la desigualdad no ha de hallarse en el catolicismo sino la revolución burguesa ligada a la revolución industrial y a la revolución francesa del siglo XVIII. Así, la trasposición a nuestro Código Civil del Código Civil napoleónico de 1804, en el que se recogieron los principales avances sociales de la revolución, pero que negó a las mujeres los derechos civiles reconocidos para los hombres durante el periodo revolucionario (igualdad jurídica, derecho de propiedad...) e impuso unas leyes discriminatorias. Según éstas, el hogar era definido como el ámbito exclusivo de la mujer<sup>7</sup>.

La Declaración del Hombre y del Ciudadano, allá por 1789, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos de principios del siglo XX, se refería a la igualdad de los seres humanos, en el sentido de que señalaba que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Parafraseando la citada Declaración del Hombre y del Ciudadano, el 5 de septiembre de 1791, la escritora y activista francesa Olympe de Gouges redacta la Declaración de los

<sup>4</sup> Torns Martín, T. (2000-2002). *Estudio de la doble presencia: una apuesta por la conciliación de la vida laboral y familiar. Proyecto I+D+I Exp. N°37/00* p.14, disponible en [https://ddd.uab.cat/pub/estudis/2002/132328/Doble\\_Presencia\\_Informe\\_a2002.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/estudis/2002/132328/Doble_Presencia_Informe_a2002.pdf)

<sup>5</sup> Así lo afirma María José Hidalgo de la Vega: «Los autores cristianos tratan de presentar la vida de castidad permanente como un estado de superioridad con respecto a la situación matrimonial y tratan de convencer a las mujeres de la bondad de esta virginidad, que le proporcionará efectos emancipadores con respecto a la autoridad masculina, sustrayéndola de la esclavitud del matrimonio, de una reproducción forzosa y del cuidado de los hijos y del marido, sin más horizonte que las paredes de su casa» Hidalgo de la Vega Maria Jose. (1993). *Mujeres, carisma y castidad en el cristianismo primitivo. Gerion*, 11, 229-244.

<sup>6</sup> Génesis, Capítulo 3. Disponible en <https://www.bibliacatolica.com.br/el-libro-del-pueblo-de-dios/genesis/3/16/>

<sup>7</sup> Jimenez Copete, M.J. (2009). *Feminismo y sufragismo*. Sevilla: innovación y experiencias educativas.p.2

Derechos de la Mujer y la Ciudadana, que, sin embargo, no fue aprobada por la Asamblea legislativa francesa, siendo su autora guillotizada el 3 de noviembre de 1793. El artículo primero de esta Declaración resulta inspirador y rotundo, dada la época en la que se redactó, al afirmar que la mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común.

Este reconocimiento pleno a la igualdad al máximo nivel se interioriza en los movimientos constitucionales europeos a través del principio de igualdad ante la ley de todos los sujetos ante el ordenamiento jurídico, extendiéndose por el resto del mundo.

De entre los Tratados y normas internacionales, es destacable el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre el principio de igualdad y no discriminación y asuntos de empleo y ocupación, así como el Convenio número 156, de 1981, sobre la importancia de la necesidad de prestar atención a menores y otros familiares que necesitan cuidados como medida para conciliar la vida familiar y laboral<sup>8</sup>, resultando digna de mención la Recomendación número 165 de este mismo año, que pone en relación aspectos directos contra la discriminación por razón de sexo, como la discriminación positiva con el mandato a los poderes públicos de prestar garantías laborales y prestaciones de Seguridad Social, así como servicios suficientes en atención a la familia.

Igualmente destacan de manera muy importante otras herramientas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 sobre los cuidados hacia la maternidad y la infancia, así como las Conferencias Mundiales sobre mujeres celebradas a lo largo de todo el siglo XX, presentado especial relevancia la celebrada en Pekín en septiembre de 1995, donde se aprobó la Plataforma de Acción de Pekín, en la que se sumerge un compromiso sobre la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres, algo reafirmado por la ONU en el año 2000.

En este contexto de normas internacionales y Tratados, conviene poner el foco de atención sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, que, simultáneo a la declaración del Consejo Económico y Social sobre la importancia de los interlocutores sociales en la nueva era del derecho laboral, pone énfasis, de manera muy especial, en la igualdad entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y en los derechos de conciliación como derechos individuales de cada persona trabajadora con independencia de su sexo y género.

Finalmente, cabe mencionar la declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, adoptado en la Conferencia 108, celebrada el 21 de junio del año 2019, en la que se refirió un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, poniendo de manifiesto la necesidad de avanzar en materias de igualdad que conlleven precisamente derechos de conciliación hacia la ansiada corresponsabilidad.

La igualdad legislativa se impone en todos los estados de la Unión Europea, formando parte del elenco de derechos fundamentales de sus legislaciones de Derecho Constitucional y, por lo tanto, constituyendo un núcleo irreductible del mismo. En esta línea,

---

<sup>8</sup> Bonet Pérez, J. (2013) El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los Convenios de la OIT: aproximación jurídica a una crisis institucional, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 32.

afirman Lousada Arochena<sup>9</sup> y Reche Tello<sup>10</sup> que los derechos de conciliación correspondiente de los ámbitos personal y familiar se han consolidado como auténticos derechos fundamentales. Esto se confronta con la STC 3/2007, en la que el Tribunal Constitucional no ha reconocido el derecho a la adaptación del horario de trabajo: *el propio TC elude ese riesgo y asume al final su doctrina clásica: puesto que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria que no incumbe revisar al TC, el que se le reconozca o no a la trabajadora la adaptación no es relevante desde la perspectiva del artículo 14 ... la infracción del artículo 14 CE se ha producido a consecuencia de una determinada forma de razonar judicial*, de modo que los derechos de conciliación permanecen en el limbo jurídico en que estaban en la jurisprudencia anterior<sup>11</sup>.

El propio Tribunal Constitucional, en sus primeras interpretaciones del artículo 14 de la CE, se posicionó en una rígida interpretación *sex-blind*, o lo que es lo mismo, como si no existieran los prejuicios de género, pues los demandantes en amparo eran hombres, los cuales reclamaban beneficios femeninos basados en vetustos estereotipos paternalistas, agravando así todavía más la situación real de discriminación de la mujer, y, lo que resulta aún más grave, errando en la determinación sobre cuál es el sujeto verdaderamente protegido frente a este tipo de conductas<sup>12</sup>.

Fernández López<sup>13</sup> añade que, a diferencia del trato recibido por muchos colectivos discriminados, en relación con la mujer se choca con presunciones históricas y pautas sociales muy arraigadas que se vinculan con la estructuración de la propia sociedad en torno a un determinado modelo de familia, que las propias víctimas de la discriminación han interiorizado.

Los niveles de discriminación o de protección para este derecho a la igualdad de todos los seres humanos contemplan tradicionalmente tres niveles de discriminación prohibida: en primer lugar, el marco de referencia o el que otorga una mayor protección es el principio discriminatorio por razón de sexo. A continuación, tendremos un nivel de protección conocido como intermedio, donde se asientan los conceptos y principios anti discriminatorios a nivel general y, por último, desde el punto de vista metodológico, nos encontraríamos ante un nivel inferior en el que situaría la discriminación por razón de edad.

Inicialmente, la preocupación de la Comunidad Económica Europea por la conciliación de la vida familiar y laboral se ha producido a través de una derivación, casi invisible, del tópico de igual retribución por trabajo de igual valor<sup>14</sup>. Como punto de partida, debemos tener en cuenta que perseguir la igualdad entre hombres y mujeres, dentro y

<sup>9</sup> Lousada Arochena JF, (2014) *“El derecho fundamental a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”* Ed Tirant lo blanch. Valencia, p 387.

<sup>10</sup> Reche Tello EN, (2018). *“La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y familiar”* Ed Comares, Granada, p 23 y ss.

<sup>11</sup> Fernández López MF, Cardona Rubert MB, (2009). *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo pág. 251.

<sup>12</sup> Fernández López MF, Aparicio Tovar J, Baylos Grau A, (1992) *Igualdad y no discriminación por razón de sexo, Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, p 111.

<sup>13</sup> Idem p. 95 y 96.

<sup>14</sup> Busby, N., (2018) The evolution of gender equality and related employment policies: *The case of work-family reconciliation*, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 18, 2-3, p. 107

fuera del mercado de trabajo, conlleva referencia a 3 enfoques concretos: el trabajo retribuido (sobre la brecha salarial, el techo de cristal y la segregación profesional), el papel de cuidadora de la mujer (subsidios, permisos y trabajo a tiempo parcial) y una síntesis de las dos anteriores: el papel de la mujer cuidadora con presencia en el mercado laboral y, sobre todo, sopesar si estas son decisiones libres.

El Tratado de Ámsterdam, en su artículo 3.2, vincula por primera vez las políticas y acciones comunitarias al objetivo de la igualdad de oportunidades y habilita al Consejo para que adopte medidas contra todo tipo de discriminación. Además, la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, aprobada el 18 de diciembre de 1989, en sus artículos 16 y 19, refiere la necesidad de desarrollar medidas para el logro de la conciliación de la vida familiar y laboral.

La Directiva 2010/18 es la norma jurídica que está vigente en el momento que surge la pandemia por COVID-19 y es una norma continuista, en tanto sigue siendo una continuación de la anterior, en tanto que es un acuerdo de las partes sociales sobre el permiso parental y que viene a derogar la Directiva 96/34 y adaptarla a las nuevas realidades. Realmente ha sido más una declaración de intenciones que un avance real, tal y como se ha consensuado por la doctrina en la actualidad. Se trata, como se ha comentado, de una norma combinada que nace el acuerdo entre las partes sociales, lo que se consideró idóneo en su momento. Se advierte una conexión directa entre conciliación e igualdad de género y en general, con estos principios anti discriminatorios. Se escribe de forma neutra, avanzando en ese sentido, pero, sin embargo, no contempla nada sobre la corresponsabilidad.

Los aspectos principales de esta Directiva se limitan realmente a contribuir a avanzar en la igualdad entre los sexos, fomentar una responsabilidad equitativa para los cuidados de familiares entre hombres y mujeres. Estos son referencias de sus considerandos, pero después no se trasladan de una manera contundente a su articulado.

Llegadas a este punto, y siempre en la época pre-COVID, encontramos una Directiva que acaba de aprobarse, la Directiva 2019/1158<sup>15</sup> sobre la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, por la que se deroga la Directiva 2010/18 y que entrará en vigor en el año 2022 (contiene una cláusula específica para algunos apartados a los que les concede algo más de tiempo de entrada en vigor). Lo que establece fundamentalmente son nuevos permisos, distinguiendo entre el permiso de paternidad, el de maternidad, que queda aparte, y el permiso parental e introduce el nuevo permiso para cuidadores y recalca, y aquí ya sí se regulan, fórmulas de trabajo flexible. En concreto, la nueva clasificación de permisos incide muy positivamente en esa diferencia entre el permiso de paternidad y el permiso parental de titularidad indistinta para hombres y mujeres y crea el permiso para cuidadores.

La duración de los permisos es distinta en cada caso y son permisos intransferibles. Se cuentan con 10 días para el de paternidad, 4 meses para el parental y, para los cuidadores, un período mínimo de 5 días en el año. Se eleva a 8 años la edad mínima del menor hasta la que se puede permitir y disfrutar este tipo de permisos. Hemos de recalcar en este

<sup>15</sup> Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

sentido, que el Real Decreto- ley 6/2019, en nuestro ordenamiento interno, ya lo eleva hasta los 12 años de edad del menor. Esto va a permitir no sólo acogerse este permiso, sino también solicitar fórmulas de trabajo flexible con una duración que puedan ser, pues, los límites razonables que establezca la regulación de los Estados miembros. Se refuerzan las garantías del disfrute de estos permisos, se consolidan los derechos adquiridos o en curso de adquisición, reconociéndose la protección económica y el desplazamiento de carga de la prueba. Resulta fundamental, en todo caso, completar estos permisos y esta regulación con esa cláusula que ahora sí recoge la posibilidad de pedir cambios en horarios y regímenes de trabajo durante un determinado tiempo siempre que se haya disfrutado un permiso parental. Por lo tanto, ahora tenemos una verdadera medida que puede facilitar la reincorporación al trabajo sin repercutir negativamente en la desprofesionalización de quien se acoge a permisos parentales largos como excedencias, reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, para el cuidado de menores.

El empoderamiento sobre los repartos de los tiempos vitales de las personas trabajadoras ha supuesto una línea a seguir por la agenda global de la ONU y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible con esta reivindicación palpable en la aplicación de convenios y Directivas concretas que se han interiorizado en el ámbito de la Unión Europea por este Pilar Europeo de Derechos Sociales y ese elenco de reconocimiento de derechos de las nuevas Directivas tanto en la 11/58 como la 11/52.

Sin ahondar mucho en esta cuestión, sí hay que tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento interno, el Real Decreto- ley 6/2019, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres, ha introducido importantes modificaciones en materia laboral y de Seguridad Social, recogiendo el espíritu de la normativa europea sobre la individualización de los permisos de conciliación y en las fórmulas de trabajo flexible. Además de las adaptaciones terminológicas propias del texto legislativo para corregir un lenguaje desfasado y sexista, no olvidemos que se refería en algunos casos a cuestiones tan desfasadas, sin ánimo de ser exhaustivo, como parto, en lugar de nacimiento o la lactancia del menor, en lugar de cuidado del menor, como se recoge ahora en la nueva ley. Introduce importantes modificaciones y recoge ese espíritu de la norma europea sobre individualización de permisos de conciliación y fórmulas de trabajo flexible. Debe mencionarse, aunque sea de manera resumida, que por fin se elimina la atribución preferente de los derechos de conciliación de titularidad exclusiva o preferentemente femenina, a favor de una regulación de derechos de titularidad individual para cada progenitor, sin posibilidades de transferencia o con cuotas de reserva no intercambiables entre sí. Incluso podemos afirmar que, dando un paso más allá, se establecen acciones positivas para favorecer el ejercicio del trabajador masculino respecto de los derechos de conciliación. Esto si pensamos, por ejemplo, en las circunstancias que tienen que ver con el permiso del cuidado del lactante y esa nueva protección del permiso de corresponsabilidad que ahora se establece de manera indistinta entre hombres y mujeres.

Pero tal vez lo más destacado de este Real Decreto es lo que se refiere al tiempo de trabajo y a la conciliación. Este avance ha sido el más deseado por la doctrina y los tribunales y esto se plasmó en la nueva redacción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabaja-

dores<sup>16</sup>. Su alcance objetivo hay que ponerlo en relación también con esas modificaciones en la regulación del artículo 37 en los apartados 4, 5 y 6, la regulación sobre los permisos, amparando ahora supuestos que no impliquen modificaciones de jornada necesariamente. Ahora, el artículo 34.8 no exige que haya que llevar a cabo una modificación de jornada ordinaria para poder solicitar un permiso o una adaptación tras un permiso parental para la adaptación de la jornada o la nueva incorporación. En realidad, según la literalidad del precepto de este artículo 34.8, el nuevo régimen legal lo que ampara es el derecho de las personas trabajadoras a solicitar los cambios que considere oportunos en la duración y distribución de su jornada laboral para hacer efectivos sus derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Esto ha llevado a buena parte de la doctrina a criticar la débil exigibilidad hacia quien lo solicita derivada de la fórmula empleada por el legislador frente al reconocimiento indubitado de los derechos reconocidos en el artículo 37. Justo éste es el argumento empleado por alguna sentencia reciente que con una interpretación restrictiva del Derecho y desconectándolo del componente de su derecho a la conciliación como parte integrante del derecho fundamental a la igualdad, deniega el derecho de la trabajadora a adaptar de forma flexible su trabajo, su jornada en virtud del artículo 34.8 y tan solo contempla la posibilidad de solicitarlo. Por lo tanto, el artículo 34.8 realmente lo que contempla es el derecho a solicitar esa flexibilidad a la jornada laboral y abre un periodo de 30 días, dice la ley, para negociarlo con la empresa, eso sí, supeditado a que el solicitante acredite las obligaciones de cuidado, lo cual es razonable. Pero lo más destacado en este sentido es que no basta para la empresa que tenga un hijo menor ni que se trate de una gran empresa, según dice algún tribunal. No obstante, a pesar de las quiebras de la norma, la nueva configuración del derecho a adaptación de jornada conjuntamente con el refuerzo de las garantías procesales, se vincula con el artículo 139 apartado 1, letra A de la Ley de la Jurisdicción Social, que ha supuesto, evidentemente, mejoras. A pesar de ello, se ha hecho patente la flaqueza como es el escrutinio de la vida personal de la persona trabajadora que se ve obligada a solicitarlo, a exponer su vida personal. Es decir, es como un escaparate, ante lo que se propone como alternativa que verdaderamente el legislador incida en estos criterios y otorgue un derecho de forma similar a como lo hace el artículo 48, letra i del Estatuto Básico del Empleado Público con marco temporal diferente en función de la persona que origina el derecho y realmente se establezca un reconocimiento pleno sin tener que ir a una negociación con el empresario. Esto presenta también dificultades, pues cada empresa, cada circunstancia, requerirá cuestiones distintas.

La doctrina ha interpretado de una manera muy gráfica ese artículo 34.8, diciendo que se trata de una especie de flexibilidad inversa<sup>17</sup>, porque los poderes que aumentan son los del trabajador y no los del empresario<sup>18</sup>. Ahora es el trabajador el que solicita esa flexibilidad y el empresario quien debe justificar por qué no lo concede el permiso u ofrece

<sup>16</sup> Agustí Maragall, J. (2019), El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del RDL 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento, *Revista de Jurisdicción Social* (199), 14.

<sup>17</sup> Sempere Navarro, A.V., (2013) Artículo 34. Jornada *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, p.415.

<sup>18</sup> Sempere Navarro AV, Sánchez Trigueros C. (2008) *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, pág. 679.

alternativas. Esto si se ha quedado blindado en la nueva regulación del artículo 34.8 tras el Real Decreto- ley 6/2019, de tal forma que el único condicionante en el que puede entrar la empresa es que las adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas, tanto con las necesidades de las empresas como de las personas trabajadoras, como con la organización empresarial. Es decir, se trata de que, según las circunstancias de cada caso y atendiendo a los criterios de proporcionalidad, se garanticen ambos derechos: el derecho de la empresa a la organización de sus trabajadores y de su objeto social, y también el derecho a la conciliación de las personas trabajadoras<sup>19</sup>. En palabras de Lousada Arochena<sup>20</sup>, tales derechos de conciliación de textura abierta suponen declinar el tópico de la flexibilidad en un sentido diferente al previamente conocido en el ordenamiento jurídico laboral español pues no es la flexibilidad pro empresa, sino una flexibilidad *pro operario* dirigida a empoderar a las personas trabajadoras en la organización del tiempo de trabajo . Ahora bien, no se pretende contraponer la flexibilidad pro empresa a la flexibilidad pro conciliación, sino, en el entendido de que obedecen a fines distintos pero no necesariamente contrapuestos, se busca encontrar puntos de contacto donde, atendiendo a las circunstancias del caso, se consiga la mayor productividad posible con la mayor conciliación posible, y al encontrarlos se producirá una mayor implicación de la persona trabajadora en la producción y de la empresa en los intereses de su personal.

En este contexto normativo, y apenas transcurrido un mes desde que se hiciese público el Semestre Europeo del año 2020, del 26 de febrero, y la propia estrategia de igualdad de género 20/25, pronunciada y enarbolada por la presidenta Von der Layen de la Comisión Europea, irrumpe la crisis sanitaria del COVID en los países europeos, cerrando y suponiendo un aislamiento de la ciudadanía, comenzando por Italia y extendiéndose muy rápidamente esta situación a España, Portugal y al resto de los países de Europa.

De la literalidad de lo dispuesto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores las personas que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al 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 mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

En nuestro país, el mismo día de la publicación en el BOE, el 14 de marzo de 2020, en que entró en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se abre la espita legislativa a la que se ha tenido que ir adaptando el Estado y de la que han ido surgiendo reglamentos y fórmulas legislativas de urgencia.

Entre las medidas principales del estado de alarma, como bien es sabido, se incluyó la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y niveles de

<sup>19</sup> Sentencia 3724/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 31 de julio de 2020.

<sup>20</sup> Lousada Arochena, J.F., (2020). Observatorio temático de jurisprudencia. Reducción de jornada y adaptación el trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial. *Revista Trabajo y Derecho*, (70), 2.

enseñanza pública y privada y, simultáneamente en todas las comunidades autónomas, se decretó la suspensión de actividad en los centros de atención de servicios sociales. Pero no todas las empresas van a cerrar y muchas actividades pasaron de manera directa, casi sin solución de continuidad, a realizarse de forma online. Por lo tanto, se planteó otro gran reto para este legislador de urgencia: gestionar el cuidado de las personas más vulnerables, entre los que se incluyen también los dependientes que puedan contagiarse, pero que han de pasar su confinamiento en el hogar, con esas obligaciones laborales que persisten en esta nueva organización empresarial y de prestación de servicios.

El Ministerio de Trabajo y Economía Social ha articulado un sistema de protección para trabajadores por cuenta ajena, como medida principal de contención de la destrucción de empleo y minoración o eliminación de cuotas (en el caso de trabajadores autónomos). Destaca la preocupación por la continuidad en los procesos y la protección de trabajadores vulnerables con referencias concretas a las consecuencias sobre el género. Es el *leitmotiv* en la abundantísima regulación de urgencia que ha obligado a desarrollar la situación de crisis sanitaria porque serán estas medidas de fuerte calado social las que ofrezca una sólida resistencia a los devastadores efectos sobre el empleo.

El punto de partida de esta normativa lo constituye el Real Decreto-ley 8/2020, de 7 de marzo, sobre medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID. Se trata de una norma extensa y bien fundamentada. De hecho, su exposición de motivos es tan clara que resulta hasta didáctica: *«En concreto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a un triple objetivo. Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad.»*

*En efecto, más allá de las medidas específicas de apoyo a los ciudadanos y familias afectadas por la presente situación excepcional, es preciso adoptar medidas que proporcionen la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo y reforzar la protección de los trabajadores directamente afectados.»*

Se identifica un triple objetivo en torno a la protección a las personas trabajadoras, las familias y los colectivos más vulnerables, esto es, por un lado, la continuidad de la actividad productiva y el mantenimiento del empleo, por otro, reforzar la lucha contra la enfermedad como objetivo básico.

El Capítulo I regula las medidas para favorecer la conciliación laboral y que se articulan como un complemento y, en su caso, como subsidiarias a la primera opción del legislador, que es el trabajo a distancia como mecanismo fundamental para mantener esa actividad laboral. En esta situación de restricción de movilidad ciudadana, hay que resaltar que nuestro país fue pionero en la regulación y que coinciden en esencia con las publicaciones que en esas mismas fechas se conocían y pedía la Organización Internacional del Trabajo: el teletrabajo, al que haremos referencia más adelante.

El Real Decreto-ley 2/2021 consta de una amplia y didáctica exposición de motivos, ocho artículos, seis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una dispo-

sición derogatoria única, once disposiciones finales y un anexo en el que se transcribe la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 09 “a los que pertenecen las empresas especialmente afectadas a que se refiere la disposición adicional primera”<sup>21</sup>.

Así, el segundo párrafo de la exposición de motivos de la citada norma justifica que, ante la incidencia en la salud y la economía generada por la propagación de la situación de pandemia generada por la propagación del virus SARS-CoV-2 las autoridades competentes, resulta obligado, no solo a mantener las medidas ya adoptadas, sino también a adoptar nuevas medidas más restrictivas que han tenido un especial impacto en los ámbitos de la hostelería, la restauración y el ocio.

Dentro del elenco de medidas reguladas en este decreto, y en lo que relevante para nuestro análisis, la Disposición adicional tercera prorroga el 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, que continuó vigente hasta el 31 de mayo de 2021.

Por su parte, la Disposición adicional sexta del reciente Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, prorroga nuevamente, y hasta el 30 de septiembre de 2021, la vigencia Plan MECUIDA. La Disposición adicional tercera del recientemente publicado 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, mantiene la vigencia de este Plan hasta el próximo 30 de junio de 2022.

Con la publicación del Real Decreto -ley 8/2020 y de una manera parca y abruptamente concebida, el teletrabajo se convierte en la primera herramienta en la que se sustenta el trabajo por cuenta ajena. Además, la norma también se refiere al esfuerzo decidido por la preparación y dotación de las pymes al desarrollo digital. En concreto, cita planes y programas estatales que ya están en marcha y se agilizan para favorecer esa transformación digital<sup>22</sup>.

El carácter preferente del trabajo distancia, expresión omni comprensiva, se consolida en esta norma de urgencia en el mismo artículo 5 como apuesta más decidida del legislador para garantizar la actividad empresarial y la reanudación de las relaciones de trabajo con normalidad tras esta situación de excepcionalidad sanitaria. Se concreta en varias obligaciones respecto de los sistemas de organización productivos, en particular para el empresario, de mantener la actividad por mecanismos alternativos, siendo para ello el objeto principal este tipo de trabajo a domicilio, lo que implica, a su vez, que está

---

<sup>21</sup> Rojo Torrecilla, E. (2021). *Emergencia sanitaria y legislación laboral. Sigue la saga Covid-19. Mantenimiento y refuerzo de medidas sociales ante la crisis existente. Notas a propósito del RDL 2/2021 de 26 de enero (y atención a las normas modificadas)*. Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales Entrada del 28 enero, 2021, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/emergencia-sanitaria-y-legislacion.html>

<sup>22</sup> Exposición de Motivos, p. 25856, BOE. Al respecto, Fernández Nieto, L. A., (2020) El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del COVID-19. *Diario La Ley* (9703).

obligado a adoptar mecanismos que lo hagan posible si ello es *técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado*.<sup>23</sup>

Se refiere el artículo 5 a que estas medidas alternativas del trabajo a distancia deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad. Por lo tanto, queda muy claro el mandato del legislador respecto a estas cuestiones: se prefiere una alternativa frente a otras. El legislador impone que la actividad debe continuar, pero debe continuar a distancia y las empresas deben de asumir y subrayar estos compromisos como prioritarios antes de paralizar su actividad. Insiste en esta línea el poder ejecutivo en todos los reales decretos que ha ido aprobando desde entonces, en tanto que el permiso retribuido recuperable, por ejemplo, no se contempla si la persona trabajadora puede seguir desempeñando sus funciones desde casa. Aunque sea en manera o no, presencial.

Al precisar el objeto de la preferencia legal, el artículo 5 Real Decreto-ley 8/2020 no se refiere al teletrabajo, sino al trabajo a distancia, que no es un concepto exactamente idéntico. Ni lo era antes ni lo es después del Real Decreto-ley 28/2020. Según se definen en su artículo 2 RDL 28/2020, el trabajo a distancia es una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular; mientras que el teletrabajo es aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Dicho más llanamente, el teletrabajo es una especie del género de trabajo a distancia, que incluye tanto el teletrabajo como el tradicional trabajo a domicilio<sup>24</sup>.

Para mantener esta actividad empresarial y teniendo en cuenta estas nuevas necesidades de cuidado que se producen dentro del hogar, se va a establecer que la persona trabajadora pueda, por un lado, realizar su propia evaluación de seguridad y salud del trabajo como fórmula muy excepcional de aplicar esta normativa<sup>25</sup>. Pero además va a dar esa cobertura y va a implicar la necesidad de solicitar esas flexibilidades en los tiempos de trabajo, estableciéndose una regulación concreta. Hay que tener en cuenta que el sesgo de género durante la pandemia ha sido muy destacable y así lo han puesto de manifiesto organismos como la ONU o la OIT, que advierten que las familias trabajadoras necesitan más apoyos y piden aumento de las medidas de protección social, especialmente para los más vulnerables. Hay quien ha llamado la atención sobre la necesidad de que se tenga un concepto más amplio de trabajador<sup>26</sup>, en tanto que muchos trabajadores que no encuen-

<sup>23</sup> Así, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón estima el recurso de suplicación de una trabajadora y condena a la empresa al pago de 2.000 € en concepto de indemnización por daño moral en sentencia de 17 de noviembre de 2020 al entender un trato discriminatorio por la denegación de la empresa de facilitar los medios técnicos necesarios precisamente a esta trabajadora, cuando había concedido la petición de teletrabajo y dotado adecuadamente a otras en idéntica situación.

<sup>24</sup> Lousada Arochena, J.F. (2021). *El teletrabajo en la legislación de emergencia antipandemia*. enero 8, 2021, Lefebvre Sitio web: <https://elderecho.com/el-teletrabajo-en-la-legislacion-de-emergencia-antipandemia>

<sup>25</sup> Al respecto, destaca el Prof. Rojo Torrecilla, E, en la propuesta ante el consejo de ministros se había planteado, junto con la norma, un útil "cuestionario para el desarrollo del teletrabajo en el domicilio en situaciones temporales y extraordinarias"; se puede consultar en: [https://media.timtul.com/media/adime/anexo%20i%20%20rd%20co-vid19%20en%20el%20ambito%20laboral%20-%202017.03.2020\\_20200317172115.pdf](https://media.timtul.com/media/adime/anexo%20i%20%20rd%20co-vid19%20en%20el%20ambito%20laboral%20-%202017.03.2020_20200317172115.pdf)

<sup>26</sup> Rodríguez Rodríguez, E., (2021). *De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente*. Lex Social, 1, 40-78.

tran cobertura dentro del trabajo regular quedan desprotegidos. Pero también en relación con el género, se hace evidente que la crisis sanitaria repercute en empleos feminizados, en gran medida en relación con las trabajadoras sanitarias, limpiadoras, cuidadoras en general... Y este estrés laboral se encuentra doblemente aumentado para ellas.

Por eso, la flexibilidad, horarios y las franjas de disponibilidad laboral son una medida que se considera primordial para conjugar la actividad laboral con las responsabilidades familiares mientras dure la crisis sanitaria, con el consiguiente aislamiento que impide la externalización de las labores de cuidados de menores y dependientes. En cualquier caso, la modalidad del trabajo a distancia, en tanto se apoya fundamentalmente en medios digitales de la organización empresarial, debe acompañarse de una regulación concreta que delimite tiempos de trabajo y descanso.

En esta línea, la recientemente aprobada normativa ordinaria de trabajo a distancia, Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, constituirá sin duda un punto de inflexión. Es importante tener en cuenta la concreción de la forma de trabajo que va a alcanzarse por común acuerdo entre empresario y trabajador, bajo criterios de voluntariedad y reversibilidad en todo momento. Habrá que ver su recorrido hacia la verdadera corresponsabilidad, pues no supone un avance en la regulación del artículo 34.8 Estatuto de los Trabajadores que continúa observando la conciliación, sino una auténtica perspectiva de género.

Aparte de las dudas sobre la extensión de la vigencia del artículo 5, despejadas y que no necesitan explicación, lo cierto es que la norma transitoria presenta dificultades interpretativas propias de la excepcionalidad en la que surge y en la que quiere mantener. La nueva regulación debe ser estable y completa atendiendo a la literalidad del precepto. Debe entenderse que continuará rigiéndose por el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. Esta especie de trabajo a distancia surgido por la COVID adquiere una especie de vigencia especial extraordinaria y simplemente se va a regular un teletrabajo de emergencia. De hecho, el legislador, consciente de las limitaciones de la regulación de ese teletrabajo aprobado durante la pandemia, recoge expresamente en esa disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 28/2020 la obligación del empresario de dotar al trabajador de medios, equipos, herramientas y consumibles, a la vez que se remite a la negociación colectiva para acordar la posible compensación de gastos en que haya podido incurrir la persona trabajadora, fruto de la propia precipitación en el cambio de la forma de trabajar. En este sentido, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2021, que reconoce el derecho de las personas *trabajadoras a la percepción de 50 € brutos en concepto de posibles gastos de suministros extras que puedan darse por el hecho de trabajar en sus domicilios desde el mes de julio de 2020*.<sup>27</sup>

Aunque se trata de una regla transitoria relacionada con la norma de respuesta ante el COVID, es positivo que el legislador haya incorporado como garante de derechos laborales a la negociación colectiva. Tal vez la extrema urgencia en la que aparece el Real Decreto-ley 8/2020 desaconsejaba demorar más la medida, sometiéndola a un proceso

<sup>27</sup> Sentencia 4423/2021, de la Audiencia Nacional. Sala de lo Social, de 5 de noviembre

de negociación previo y más efectivo para imponer ese trabajo a distancia. De hecho, el artículo 20 del Real Decreto-ley 28/2020, al referirse a las normas de seguridad e higiene de la escalada, insiste en potenciar el teletrabajo por cuando sea posible según la naturaleza de la actividades.

La doctrina, ya en el momento inicial de la pandemia, manifiesta la necesidad de contar con un marco normativo estable y actualizado de esta forma de trabajo, sin que pueda generalizarse con una rapidez inusitada a las relaciones laborales de todo el mundo y también de nuestro país. De hecho, la necesidad de contar con un marco normativo adaptado a la digitalización empresarial ya era uno de los retos del legislador español con anterioridad a la actual situación de pandemia. Por lo tanto, esta especie de «trabajo forzoso» impuesto por el Gobierno como medida extrema para mantener el distanciamiento social, se ha mostrado como un instrumento útil a tal fin, y seguramente puede serlo en otras situaciones de catástrofe, pero debe considerarse excepcional y por un periodo de vigencia determinado, precisamente, por esa excepcionalidad. Ahora bien, cuestión distinta es la que aparece con el Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que nace con la vocación de cubrir ese vacío normativo que existía en nuestro ordenamiento jurídico y que simplemente encontraba reflejo en un anticuado artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores.

El Real Decreto-ley 8/2020 contempla específicamente especialidades, verdaderas innovaciones normativas, en materia de flexibilidad de tiempo y modos de trabajo como medidas de conciliación más allá de las reguladas en los artículos 34.8 y 37.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores previamente comentados. Es el denominado Plan MECUIDA. Esta novel criatura, creada a partir del artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, se adopta a posteriori en el artículo 15 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, con vigencia hasta 31 de mayo de 2021, precisamente por la ampliación del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, prorrogando su vigencia nuevamente la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

La flexibilidad horaria se establece como prioritaria frente a la reducción de jornada, que ha de ser la última alternativa. Por lo tanto, estaremos ante la preferencia del legislador por trabajo a distancia y, ya dentro del Plan MECUIDA, como medida específica que inciden en el tiempo de trabajo, nos encontraremos con la flexibilidad horaria como derecho prioritario y, en último lugar, la reducción de jornada. Esto, en términos de conciliación.

Según el artículo 6.1 del RD 8/2020, el ejercicio de las medidas de conciliación corresponderá a las personas trabajadoras que acrediten deberes de cuidado con respecto a los sujetos causantes precisos concretados en el cónyuge o pareja y los familiares hasta segundo grado de consanguinidad. La titularidad se circunscribe a los trabajadores por cuenta ajena con obligaciones de cuidado a su cargo. No parece que se eche en falta alguna mención en relación con autónomos o funcionarios por contar con sendas normativas especiales y el diferente alcance de las notas de subordinación y dependencia que carac-

terizan a ese tipo de relaciones laborales. En contraposición, Barrios Baudor afirma que la ausencia de medidas alternativas en el ámbito del trabajo autónomo no tiene excusa alguna (o, al menos, no la diferente naturaleza jurídica de los servicios prestados) pues, en último término, las necesidades a cubrir son siempre las mismas.<sup>28</sup>

Más específicas son las previsiones sobre los sujetos causantes. La inclusión del cónyuge y pareja de hecho es más explícita en esta norma de urgencia que la que se refleja en el propio Estatuto de los Trabajadores, sin duda como medida de refuerzo respecto a cualquier tipo de pareja, esté inscrita legalmente o no, sobre los familiares. En cambio, la limitación del segundo grado de consanguinidad sí supone una novedad respecto al artículo 37.6 ET, al descartar de este modo a los familiares afines, a pesar de alguna opinión contraria<sup>29</sup>. Esta previsión de hasta un segundo grado de consanguinidad ya se recoge en el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y ya hace tiempo que la doctrina viene reclamando que se haga extensible al régimen laboral común. Justamente para influir en el reparto de cuidados entre las personas trabajadoras y que deban hacerse cargo de los mismos hasta estos grados de consanguinidad, siendo necesario entender que la ausencia de más matices sobre la legislación ordinaria implica que los hijos y las hijas puedan ser igualmente sujetos causantes en cuanto a la acreditación de la necesidad del cuidado.

No obstante lo previo, en el párrafo segundo se delimitan las circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID 19 que la persona solicitante del derecho debe acreditar. Comienza por referirse al cuidado personal y directo que, como consecuencia del COVID, necesita uno de los sujetos causantes por razones de edad, enfermedad o discapacidad. Es decir, cuando las personas indicadas en el párrafo anterior - esto es, al artículo. 5.1, primer párrafo- se encuentren enfermas de coronavirus o en situación de cuarentena, la referencia al cuidado personal y directo puede entenderse vinculado al presupuesto de corresponsabilidad al que nos vamos a referir. Con posterioridad se menciona, como caso justificativo, el cierre de los centros educativos o de cualquier naturaleza que dispensan ese cuidado o atención a los sujetos. En efecto, la exigencia de prestar las atenciones a los familiares obliga a solicitar estos cambios de horario que se ajusten a esas atenciones que antes podían delegar en centros especializados. De hecho, ésta es la mayor problemática a la que se enfrentan las autoridades ante lo que podría haber sido un segundo confinamiento domiciliado generalizado, tanto que, en Alemania, por ejemplo, las escuelas permanecieron abiertas en este escenario<sup>30</sup>.

Por último, la última causa justificativa es que la atención del sujeto causante con anterioridad recayó sobre un tercero y por las causas relacionadas con el COVID sea imposible que éste continúe llevándolas a cabo. Principalmente esta causa afectará a personas empleadas de hogar y aquellos especialistas en materia de cuidado. También puede darse

<sup>28</sup> Barrios Baudor, G. L., (2020), Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 2.

<sup>29</sup> Al respecto, más detallado, Blasco Pellicer, Á., López Balaguer, M., Alegre Nueno, M., Ramos Moragues, F., Talens Visconti, E., (2020) "Análisis normativo de las medidas laborales y de seguridad social frente a la crisis del COVID-19", Tirant lo Blanch, p. 113

<sup>30</sup> [www.deutschland.de](http://www.deutschland.de): <https://www.deutschland.de/en/corona-virus-germany-overview>

el caso de personas cuidadoras que pertenezcan a la unidad familiar, pero que esa persona enferma o debe guardar cuarentena por el riesgo de haber contraído el virus, es decir, que, por una causa de fuerza mayor, la persona cuidadora no pueda seguir prestando esas atenciones. Hay que tener en cuenta que para las empleadas de hogar se aprobó con posterioridad a esta regulación, una regulación especial que contempla la posibilidad de suspender temporalmente el contrato, según los artículos 30 y siguientes del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Pues bien, como se ha advertido acertadamente por la doctrina, se trata de supuestos independientes entre sí: el cuidado personal y directo, el cierre de los centros donde se prestaba ese cuidado y que la persona que prestaba cuidado no puede seguir haciéndolo. Esos tres supuestos, que justifican la solicitud de estas medidas del plan MECUIDA son independientes entre sí y únicamente refuerzan la pretensión de la persona trabajadora<sup>31</sup>. Basta con que se produzca una sola de esas circunstancias para terminar con estos presupuestos comunes.

Conviene destacar que se configura como un derecho individual de conciliación de la persona que lo solicita. Se trata de una fórmula ya incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, precisamente a partir del Real Decreto-ley 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 ocupación, y que va en la línea de la normativa y jurisprudencia europea sobre la titularidad de los derechos de conciliación, sin que quepa diferenciar entre titulares por el tipo de contrato o incluso porque uno de ellos no trabaje. A este último respecto, y como venimos repitiendo, se trata de un derecho individual y ya el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores afirma que el derecho de reducción de jornada, a excepción de que dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, situación en la que la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, es independiente del hecho de que ambos progenitores trabajen o no.

Más significativas son las exigencias sobre la justificación de las medidas sobre el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles. En esta línea, encaja perfectamente la propia exclusión prevista de familiares afines dentro de los sujetos causantes. Además, hay que tener en cuenta que concuerda la exigencia de que sea justificado, razonable y proporcionado según las consecuencias de las circunstancias concurrentes de cada caso.

De todo lo previo se desprende que el marco normativo reclama la concurrencia de tres requisitos: a) la justificación, por tanto la acreditación de que la persona que ejercita el derecho se encuentra ante una de las problemáticas familiares antes descritas, así como que no existe otra posibilidad de solucionarla, en especial por imposibilidad manifiesta del otro/a progenitor/ o del cuidador/a; b) la razonabilidad, lo que conlleva un nexo lógi-

---

<sup>31</sup> Barrios Baudor, G. L., (2020), Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA. *Revista Aránzadi doctrinal* (6), 4-5.

co entre la medida laboral adoptada y la situación familiar; y en especial, c) la proporcionalidad en relación a las necesidades de la propia empresa, con un quantum añadido en favor de ésta en aquellos casos en que son varias las personas que comunican el ejercicio de la reducción de jornada o la adaptación de las condiciones contractuales.<sup>32</sup>

Sin duda, la visión legal resulta un avance hacia la deseada corresponsabilidad en las labores de cuidado y debe entenderse que la persona solicitante tiene que explicar cómo se repartirá para atender esas labores junto al otro progenitor o cuidador que pueda existir. A mayor abundamiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>33</sup> han reforzado la idea del disfrute de reducciones y adaptaciones de jornada desde el prisma de la proporcionalidad y el reparto de las obligaciones de cuidado, al configurarlo en último término como parte esencial del derecho a la igualdad y no discriminación previsto en nuestro texto constitucional. Esto hará que, en caso de existir controversia en su disfrute o reconocimiento, deba acudir el procedimiento especial del artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, tal y como la propia norma de urgencia señala, que engloba el ejercicio de los derechos de conciliación a todos los efectos, resultando una previsión adecuada y efectiva, siempre que no se trate de fases de confinamiento severo con la suspensión incluso de la actividad judicial, como ocurrió en alguna etapa.

Finalmente, el apartado cuarto del precepto recoge la posibilidad de que las personas trabajadoras que ya estuvieran disfrutando de medidas de conciliación de legalidad ordinaria, puedan ahora solicitar su paralización y acogerse a estos nuevos instrumentos jurídicos que, a la sazón, se adaptarán mejor a la realidad derivada de la pandemia. En todo caso, tendrán que usar la oportuna solicitud limitada temporalmente a este período de crisis. Al igual que el resto de los solicitantes, con los requisitos debidamente acreditados que se exigen, y si bien en este supuesto se venía disfrutando con anterioridad, se considerará que se trata ya de una medida razonable y proporcionada salvo prueba en contrario<sup>34</sup>.

En cuanto a la adaptación del tiempo de trabajo que se prevé en el artículo 6.2 del Real Decreto-ley 8/2020, con base en el artículo 34.8 ET, se introducen matizaciones para dotarla de máxima inmediatez y aplicación práctica. Tal vez lo más destacado resulta que la concreción de la adaptación horaria será ex lege el criterio de la persona trabajadora. Ciertamente, el carácter temporal y excepcional de estas previsiones justifica el imperativo legal, aunque también reafirma claramente el intento de acuerdo previo como fórmula de-

<sup>32</sup> Falguera Baró, M.A., Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma por el COVID-19. *Ponencia VII Jornada del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 23

<sup>33</sup> Así, la Sentencia 4497/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 6 de noviembre de 2020 y con relación a la solicitud de una trabajadora a concreción horaria por razones de conciliación de la vida familiar y laboral, solicitando una jornada fija de mañana, recuerda en su Fundamento de Derecho Tercero que « *los juzgados y tribunales ordinarios nos enfrentamos a un supuesto como el presente, no podemos situarnos exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que hemos de tratar de ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, y que la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde el mandato de la protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE), pautas que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.*». En el mismo sentido véase la Sentencia 525/2020 de 2 de julio de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia 494/2019 de 29 de noviembre de 2019 del Juzgado de lo Social Nº 23 de Madrid, Sentencia 251/2019, de 12 de septiembre de 2019 Juzgado de lo Social Nº1 de Mataró.

<sup>34</sup> López Balaguer, M. (2020). *Los derechos de conciliación en la crisis del Covid-19*, Lefebvre Sitio web: <https://elderecho.com/los-derechos-de-conciliacion-en-la-crisis-del-covid-19>

seable. Debe entenderse que el plazo de negociación individual del artículo 34.8 ET no es aplicable porque se perdería esa finalidad de inmediatez necesaria en este momento. Y por eso, dice el legislador de urgencia, que debe reducirse a lo mínimo imprescindible. Resulta importante destacar el imperativo legal al respeto de la fórmula, tanto así que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara el derecho a la adaptación de jornada de una trabajadora pese a la decisión denegatoria del ayuntamiento, desde la perspectiva legal y constitucional contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional en sentencia núm. 3/2007, de 15 de enero, dado que no se ajusta a la legalidad ordinaria, pues se exige que la empleadora, ante la solicitud de adaptación de jornada, abra un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días que, de hecho, no se produjo.<sup>35</sup>

La medida de conciliación, en este caso, puede referirse tanto a la distribución del tiempo de trabajo como a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo. El precepto especifica el cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19 y justificando su utilización desde una perspectiva corresponsable y proporcionada a las necesidades de la organización de la empresa. Así, podrá referirse con cierta concreción a la organización de los tiempos, conjuntamente con otra persona responsable de prestar el cuidado al sujeto causante, lo que en casos de familias monoparentales debe excluirse. Respecto a los sujetos causantes serán las personas mayores cuando se atiende a familiares que se encuentran en situaciones previamente descritas. Respecto a los menores a cargo de la persona trabajadora, incluso aunque sean mayores de edad de mayores de 12 años, sí pueden justificar esta necesidad de solicitar esta adaptación de jornada.

La reducción de jornada regulada en el artículo 37.6 ET se prevé en el artículo 6.3 del Real Decreto-ley 8/2020 y se ha establecido como una medida especial para dar respuesta a la situación de pandemia. Lo más innovador en estos casos de reducción de jornada es la previsión de que se pueda solicitar incluso una reducción del 100 por cien si fuera necesario, con la consecuente reducción proporcional del salario. Tal pareciera que el recurso a esta medida podría parecer vacío de contenido. Sin embargo, quien reduzca su jornada por necesidades de cuidados derivadas del COVID puede mantener su relación laboral sin necesidad de acudir a procedimientos legales ordinarios o a los que se pueda prever en el convenio colectivo, que siempre serán menos ágiles. Tanto es así que el preaviso de la reducción de jornada especial deberá ser comunicado a la empresa solo con 24 horas de antelación, en lugar de los 15 días que en defecto de convenio colectivo marca la regulación del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Además, esta reducción de jornada deberá resultar aplicable con todas las garantías que se prevén en el texto del Estatuto de los Trabajadores y demás normativa.

<sup>35</sup> Sentencia 883/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de noviembre de 2020.

Dado que la protección de la norma de urgencia resulta un refuerzo sobre la legislación ordinaria, tal y como dice la exposición de motivos el Real Decreto Ley 8/2020, en ningún caso, por lo tanto, cabría entender que estos derechos de conciliación gozan de una protección inferior respecto a los ordinarios. Más bien al contrario. En definitiva, se trata de que las solicitudes de reducción de la jornada, en pro de la conciliación, se favorezcan por la empresa en todo lo posible, dado la situación de excepcionalidad de la crisis. Así lo recuerda la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid, que estima la demanda de la trabajadora que había solicitado una reducción del 100% de su jornada laboral por los supuestos descritos en el citado artículo 6 del RDL 8/2020, siendo esta denegada por la empresa «*por considerar que no se encontraba en ninguna de las circunstancias excepcionales contempladas en el Plan Mecuida, invocando la mejoría de la situación global de la pandemia en España a partir de los datos de vacunación, sin ofrecer solución alternativa concreta alguna sobre la base de las circunstancias organizativas o productivas de la empresa.*»<sup>36</sup>

La doctrina ha considerado positivos estos plazos y estas extensiones a fin de evitar la desprofesionalización de quien, encontrándose en el mercado laboral, tenga que dedicarse al cuidado de sus familiares, labores que fundamentalmente van a afectar a mujeres. El legislador de urgencia ha reunido requisitos generales que ha de acreditarse igualmente a la hora de solicitar la reducción como la corresponsabilidad en el cuidado, cuestión muy destacable, pues no se encuentra presente en la normativa legal ordinaria y que impide precisamente contemplar ese reparto equitativo de labores de cuidado cuando se solicita la reducción de jornada. No obstante, si se favorece de manera decidida las reducciones de jornada frente al alejamiento del trabajo y, al igual que la normativa ordinaria, hay que tener en cuenta que pueden acogerse a las prestaciones de Seguridad Social a las que se tengan derecho (artículo 237 previamente explicado de la Ley General de la Seguridad Social).

Llegados a este punto cabe preguntarse por la eficacia del citado plan.

Así diferentes Senadores del Grupo Parlamentario Socialista, en base a lo expuesto en el artículo 160 del Texto refundido del Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994 («Los Senadores podrán formular al Gobierno preguntas, mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Cámara.»), se interesan<sup>37</sup> por conocer cuántas personas se han acogido a las medidas de El Plan MECUIDA, desagregados por Sexo, provincias y municipios.

Con relación a la citada iniciativa parlamentaria, el 26 de noviembre de 2020, el Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social, aporta los datos requeridos<sup>38</sup>, puntualizando que tan solo se dispone de los relacionados con la reducción de jornada prevista en el 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, incluyendo tanto los que están actualmente beneficiándose de esta medida, como los que se han beneficiado anteriormente y que se exponen a continuación: (gráfico 1), (gráfico 2), (gráfico 3).

<sup>36</sup> Juzgado de lo Social N.º. 4 de Valladolid, Sentencia 202/2021 de 27 Jul. 2021, Rec. 423/2021

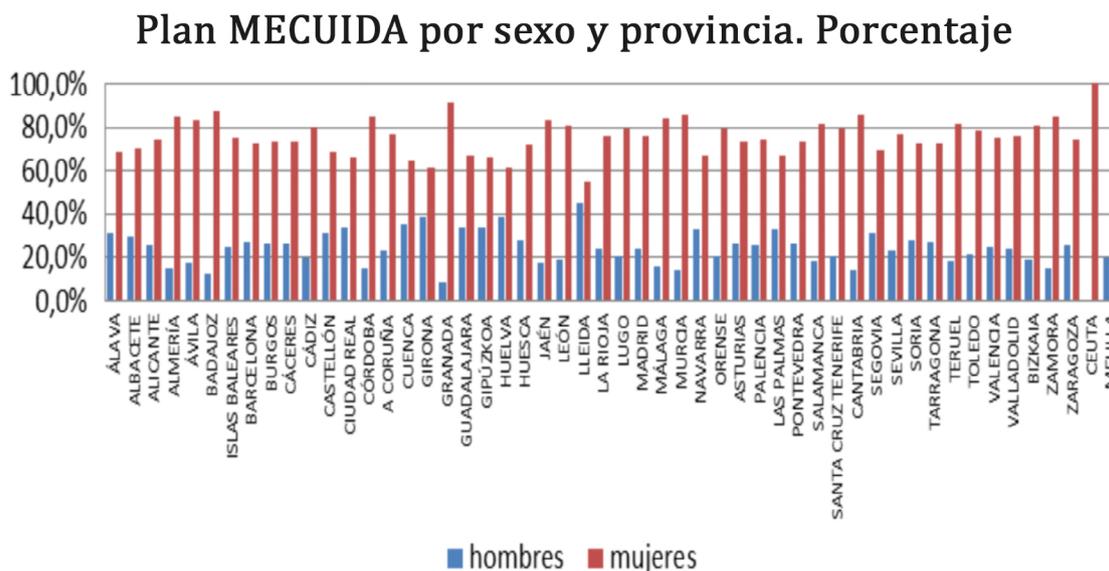
<sup>37</sup> Pregunta Escrita, entrada registro el 1 de septiembre de 2020 (Entrada 47704, Expediente 687/021767)

<sup>38</sup> Respuesta del Gobierno, entrada registro 26 de noviembre de 2020 (Entrada 62243, 684/21767)

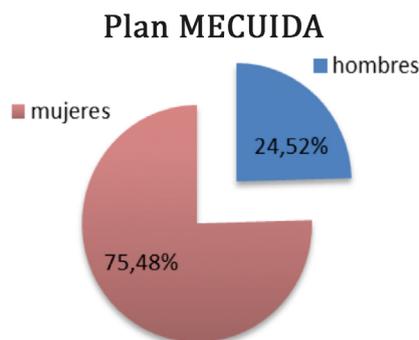
**Gráfico 1.** Valores absolutos de disfrute reducción de jornada, desagregado por sexo y provincia, a 26 de noviembre de 2020. (Elaboración propia).



**Gráfico 2.** Porcentaje de disfrute reducción de jornada, desagregado por sexo y provincia, a 26 de noviembre de 2020. (Elaboración propia).



**Gráfico 3.** Porcentajes por sexos de disfrute reducción de jornada, a 26 de noviembre de 2020. (Elaboración propia).



La excepcional situación generada por la crisis sanitaria por COVID-19 ha permitido identificar una serie de desafíos socio-laborales que deben ser solventados para mantener el trabajo a distancia sin comprometer la conciliación de la vida familiar y laboral. Inequívocamente, la nueva regulación del trabajo a distancia ha de delimitar con claridad los ámbitos de actuación y fijar reglas para garantizar este derecho. Se trata de establecer un teletrabajo digno donde se fije la jornada, los periodos de descanso y desconexión, se potencie la igualdad real, se asegure la protección de la salud y seguridad y se garanticen los medios necesarios para realizar su trabajo a la persona trabajadora. En el contexto de la digitalización empresarial parecen existir dos desafíos principales que plantea el trabajo a distancia. Por un lado, constituir un instrumento eficaz para ejercer los derechos de conciliación y, simultáneamente, garantizar un derecho al descanso de calidad.

El concepto de corresponsabilidad está entrando con fuerza en los análisis de reparto de las tareas y obligaciones domésticas y va más allá que el simple equilibrio conciliador entre las diferentes esferas de actuación de las personas. Así, la crisis de la COVID-19 ha puesto de manifiesto la urgencia de sacar a la luz definitivamente la invisibilidad la tarea de los cuidados y poner en marcha políticas públicas que los aborden como derechos. Los cuidados no pueden seguir ocultos, relegados, y recayendo en el voluntarismo de las estructuras familiares.

La situación pandémica por COVID-19, sin duda, ha obligado a que la conciliación se observe con mayor interés por los legisladores y las empresas, conscientes de la necesidad de gestionar los tiempos de trabajo y no trabajo de las personas trabajadoras con una perspectiva de género. Al respecto, el teletrabajo parece ser una especie de panacea.<sup>39</sup> Si bien ya hemos dicho que no tanto y en todo caso, la regulación que se ha introducido por el Real Decreto-ley 8 /2020, así como sus posteriores prórrogas, parece sin duda un paso muy importante en los que deberemos recabar, sobre todo en lo referido a esa exigencia de la corresponsabilidad en el reparto del cuidado, tendencia en auge que ya podíamos observar jurisprudencialmente en asuntos de época pre-pandemia, por ejemplo, en sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón y en relación a la solicitud de adscripción de una trabajadora a un turno fijo de mañanas, sin reducción de jornada, estima que, además de quedar acreditada por la empleadora la descompensación que supondría en su organización la aceptación de la propuesta de la actora, es evidente el interés personal implicado, sobre todo desde la perspectiva del debido cuidado y tutela de su hijo menor, pero también la obligación del padre en relación con el niño, que se debe apreciar desde la dimensión de la corresponsabilidad padre-madre en la guarda del menor.<sup>40</sup>

Además de promover la corresponsabilidad en el interior de las familias, es necesario que el Estado se haga corresponsable, lo que implica necesariamente articular una red pública de cuidados que sostenga desde lo común una parte importante de esas tareas, con salarios y empleos de calidad, y con todas las garantías para quienes cuidan y son cuidados.

<sup>39</sup> Rodríguez Rodríguez, E., (2021). *De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente*. *Lex Social*, (1), 40-78.

<sup>40</sup> Sentencia 338/2019, de 29 de agosto de 2019 Juzgado de lo Social nº3 de Gijón.

A la vista de los gráficos anteriormente presentados en relación al disfrute de reducción de jornada antes y después de la implementación de la misma con el Plan MECUIDA, no cabe duda de que la conclusión más obvia resulta la desproporcionalidad existente en la distribución por sexos del disfrute de esta reducción de jornada, idea que se viene repitiendo durante toda la exposición de este trabajo y que expresa, como clara conclusión, una duda más que razonable: ¿están siendo suficientes las medidas adoptadas en pro de la corresponsabilidad como para conseguir el objetivo perseguido? ¿Debe el legislador implementar políticas que vayan un paso más allá en la búsqueda de la igualdad real en cuestiones de conciliación? Hay que tener en cuenta que en el año 2050 en España se prevé que más del 58 por ciento de la población sea mayor de 64 años<sup>41</sup>, por lo que se agrava considerablemente la posibilidad de ser persona dependiente, lo que supone una necesidad exponencial de trabajadores dedicados a tareas de cuidado, a la vez que se requiere de una fuente de inversión pública. Su aplicación exigirá duplicar la inversión económica del cuidado, lo que podría conducir, por otra parte, a un total de 475 millones de empleos de aquí al año 2030, es decir, 269 millones de nuevos empleos al respecto.

## Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina (2020). *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*. España: Ediciones Francis y Taylor.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2019). De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español. *Revista de Derecho a las Relaciones Laborales*, 11, 1109-1132.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. (2021). Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2021). "COVID-19 y medidas sociolaborales: «Refundición» RD Ley 6 a 35/2020 y 2/2021 y Leyes 3/2020 y 8/2020." Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada del 28 enero de 2021, disponible en: <https://ignasibeltran.com/covid-19-refundicion-rdley-8-20-9-20-10-20-11-20-y-12-20/#segunda>
- BLASCO PELLICER, Ángel, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, ALEGRE NUENO, Manuel, RAMOS MORAGUES, Francisco & TALÉNS VISCONTI, Eduardo (2020). *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. Bruselas, 5.3.2020

<sup>41</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, IMSERSO, Informe 2012, Las personas mayores en España. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/imserso-infoppmm2012-10-2014.pdf>

- CRISTÓBAL RONCERO, Rosario (2017). Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, 133, 115-138.
- DE NIEVES NIETO, Nuria (2017). La conciliación de la vida laboral y familiar en el Derecho de la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, 133, 75-113.
- GRAU PINEDA, Carmen (2020). Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad. *Femeris*, 5, 89-32.
- LOUSADA AROCHENA, Fernando (2017). La prohibición de la discriminación sexista indirecta y su aplicación en el ámbito del derecho del trabajo y la Seguridad Social. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, 3, 1-25.
- NIETO ROJAS, Patricia (mayo 2020). Necesidades de cuidado derivadas del covid-19. Programa "MECUIDA". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 688-699.
- PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel (2017). La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, 133, 15-36.
- PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel (2017). Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: Evolución legislativa. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, 133, 2017.
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (2017). Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, 133, 343-368.
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Jesús. (2021). Breve reseña sobre el Plan Mecuida. *Diario La Ley*, 9790, 45-48.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2010). *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*. Albacete: Bomarzo.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, (2021). De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente. *Lex Social*, 1, 40-78.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, OJEDA AVILÉS, Antonio, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime & HURTADO GONZÁLEZ, L. (2020). *Legislación laboral y de Seguridad Social*. España: Tecnos.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2021). Emergencia sanitaria y legislación laboral. Sigue la saga Covid-19. Mantenimiento y refuerzo de medidas sociales ante la crisis existente. Notas a propósito del RDL 2/2021 de 26 de enero (y atención a las normas modificadas). Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* Entrada del 28 enero, 2021, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/emergencia-sanitaria-y-legislacion.html>

# El trabajo de las mujeres en los empleos funerarios

## Women's work in the funeral jobs

María del Carmen Barrera Cañas\*

*Universidad de La Laguna. Departamento de Sociología  
y Antropología. Área de Sociología*

ORCID ID: 0000-0002-4995-3457

Recibido: 23-11-2021

Aceptado: 15-02-2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6948>

*Resumen.* El objetivo de este artículo es estudiar la presencia de las mujeres en los empleos funerarios en España. Analizamos cómo se ha producido la incorporación laboral “formal” de las mujeres a las profesiones vinculadas a la muerte. Debido a la inexistencia de datos estadísticos sobre los empleos funerarios previos a la década del 2000, la investigación se ha centrado desde principios del nuevo milenio hasta la actualidad. Para ello se ha empleado una metodología cuantitativa, a través de la recopilación, explotación y análisis de los datos provenientes de las aún escasas fuentes estadísticas disponibles sobre estos tipos de ocupaciones. Todo ello llevado a cabo desde una perspectiva de género. El análisis revela por un lado que, a pesar de la creciente incorporación laboral de las mujeres a los empleos funerarios, si bien aún más como demandantes que como contratadas, se trata de un sector masculinizado. Por otro lado, se aprecia la existencia de una doble segregación ocupacional en los empleos fúnebres en general y en el sector funerario en particular, donde las mujeres continúan constituyéndose como una minoría en actividades altamente masculinizadas (segregación horizontal) y se concentran ocupando ciertas categorías laborales (segregación vertical).

*Palabras clave:* género, profesionales, muerte, segregación ocupacional, trabajo.

*Abstract.* The article studies women's work in the funeral jobs in Spain. We analyze the “formal” incorporation women into the professions linked to the death. Due to the lack of statistical data on funeral jobs before the 2000s, the research has focused from the beginning of the new millennium to the present. We used a quantitative methodology: through the collection, exploitation and analysis of data from the still scarce statistical sources available on these jobs. All this has been analysed from a gender perspective. The study reveals, on the one hand, that despite the growing incorporation of women into funeral jobs, although more as demanders than as employed, it is a masculinized sector. On the other hand, the existence of a double occupational segregation in funeral jobs in general and in the funeral sector in particular, where women constitutes themselves as a minority in highly masculinized occupations (horizontal segregation) and are concentrated occupying certain labor categories (vertical segregation).

*Keywords:* gender, professionals, death, occupational segregation, work.

---

\*cbarrera@ull.edu.es

## 1. Introducción

Las investigaciones españolas llevadas a cabo desde las ciencias sociales sobre las profesiones y los/as profesionales vinculados a la muerte se han caracterizado por ser prácticamente inexistentes (Barrera, 2017, 2020). Especialmente desde el ámbito de la Sociología, ni siquiera la Sociología del Trabajo y de las Profesiones han mostrado interés por estos tipos de ocupaciones y por sus trabajadores/as. En términos generales, estas investigaciones han resultado ser negadas, ocultadas, camufladas y no consideradas por las estadísticas oficiales de las ocupaciones y actividades económicas. Los factores más relevantes que han incidido en ello responden: al escaso interés por el fenómeno social de la muerte, considerado como el máximo tabú de Occidente (Gorer, 1995; Walter, 1994); a la propia negación de la muerte como fenómeno social; al escaso reconocimiento, estatus y valoración social de las profesiones y de los/as profesionales relacionados con este hecho social; así como a la negación de los procesos de la muerte: estado terminal, tratamiento del cadáver y a los estados biológicos post mortem (putrefacción y exhumación). Asimismo, el escaso interés por los trabajos fúnebres viene determinado por la desconsideración histórica que han tenido los espacios formativos y ámbitos académicos sobre la formación, el estudio y las investigaciones sobre este fenómeno social. Debido a que con excepción de la Medicina Legal y Forense el resto de las profesiones funerarias están prácticamente excluidas de la formación en los ámbitos académicos de reconocimiento; tal es el caso de las Universidades, estos/as trabajadores/as carecen también de estatus ocupacional y social; y apenas han sido objeto de estudio por parte de las diferentes disciplinas académicas (Barrera, 2017). El funesto panorama se acrecienta cuando deseamos indagar sobre quiénes son los/as profesionales que realizan estos tipos de trabajos; y conocer hasta qué punto estos empleos están desempeñados por mujeres y por hombres. Es por ello que el objetivo general de este artículo se centra en la aportación del conocimiento sobre los/as trabajadores/as de los empleos funerarios españoles; análisis que se ha llevado a cabo desde una perspectiva de género.

Hasta el momento en España no existe ninguna investigación sociológica sobre el trabajo de las mujeres en estos nichos de empleos. Es por ello que el objetivo general de este artículo se centra en la aportación del conocimiento sobre la situación laboral de las mujeres que realizan dichos trabajos. Para la consecución de este objetivo, este estudio expone los resultados preliminares obtenidos en la investigación cuantitativa, a través de la recopilación, explotación y análisis de los escasos o prácticamente inexistentes datos estadísticos en España sobre la presencia de mujeres y hombres en estas actividades y ocupaciones. Si bien hay que subrayar que dentro de la clasificación de las actividades funerarias solo hay información para la situación de los/as demandantes no para la de los/as contratados/as, el análisis revela que, a pesar del continuo incremento de mujeres en estas actividades laborales, producido especialmente en los últimos años, existe una menor presencia de contratadas que de contratados. Asimismo, se aprecia la existencia de una doble segregación ocupacional en los empleos fúnebres en general y en el sector funerario en particular, donde las mujeres continúan constituyéndose como una minoría

en actividades altamente masculinizadas (segregación horizontal) y se concentran ocupando ciertas categorías laborales (segregación vertical). Consideramos que, como fenómeno social apenas queremos saber sobre la muerte, tampoco sobre las actividades que la engloban ni sobre quiénes son las personas que realizan estos trabajos. Es por ello que el estudio sobre la situación laboral de las mujeres en los empleos funerarios ha contribuido paralelamente a vislumbrar el fenómeno social de la muerte.

## 2. La incorporación laboral de las mujeres a los empleos funerarios en España

Fuentes históricas han revelado que los especialistas y profesionales sobre los cuidados, el tratamiento y la atención de los cadáveres (cabe también aquí subrayar de los sepulcros) estaban fundamentalmente en manos de las castas sacerdotales y embalsamadores; contando por ello con alto prestigio y estatus social (Binski 1996; Lawrence y Strub 1989; Mayer 2012). Entre otros factores, ello obedecía a la diferente relación, convivencia y enfrentamiento del ser humano ante la muerte (Walter, 1994). Las prácticas funerarias, al estar reguladas principalmente por las autoridades religiosas, mayoritariamente incluía a los varones (Àries, 1981; Geary 2018). Actualmente, y especialmente en los países occidentales, debido a la emergencia de otras formas sobre la concepción de la muerte, la perspectiva y visión sobre la misma y sobre sus profesionales ha cambiado considerablemente. Tanto es así que, especialmente en Occidente, cuanto más cerca del trato y cuidado de los cuerpos sin vida; en suma, de la muerte, menor suele ser el estatus, prestigio social y ocupacional de sus profesionales. Dentro de estos trabajos, el de mayor estatus es el de la Medicina Legal y Forense y el de los/as profesionales de los cuidados paliativos y de la Tanatología; principalmente por formar parte del corpus de las Ciencias de la Salud: Medicina y Enfermería respectivamente; seguidamente de los profesionales de la tanatopraxia y tanatoestética. El eslabón de menor prestigio o estatus, recae sobre los sepultureros e incineradores (Barrera, 2017). Si bien hay que añadir que en los últimos años los empleos relacionados con la muerte han cobrado cierta profesionalización, especialmente adquirida en el propio lugar de trabajo, esto es, en las funerarias y tanatorios<sup>1</sup>; y con ello, un mayor reconocimiento social. En términos generales el estigma social de este trabajo ha venido especialmente otorgado por el valor de la sucesión generacional y por el agradecimiento social ante un trabajo que solo estos/as profesionales pueden desempeñar, y que nadie quiere realizar (Barrera, 2020).

Hasta que en Occidente comenzó a producirse el proceso de la profesionalización de los trabajos fúnebres, las mujeres eran prácticamente las encargadas de preparar a los difuntos (asearlos y amortajarlos) en los propios domicilios familiares (González, 2016).

---

<sup>1</sup> Los estudios abarcan ciclos anuales durante un período de 2 años que se reciben a través de 5 módulos: tanatopraxia y tanatoestética, extracción de tejidos, reconstrucción de cadáveres, embalsamamiento y protocolo funerario. Para la realización del examen y convalidación en la profesión, actualmente se exigen 3 años de experiencia laboral en el sector funerario. La gerencia del tanatorio dice quiénes están preparados para opositar y recibir el reconocimiento oficial que convalida y expide el Gobierno de Canarias (Barrera, 2020).

Investigaciones sobre la combinación de fuentes arqueológicas y pictóricas han desvelado que ya desde la Baja Edad Media, las mujeres, y no solo las autoridades religiosas, cumplían un papel funerario fundamental en la primera etapa del rito funerario; siendo ellas las responsables de preparar los cuerpos antes el entierro, para presentarlo delante del grupo familiar y comunitario; esto es, para velarlo antes de que el cuerpo saliera de casa en procesión hacia la iglesia (Gilchrist, 2005: 66). Esta perspectiva llega a desvelar el papel funerario de las mujeres como extensión del rol social de la maternidad y como prolongación de su papel como cuidadoras más allá de la muerte (Gilchrist, 2005: 52) y por ende de su importancia en el rol social productivo (Wilkie, 2003). En muchos espacios geográficos de España, especialmente en las zonas rurales, hasta hace relativamente poco tiempo, las mujeres seguían realizando estos tipos de trabajos. En nuestro país, el origen de las funerarias se remonta a la primera mitad del Siglo XX (De la Casa y Esteban, 1995). A finales de los años 60 de dicho siglo, con la apertura progresiva de los tanatorios y criptas por todo el territorio nacional, la preparación de los cuerpos sin vida comenzó a realizarse en dichos espacios. Paulatinamente se ha prohibido realizar este trabajo en los domicilios, y por lo tanto las mujeres han dejado de ejercerlo. En el momento en que se formalizó y/o profesionalizó este trabajo, pasando a realizarse en los espacios extradomésticos, las mujeres fueron progresivamente desplazadas del mismo. Lo que obviamente responde a la división sexual del trabajo, que separa las funciones masculinas (ámbito productivo público) de las femeninas (ámbito reproductivo privado). Con excepción de las mujeres procedentes de familias funerarias, principalmente a través de sucesión generacional y sobre todo cuando no existía la posibilidad de que los hombres se hiciesen cargo de la empresa familiar (Barrera, 2020; 2022); así como por el alto grado de feminización en los estudios de Medicina (Hernández y Pérez, 2020) y más concretamente en Medicina Legal y Forense (INE, 2020), las mujeres no entraban a formar parte de dichos empleos; por lo que estos se convirtieron en nichos altamente masculinizados. Sin embargo, actualmente hemos podido observar que, en los momentos de catástrofes naturales y pandemias, debido al considerable número de cadáveres que hay que recoger en apenas poco tiempo, en ciertos países, tal y como ha sucedido en el caso de Irán a lo largo de la denominada pandemia covid-19, la participación voluntaria de las mujeres en estas actividades se ha hecho socialmente visible. Las nombradas por el propio Gobierno Iraní “coronadamas”; esto es, las mujeres que lavan los cuerpos de los muertos por covid-19, ha hecho más que evidente que a través de la Historia, y aún en ciertos países y culturas, esta actividad es realizada por ellas en los espacios domésticos. Vemos pues que, si bien la muerte continúa constituyendo el principal tabú social de Occidente, ocultándola y negándola (Barrera, 2017), esta se camufla aún más cuando las actividades que la rodean se realizan en los espacios domésticos y privados. Siendo las mujeres las que principalmente se encargaban de ello, podríamos deducir una doble conformidad sobre el ocultamiento de la muerte, de las actividades que la rodean y de quiénes la realizan. Pareciera que cuando estos trabajos pasaron a ser desempeñados en los espacios extradomésticos, requiriendo además de procesos formativos en los propios puestos laborales, los trabajos funerarios se masculinizaron.

### 3. Objetivo y metodología

El objetivo de este artículo es estudiar la presencia de las mujeres en los empleos funerarios en España. Analizamos cómo se ha producido la incorporación laboral (formal) de las mujeres a las profesiones vinculadas a la muerte. Para ello, y a modo de estudio preliminar en nuestro país, se ha empleado una metodología cuantitativa, a través de la recopilación, explotación y análisis de los datos provenientes de las fuentes estadísticas disponibles sobre dichas ocupaciones. Todo ello llevado a cabo desde una perspectiva de género<sup>2</sup>. Asimismo, para el rastreo sobre qué actividades laborales son afines a la muerte; cómo se denominan a sus profesionales; así de cómo poder acceder a dichos datos, se recurrió a la búsqueda, localización y categorización de las profesiones fúnebres. Esto se llevó a cabo a través de bibliografía exhaustiva sobre sus aproximaciones categóricas en las estadísticas institucionales: INE (Encuesta Población Activa: Clasificación Nacional Ocupaciones (CNO); Clasificación Nacional Actividades Económicas (CNAE) y Encuesta Anual de Servicios). Así como el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) tanto de su “Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura” como los datos sobre demandantes y contratación de “empleos funerarios”. Por último, se recurrió a dos breves informes, realizados y publicados por la Asociación Nacional de Servicios Funerarios (PANASEF) sobre “la incorporación de las mujeres al sector funerario” en España.

Con respecto a la exploración sobre las categorías laborales vinculadas a la muerte, se han desprendido las siguientes: Cantería funeraria; Carpintería Funeraria; Cristalería Funeraria; Marmolistas Funerarios; Labrantes funerarios; Empresas de pompas fúnebres y actividades relacionadas con las mismas; Medicina forense; Personal cuidados paliativos; Personal de crematorios y tanatorios; Sepultureros; Servicio de limpieza y jardinería en cementerios; Servicio fúnebre religioso; Profesionales de la Tanatología; Tanatoestética y Tanatopraxia. No obstante, a pesar de la larga lista de estas categorías laborales, la mayoría de ellas no constan en las estadísticas de empleo.

En lo referente a la metodología que maneja el INE, la CNO y CNAE, en sus diversos dígitos, comprobamos que las pocas profesiones sobre la muerte que aparecen recono-

---

<sup>2</sup> Cabría aquí señalar que, algunos de los resultados de esta investigación han sido evidenciados y refutados también a través de otras de mis investigaciones previas, de carácter cualitativo (Barrera, 2020; 2021). Estudios llevados a cabo a través de trabajo de campo realizado al personal tanatopractor de Tenerife (Canarias). En esta Isla, el número de mujeres que desempeñan trabajos de tanatopraxia es muy escaso; concretamente 3 mujeres. Esto sin considerar el número de mujeres forenses pero que no trabajan directamente en una funeraria y/o tanatorio; sino que desempeñan su trabajo en centros hospitalarios. Desde que comenzó la denominada pandemia covid-19, y debido a las restricciones y medidas sanitarias impuestas, el acercamiento al personal funerario me ha sido imposible. A esto hay que sumarle el desborde laboral y escaso tiempo del que actualmente disponen estas trabajadoras para poder ser entrevistadas. De hecho, esto me ha ralentizado, cuando no imposibilitado, continuar con el trabajo de campo que llevo realizando desde hace 5 años con los/as profesionales que trabajan directamente con los cadáveres en funerarias y tanatorios. Investigaciones que he realizado fundamentalmente a través de historias de vida. No obstante, hasta el momento, dispongo de las historias de vida de 2 mujeres funerarias (tanatopractoras) que entre otra serie de cuestiones han ofrecido información sobre cómo diariamente afrontan su trabajo en un sector altamente masculinizado. Hasta cierto punto, y partiendo de la base de que se trata de un estudio a nivel Local, esto me ha servido para reafirmar los resultados y conclusiones sobre la clara segregación sexual del trabajo existente en el sector funerario. También para poder explicar la “marginalidad y ocultamiento” de los datos estadísticos sobre los empleos funerarios; especialmente socialmente desconsiderados y negados por lo que básicamente implica el fenómeno social de la muerte: el mayor tabú de occidente.

cidas explícitamente lo hace en las categorías de 4 dígitos. Esto es, no hay datos estadísticos públicos desagregados para dichas categorías. Otras actividades profesionales ni siquiera constan o son nombradas en estas estadísticas. Así, las profesiones que no constan como tal y que aparecen camufladas en categorías de 4 dígitos son: Cantería funeraria; Carpintería funeraria; Cristalería funeraria; Labrantes funerarios; Marmolistas funerario y Sepultureros<sup>3</sup>. Por otro lado, las profesiones que son nombradas, pero que también constan en categorías de 4 dígitos: “Empresas pompas fúnebres y actividades relacionadas con las mismas”<sup>4</sup>. La Medicina Forense aparece incluida en “Otros especialistas”. El Personal de crematorios y tanatorios, la CNAE la incluye en categoría “pompas fúnebres y actividades relacionadas”. Servicio de limpieza jardinería en cementerios” se incluye en categoría de limpieza parques, zonas verdes y cementerios<sup>5</sup>. Las actividades de servicios fúnebres religiosos<sup>6</sup>; así como la Tanatopraxia y Tanatoestética<sup>7</sup> no constan como tal, apareciendo incluidas en las categorías de 4 dígitos como “empleados en pompas fúnebres y embalsamadores que incluye labor de “embalsamar-vestir los cadáveres y colocarlos en los ataúdes”, “atender a las normas de salud e higiene y garantizar que se cumplen los requisitos legales sobre embalsamamiento; “practicar incisiones en varias partes de los cadáveres y cerrarlas, y reconstruir los cadáveres desfigurados o mutilados en caso necesario”. Por último, las profesiones que no son ni nombradas, y ni siquiera aparecen en categorías 4 dígitos, son las siguientes: Personal cuidados paliativos y Profesionales de la Tanatología.

En lo que respecta a la metodología empleada por el SEPE, que cuenta con información tanto de la demanda como de la contratación, los empleos relacionados con la muerte quedan incluidos en la clasificación de: “Especialistas en Servicios de Empleos Funerarios”, pero solo para la situación de demandantes, considerando las ocupaciones: Embalsamadores; Empleados en servicios funerarios en general; Médicos, Especialistas en Medicina Legal; Sepultureros-enterradores y Técnicos de incineración funeraria. Así como datos relativos a especialistas de la tanatopraxia y tanatoestética; estos últimos solo con disponibilidad a partir del año 2016. No obstante, si bien la información sobre de-

<sup>3</sup> La categoría de sepultureros aparece en la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO, 2011), dentro de la categoría: “9601: peones de las obras públicas”.

<sup>4</sup> La CNAE, incluye en la categoría de “pompas fúnebres y actividades relacionadas” (9603), las siguientes actividades: -la sepultura e incineración de cadáveres humanos o de animales y otras actividades relacionadas con las mismas. - La preparación del cadáver para su inhumación o cremación. -El alquiler de locales destinados a velatorios. -El alquiler o venta de tumbas. - El mantenimiento de tumbas y mausoleos (EPA. Metodología INE. CNAE. 2009). “Pompas fúnebres y actividades relacionadas”, está incluida en la categoría (9603), publicada en la “Encuesta Anual de Servicios” del INE hasta el 2007 en la CNAE-93. Posteriormente, estas fuentes fueron modificadas por la CNAE-2009 (con la variable 9603); quedando incluidas en “Otros Servicios”, esto es, sin posibilidad siquiera de desagregación de sus datos. En la CNO-11, aparece la categoría de 4 dígitos (5892): “Empleados de pompas fúnebres y embalsamadores”, donde, hasta cierto punto, se recogen algunas de las actividades realizadas por estos profesionales: “embalsamar-vestir los cadáveres y colocarlos en los ataúdes”; “atender a las normas de salud e higiene y garantizar que se cumplen los requisitos legales sobre embalsamamiento; “practicar incisiones en varias partes de los cadáveres y cerrarlas, y reconstruir los cadáveres desfigurados o mutilados en caso necesario”.

<sup>5</sup> Los servicios de jardinería en cementerios, aparece en la categoría: 8130.

<sup>6</sup> Las actividades de servicios fúnebres religiosos aparecen en la categoría: 9491.

<sup>7</sup> Estas están incluidas en la categoría de “conductores funerarios”; por donde inicialmente la mayoría de sus empleados comienzan a trabajar, formándose en tanatopraxia dentro de la propia empresa. En la CNO-11, los “conductores de coche fúnebres”, a aparecen en la categoría de 4 dígitos (8412), como “choferes particulares asalariados”.

mandantes de empleo cuenta con desglose de ocupaciones a 8 dígitos, los datos sobre las contrataciones solo desagregan la ocupación del puesto de trabajo a 4 dígitos. Por ello, en la situación sobre la contratación, algunos de los empleos quedan fuera de dicho cómputo; tal es el caso de no poder identificar a los/as médicos forenses entre otros tipos de profesionales de la Medicina. Tampoco se ha sido posible identificar a los sepultureros de los peones, o desglosar las distintas ocupaciones dentro de la agrupación de cuatro dígitos: 5892; esto es, en la variable denominada: “Empleados de pompas fúnebres y embalsamadores”, que solo incluye a embalsamadores; empleados en servicios funerarios en general y técnicos de la incineración funeraria. Esto es, en el estudio sobre la situación sobre los tipos de contratación en los trabajos funerarios, solo ha sido posible el análisis sobre esta última categoría, tanto en contratos indefinidos como temporales.

Por último, solo hay disponibilidad de los datos referidos a las Empresas del sector funerario relativos a dos informes muy esquemáticos publicados por PANASEF. Esta institución solo incluye a las asociaciones funerarias españolas asociadas a dicha entidad, y su información está publicada a través de los estudios denominados: “Análisis sobre la incorporación de la mujer al sector funerario”, relativos a los años: 2016 y 2019. Los datos solo hacen referencia al análisis sobre la situación de las mujeres sobre el total del colectivo femenino empleado en dicho sector; desestimando de este modo la situación de los varones, y no atendiendo a las diferencias de género<sup>8</sup>. Las categorías ocupacionales consideradas en los mencionados estudios son: Dirección; Administración; Atención al cliente; Operarios; Comerciales; Limpieza y Otros empleos. Como podemos ver, ni siquiera esta institución desagrega por categorías laborales todos los empleos vinculados a la muerte. Por todo ello, en España el único acceso disponible a los datos sobre las actividades laborales vinculadas a la muerte es el ofrecido por el Servicio de Empleo Público Estatal. El estudio evolutivo solo ha sido posible realizarlo desde el año 2001; pues como se comentó anteriormente no existen datos anteriores al mismo. Asimismo, los datos de demandantes de empleo anteriores a mayo del 2005 no siguen la metodología del sistema nacional de empleo (SISPE), por lo que la información anterior a esta fecha no es comparable.

Para el análisis estadístico sobre la presencia de mujeres y hombres en los empleos funerarios se ha calculado la participación de las mujeres sobre el total de las categorías laborales de dichos empleos; esto es, se ha empleado el índice de concentración<sup>9</sup>, que nos revela dónde trabajan con más frecuencia las mujeres contratadas en dichas ocupaciones. Por otro lado, se ha calculado el porcentaje que representan las mujeres sobre el total de efectivos en cada ocupación; esto es, se ha empleado el índice de distribución<sup>10</sup>, que permitido saber hasta qué punto cada empleo funerario es masculino o femenino.

---

<sup>8</sup> Si bien se solicitaron los datos a PANASEF, tanto en cifras absolutas como por diferencias de género, ello no fue posible.

<sup>9</sup> Se define como el número de mujeres que trabajan en dicha actividad/ocupación i dividido por el número total de mujeres que forman parte de la población empleada (Hakim, 1993).

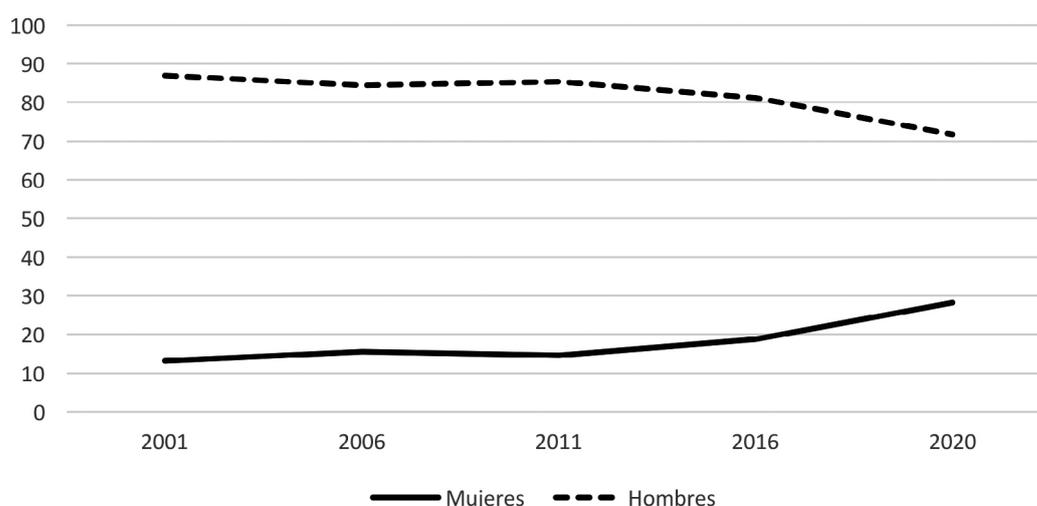
<sup>10</sup> Se define como el número de mujeres en la actividad/ocupación i dividido por el total del empleo de la actividad/ocupación. Así, una actividad es femenina si el porcentaje de mujeres es igual o superior al 45,1%. Será masculina si el porcentaje de mujeres es inferior a 36,9 por 100. Las ocupaciones con porcentaje de mujeres comprendidas entre ambos extremos se considerarán como integradas (Hakim, 1993).

#### 4. La presencia de las mujeres en los empleos funerarios

Las investigaciones sobre la segregación laboral; esto es, la concentración de mujeres en determinados empleos y los hombres en otros, que por ende conlleva a un reparto desigual del empleo entre los sexos (Ibáñez *et al.*, 2017), han contado con una amplísima tradición bibliográfica desde el ámbito de la Sociología española e internacional. Las dos principales vertientes que han profundizado sobre ella han sido, por un lado, la segregación horizontal, que analiza la distribución diferenciada de mujeres y hombres en los tipos de trabajos y las dificultades de acceso a los mismos. Por otro lado, la segregación vertical, que profundiza en la desigual representación de mujeres y hombres en la jerarquía ocupacional; revelando una menor presencia femenina en los ámbitos de poder y toma de decisiones. Si bien la literatura sobre estos tipos de investigaciones ha sido amplísima (Aldaz y Eguía, 2016, Iglesias y Llorente, 2010, Martínez *et al.*, 2019, Millán; Santos y Pérez, 2015, Torns y Recio, 2012, entre tantos otros/as) las publicaciones sobre las desigualdades de género en el mercado de trabajo en los empleos tradicionalmente masculinizados han sido menores; tal es el caso de las mujeres en los cuerpos y fuerzas de seguridad y en los cuerpos militares (Gallego y Montes, 2018); mujeres en actividades mecánicas (Vidal, 2017); tecnologías (Lamolla y González, 2019) y técnicas de la construcción (Román; Ríos y Traverso, 2013). Esta situación se acentúa en el caso de los empleos funerarios, ya que ante la inexistencia de investigaciones publicadas hay que sumarle el propio tabú social que supone la muerte, y que hasta cierto punto ha impedido estudiarla.

Desde la fecha de disponibilidad de datos sobre los empleos en las actividades funerarias<sup>11</sup> en España; esto es, desde el año 2001, tal y como nos muestra el Gráfico 1,

**Gráfico 1.** Evolución de contratación de empleo entre mujeres y hombres en Actividades Funerarias España: 2001-2020. Porcentajes.



Fuente: SEPE: 2001-2020. Elaboración propia.

<sup>11</sup> Según datos del SEPE, estas actividades incluyen los siguientes empleos: embalsamadores/as; empleados/as en servicios funerarios en general y técnicos de incineración funeraria.

podemos observar que, a pesar del paulatino incremento de mujeres contratadas en estos empleos, se trata de un sector masculinizado. En las dos últimas décadas las mujeres contratadas no llegan a representar ni el 30% sobre el total de la población empleada en las actividades funerarias. Lo notable es poder observar que, a principios del 2000, ni siquiera 3 de cada 100 personas empleadas en estas profesiones eran mujeres.

El análisis evolutivo por distribución y concentración de mujeres y hombres en las actividades funerarias, según los tipos de contrato: temporales e indefinidos; tal y como nos muestra la Tabla 1, nos revela, para ambos colectivos, la existencia de una mayor contratación laboral temporal que indefinida en los empleos funerarios españoles; siendo en ambas modalidades la contratación femenina bastante inferior a la masculina; ya que ellas aún no llegan a representar ni el 29% frente a los varones empleados. Se constata pues la existencia de la segregación horizontal; evidenciando que se trata de un sector masculinizado. Cabe añadir, que el ejercicio de estas profesiones se asocia con la masculinidad, basada especialmente en la fuerza y resistencia física (Barrera, 2020).

**Tabla 1.** Evolución del personal contratado en Actividades Funerarias. Índices de Concentración y Distribución según tipos de contratos. España: 2001-2020.

Índice de Concentración															
	2001			2006			2011			2016			2020		
	M	H	M+H												
<b>Contratos Indefinidos</b>	72,7	25,4	26,5	23,9	30,0	29,1	19,4	20,7	20,5	17,2	14,0	14,6	15,9	15,8	15,8
<b>Contratos Temporales</b>	27,3	74,6	73,5	76,1	70,0	70,9	80,6	79,3	79,5	82,8	86,0	85,4	84,1	84,2	84,2
<b>Total Tipos de Contratos</b>	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

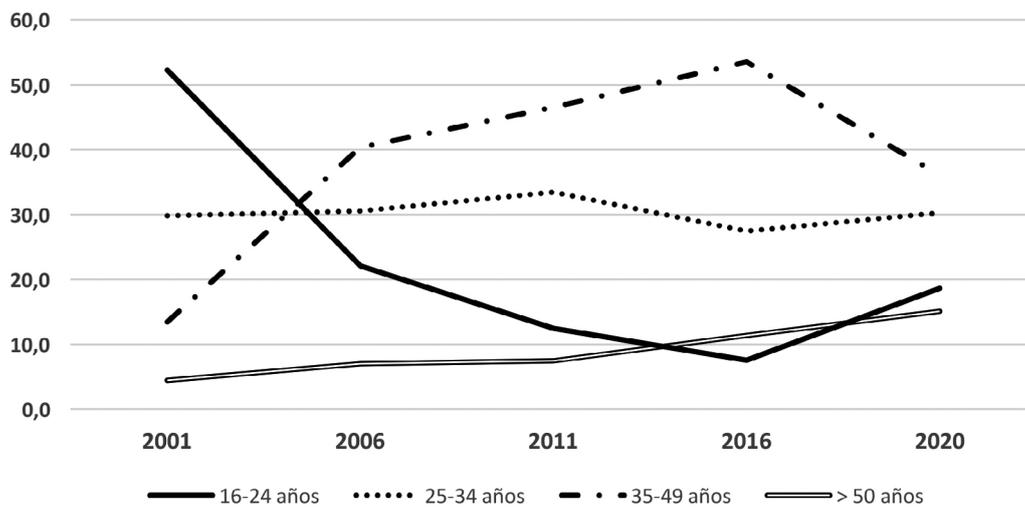
Índice de Distribución															
	2001			2006			2011			2016			2020		
	M	H	M+H												
<b>Contratos Indefinidos</b>	6,6	93,4	100	12,9	87,1	100	13,8	86,2	100	22,1	77,9	100	28,4	71,6	100
<b>Contratos Temporales</b>	0,9	99,1	100	16,8	83,2	100	14,9	85,1	100	18,2	81,8	100	28,3	71,7	100
<b>Total Tipos de Contratos</b>	2,4	97,6	100	15,6	84,4	100	14,7	85,3	100	18,8	81,2	100	28,3	71,7	100

Fuente: SEPE: 2001-2020. Elaboración propia.

Las mujeres españolas contratadas en las actividades funerarias tienen principalmente entre 35-49 años (Gráfico 2). Fue a finales de la primera década del 2000, cuando la incorporación de las mujeres de todos los grupos de edad comenzó a ser más evidente.

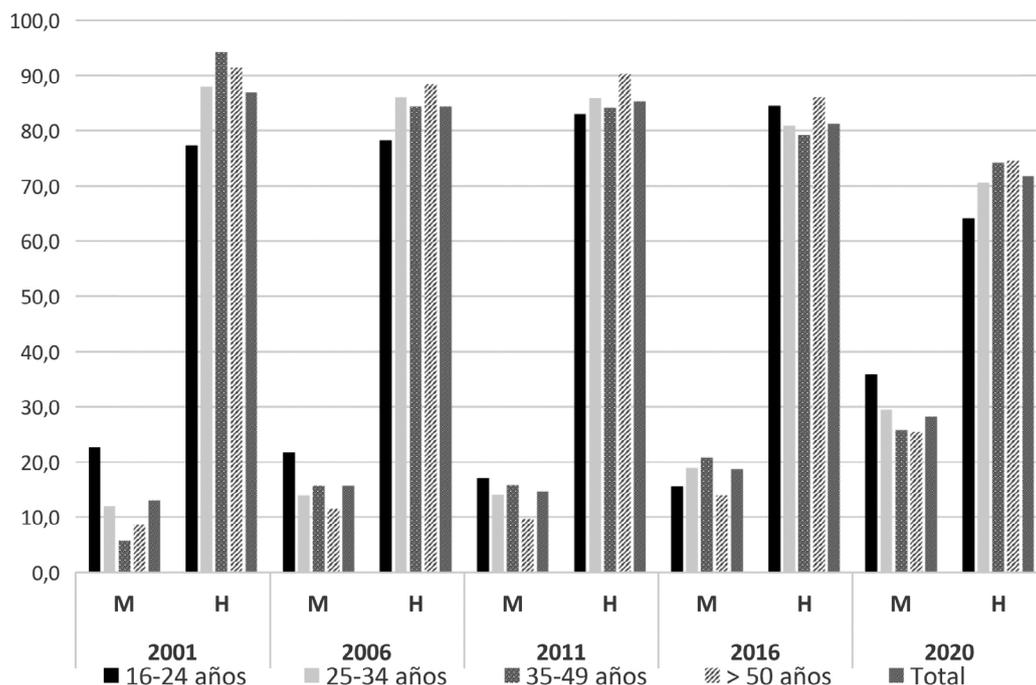
Si bien a medida que han transcurrido los años, la plantilla femenina ha ido envejeciendo, las diferencias ocupacionales entre géneros aminoran entre los más jóvenes (Gráfico 3). Ello responde a la mayor formación de las mujeres producida en las últimas décadas en nuestro país y al ánimo laboral para trabajar en cualquiera de los sectores. También a los propios procesos de profesionalización del sector funerario, que ha incitado a la incorporación laboral de las mujeres con formación adecuada para ello. Así como a los cambios de mentalidad en el traspaso de las pequeñas empresas funerarias familiares a las mujeres por sucesión generacional. Además, muchas mujeres han decidido continuar

**Gráfico 2.** Evolución de contratación femenina, por grupos de edad, en Actividades Funerarias. España: 2001-2020.



Fuente: SEPE: 2001-2020. Elaboración propia.

**Gráfico 3.** Evolución índice de distribución, por grupos de edad, en Actividades Funerarias. España: 2001-2020.



Fuente: SEPE: 2001-2020. Elaboración propia.

realizando los trabajos funerarios de la empresa familiar, ya no solo como contratadas sino también como empresarias o directoras de las mismas (Barrera, 2020).

En todos los grupos de edad, la presencia masculina es superior a la femenina, siendo el colectivo de las más jóvenes el que menos sufre el grado de masculinización que aún mantiene en nuestro país los empleos funerarios.

#### 4.1. ¿Qué trabajo realizan las mujeres en los empleos funerarios?

Tal y como hemos podido analizar hasta aquí, si bien los empleos funerarios españoles presenten aún un índice de masculinización, el proceso de incorporación laboral “formal” de las mujeres a las actividades vinculadas a la muerte no ha dejado de crecer en los últimos años. La perspectiva de su inminente futuro apunta a una continua y mayor presencia femenina como posibles empleadas para cubrir prácticamente todos los nichos de empleo de este sector. El ánimo laboral para ocupar estos puestos se acentuó durante y después del 2019, especialmente motivado por el aumento de la oferta laboral debido a las consecuencias de la denominada pandemia covid-19. Todo ello se puede apreciar en el análisis sobre las/os demandantes de empleo en estas actividades que, como indicábamos en páginas anteriores, debido a la indisponibilidad de datos, no ha sido posible hacerlo con la situación de la contratación. No obstante, sí nos ha permitido acercarnos a conocer qué tipos de empleos funerarios desean desempeñar las mujeres españolas (Tabla 2), esto es, a la situación de los/as demandantes de estos empleos.

**Tabla 2.** Evolución de demandantes de empleo en Actividades Funerarias. Índices de Concentración y Distribución según tipos de empleos funerarios. España: 2001-2020.

	Índice de Concentración														
	2001			2006			2011			2016			2020		
	M	H	M+H	M	H	M+H	M	H	M+H	M	H	M+H	M	H	M+H
Embalsamadores/as	14,6	3,2	5,1	13,8	2,4	4,8	12,7	1,3	4,2	9,9	1,9	4,3	7,6	2,0	4,4
Emplados/as en Servicios Funerarios en General	59,4	46,1	48,3	62,2	59,4	60,0	62,5	58,5	59,5	68,9	56,4	60,0	49,0	55,5	52,6
Especialista en Tanatopraxia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	13,4	1,7	6,8
Especialista en Tanatoestética	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	15,7	1,5	7,8
Médicos Especialistas en Medicina Legal	12,2	1,9	3,6	15,9	4,2	6,7	10,1	2,1	4,2	4,4	1,2	2,2	5,9	1,7	3,5
Sepultureros/as	9,1	47,9	41,4	7,9	33,9	28,4	11,3	36,8	30,4	14,6	39,4	31,9	7,3	36,2	23,5
Técnicos de incineración funeraria	4,7	0,9	1,6	0,2	0,0	0,1	3,4	1,2	1,8	2,1	1,0	1,7	1,2	1,4	1,3
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

	Índice de Distribución														
	2001			2006			2011			2016			2020		
	M	H	M+H	M	H	M+H	M	H	M+H	M	H	M+H	M	H	M+H
Embalsamadores/as	47,4	52,6	100	60,7	39,3	100	77,0	23,0	100	69,1	30,9	100	75,3	24,7	100
Emplados/as en Servicios Funerarios en General	20,5	79,5	100	22,1	77,9	100	26,5	73,5	100	34,3	65,7	100	40,9	59,1	100
Especialista en Tanatopraxia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	86,1	13,9	100
Especialista en Tanatoestética	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	88,9	11,1	100
Médicos Especialistas en Medicina Legal	56,4	43,6	100	50,8	49,2	100	61,5	38,5	100	61,1	38,9	100	72,7	27,3	100
Sepultureros/as	3,6	96,4	100	5,9	94,1	100	9,4	90,6	100	13,6	86,4	100	13,6	86,4	100
Técnicos de incineración funeraria	50,0	50,0	100	50,0	50,0	100	48,3	51,7	100	37,0	42,6	100	39,6	60,4	100
<b>TOTAL</b>	<b>16,7</b>	<b>83,3</b>	<b>100</b>	<b>21,3</b>	<b>78,7</b>	<b>100</b>	<b>25,2</b>	<b>74,8</b>	<b>100</b>	<b>29,8</b>	<b>69,9</b>	<b>100</b>	<b>43,9</b>	<b>56,1</b>	<b>100</b>

Fuente: SEPE: 2001-2020. Elaboración propia.

Según se desprende del análisis de la Tabla anterior, la mayoría de las mujeres y hombres desean ocupar los empleos en “servicios funerarios en general”. Si bien, la tendencia del Sector es que las mujeres cubran las “tareas administrativas” y los hombres los de “operarios” (llevar a cabo las ceremonias fúnebres, conductores de coches fúnebres y traslado de ataúdes) (Barrera, 2020).

En los últimos años, y debido a la apertura de funerarias y academias especializadas en la formación de tanatopraxia, tanatoestética y en embalsamamiento, la presencia de

la demanda femenina se ha incrementado considerablemente; llegando a concentrar a buena parte del colectivo femenino que desea trabajar en el sector funerario. Especialmente la tanatoestética; y en parte, algunas de las funciones de la tanatopraxia, se trata de los trabajos que históricamente han realizado las mujeres en los espacios domésticos o privados (en la economía no formal); esto es, amortajar, preparar y presentar a los difuntos ante el grupo familiar, amigos y entorno social y comunitario. Asimismo, debido a la mayor formación de las mujeres, ellas también han deseado continuar realizándolo; pero ahora en el mercado laboral formalizado. Siendo muy significativo la búsqueda de empleo femenino como “embalsamadoras”, que como ya se ha apuntado anteriormente, históricamente ha estado en manos de los hombres. Y que actualmente, tal y como nos refleja el índice de distribución, la demanda de los empleos como “especialistas en tanatopraxia”<sup>12</sup>; “tanatoestética” y “embalsamamiento” se han feminizado.

Por su parte, el segundo tipo de empleo más solicitado entre los varones es el de “sepulturero”, actividad casi nada demandada por las mujeres y donde las diferencias de género son más notables. El ejercicio de esta profesión es uno de los que más se asocia a una masculinidad basada en la fuerza y dureza física. Además, junto con la actividad de conductor de coches fúnebres, estos trabajos son valorados hasta por los propios varones funerarios como “estéticamente poco femeninos ante la imagen familiar y social de las personas que acuden a los cementerios para despedir a los difuntos” (Barrera, 2020).

Por otro lado, es importante el peso de las mujeres médicas especialistas en “Medicina Legal y Forense” que solicitan empleo, y cuya demanda, ya desde principios del milenio, ha tendido a estar feminizada. También hay que considerar que, si bien culturalmente en España la tanatopraxia no ha tendido a ser ejercida en situación laboral como autónomo, como sí sucede en el caso de otros países, tal es el caso de Francia y Canadá, sino como asalariados/as del sector funerario; habría que señalar que en nuestro país muchas de las profesionales de la Medicina Forense ejercen paralelamente trabajos de tanatopraxia y embalsamamiento.

Las ocupaciones de “técnicos de incineración funeraria” son los menos demandados tanto por las mujeres como por los hombres. En España estos empleos suelen estar ocupados por sucesión generacional, y al igual que el conjunto del sector funerario continúan masculinizados.

Como se ha podido desprender del análisis sobre la contratación laboral de las mujeres y hombres en las profesiones vinculadas a la muerte, en proporción con el número de mujeres demandantes de empleo en dichas actividades, su contratación es mucho menor a la de los varones; por lo que aún se trata de un sector masculinizado.

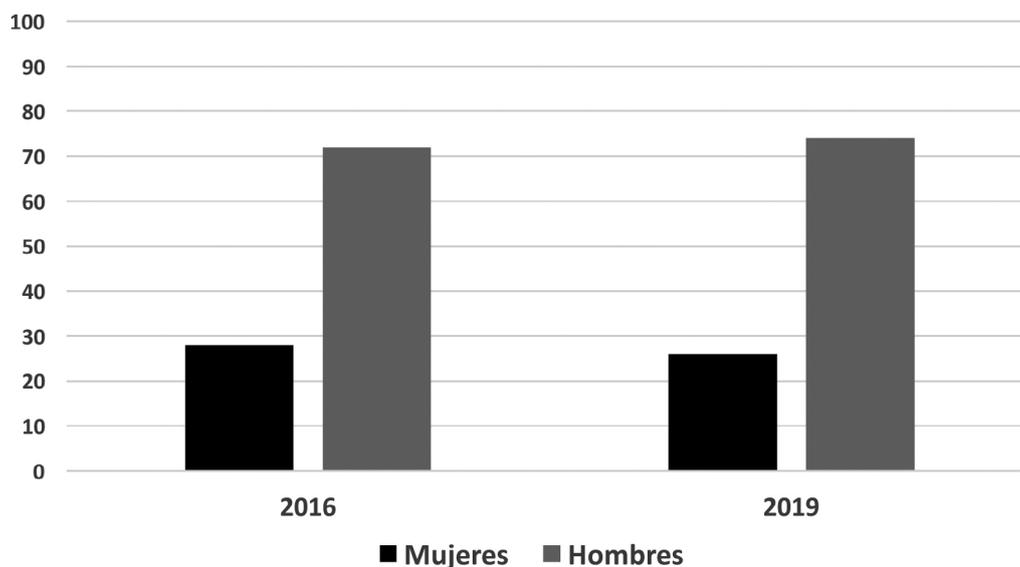
---

<sup>12</sup> En España, la formación en tanatopraxia y tanatoestética se realiza en los tanatorios o establecimientos funerarios, habilitados como lugar de etapa del cadáver entre el lugar de fallecimiento y el de inhumación o cremación. El título oficial de tanatopraxia solo lo ofrece Canadá y Francia. Por otro lado, entre 2011-2016 se incluyó la certificación de profesionalidad en tanatopraxia en Andalucía, Baleares, Galicia y Canarias; reconociendo las competencias de cualificación profesional de estas profesiones, adquiridas principalmente a través de la acreditación por formación y experiencia laboral en el Sector; y con excepcionalidad también adquiridas a través de academias privadas que forman en estas especialidades.

#### 4.2. ¿Qué puestos ocupan las mujeres en el sector funerario?

El análisis sobre la situación laboral de las mujeres, ya más concretamente en el Sector Funerario, nos ayuda a profundizar en la segregación sexual y laboral de los empleos relacionados con la muerte. Como ya señalamos en el apartado metodológico, no hay disponibilidad de datos sobre la situación laboral de las mujeres en dicho Sector<sup>13</sup>. El acceso a escasos datos publicados hasta cierto punto nos permite continuar indagando en la situación laboral de las mujeres que desempeñan su trabajo en estas actividades laborales, y más especialmente en el estudio sobre la segregación ocupacional. De este modo, se ha podido seguir evidenciando, tal y como refleja el Gráfico 4, que se trata de un sector masculinizado. Incluso, entre los años 2016-2019, la diferenciación laboral de las mujeres es prácticamente constante.

**Gráfico 4.** Evolución índice de distribución en el Sector Funerario. España: 2016-2019.

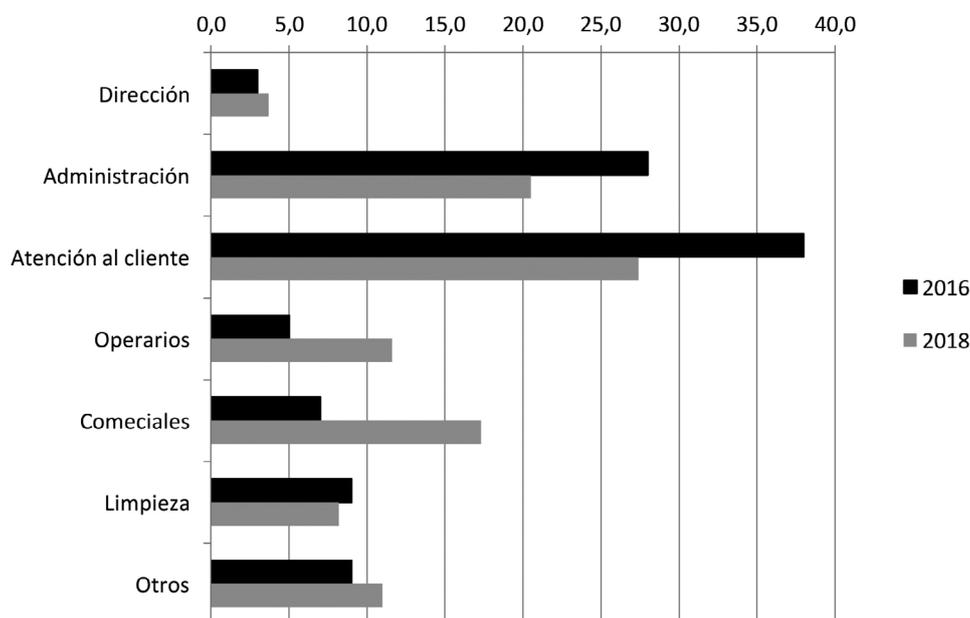


Fuente: PANASEF: 2016; 2019. Elaboración propia.

Con respecto a qué cargos ocupan las mujeres en el Sector Funerario español, y aunque estadísticamente solo ha sido posible acercarnos a la indagación sobre el índice de concentración femenina, tal y como refleja el Gráfico 5, la mayoría de ellas ocupan los puestos de “atención a las familias y/o clientes”; “administración”; y “comerciales” (ventas).

<sup>13</sup> Los únicos datos disponibles sobre las categorías laborales en el Sector Funerario son los publicados por la Asociación Nacional de Servicios Funerarios (PASASEF); institución española que solo incluye a las asociaciones funerarias asociadas a dicha entidad. En los últimos años esta asociación ha publicado dos pequeños informes, a modo de conclusiones muy generales sobre la situación de las mujeres en este sector. No obstante, los datos solo hacen referencia al análisis sobre la situación sobre el total del colectivo femenino empleado en el Sector (índice de concentración) esto es, no se estiman las diferencias de género (índice de distribución). Además, el acceso a las cifras absolutas, que fue solicitado personalmente, no fue posible.

**Gráfico 5.** Evolución índice de concentración femenina por Departamentos del Sector Funerario. España: 2016-2018.



Fuente: PANASEF: 2016; 2018. Elaboración propia.

Si bien la presencia de las mujeres en alta dirección se ha incrementado ligeramente, manteniendo una mayor importancia cualitativa que cuantitativa; ni siquiera el 4% sobre el total de las mujeres que trabajan en el Sector Funerario español constan como directoras del mismo. Además, frente al total del colectivo de los varones que ocupan los puestos de alta dirección del Sector Funerario, apenas las mujeres representan el 18% (PANASEF, 2021). Como se hizo referencia en páginas anteriores, buena parte de estas mujeres han llegado a dirigir las empresas funerarias por sucesión generacional; y a través del impulso de la autoconfianza; al mayor riesgo por ser mujer ante un sector masculinizado y al duro trabajo que han tenido que demostrar no solo en el contexto de la empresa familiar sino también en el marco social para poder lograrlo. Asimismo, estas mujeres tienden a contar con un mayor nivel de estudios y formación que los varones para poder desempeñar este mismo trabajo (Barrera, 2020; 2022).

## 5. Conclusiones

En España, desde finales de la década de los años 60 del pasado siglo, cuando comenzó a producirse la apertura de tanatorios, criptas y velatorios, las actividades y trabajos relacionados con la muerte que tenían lugar en los espacios domésticos y privados y que principalmente eran realizados por las mujeres, pasaron a ser desempeñados en los espacios extradomésticos (considerados únicamente como productivos) y a ser ejecutados por los hombres. Si bien la tendencia histórica había sido la de tratarse de un sector altamente masculinizado (Barrera, 2021); en las últimas décadas se ha producido cambios signifi-

cativos. Así, debido a la creciente incorporación de las mujeres al mercado laboral y a la mayor inversión de tiempo en los estudios formativos, la demanda de empleo femenino en los trabajos relacionados con la muerte se ha incrementado considerablemente. Si bien, como hemos podido observar a través de la explotación de los datos disponibles, actualmente el número de mujeres que realmente ocupan dichos empleos es destacadamente inferior al número de las mujeres que desearían cubrirlos; esto es, el número de contratadas es inferior al número de las demandantes. Tal y como se ha podido desprender del análisis exploratorio sobre los empleos y actividades laborales de la muerte, en términos generales se puede afirmar que la historia del acceso y participación de las mujeres en el mercado laboral formal para ocupar dichos empleos se han caracterizado por su demora y por la desigual presencia participativa en los empleos funerarios.

A través de esta investigación, de carácter inédita en nuestro país, se ha podido observar la existencia de una doble segregación ocupacional en los empleos fúnebres en general y en el sector funerario en particular, donde las mujeres continúan constituyéndose como una minoría en actividades altamente masculinizadas (segregación horizontal) y se concentran ocupando ciertas categorías laborales (segregación vertical). Así, actualmente la contratación femenina en los empleos funerarios apenas llega al 28% con respecto a la masculina. Además, si bien la contratación temporal en estas actividades es superior a la indefinida, situación que se produce tanto entre mujeres como entre hombres, la proporción del colectivo femenino en ambos tipos de contratos es muy inferior al de los varones.

Para tratarse de profesiones que históricamente no han querido ser desempeñadas por la población: *las profesiones malditas* (Barrera, 2017), y que mayoritariamente han sido ejercidas a través de sucesión generacional, marcando la forma principal de acceso laboral a estos empleos, y por donde principalmente comenzaban a trabajar las mujeres; llegando de este modo a ser directoras de estas empresas (Barrera, 2020; 2021), es relevante como en los últimos años ha aumentado considerablemente el número de las mujeres, especialmente jóvenes, que desearían cubrir estos puestos.

La mayoría de la población que anhela trabajar en las actividades funerarias desea cubrir los puestos en “servicios funerarios en general”. Si bien, la tendencia es que a las mujeres se le asignen las “tareas administrativas” y a los hombres los de “operarios” (llevar a cabo las ceremonias fúnebres; recogida de cadáveres en hospitales y domicilios; conductores de coches fúnebres y traslado de ataúdes). El ejercicio de estas profesiones se asocia con la masculinidad, basada especialmente en la fuerza y resistencia física (Barrera, 2017; 2020; 2021).

Debido a la mayor presencia de mujeres graduadas en Medicina, especializadas en Medicina Legal y Forense, la demanda de empleo en estas actividades, así como en los puestos de “embalsamamiento” está siendo muy significativa. La formación en tanatopraxia y tanatoestética, aún sin posibilidad en los niveles de estudios superiores, sino a través de academias especializadas y al proceso de profesionalización y acreditación de las mismas en el propio ámbito laboral, ha posibilitado la demanda femenina de estos empleos, llegando incluso a superar a la búsqueda de empleo masculino para poder cubrirlos. Precisamente, se trata de algunos de los trabajos funerarios desarrollados por las mujeres a

través de la Historia en el ámbito privado y doméstico: amortajar y preparar a los difuntos para presentarlos delante del grupo familiar y social (Barrera, 2020; 2021).

Si bien también se podría concluir que la reciente incorporación de las mujeres al mercado laboral formal de los empleos funerarios es uno de los factores que aún determina la baja presencia como contratadas; pero no así como demandantes, habría que profundizar también en otros de los factores que limitan e impiden que las mujeres sean empleadas en estas actividades. Asimismo, habría que indagar aún más en la clara segregación vertical que se produce en el Sector Funerario. Como hemos podido comprobar, la mayoría de las mujeres que trabajan en este Sector lo hacen en los puestos tradicionalmente femeninos: “administración” y “atención a las familias y/o clientes”. Asimismo, a un nivel más global para el caso de España, se precisaría de un análisis más profundo para poder conocer cuáles son los factores que limitan el acceso y la promoción de las mujeres a los cargos directivos dentro de este Sector. Tal y como hemos visto, ni siquiera 4 de cada 100 mujeres empleadas en el sector funerario español ostentan dicho cargo; lo que aún supone un 18% frente al 82% de los varones que dirigen estas empresas en nuestro país. Si bien podemos considerar que la presencia evolutiva de las mujeres directivas en dicho Sector ha adolecido más a una transformación de carácter cualitativo que cuantitativo: romper barreras en un sector económico históricamente masculinizado.

## 6. Bibliografía

- ALDAZ, LEIRE Y EGUÍA, BEGOÑA (2016). Segregación ocupacional por género y nacionalidad en el mercado laboral español. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, vol.156,3-20.
- ARIÈS, PHILIPPE (1981). *The hour of our death*. Harmondsworth: Penguin.
- BARRERA, M<sup>a</sup> CARMEN (2017). Las profesiones malditas. *Intersticios: Revista Sociológica de pensamiento crítico*, 11 (2), 153-169.
- BARRERA, M<sup>a</sup> CARMEN (2020). El trabajo (in)visible de los profesionales de la tanatopraxia. *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, 84,135-153.
- BARRERA, M<sup>a</sup> CARMEN (2021). La percepción social de la muerte: los discursos de los profesionales funerarios, *III Coloquio Internacional Antropología, Historia y Arte en el Caribe*, México: Xalapa, Veracruz.
- BINSKI, PAUL (1996). *Medieval death: ritual and representation*. Cornell University Press.
- DE LA CASA, CARLOS Y ESTEBAN, MANUELA (1995). La estela funeraria en la Península Ibérica: desde los orígenes a nuestros días. *Cuadernos de etnología y etnografía de Navarra*, 27 (65), 63-76.
- GALLEGO, NAZARETH Y MONTES, ESTRELLA (2018). La participación de las mujeres en el cuerpo nacional de policía y en el personal militar en España. *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, 13,67-88.
- GEARY, PATRICK (2018). *Living with the dead in the Middle Ages*. Ithaca: Cornell University Press.

- GONZÁLEZ, JOAQUÍN ZAMBRANO (2016). Cultura funeraria popular en España y su presencia historiográfica. *Meditaciones en torno a la devoción popular* (pp. 514-532). Asociación para la investigación de la Historia del Arte y el Patrimonio Cultural” Hurtado Izquierdo”.
- GORER, GEOFFREY (1995). La pornografía de la muerte. En Fulton, Robert, et al. (Ed.) *La muerte y el morir: desafío y cambio* (pp.23-24). San Juan, Puerto Rico: Fondo Educativo Interamericano.
- HAKIM, CATHERINE (1993). Segregated and integrated occupations: A new approach to analysing social change. *European sociological review*, 9 (3), 289-314.
- HERNÁNDEZ ARMENTEROS, JUAN Y PÉREZ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO (2020). *La universidad española en cifras, 2017-2018*.
- IBÁÑEZ, MARTA (ED.) (2017). *Mujeres en mundos de hombres: la segregación ocupacional a través del estudio de casos* (Vol. 303). Madrid: CIS-Centro de Investigaciones Sociológicas.
- IGLESIAS FERNÁNDEZ, CARLOS Y LLORENTE HERAS, RAQUEL (2010). Evolución reciente de la segregación laboral por género en España. *Revista universitaria de Ciencias del Trabajo*, 11, 81-105.
- Instituto Nacional de Estadística (INE) (2020). *Estadística de profesionales sanitarios colegiados*. Madrid. Recuperado <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?tpx=30719&L=0>.
- LAMOLLA, LAURA Y GONZÁLEZ, ANA (2019). Mujeres en el sector de las tecnologías, ¿cuestión de competencias?. *RES: Revista Española de Sociología*, 28 (3, supl. 2), 79-98.
- LAWRENCE, FREDERICK Y STRUB, CLARENCE (1989). *Principles and practice of embalming*. Texas: Professional Training School.
- MARTÍNEZ, MARÍA; MARTÍNEZ, CATALINA; PEREA, PRUDENCIO Y RAMÍREZ, NEREA (2019). Análisis de la segregación ocupacional por género en España y la Unión Europea (2002-2017). *Prisma Social: revista de investigación social*, (26), 159-182.
- MAYER, ROBERT (2012). *Embalming History, Theory, and Practice*. New York: 5ª. Ed. McGraw Hill Medical Publishing Division.
- MILLÁN, MARÍA; SANTOS PITA, MANUELA Y PÉREZ, LEONOR (2015). Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo. *Papeles de población*, 21(84), 197-225.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE SERVICIOS FUNERARIOS (PANASEF) (2017). *Estudio instalaciones funerarias en España*. Madrid: PANASEF. <https://www.panasef.com/wp-content/uploads/2017/02/Estudio-Tanatorios-de-Espa%C3%B1a-08022017-2.pdf>
- ROBERTA GILCHRIST (2005). Cuidando a los muertos: las mujeres medievales en las pompas fúnebres familiares. *Treballs d'Arqueologia*, 51-72.
- ROMÁN, MARISA; RÍOS, ANA Y TRAVERSO, JOAQUÍN (2013). Barreras de género en el desarrollo profesional de mujeres técnicas de la construcción. *Revista de la construcción*, 2(1),87-99.
- TORNS, TERESA Y RECIO, CAROLINA (2012). Las desigualdades de género en el mercado de trabajo: entre la continuidad y la transformación. *Revista de Economía Crítica*, 14 (2), 178-202.

- VIDAL, M<sup>a</sup> DEL MAR (2017). La segregación horizontal por género y sus consecuencias en la ocupación masculinizada de mecánica/o en el subsector de reparación de vehículos en España. *Laboreal*, 13 (1).
- WALTER, TONY (1994). *The revival of death*. Londres: Routledge.
- WILKIE, LAURIE (2003). *The archaeology of mothering: an African American midwife's tale*. Psychology Press.

## CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES

# Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2020 a 31/8/2021)\*

## Chronicle of the European Case Law on equality (from 1/9/2020 to 31/8/2021)

Jean Jacqmain

*Profesor Jubilado de la Universidad Libre de Bruselas*

José Fernando Lousada Arcohen a (traductor)\*\*

*Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*

*Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña*

ORCID: 0000-0002-4629-0539

María Gema Quintero Lima\*\*\*

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID: 0000-0002-0014-2709

Juan Alberto Tormos Pérez \*\*\*\*

*Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València*

ORCID: 0000-0001-8829-192X

Belén García Romero\*\*\*\*\*

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia*

ORCID: 0000-0001-6797-7180

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6949>

---

\* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, 2021, pp. 438 a 448. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a [jean.jacqmain@ulb.ac.be](mailto:jean.jacqmain@ulb.ac.be).

\*\* De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 5 “protección de la maternidad”, 6 “permiso parental”; y ha realizado una revisión general con Jean Jacqmain, autor del estudio.

\*\*\* De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido el apartado de “legislación” y los epígrafes 1 “igualdad retributiva”, 2 “igualdad en las condiciones de trabajo”, y 3 “igualdad en los regímenes legales de seguridad social”

\*\*\*\* De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido el apartado “legislación” y los epígrafes 1 “discriminación por razón de raza y del origen étnico”, y 2 “discriminación por razón de edad”.

\*\*\*\*\* De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido los epígrafes 3 “discriminación por razón de la discapacidad”, 4 “discriminación por razón de las convicciones”, y 5 “discriminación más allá del marco general”.

*Resumen.* El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 31 de agosto de 2021 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*Palabras clave:* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Principio de igualdad de trato y de oportunidades.

*Abstract.* This paper deals with the analysis of judgments related to the principle of equal treatment and opportunities and delivered from September 1, 2020 until August 31, 2021 by the Court of Justice and General Court of the European Union and the European Court of Human Rights.

*Keywords:* Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, Principle of equal treatment and opportunities.

## I. Igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos

**Legislación.** El 4 de marzo de 2021, la Comisión ha presentado una propuesta de directiva (COM (2021) 93 final) por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento. Esta iniciativa endurece el tono de la Recomendación 2014/124/UE de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, que no había suscitado, en muchos Estados miembros, ningún progreso espectacular.

**Jurisprudencia.** Periodo bastante prolijo, en que el TJUE ha retomado cuestiones en ocasiones ya antiguas. El TEDH ha prestado atención al TJUE (¿rival o compañero?) y sigue paliando las carencias del Derecho de la Unión.

### 1. Igualdad de remuneración

#### 1.1. Trabajo de igual valor

**Sentencia del TJUE de 3 junio 2021, Tesco Stores Ltd, C-624/19.** El año pasado, a propósito de pensiones profesionales, los tribunales británicos tuvieron necesidad de aclaraciones (STJUE de 7/10/2019, Safeway, C-171/18), lo que sorprendió a la vista de la jurisprudencia que el TJUE ha consagrado a este tema. El *Employment Tribunal* de Watford nos ha sorprendido aún más.

Numerosos trabajadores, tanto varones como mujeres, se quejaron, respecto de Tesco (gran empresa de distribución con múltiples sucursales), de discriminación salarial por trabajos de igual valor. El *Employment Tribunal* resuelve examinar primero la solicitud de las mujeres, y, en función de los medios de defensa de la empleadora decide preguntar al Tribunal de Justicia.

Hace 45 años, la célebre sentencia Defrenne II (STJUE de 8/4/1976, 43/75) había establecido que el art. 119 del Tratado de Roma producía un efecto directo horizontal. Sin embargo, la disposición no contemplaba la igualdad de remuneración por un mismo trabajo. La Jurisdicción británica quería entonces saber, primero, si esta enseñanza se extendía al trabajo de igual valor, formulación que no apareció hasta 1997 (art. 141 TCE, actual art. 157 TFUE). Manteniendo colegiadamente la flema de rigor, el TJUE recuerda que antes de estas evoluciones legislativas, ya había subrayado que la primera noción incluía la segunda, entre otras, en la sentencia Murphy a propósito de mujeres irlandesas que se quejaban de recibir una remuneración inferior que los hombres, aunque incontestablemente ellas proporcionaban prestaciones de valor superior (STJUE de 04/02/1998, 157/86). El actual art. 157 TFUE también tiene efecto directo horizontal en casos de trabajo de igual valor.

La segunda cuestión concernía al elemento de comparación. Tesco sostenía que no había una fuente única dado que las condiciones de trabajo no eran idénticas en los distintos establecimientos. El Tribunal constata que hay un único empleador y, por tanto, una fuente única, citando precedentes (SSTJUE de 17/9/2002, Lawrence e.a., C-320/00, y de 13/1/2004, Allonby, C-256/01).

## 1.2. Trabajo a tiempo parcial

**Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, J L, C-841/19.** En España, la legislación que traspone la actual Directiva 2008/94/CE (relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario) prevé que las deudas referidas a remuneraciones impagadas en supuesto de cese de actividad quedan a cargo del Fondo de Garantía salarial (FOGASA), que las reembolsa según un tope fijado por referencia al salario mínimo interprofesional diario. La Jurisprudencia española ha establecido que, en los supuestos de tiempo parcial, es preciso aplicar a ese tope una reducción proporcional a la duración de la jornada, tomado como referente la jornada a tiempo completo.

Un trabajador varón que había estado contratado a tiempo parcial cuestiona esta reducción como constitutiva de una discriminación indirecta fundada en el sexo y el Juzgado de lo Social de Madrid se dirige al Tribunal de Justicia.

Por esta vez, la cuestión de la sobrerrepresentación de las mujeres en el grupo de personas trabajadoras a tiempo parcial ni siquiera ha sido cuestionada por el Tribunal, que solo examina la cuestión en el plano teórico. Más llamativo aún resulta que, a diferencia de la posición asumida en un caso reciente (STJUE de 18/09/2019, Ortiz Mesonero, C-366/18), el Tribunal acepte sin vacilación que un hombre pueda ser víctima de discriminación indirecta contra las mujeres.

El Tribunal expone que, si la Directiva 2008/94/CE admite que un Estado miembro imponga un tope de indemnización, esta facultad no puede conducir a una contravención de la Directiva 2006/54/CE, que prohíbe la discriminación de género en la remuneración. La mirada del Tribunal se dirige entonces al principio *pro rata* incluido en la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial (Directiva 97/81/CE). Pues bien, el

Tribunal no duda del carácter apropiado de su aplicación el tope en causa. Mantiene que, en el caso del trabajo a tiempo parcial, la cotización vertida por el empleador para financiar el FOGASA se calcula en proporción a la remuneración abonada. Ante la cuestión de si, una vez más, acaso no habría una doble penalización, el Tribunal estima que no, puesto que la disminución del tope no depende de la remuneración recibida, sino de la duración de la prestación laboral (jornada). Lo que permite concluir que no hay discriminación según la Directiva 2006/54/CE.

Este razonamiento parece impecable, pero, como en otro precedente que invoca el Tribunal (STJUE de 5/11/2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-476/12), quedan dudas sobre su carácter equitativo. Más allá del caso individual cuyas circunstancias no se detallan, las finalidades del trabajo a tiempo parcial, y su carácter eminentemente voluntario o no para las trabajadoras a las que se refiere en su mayoría, quedan ausentes de los análisis jurisprudenciales. Es más, no se percibe bien de qué modo, respecto de los cierres de empresa, los trabajadores a tiempo completo se verían desfavorecidos si el tope quedara fijado de modo uniforme, y permitiera a ciertos trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial, obtener indemnizaciones mayores que las que percibirían tras serles de aplicación el principio *pro rata*.

### 1.3. Regímenes profesionales de seguridad social

#### 1.3.1. Sentencia del TJUE de 24 septiembre de 2020, Y S, C-223/19

Beneficiario de una pensión de empresa de prestación definida, un jubilado austriaco reprocha a su ex-empleador que le haya aplicado dos medidas de austeridad introducidas recientemente en la legislación: para las pensiones más elevadas, imposición de una prima conservadora y supresión de la actualización de la cuantía. Denunciando una triple discriminación sustentada en el sexo, la edad y la fortuna, presenta demanda ante el *Landesarbeitsgericht Wiener Neustadt*, quien se dirige a su vez al Tribunal de Justicia.

Este solo había abordado antes una vez cuestiones relativamente similares (STJUE de 20/10/2011, Brachner, C-123/10); pero se trataba entonces de pensiones del sistema legal (Directiva 79/7/CEE) y las víctimas eran mujeres.

Apoyándose en las conclusiones de la Abogada General J. Kokott, el Tribunal establece que este asunto se refiere a las Directivas 2006/54/CE y 2000/78/CE; su análisis aborda separadamente un criterio tras otro, de suerte que no hay nada nuevo que aportar al debate relativo a la interseccionalidad. En lo que se refiere a la prueba de discriminaciones indirectas, la Abogada General había intentado cuestionar el método estadístico afirmando que no era más que un instrumento entre otros posibles. Pero el Tribunal permanece incólume y se refiere solo a la débil concesión a la que ha accedido recientemente a propósito de la información de difícil obtención (STJUE de 18/9/2019, Ortiz Mesonero, C-366/18). Por lo demás, que la categoría “pensiones más elevadas” comprende esencialmente a los hombres, no es cuestión que genere especiales dudas.

El Tribunal trata, en primer lugar, el criterio del género y acepta una eventual justificación objetiva referida a la preocupación de las empresas deudoras de pensiones profesionales, en la idea de constituir reservas que garanticen la financiación de sus regímenes profesionales, a beneficio de los titulares de prestaciones más bajas. A la objeción de que no hay impedimento alguno a las empresas para que reserven a tal fin fondos liberados gracias a las medidas puestas en duda, el Tribunal replica con argumentos más bien sofisticados, puesto que se concentran en las empresas que tiene por accionariado mayoritario al Estado (donde, además, las preocupaciones presupuestarias no pueden constituir una justificación objetiva). En verdad, el carácter indignante del litigio (un hombre que se encuentra situado en el lado bueno de la brecha salarial, con alto nivel de ingresos, denuncia como discriminatorias las medidas aptas para reducir los desequilibrios) solo se menciona con delicadeza.

La misma justificación permite al Tribunal descartar la discriminación fundada en la edad. De paso, el régimen de la empresa afectada, hace más de veinte años que no recibe nuevos beneficiarios; la categoría de los titulares más antiguos y, entonces, los de mayor edad deberían compararse así a los de las personas más jóvenes, sometidas a una regulación diferente, lo que excluye la posibilidad de discriminación (que aparentemente sería discriminación directa).

Por fin, por primera vez, el Tribunal debe analizar la eventual discriminación basada en la fortuna (*in casu*, su presencia más que su ausencia), criterio que aparece en la enumeración no limitativa proporcionada por el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, pero que no constituye objeto de ningún otro instrumento secundario. Sin embargo, sin detenerse en este aspecto, el Tribunal declara que las mismas justificaciones objetivas que ya ha validado a propósito del género y la edad se aplican a la fortuna y a «suponer ... que la diferencia de trato ... a saber que las disposiciones nacionales puestas en duda afectan únicamente a personas cuya cuantía [de pensión] sobrepasa un cierto umbral, crea una desventaja particular para las personas que disponen de una cierta fortuna». Esta delicada reserva destinada a antiguos miembros de personal ejecutivo sobrecargado de deudas, deja entender que la exploración del criterio fortuna se pospone a un asunto ulterior.

### 1.3.2. Decisión del TEDH de 17 de junio de 2021, Quintanel e.a. c. Francia, demanda nº 12528/17

Como el águila de Prometeo, la dimensión de género de las pensiones de sus funcionarios sigue atormentando el hígado de la República. El anterior episodio lo pudimos analizar hace siete años (STJUE de 17/7/2014, Leone, C-173/13). Varias veces reformado, el régimen otorgaba, en caso de jubilación anticipada, una bonificación de antigüedad, accesible tanto para hombres como mujeres, con la condición de haber tenido al menos tres hijos, respecto de los cuales el sujeto interesado había debido interrumpir la prestación de servicios al menos 2 meses en el marco de algún permiso, entre los que se encontraba el de maternidad. Interrogado al respecto, el TJUE había concluido que el régimen inducía

a una discriminación contra los hombres, pero indirecta, de forma que la validez de la justificación objetiva que se concretaba en la búsqueda de un interés social legítimo permanecía aún entreabierta.

En el *arrêt* Quintanel de 27/03/2015, el Consejo de Estado francés había validado una justificación así y varias jurisdiccionales administrativas habían seguido esta jurisprudencia para rechazar demandas de indemnización; algunas rehusando interrogar al Tribunal Constitucional o de nuevo al TJUE. Es así como el TEDH se ha visto interpelado por una decena de demandantes, comenzando por la viuda del señor Quintanel, que invocaba diversas violaciones de los arts. 6 y 13 de la CEDH. Por razones de procedimiento, el Tribunal unánimemente ha declarado la inadmisión de las demandas.

## 2. Igualdad en las condiciones de trabajo

### *Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2020, SEAE c. Hebberecht, C-93/19 P*

Hace ya casi 35 años desde que unas funcionarias europeas, no promocionadas, reprocharon a la Comisión no haber tenido en cuenta la situación muy desfavorable de las mujeres entre su personal. El Tribunal de Justicia había juzgado entonces que la Comisión no tenía ninguna obligación en esta materia y podía decidir soberanamente como organizar sus servicios (SSTJUE de 12/2/1987, Bonino, 233/85, y de 16/12/1987, Delauche, 111/86).

Desde entonces, el Estatuto de los funcionarios se ha enriquecido con un art. 1 quinquies que prohíbe las discriminaciones, en especial de género, y que autoriza las acciones positivas en favor del género infra-representado, con el fin de asegurar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Al término de la duración máxima de cuatro años prevista para este tipo de designaciones, la Jefa de misión en Etiopía había demandado al Servicio de Acción Exterior (SEAE) una prórroga de un año (que era posible) invocando el interés del servicio. Tras recibir una negativa basada en la política de rotación en ese tipo de funciones, la funcionaria alegó el art. 1 quinquies; alegación en vano porque el SEAE estimaba llanamente que no estaba obligado a aplicar esa disposición. Del recurso de la interesada, el Tribunal de la Unión retuvo el fundamento basado en tal consideración para anular por defecto de motivación, la decisión que había rechazado la propuesta de prórroga en destino (sentencia de 27/11/2018, T-315/17).

La apelación presentada por el SEAE tiene como resultado una confirmación; el Tribunal de Justicia comenta que, ciertamente, el art. 1 quinquies no impone a las instituciones europeas una obligación de acción positiva, pero un simple rechazo a tener en cuenta la proposición de la funcionaria no responde al objetivo seguido por la disposición en su conjunto.

Contenida en esos límites, la sentencia no representa más que una evolución moderada de la jurisprudencia, aunque se observa que, ni las conclusiones de la Abogada General J. Kokott, ni la relación relativa a las acciones positivas establecidas por el tribunal, dicen nada de los precedentes arriba evocados.

### 3. Igualdad en los regímenes legales de seguridad social

#### 3.1. Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19

En España, la Ley General de Seguridad Social establece una cuantía mínima de la pensión de jubilación que se garantiza si fuere necesario a través de un complemento de prestación. Pues bien, el acceso a la jubilación anticipada a la edad de 65 años solo se permite si la pensión a la que la persona interesada alcanza esa cuantía mínima garantizada. El TJUE, que ha tenido conocimiento de este mecanismo en un asunto de Seguridad Social de personas migrantes, decidió que el Reglamento 883/2004/CE se opondría a una aplicación de la regla que solo tomara en consideración la pensión causada en España, pero no una prestación reconocida por otro Estado miembro (STJUE de 5/12/2019, Bocero Torrico y Bode, C-398/18 y C-428/18 acumulados). A su vez, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha sometido a la Corte de justicia el mismo dispositivo, confrontado ahora con la Directiva 79/7/CEE ante la eventualidad de discriminación indirecta contra las mujeres; en el caso, una empleada de hogar contestaba la decisión del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la que se le había denegado la pensión anticipada.

Afortunadamente, la jurisdicción catalana parece disponer de todas las estadísticas útiles, pues el Tribunal de Justicia se sumerge otra vez en unas exigencias estadísticas para apreciar la discriminación indirecta que se pueden calificar como obsesivas, como si el sector de las trabajadoras del hogar suscitara la menor duda sobre el desequilibrio de género que las caracteriza.

Habiendo tenido que admitir que cabría la posibilidad de que hubiera una discriminación indirecta contra las mujeres, el TJUE se apresura a validar la justificación objetiva presentada por las autoridades españolas: el interés de preservar la viabilidad del sistema de seguridad social justificaría no abonar el complemento por mínimo de la pensión de jubilación a quienes quieren anticipar la edad de jubilación y causan una prestación de cuantía demasiado baja e insuficiente (las causas de esta débil cuantía no merecen aparentemente ninguna atención). Por lo demás, añade el Tribunal, esta preocupación de preservar la viabilidad del sistema se corresponde con los objetivos de la Unión relativos al equilibrio entre la carrera profesional y la duración de la jubilación. El art. 4 de la Directiva 79/7/CEE no se opone así a la disposición litigiosa.

#### 3.2. Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2021, INSS, C-130/20

La legislación española rechaza también, en caso de anticipación voluntaria de la jubilación, otro complemento de pensiones, el destinado a las mujeres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Un litigio opuso a una trabajadora que solicitaba el complemento y al INSS ante el Jutjat social 3 de Barcelona, que plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Si en este caso hubiera discriminación, sería dentro de otra discriminación puesto que el Tribunal ya ha afirmado que la Directiva 79/7/CEE se opone a que este comple-

mento excluya a los hombres (STJUE de 12/12/2019, W A, C-450/18). Pero en este caso el TJUE constata que la nueva cuestión se sustenta en la comparación de dos categorías de mujeres, según quieran o no anticipar la jubilación. La Directiva no tiene modo entonces de aplicarse a este caso.

Cabría preguntarse si esta respuesta simple es enteramente coherente con aquella que el Tribunal ha dado en la sentencia de 26 de enero de 2021, asunto C-16/19, *infra*, a propósito de discriminación fundada en discapacidad.

### 3.3. Sentencia del TEDH de 20 de octubre 2020, B. c. Suiza, demanda nº 78630/12

En materias de Derecho Social, y singularmente en materia de igualdad de género, los arcaísmos de la legislación suiza no dejan nunca de sorprender. Después del fallecimiento accidental de su mujer, un padre de familia debió renunciar a su actividad profesional para consagrarse a la educación de sus dos hijas. Percibió una renta legal de viudedad, cuyo pago acabó cuando la hija menor alcanzó la mayoría de edad; un efecto como este no se habría producido si se hubiera tratado de una mujer viuda. Sus recursos fueron rechazados en todos los niveles jurisdiccionales, incluso por el Tribunal Federal, que constató la desigualdad de trato, pero admitió que no tenía mayor potestad respecto de este dispositivo que el legislador se niega a corregir.

A partir de la solicitud del interesado, el Tribunal de Estrasburgo reafirma su concepción de la CEDH como «instrumento vivo» y estima que el gobierno suizo no puede limitarse a presentar en 2020 una justificación sustentada en el lugar que ocupaban respectivamente los hombres y mujeres en el mercado de trabajo en el momento en que se adoptó la norma discutida, en 1948. Por unanimidad, el TEDH constata una violación del art. 14 combinado con el art 8. En su opinión concordante, la jueza H. Keller entiende que es el art. 1 del Protocolo el que se encuentra en juego, más que el art. 8 del CEDH, aun cuando Suiza no lo haya ratificado. En cuanto a la reparación de los perjuicios, el Tribunal remarca que en el plano material (la pérdida de rentas desde 2010), la autoridad suiza reconoce que el interesado puede requerir la revisión de la sentencia del Tribunal Federal. En el moral, el TEDH le concede 5.000 euros.

Si este asunto se hubiera enmarcado en el Derecho de la Unión Europea, habría hecho falta, además, mencionar el carácter inacabado de la Directiva 79/7/CEE, esta vez a la vista de las prestaciones de supervivencia, y regocijarse de que, de nuevo, «Estrasburgo vino a ayudar a Luxemburgo», como hace veinte años lo hizo a propósito de las prestaciones familiares (STEDH de 21/2/1997, van Raalte c. Holanda, demanda nº 20060/92).

### 3.4. Sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021, Yocheva y Ganeva c. Bulgaria, demandas nº 18592/15 y 43863/15

La legislación búlgara solo concede prestaciones familiares si el menor tiene dos progenitores que lo han reconocido, o si uno de ellos se queda viudo/viuda. Estas restric-

ciones privaban de prestaciones a las mujeres que criaban solas a sus hijos, y estos no habían sido reconocidos por sus padres. Las quejas planteadas habían llegado hasta el Tribunal Supremo, que había validado las normas en causa. Igualmente decidió el Tribunal Constitucional cuando se le planteó un recurso de anulación.

Respecto de las solicitudes introducidas por las personas interesadas, el TEDH declara una inadmisión por caducidad del plazo de recurso, y admite la otra. Por unanimidad, concluye que hay una violación del art. 14 de la CEDH combinado con el art. 8. El Tribunal Europeo considera, a propósito del art. 14, que la discriminación se establece a partir de dos criterios: el sexo (porque un padre que cría solo a sus hijos/as no se enfrenta a la falta de reconocimiento de la madre) y el estado familiar; noción que ya había invocado en un caso precedente (STEDH de 31/3/2009, *Weller c. Hungría*, demanda nº 44399/05); el gobierno búlgaro no ha aportado justificación objetiva a un dispositivo como este que descansa sobre un estereotipo de género. Al estimar la demanda, la solicitante obtiene 3.915 euros por daños materiales y 4.500 por daño moral.

#### 4. Protección de la maternidad

##### 4.1. Sentencia del TJUE de 18 noviembre 2020, *Syndicat CFTC*, C-463/19

En 1988 (STJUE de 25 octubre 1988, *Commission c. France*, 312/86), el Tribunal de Justicia había dictaminado que la República Francesa había infringido sus obligaciones en virtud de la Directiva 76/207/CEE al permitir que los interlocutores sociales celebraran convenios colectivos de trabajo que establecían una discriminación directa contra los hombres. Inspirados en realidad en la condescendencia masculina en cuanto al lugar de la mujer en la vida profesional, estos instrumentos les reservaban “ventajas” a menudo caricaturescas (el derecho a ausentarse el día que los niños regresaban a la escuela, el derecho a una reducción de la duración del trabajo para tareas “mecanográficas”). Sin embargo, en sus conclusiones, el Abogado General Sir G. Slynn había considerado que las ampliaciones del período legal del permiso de maternidad podían justificarse en virtud de la excepción entonces autorizada por el art. 2.3 de la Directiva 76/207/CEE y el TJUE no lo había contradicho.

Más de treinta años después, el minucioso inventario de jurisprudencia elaborado por el Abogado General M. Bobek en un nuevo caso omite este precedente, y el propio Tribunal se limita a citar el dictum general. Esta vez fue el convenio colectivo de trabajo de los organismos de seguridad social, que otorga, bajo diversas condiciones, prórrogas de la licencia de maternidad a “la mujer que cría sola a su hijo”. Un trabajador había solicitado el beneficio y su empleador, el Fondo de Seguro Médico Primario de Moselle, se lo había negado. La CFTC, el sindicato de la persona en cuestión, había citado al Fondo ante el Tribunal Laboral de Metz, que había cuestionado al Tribunal de Justicia sobre el impacto del derecho de la Unión, principalmente la directiva “refundida” 2006/54/CE (que refundió, entre otras, la 76/207/CEE).

Como era de esperar, el Tribunal responde que los arts. 14 (prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo) y 28.1 (excepción de protección de la maternidad) de la Directiva, aclarados por el instrumento específico, la Directiva 92/85/CEE, no se oponen a la disputada disposición, “siempre que este permiso complementario tenga por objeto proteger a las trabajadoras tanto de las consecuencias del embarazo como de su condición de maternidad”, lo que el tribunal nacional deberá comprobar. Pero lo que resulta perturbador es la obstinación del Tribunal en citar su sentencia Hofmann (STJUE de 12/7/1984, Hofmann, 184/8), que seguramente en nada ayudará al tribunal laboral nacional en esa labor de comprobación. En la sentencia Hofmann, el Tribunal había considerado que entraba dentro de la excepción de la protección de la maternidad un sistema alemán que, en realidad, era un permiso parental *avant la lettre*, mientras que en aquel caso, su uso por parte del padre en lugar de la madre obviamente habría respondido mejor a los deseos e intereses profesionales de ambos padres. En nuestra opinión, esta decisión de hace 36 años debería ser relegada ya a la historia jurisprudencial y legislativa.

#### 4.2. Sentencia del TEDH de 20 octubre 2020, *Napotnik vs. Rumanía*, dda. 33139/13

Una diplomática rumana adscrita a la sección consular de la embajada en Ljubljana (Eslovenia) se casó y durante su primer embarazo tuvo que guardar cama por motivos de salud. Esta ausencia, seguida del permiso de maternidad, impuso una sustitución que fue difícil de conseguir. Posteriormente, el anuncio de un nuevo embarazo llevó al embajador a solicitar la retirada de la interesada y el cese de su encargo; ahora trabaja en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Bucarest. Ella impugnó la decisión de terminar su adscripción a la sección consular de la embajada ante los tribunales civiles, que la desestimaron, sosteniendo que el ministerio tenía facultades discrecionales en la organización de sus servicios.

Siendo Rumanía uno de los miembros del Consejo de Europa que ha ratificado el Protocolo Adicional 12 del CEDH, la demandante basó su solicitud ante el Tribunal Europeo en el art. 1 de este Protocolo, que prohíbe cualquier discriminación basada en el sexo. El Tribunal observa que la legislación nacional no prohíbe una decisión como la que dio lugar a la controversia; que la demandante no fue despedida; que los tribunales rumanos señalaron que tampoco había sido objeto de ninguna medida disciplinaria; y que siguió beneficiándose de los sucesivos ascensos a que tenía derecho. El Tribunal concluye por unanimidad que no hay violación.

Sorprende que durante el procedimiento nacional no parezca haberse invocado el derecho de la Unión europea, sobre todo porque el Tribunal de Estrasburgo no dejó de consultarlo cuando su sentencia revisó el contexto internacional. También leemos en la exposición de hechos que, debido a las ausencias vinculadas al primer embarazo, el embajador había decidido posponer seis meses la evaluación anual de la interesada; esta circunstancia acaso debió merecer más atención porque si este aplazamiento hubiera tenido efectos negativos en la carrera profesional, hubiera sido oportuno hacer mención a la sentencia Thibault del Tribunal de Justicia (STJUE de 30/4/1998, C-136/95). Examinado

desde la perspectiva del Derecho de la Unión, el caso en su conjunto no habría movilizad la Directiva 92/85/CEE, que solo prohíbe la extinción de la relación laboral en relación con el embarazo y la maternidad, sino la Directiva 2006/54/CE, en particular, su art. 15, que se refiere al derecho a regresar al “empleo o empleo equivalente en condiciones no menos favorables”. Como la jurisprudencia del TJUE no revela un caso exactamente similar al comentado, su análisis habría ofrecido algunas lecciones útiles.

#### *4.3. Sentencia del TEDH de 4 febrero 2021, Jurčić v. Croatia, dda. 54711/15*

En Croacia, una trabajadora, que había recibido un tratamiento de fecundación in vitro, respondió a una oferta de trabajo de una empresa ubicada lejos de su casa, fue contratada y luego se encontró embarazada pero con complicaciones que la obligaron a estar de baja por enfermedad. Cuando solicitó una indemnización, las autoridades competentes examinaron su situación con respecto al seguro de salud, concluyeron que el trabajo era ficticio y que solo tenía como objetivo recibir los beneficios del seguro de salud, y en consecuencia la excluyeron del seguro. Los procesos que inició fracasaron en todos los niveles, incluido el Tribunal Constitucional, pues se consideró que su condición la había incapacitado para poder trabajar.

Aunque los hechos del caso son anteriores a la adhesión de Croacia a la UE (1/7/2013), el TEDH, en respuesta a la demanda de la interesada, invoca la jurisprudencia pertinente del TJUE y, sobre todo, su única sentencia sobre reproducción asistida, Mayr (STJUE de 26/2/2008, C-506/06). El TEDH encuentra sin vacilar la existencia de una discriminación directa, alimentada por estereotipos que dificultan el logro de una verdadera igualdad de género en Europa; en su voto concurrente, el presidente de la sección, K. Wojtyczek, sin embargo critica a sus colegas por la falta de precisión en el análisis de esta discriminación. Se concedió a la demandante 7.000 euros por daños morales.

## **5. Permiso parental**

### *5.1. Sentencia del TJUE de 25 febrero 2021, XI, C-129/20*

Aunque sea muy habitual su invocación en litigios sobre permiso parental, la dimensión de género no fue mencionada en un litigio que obligó al Tribunal de Casación de Luxemburgo a interrogar a su vecino, el TJUE, sobre el alcance del Acuerdo marco europeo sobre permisos parentales. En este caso, la pregunta remitida se refería a la versión original del Acuerdo, objeto de la Directiva 96/34/CE, pero el Tribunal de Justicia estableció que es el texto revisado del Acuerdo, por lo tanto, la Directiva 2010/18/UE, el que encuentra aplicable (aunque sin práctica consecuencia, las disposiciones en cuestión resultaban idénticas).

Después de ser empleada como educadora, una trabajadora se quedó sin trabajo cuando dio a luz a mellizos. Posteriormente, volvió a trabajar durante más de un año y

solicitó un permiso parental que, en el Gran Ducado, se puede disfrutar hasta que el niño cumpla 5 años, tiene una duración de seis meses y da derecho a una indemnización de seguridad social. La institución competente le denegó este beneficio porque, si bien la interesada cumplía la condición de antigüedad laboral de al menos un año en el momento de la solicitud, no cumplía otra exigida, la de haber estado empleada al momento del nacimiento.

Ante este rechazo, el TJUE responde sin dificultad que mientras la primera condición para la concesión puede estar autorizada por la cláusula 3.1 b) del Acuerdo marco revisado, la segunda no encuentra base en ella y, por el contrario, contradice los principios de las cláusulas 1.1 y 2, y 2.1, que, además, concretan el derecho al permiso parental consagrado en el art. 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. No fue objeto de debate en este caso la cuestión del derecho al permiso parental por parto múltiple o adopción como sí lo fue en el caso griego Chatzi (STJUE de 16/9/2010, C-194/10).

## 5.2. Sentencia del TEDH de 6 julio 2021, *Gruba a.o. vs. Rusia*, ddas. 66180/09, 30711/11, 50089/11 y 22165/12

El Tribunal Europeo tuvo que volver sobre un motivo que ya había aclarado muy bien, relativo al permiso parental en determinados servicios públicos rusos. Pero a diferencia de las fuerzas armadas, analizadas en el caso Markin (STEDH de 22/3/2012, demanda 300078/06), en que la legislación reservaba el permiso parental a las mujeres soldados, esta vez se trataba de la policía, en que los hombres sí tienen acceso al permiso parental, aunque solo si los hijos no pueden beneficiarse del cuidado de su madre. Cuatro agentes varones, que procedían de varios departamentos, no habían podido cumplir esta condición por diversas razones y los tribunales nacionales habían aprobado las desestimaciones sufridas.

Rechazando el argumento del gobierno ruso de que el régimen impugnado no es el mismo que en el caso Markin, el Tribunal unánime se remite al análisis realizado en ese caso: la diferencia de trato se basa en la concepción tradicional de las responsabilidades parentales, lo que da lugar a una discriminación de género prohibida por el art. 14 del CEDH, combinado con el art. 8 (vida familiar). A un demandante se le conceden 1.200 euros por daños materiales, y a los cuatro, sumas entre 1.000 a 7.500 euros por daño moral.

## II. Otras discriminaciones

**Legislación.** Nada reseñable en este ámbito.

**Jurisprudencia.** La nueva hornada procede principalmente del TJUE, en la que vuelve a destacar principalmente el criterio de la edad. No obstante, cabe señalar que el criterio lingüístico, que se invoca cada vez con más frecuencia, sigue siendo, por defecto, responsabilidad exclusiva del Tribunal Europeo.

## 1. Discriminación por motivos de raza u origen étnico

### 1.1. Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021, *Braathens Regional Aviation*, C-30/19

Enriqueciendo su escasa jurisprudencia en relación con estos criterios de raza u origen étnico, el TJUE se ha pronunciado en relación con una disposición legal sueca inspirada en una desacertada preocupación por la economía del proceso. Al embarcar en un vuelo nacional, un pasajero de origen chileno tuvo que someterse a un control de seguridad adicional, impuesto por el capitán: una triste ilustración del “reconocimiento facial”, ya que el agente había creído que el interesado era de origen árabe, y musulmán.

El *Diskrimineringsombudsmannen* pidió entonces al tribunal que condenara a la compañía aérea a indemnizar a la víctima por haber infringido la ley antidiscriminación. Sin reconocer la falta, la empresa accedió inmediatamente a la reclamación monetaria, por un montante equivalente a 1.000 euros, tras lo cual el tribunal de primera instancia, aplicando una ley que remite a una norma general de procedimiento civil, archivó el caso. Tras un recurso infructuoso, el mencionado órgano remitió el asunto al *Högsta domstolen*, que preguntó al Tribunal de Justicia sobre los requisitos de la Directiva 2000/43/CE.

De acuerdo con las conclusiones del Abogado General H. Saugmandsgaard Øe, el Tribunal de Justicia se remite a sus precedentes para recordar que la discriminación debe ser reconocible y las sanciones eficaces y disuasorias. Por ello, los artículos 7 y 15 de la Directiva se oponen al mecanismo jurídico en cuestión y, al tener efecto vertical directo, el tribunal nacional debe inaplicarlos.

### 1.2. Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021, *Land Oberösterreich*, C-94/20

En el caso de los residentes nacionales de Estados no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, la legislación austríaca condiciona la concesión de una ayuda de vivienda al conocimiento de los fundamentos de la lengua alemana, demostrado mediante una lista limitada de pruebas. Este requisito obligó al jefe de una familia turca a presentar un litigio en el que el *Landesgericht Linz* preguntó al TJUE sobre el impacto de las normas de la UE.

En cuanto a la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, el TJUE debe examinar su artículo 11, que garantiza a estas personas la igualdad de trato con respecto a los nacionales, pero cuyo apartado 4 permite a un Estado miembro limitar esta garantía a las “prestaciones esenciales” en materia de protección y asistencia social. El precedente en este ámbito es *Kamberaj* (STJUE de 24 de abril de 2012, C-571/10), pero mientras que el Abogado General G. Hogan había concluido sin reservas que en base a tal precedente la ayuda a la vivienda sí estaba comprendida en este concepto, el TJUE ha preferido remitir la tarea de comprobación al tribunal austríaco; en caso de que esto condujera a resultado negativo, el litigio no entraría en el ámbito de aplicación de la Directiva.

A la luz del principio de no discriminación, el Tribunal de Justicia considera que la disposición impugnada no afecta al criterio del origen étnico, sino al de la nacionalidad,

por lo que no es aplicable la Directiva 2000/43/CE ni, por la misma razón, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales (aunque el objeto del litigio fuera un “servicio esencial”, antes citado).

Asimismo, cabe señalar que el criterio de la lengua, que figura en la lista abierta del artículo 21, pero que no encuentra en el Derecho sustantivo de la Unión ninguna concreción pertinente para el caso, no fue examinado en el procedimiento. Véase *infra*, “Discriminación fuera del ámbito de aplicación”.

### *1.3. Sentencia del TEDH de 1 de septiembre de 2020, R.R. y R.D. c. Eslovaquia, demanda nº 20649/18*

En 2013, la policía llevó a cabo una búsqueda de sospechosos en una calle de una ciudad del este de Eslovaquia habitada por una comunidad gitana. La detención de dos hombres provocó violencia física, por la que las víctimas no pudieron obtener indemnización, ya que la fiscalía desestimó sus denuncias y el Tribunal Constitucional rechazó sus recursos. En sus demandas, el TEDH consideró que se había violado el artículo 3 del CEDH (trato inhumano y falta de investigación), pero también el artículo 14, en la medida en que las autoridades judiciales se habían negado a examinar si la violencia era el resultado del racismo institucional contra su comunidad. Cada demandante recibió 20.000 euros por daños morales.

### *1.4. Decisión del TEDH de 24 de junio de 2021, Bekir a.o. c. Macedonia Norte, demanda nº 46889/16*

El TEDH ha vuelto a recibir solicitudes relativas a la destrucción de un asentamiento gitano en Skopje, que “albergaba” a más de 130 personas, entre ellas muchos niños. La polémica se centró en las verdaderas intenciones de las autoridades, que alegaron que simplemente habían limpiado un campo de basura de un terreno público destinado a la construcción de una carretera, y en el realojamiento de los afectados, que rechazaron un albergue para personas sin hogar ya que querían acceder a pisos sociales. El Tribunal examinó la reclamación en virtud del artículo 8 del CEDH, pero consideró que los demandantes no habían agotado todos los recursos posibles y declaró el caso inadmisibile. No obstante, la descripción que hace el Tribunal de las condiciones de “vida” en el campo es una muestra más de la gravedad de una cuestión que sigue sin resolverse en toda Europa.

## **2. Discriminación por razón de edad**

### *2.1. Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021, Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19*

Un alto empleado del complejo olímpico de Atenas (una empresa privada propiedad del Estado) impugnaba la aplicación de una disposición legal recientemente introducida.

A los 58 años y con al menos 35 años de cotización a la Seguridad Social, el trabajador recibe una pensión completa y el empresario que rescinde el contrato le debe una indemnización por despido. Pero ahora la nueva normativa permite al empresario colocar al interesado, que se acerca al momento en que cumplirá ambas condiciones, en situación de “reserva de mano de obra”, con un máximo de 24 meses de antelación, y pagarle sólo el 60 % de su remuneración; además, no se le debe pagar la indemnización por despido, en compensación por este último pago.

Cuando el litigio llegó al Tribunal de Casación, este recurrió al TJUE ya que el trabajador denunció este acuerdo como contrario a la Directiva 2000/78/CE.

Tras las conclusiones del Abogado General J. Richard de la Tour, el Tribunal de Justicia volvió a explorar las posibilidades que ofrece el artículo 6.1 de la Directiva. Analiza cuestiones como las necesidades de saneamiento presupuestario del Estado griego, el principio según el cual estas no pueden justificar la discriminación, el objetivo de mantener a las personas mayores en el trabajo (al cual la “reserva de mano de obra” parece responder singularmente mal), las oportunidades de empleo de los jóvenes, y acaba concluyendo que la Directiva no se opone a la medida en cuestión, a reserva de las comprobaciones habituales que debe realizar el tribunal que lo cuestiona. En relación con dos precedentes bastante similares (STJUE de 12 de octubre de 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08; STJUE de 5 de julio de 2012, *Hörn eldt*, C-141/11), parece que el elemento diferencial –pero no mencionado, salvo en los hechos– consiste en que el trabajador griego se había limitado a reclamar el 40 % del salario que le faltaba y la indemnización por despido, sin manifestar la voluntad de continuar su actividad.

## 2.2. Sentencia TJUE de 3 de junio de 2021, *Ministero della Giustizia (Notarios)*, C-914/19

La legislación italiana exige, como condición para acceder a la profesión de notario, que el candidato supere un examen al que solo pueden presentarse los menores de 50 años. Una candidata que había sido rechazada por este motivo obtuvo de un *Tribunale amministrativo* la suspensión de la denegación de inscripción; sobre esta base, superó las pruebas, tras lo cual el tribunal decidió que su solicitud original de anulación ya no era pertinente. Sin embargo, el Ministerio de Justicia impugnó la decisión de suspensión ante el *Consiglio di Stato*, que se interesó por el Derecho de la UE.

El TJUE recuerda que la discriminación por razón de edad sí está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 21 TFUE, tal y como se recoge en la Directiva 2000/78/CE, y el debate se centra inmediatamente en los objetivos de política social que, a la luz del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, permitirían absolver la disposición impugnada. Dado que los candidatos cercanos a los 50 años son elegibles y que los notarios pueden continuar en el cargo hasta los 75 años, el TJUE se siente mucho más cómodo que en otro caso italiano reciente (STJUE de 2 de abril de 2020, *Comune di Gesturi*, C-670/18) para concluir que la medida no parece garantizar ni la financiación del régimen de pensiones,

ni la estabilidad del cargo, ni las oportunidades de empleo de los jóvenes. Sin embargo, deja el juicio de proporcionalidad en manos del tribunal remitente.

### 2.3. Sentencia TJUE de 8 de octubre de 2020, *Universitatea Lucian Blaga Sibiu e.a.*, C-644/19

La legislación rumana establece que los profesores universitarios pierden su titularidad a los 65 años, la edad de jubilación. Sin embargo, las instituciones académicas pueden volver a contratarlos con contratos de duración determinada y renovable por un año, pero con una remuneración por hora inferior a la de los profesores titulares. Como excepción, en caso de escasez y teniendo en cuenta los méritos, una institución puede mantener en servicio a un empleado titular con conservación de sus derechos, por tiempo indefinido, pero con una evaluación anual, en las condiciones que ella misma establezca. La *Universitatea Lucian Blaga* de Sibiu decidió reservar esta excepción a los profesores que tenían el título de director de tesis. Al no cumplir esta condición, una profesora jubilada inició un litigio en materia de derecho laboral y luego de derecho administrativo, durante el cual la *Curtea de apel* de Alba Iulia preguntó al TJUE sobre dos formas de discriminación.

En cuanto al criterio de la edad en el marco de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal de Justicia consideró que no era discutible, ya que la diferencia de trato no se derivaba de la edad, sino que se debía a una característica (la condición de director de tesis) ajena al ámbito de aplicación material de la Directiva. Por otra parte, la repercusión de la Directiva 1999/70/CE relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada requiere un examen minucioso. A pesar de la similitud de las circunstancias, el Tribunal de Justicia no hace referencia al reciente asunto austríaco en el que las cuestiones prejudiciales no mencionaban esta Directiva (STJUE de 3 de octubre de 2019, *Schuch-Ghannadan*, C-274/18). En cambio, se basa en su amplia jurisprudencia para concluir que el uso de la característica en cuestión puede dar lugar a una discriminación prohibida por el Acuerdo Marco, siempre que el tribunal nacional compruebe la comparabilidad de las dos categorías de profesores y la ausencia de justificación objetiva de un trato diferenciado.

### 2.4. Decisión del TEDH de 10 de noviembre de 2020, *Delimatsis a.o. c. Chipre*, demanda nº 66772/13

El aspecto mencionado en el anterior epígrafe parece haber estado ausente en un litigio entre nueve antiguos militares y la República de Chipre relativo, entre otras cosas, a los derechos de pensión derivados de los nombramientos de duración determinada. Basándose en el artículo 1 del Protocolo 12 y en el artículo 14 del CEDH combinado con el artículo 1 del Primer Protocolo, sus solicitudes fueron declaradas inadmisibles, ya que el Tribunal Europeo consideró que su redacción era demasiado general. De paso, se puso de manifiesto que el Gobierno había adoptado una acción positiva al reservar ciertos puestos

de trabajo vacantes para las mujeres, con el fin de animarlas a alistarse en las fuerzas armadas; los demandantes no habían impugnado el fundamento de esta medida.

### 3. Discriminación por razón de la discapacidad

#### 3.1. Sentencia del TJUE de 26 enero 2021, *VL, C-16/19*

Los hechos de un litigio sometido al TJUE ponen de manifiesto, por parte del empleador en cuestión (un hospital), una interpretación singularmente perversa de la legislación polaca en lo que respecta al empleo de trabajadores discapacitados. Persiguiendo el objetivo de que cada empresa emplee a estas personas en un porcentaje de al menos el 6% de su plantilla, esta legislación impone al empleador que no alcance este umbral una contribución a un fondo nacional de rehabilitación, proporcional al déficit. Con el fin de reducir el importe de su cotización, el hospital había considerado la posibilidad de ofrecer un complemento salarial mensual a cada uno de sus trabajadores a quienes se declarase su situación de incapacidad permanente a partir de una fecha determinada. Esta ventaja se denegaba a quienes, antes de dicha fecha, ya hubieran presentado el certificado de invalidez. Uno de ellos se quejó de la diferencia de trato y, en el procedimiento subsiguiente, el Tribunal Regional de Cracovia interrogó al TJUE sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

El primer elemento a dilucidar se refiere al fundamento de la supuesta discriminación: ¿Se basa en el criterio de discapacidad contemplado por la Directiva, cuando todas las personas afectadas -favorecidas o desfavorecidas- cumplen este criterio y, como observó el Abogado General G. Pitruzzella en sus conclusiones, ayuda al empresario a acercarse al umbral del 6%? En Gran Sala, el Tribunal respondió afirmativamente, adoptando una referencia que le había propuesto el Abogado General: la sentencia Coleman (STJUE de 17/7/2008, C-303/06), en la que afirmaba que la directiva pretende combatir “todas las formas de discriminación vinculadas a la discapacidad”.

¿Cuál es la naturaleza de la discriminación? Es necesario comparar dos grupos de trabajadores inválidos: los que se dieron a conocer a partir de la fecha fijada por el empleador, y los que lo hicieron con anterioridad, a los que este no les da la posibilidad de iniciar nuevamente su declaración. Según el TJUE, se trata de una discriminación directa, contraria al art. 2 de la Directiva, si el juez remitente está convencido de que el criterio de la fecha está “inextricablemente vinculado a la discapacidad”. Teniendo en cuenta los datos expuestos anteriormente, la más mínima duda sobre este aspecto parece inimaginable.

Sin embargo, tal y como la formuló el tribunal polaco, la cuestión preliminar presenta la medida introducida por el empleador como “aparentemente neutra”, por lo que si hubiera discriminación sería indirecta; el Tribunal entonces se centra en considerar esta hipótesis. Así, señala que la medida impugnada “podría” suponer una “particular desventaja” (es evidente) para los trabajadores que, por la naturaleza de su discapacidad (visible o que requiera la realización de adaptaciones razonables), se habrían visto obligados a declararlo antes de la fecha, mientras que otros podrían haber optado por no ser recono-

cidos como discapacitados. Los jueces nacionales competentes deben entonces someter la medida a la prueba habitual de justificación objetiva. Precisamente por los fines de la Directiva 2000/78/CE la mera idea de que una política de personal imbuida de tal cinismo pueda constituir tal justificación, causa hondo malestar.

### *3.2. Sentencia del TJUE de 15 julio 2021, XX, C-795/19*

El art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE autoriza a un Estado miembro a decidir que una medida no crea una discriminación prohibida por el art. 2.2 si responde a una exigencia profesional y determinante de la función considerada. Previamente, el Tribunal de Justicia había examinado el recurso a esta facultad en relación con el criterio de la edad (STJUE de 15/11/2016, Salaberria Sorondo, C-258/15) y el de las convicciones (STJUE de 11/9/2018, I R, C-68/17). Un caso estonio planteó por primera vez la cuestión a propósito de la discapacidad.

En la prisión de Tartu en la que estuvo durante quince años, un agente penitenciario, que desempeñaba en los últimos tiempos la gestión de la vigilancia electrónica (pulseras), fue despedido porque el nivel auditivo de uno de sus oídos había caído por debajo del umbral fijado para esta actividad por la legislación, que no admite el uso de prótesis auditivas durante los exámenes de control. Disconforme con la baja y reclamando una indemnización, el afectado interpuso una demanda que llegó hasta el Tribunal Supremo, el cual se remitió al Tribunal de Justicia.

Siguiendo las conclusiones del Abogado General H. Saugmandsgaard Øe, el Tribunal de Justicia precisa que el art. 4.1 de la Directiva no puede invocarse con respecto a una norma que, por su carácter lineal, no permite comprobar si realmente se aplica a una función particular. El Tribunal también reitera la necesidad de considerar si los ajustes razonables eliminarían la dificultad. Sin embargo, como en lo que respecta a la agudeza visual, la misma legislación permite el uso de lentillas o de gafas incluso durante el control, cabe preguntarse si el rodeo mediante la adaptación razonable es realmente necesario, o se trata más bien de corregir una norma inexplicablemente rígida.

### *3.3. Decisión del TEDH de 16 marzo 2021, Raventos Martínez vs. España, dda. 25284/16*

Una cuidadora española sufre mensualmente episodios de migraña de carácter crónico, pero no ha realizado ningún trámite para ser reconocida como discapacitada. Sus numerosas ausencias son causa de despido en virtud del Estatuto de los Trabajadores. La interesada demandó ante un Jutjat social de Barcelona que, observando la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde Chacón Navas hasta Ring y Skouboe Werge, consideró que el concepto de discapacidad debe valorarse conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas y concluye que al autorizar el despido en tales circunstancias, el Estatuto de los Trabajadores induce a una

discriminación indirecta prohibida por la Directiva 2000/78/CE. Esta decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y el recurso de amparo de la trabajadora fue desestimado, considerando el Tribunal Constitucional que no se había vulnerado ningún derecho fundamental.

Ante el Tribunal de Estrasburgo, la interesada invoca, además del art. 6.1 de la CEDH, el art. 1 del Protocolo 12<sup>a</sup>, alegando que la legislación española, en cuanto a la justificación de los despidos por ausencias reiteradas, discrimina entre un/a empleado/a reconocido/a como discapacitado/a y otro/a que padece una enfermedad crónica. El TEDH destaca que el TSJ determinó que solo la mitad de las ausencias de la demandante eran debidas a su enfermedad; no se puede considerar la existencia de ningún elemento de discriminación y además, el Tribunal realizó motivación adecuada. La demanda es inadmisibile.

#### **4. Discriminación por razón de las convicciones**

##### *4.1. Sentencia del TJUE de 29 octubre 2020, A, C-243/19*

El art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea sirvió como fondo para un caso de asistencia sanitaria transfronteriza. En Letonia, un menor con una malformación congénita necesitaba un trasplante de corazón. Practicada en este país, la operación requiere realizar una transfusión de sangre, que el padre del niño, testigo de Jehová, rechazó. El tratamiento se realizó en Polonia, sin transfusión, y el servicio nacional de salud de Letonia rechazó la solicitud de reembolso del tratamiento por no haberlo autorizado, por lo que se suscitó un litigio que terminó ante el Tribunal Supremo. Este último dirigió cuestiones al Tribunal de Justicia relativas al impacto del Reglamento 883/2004/CE (coordinación de los sistemas de seguridad social) y de la Directiva 2011/24/UE (relativa a los derechos de los pacientes a la asistencia sanitaria transfronteriza), a la luz del art. 21.1 de la CDFUE (prohibición de discriminación basada, en particular, en las creencias religiosas).

Basándose en las conclusiones del Abogado General G. Hogan, el Tribunal responde que el art. 20.1 del Reglamento 883/2004/CE no se opone a las disposiciones nacionales que solo prevén una compensación por la operación con transfusión y excluyen la de un procedimiento médico diferente realizado en el extranjero. La preocupación por garantizar la estabilidad financiera del sistema sanitario evitando costes adicionales constituye un objetivo legítimo, que justifica una discriminación indirecta ligada a las creencias religiosas de determinados pacientes.

En cambio, este razonamiento no se aplica respecto de la Directiva 2011/24/UE, que responde al principio de libre circulación y cuyo art. 7 prevé la indemnización hasta un máximo del coste del tratamiento en el Estado de afiliación. Su art. 8.5 y 6 d), que prohíbe la denegación de la autorización para el tratamiento en el extranjero salvo en estrictas condiciones, se opone a las normas que la deniegan por el solo hecho de que el tratamiento existe en el Estado de afiliación, cuando den lugar a una discriminación por razón de las creencias del paciente. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente debe examinar si tienen el

objetivo legítimo de mantener una capacidad asistencial o una competencia médica y que tales normas permitirían alcanzar dicho objetivo legítimo de manera adecuada y necesaria.

#### 4.2. Sentencia del TJUE de 15 julio 2021, *WABE y Müller Handels*, C-804/18 y C-341/19, acumulados

Hace cuatro años, sin acumular dos casos aunque dictando sus sentencias el mismo día (SSTJUE de 14/3/2017, *Achbita*, C-157/15, y *Bougnaoui*, C-188/15), la Gran Sala del TJUE había elegido un camino sinuoso para tratar un tema delicado: la prohibición de los signos religiosos -léase: el hiyab islámico- en el lugar de trabajo. Su razonamiento había dejado abierta la polémica existente en varios Estados miembros; además, los dos litigios que habían dado lugar al reenvío tuvieron resultados diferentes después de que cada uno de los dos tribunales, francés y belga, hubieran censurado la sentencia sometida a su consideración. En el caso del despido, El Tribunal de Apelación de Versalles reconoció la discriminación, declaró nulo el despido y concedió la indemnización correspondiente. Por su parte, el *Arbeidshof* de Gante concluyó que no hubo discriminación.

La Gran Sala volvió sobre el tema, esta vez uniendo dos casos alemanes. En un caso, una puericultora de una guardería, en el otro, una empleada de una cadena de venta minorista, denunciaron e impugnaron ante la Justicia decisiones de prohibición tomadas por sus respectivos empleadores en nombre de sus políticas de neutralidad. Ninguna de ellas había sido despedida.

En el primer caso, el *Arbeitsgericht* de Hamburgo planteó primero al TJUE la posibilidad de que, con arreglo a la Directiva 2000/78/CE, la prohibición de llevar cualquier signo que exprese convicciones daría lugar a una discriminación directa de los trabajadores (o más bien de las trabajadoras) que, en virtud de sus creencias, estiman que tienen que vestirse de cierta manera. Habiendo señalado el empleador que también había obligado a otra empleada a quitarse una cruz, el Tribunal decidió que tal prohibición general no constituía una discriminación directa.

En el segundo, el *Bundesarbeitsgericht*, se había dirigido de entrada, y exclusivamente, al Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de discriminación indirecta contra la misma categoría de miembros del personal. Sin embargo, en este caso, el empleador limitó su prohibición solo a signos explícitos o de gran tamaño. El Tribunal destaca, por tanto, que esta política selectiva, frente a la respuesta expuesta anteriormente en el primer caso, genera una discriminación directa contra las portadoras del hiyab.

Aclarado esto, el Tribunal de Justicia trata el aspecto de la discriminación indirecta y, siguiendo las conclusiones del Abogado General A. Rantos, establece el principio de que la política de neutralidad de un empleador puede constituir una razón objetiva de justificación, sujeta a un control de las condiciones habituales de validez. En cuanto a las de la finalidad, necesidad, eficacia, el Tribunal se detiene en ciertos datos que pueden sorprender. Así, en el segundo caso, el empresario invocó la necesidad de paz social pues las muestras de convicción religiosa ya habían provocado tensiones entre la plantilla: teniendo en

cuenta las realidades de la sociedad alemana, nos gustaría saber más sobre estas tensiones, pero al Tribunal no. En el primero recuerda (STJUE de 10/7/2008, Feryn, C-54/07) que las demandas de la clientela no pueden justificar las prácticas discriminatorias de un empleador, pero afirma que no sucede lo mismo con los deseos de los padres para la educación de sus hijos. En verdad, el establecimiento en cuestión decía seguir las normas de la ciudad de Hamburgo en materia de educación, que, entre otras cosas, pretenden abrir la mente de los alumnos para descubrir otras religiones. Cabría preguntarse entonces si la desaparición de todo signo religioso contribuye realmente a tal objetivo, pero esta dimensión del debate parece un tanto abstracta si se toma en cuenta que el empleador en cuestión no es una escuela, sino una guardería.

Por último, el Tribunal de Justicia trae también a colación el riesgo de daño excesivo infligido a los miembros del personal que llevan signos por convicción, y encuentra una salida en el art. 8.1 de la Directiva: la opción que se deja a los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones más favorables a la igualdad de trato. Según el Tribunal, mediante su silencio, la Directiva dejó deliberadamente a los Estados miembros la tarea de conciliar la libertad de empresa y la libertad de conciencia. En otras palabras, amortiguar la colisión entre los arts. 16 y 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales. O de nuevo, optar (o no hacerlo) entre los conceptos de “neutralidad exclusiva” (ilustrado por los dos casos, y previamente por la Abogada General –alemana– J. Kokott en sus conclusiones sobre Achbita) y “neutralidad inclusiva” (explicado por la Abogada General –británica– E. Sharpston sobre Bougnaoui).

Además, de nuevo la dimensión, aunque evidente, del riesgo de discriminación de género no fue abordada ni en los dos procesos nacionales ni ante el Tribunal y, como en el caso C-223/19 YS (supra, regímenes profesionales de la seguridad social), se pierde otra oportunidad para abordar la interseccionalidad.

## 5. Discriminación más allá del marco general

### 5.1. Sentencia del TEDH de 13 octubre 2020, *Ádám a.o. vs. Rumanía*, dda. 8114/17

Bajo este epígrafe de discriminación más allá del marco general debe mencionarse un caso de desigualdad de trato en la educación. La legislación rumana permite que los alumnos que pertenecen a una minoría nacional sigan su curso en su lengua materna; sin embargo, el programa de bachillerato (final de la secundaria) incluye pruebas de lengua y literatura rumana y de la lengua y literatura de la minoría en cuestión. Seis estudiantes de origen húngaro se quejaron de haber suspendido a causa de la sobrecarga del plan de estudios.

En relación a un precedente similar, el organismo contra la discriminación había decidido que la diferencia de trato en comparación con los hablantes rumanos no estaba sujeta a críticas, y el Tribunal Constitucional lo había aprobado. Por lo tanto, los demandantes no habían iniciado un procedimiento ante los tribunales nacionales, por considerarlo abocado al fracaso, antes de acudir al Tribunal Europeo. Además, Rumanía ha ratificado el Protocolo Adicional 12º del CEDH (ver arriba, la sentencia *Napotnik vs. Rumanía*); por lo tanto, los de-

mandantes se basaron únicamente en el art. 1 de este Protocolo, que prohíbe en particular la discriminación basada en la pertenencia a una minoría nacional, en lugar de basarse en el art. 2 del Protocolo 1º (derecho a la educación) combinado con el 14 del CEDH, como en los casos de naturaleza similar que involucran a otros Estados miembros del Consejo de Europa.

Por mayoría, el TEDH declara admisibles las demandas. Seguidamente, tiene en cuenta, por una parte, el respeto a las minorías nacionales, de la que es una prueba la legislación en cuestión, y, por otra, la importancia que reviste para los miembros de estas minorías el dominio de la lengua principal, y considera que los esfuerzos adicionales impuestos a las personas en cuestión no fueron excesivos. Por 5 votos contra 2, concluyó que no había habido violación.

### *5.2. Sentencia del TEDH de 17 diciembre 2020, Novaković vs. Croacia, dda. 73544/14*

Una cuestión relativa a la lengua motivó el despido de un profesor en Croacia. Pertenecía a la minoría serbia de Eslavonia Oriental, y la dirección de la escuela que lo empleaba le reprochaba no utilizar el estándar del idioma croata en sus clases. La dirección rescindió el contrato considerando, entre otras cosas, que, a los 55 años, la persona en cuestión no podía beneficiarse de un reciclaje en lengua croata. Doce años de juicio, llevado hasta el Tribunal Constitucional, no le reportaron ninguna reparación.

A petición suya, el Tribunal Europeo decidió que el caso se refiere al art. 8 del CEDH (vida privada) porque el idioma hablado naturalmente por una persona es parte de su “identidad étnica”, y su edad de su “identidad física”. El Tribunal considera que el despido no respondió a ninguna necesidad social apremiante y constituyó una medida desproporcionada en relación con el fin perseguido. No ve la utilidad de realizar un examen a la luz del art. 14, lo que es muy sorprendente ya que acaba de invocar los criterios de etnicidad y edad (que entrarían en el ámbito de la Directiva 2000/78, aunque los hechos son en gran medida anteriores a la adhesión de Croacia a la Unión el 1 de julio de 2013). Por 6 votos contra 1, el Tribunal declara una violación del art. 8; se concede al demandante 5.000 euros por daños morales. El juez discrepante, K. Wojtyczek, argumenta que el recurso al art. 8 del CEDH es excesivo, especialmente porque el caso se enmarca en el art. 1 del Protocolo 12º, ratificado por Croacia.

\* \* \*

Desde un punto de vista científico y sobre todo práctico, vincular los dos ordenamientos jurídicos europeos (Derecho de la UE y CEDH) y las dos jurisprudencias que suscitan (TJUE y TEDH) sigue siendo ejercicio imprescindible para el progreso social y la defensa de los justiciables. En este sentido, y aunque hasta el momento solo ha sido ratificado por 20 de los 47 Estados del Consejo de Europa, incluidos 10 miembros de la Unión, el Protocolo Adicional 12º al CEDH, que garantiza la igualdad de trato en el uso de cualquier derecho reconocido por la ley, incluida la legislación nacional, ha comenzado a ejercer una influencia cuyo alcance merecerá la mayor atención.

# Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2021-año 2 de pandemia)

## Chronicle of the Spanish Constitutional Court Case on equality rights (year 2021-pandemic year 2)

Ricardo Pedr o Ron Latas

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

*Universidade da Coruña*

*Magistrado Suplente de lo Social del TSJ Galicia*

ORCID ID: 0000-0002-1526-2316

Recibido: XX/XX/201X

Aceptado: XX/XX/201X

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6950>

*Resumen.* Este estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad y no discriminación por el Tribunal Constitucional el año 2021 (año 2 de pandemia). El estudio se centra en el estudio de las sentencias más relevantes en este terreno que ha producido el Tribunal Constitucional en el año 2021.

*Palabras clave:* Tribunal Constitucional-Principio de igualdad de trato-No discriminación.

*Abstract.* This study tackle the analysis of judgments dictated in application of the principle of equal treatment and nondiscrimination by the Constitutional Court of Justice of Spain during the year 2021 (Pandemic year 2). The article will focus in the study of the most notable sentences in this terrain that has produced the Constitutional Court during the year 2021.

*Keywords:* Constitutional Court of Justice of Spain-Principle of equal treatment-Nondiscrimination.

En el año 2 de Pandemia, de la jurisprudencia dictada en aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación que consagra el artículo 14 de la CE por el Tribunal Constitucional nos interesan hasta cuatro de sus resoluciones.

### **I. Sentencia 1/2021, de 25 de enero. Discriminación por motivos raciales o étnicos en el acceso a prestaciones de seguridad social**

La primera de las sentencias del Tribunal Constitucional que nos interesa tiene que ver precisamente con la doctrina del TEDH. Más en concreto, atiende a la discriminación por

motivos raciales o étnicos en el acceso a prestaciones de Seguridad Social, de la ya se ocupó en su momento una STEDH 8 de diciembre de 2009 (Caso Muñoz Díaz contra España), en la que se determinó que el hecho de haber denegado a una persona de etnia gitana el derecho a percibir una pensión de viudedad por el hecho de haber contraído matrimonio exclusivamente celebrado conforme a las costumbres y tradiciones culturales gitanas, y reconocido por su comunidad, refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, debiendo considerarse desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de Familia para la viuda y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional mantiene que debe considerarse que un perjuicio que pudiera quedar asociado a la pertenencia a una etnia como la gitana, constitutiva de una minoría que precisa una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, podría encuadrarse en la prohibición de discriminación contenida en el segundo inciso del art. 14 CE. No obstante, en este caso concreto, la sentencia considera (de manera harto discutible) que el matrimonio no resulta comparable y, por ende, no merece igual trato que el contraído conforme al rito gitano por la persona a la que se refiere la STEDH de 2009, ya que no hay constancia alguna de que la Administración reconociera la existencia y validez del matrimonio, sino que, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era soltera y extramatrimoniales los hijos habidos en común.

## **II. Sentencia 119/2021 de 31 de mayo. Derecho a la no discriminación por razón de sexo en reducción de jornada por guarda legal**

La segunda de las resoluciones a comentar contiene una doctrina ya clásica en la jurisprudencia constitucional. Se trata de la sentencia 119/2021, de 31 de mayo, que se ocupa nuevamente de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, ahora por el hecho de que a una trabajadora a la que se le había concedido la reducción de jornada diaria en dos horas por cuidado de su hija menor de doce años, con horario de 8:30 a 14:30 horas, y a la que además se le había sido reconocido el derecho a ser excluida de la realización de guardias los fines de semana y festivos, se le distribuye posteriormente irregularmente su jornada prestando servicios una hora y treinta minutos los sábados, “cuando así sea requerida por las necesidades de la producción y organización de la planta”.

Lógicamente, la trabajadora se opuso, sin que la empresa modificase su postura, por lo que se vio obligada a acudir a los tribunales, que rechazaron su solicitud. Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, la decisión empresarial debe entenderse no ajustada a derecho, debiendo reconocerse el derecho de la trabajadora a que se le exonere de prestar servicios una hora y media los sábados, pudiendo continuar prestando servicios en el

mismo horario que lo venía haciendo desde que disfrutaba de reducción de jornada por cuidado de hijos. Lo contrario, entiende, supondría una vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

En ocasiones como la que nos ocupa, no le corresponde al Tribunal Constitucional determinar si es posible o no eximir a la trabajadora de prestar servicios los sábados y mantener la misma jornada que venía disfrutando desde que le fue concedido su derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los jueces y tribunales. Sin embargo, sí que le corresponde valorar desde la perspectiva constitucional, y a la vista del derecho fundamental invocado, la razón o argumento en virtud de los cuales la sentencia impugnada desestimó la petición de la solicitante de amparo de no seguir prestando servicios los sábados de acuerdo con la jornada reconocida desde que comenzó a disfrutar de su derecho a la reducción de jornada por guarda legal.

Y desde esa perspectiva, resulta que el tribunal social se equivocó únicamente valorando las razones organizativas alegadas por la empresa para justificar la modificación del horario de la trabajadora, sin tener en cuenta sus circunstancias personales y familiares. La razón: El análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego. Los tribunales laborales, en suma, no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde, lo que no se ha hecho en esta ocasión.

En consecuencia, una vez que se puso de manifiesto que la trabajadora estaba disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijos, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la modificación del horario que venía disfrutando suponía un perjuicio para la demandante y obstaculizaba o perjudicaba la compatibilidad de su vida familiar y laboral. En definitiva, afectando a la modificación a la jornada que venía disfrutando la trabajadora en ejercicio de su derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos, el órgano judicial debió de examinar si esa distribución irregular de su jornada de trabajo decidida por la empresa, en virtud de la cual la trabajadora debería prestar servicios durante una hora y media los sábados cuando fuera requerida por necesidades de producción y organización de la planta, no solo sí resultaba necesaria por razones organizativas, sino también si, atendiendo a los fines de relevancia constitucional a los que la institución de reducción de jornada por cuidado de hijos sirve, se erigía en obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar. Por lo tanto, la decisión del órgano judicial de desestimar la pretensión de la trabajadora de no prestar servicios una hora y media los sábados, sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para conciliar su vida familiar y laboral, lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los

órganos judiciales el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. La negativa del órgano judicial se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo.

### **III. Sentencia 153/2021, de 13 de septiembre. Discriminación por razón de circunstancias personales y por razón de sexo en movilidad funcional**

Aquí volvemos a encontrarnos con lo inmediatamente anterior: Trabajadora que presenta reducción de jornada por guarda legal al 65 por 100, siendo asignada a distinto servicio, con diferente horario, del que venía prestando hasta entonces, solicitando posteriormente que se le reponga en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad a la solicitud de reducción de jornada por guarda legal. La empresa, por su parte, adujo que la normativa aplicable (la trabajadora quería retomar su trabajo en una UCI pediátrica) exige una “continuidad asistencial alta”, y así, para facilitar la reducción de jornada solicitada por la trabajadora y evitar errores médicos, se la trasladó a otros servicios, al tiempo que podía seguir realizando cursos de formación, sin que sufriera retroceso profesional alguno.

Pues bien, sobre esta base fáctica el Tribunal Constitucional entendió que no cabe apreciar aquí la presencia de lesión alguna del derecho de la trabajadora a la igualdad y discriminación por razón de circunstancias personales, ni siquiera reconduciéndolo a discriminación por razón de sexo. Ninguna diferencia de trato o discriminación proscrita por el art. 14 CE se observa en la decisión de la empresa denunciada. Así, en relación con la alegación de vulneración del derecho de igualdad, hay que tener presente que en el curso del procedimiento judicial en primera instancia se comparó el trato recibido con el de otras dos trabajadoras en situación similar, sin que la denunciante aportase “ni diferencia de trato entre personas cuyas situaciones sean homogéneas o equiparables, o que en esa diferencia de trato se toman en consideración condiciones, como la raza, el sexo, el nacimiento y las convicciones ideológicas o religiosas, ni se acredita ninguna actuación contraria al art. 14 de la CE”.

En segundo término, tampoco se puede afirmar que la demandante en amparo haya sufrido una discriminación proscrita por el art. 14 CE, ni “por razón de circunstancias personales”, ni “por razón de sexo”. Por razón de sexo porque: 1) estamos ante una medida neutra, por cuanto que la modificación de condiciones laborales no se basa en ningún factor relacionado con el sexo, sino que se fundamenta en la reducción de jornada por guarda legal, una medida para la conciliación de la vida laboral y familiar que no se establece solo para mujeres; 2) aunque incurre en discriminación indirecta por razón de sexo el tratamiento que implique una restricción o la asignación de consecuencias laborales negativas al ejercicio por las mujeres trabajadoras de estos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, siempre que no pueda probarse que responden a razones o factores objetivos, ajenos a toda discriminación por razón de sexo, susceptibles de legitimar la medida en cuestión, lo cierto es que la decisión de la empresa de asignarla a otro

servicio distinto de la UCI pediátrica, a raíz de la reducción de la jornada, no supone un “trato peyorativo” o “una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral” que le haya supuesto un perjuicio real y efectivo por la exclusiva razón del ejercicio previo de ese derecho de conciliación, puesto que sigue realizando funciones en la misma categoría y grupo profesional de enfermera; no ha sido apartada de la UCI por el hecho de su maternidad; no pierde la plaza en la UCI pediátrica a la que puede volver cuando preste de nuevo servicios en jornada completa, y sigue accediendo a cursos de formación; y 3) los órganos judiciales, si bien de forma sucinta, han tomado en consideración razones objetivas (la normativa médico-sanitaria), ajenas a todo factor discriminatorio, respondiendo a exigencias médico-organizativas que afectan al buen funcionamiento de la UCI pediátrica.

#### **IV. Sentencia 155/2021, de 13 de septiembre. Diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo en el cálculo de la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente**

En último lugar, se encuentra una sentencia que viene a reincidir en un tema ya clásico en la doctrina constitucional, la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial en el acceso a prestaciones de Seguridad Social. A pesar de que viene siendo doctrina ya consolidada, tanto del TJUE como de nuestro Tribunal Constitucional, que no cabe, por regla general, establecer diferencias de trato entre ambas clases de trabajadores, el legislador laboral se empeña en seguir haciéndolo. Y buena muestra de ello es la norma que ha sido denunciada ante el alto tribunal, esto es, el art. 248.3 de la LGSS, que establece lo que el artículo inmediatamente anterior de la norma (esto es, el art. 247) denomina “coeficiente de parcialidad”, señalando, al efecto de “determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común”, que “el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 247, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial”.

Como se puede apreciar con total naturalidad, los trabajadores a tiempo parcial, a pesar del patético intento del legislador de adecuarse a la normativa comunitaria, entre otras normas, al artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que “debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada” (STJUE de 22 de noviembre de 2012 [asunto C-385/11]). A pesar de ello, decimos, resulta que la normativa

de Seguridad Social sigue sin adecuarse a los principios comunitarios y constitucionales de no discriminación por razón de género, sobre lo que incide la sentencia que nos ocupa.

Así, para el Tribunal Constitucional, de nuevo nos encontramos con que el artículo controvertido, en cuanto referido a la determinación de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común causadas por trabajadores a tiempo parcial, vulnera el derecho de igualdad ante la ley y provoca además una discriminación indirecta por razón de sexo, por lo que debe ser declarado inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 14 CE. Y es que, si bien el principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, en cambio, lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un “coeficiente de parcialidad”, ya que este reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que, además, continúa afectando predominantemente a las mujeres trabajadoras.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

# Un paso más en las dudas que suscita la discriminación por asociación

Yoland a Maneir o Vázquez. *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*. Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2021, 224 páginas.

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6951>

En este libro se estudia con gran acierto y precisión la discriminación por asociación. Su principal novedad es el análisis de la dimensión procesal de este tipo de discriminación, pero sin olvidar sus especialidades sustantivas. No es de extrañar que su autora, la Dra. Yolanda Maneiro Diaz, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad en la Universidad de Santiago de Compostela, haya abordado esta cuestión con una calidad inigualable porque ya ha demostrado, en sus anteriores trabajos, ser una experta en el estudio del derecho laboral comunitario y del derecho procesal.

La discriminación por asociación se reconoce por primera en el año 2008 por el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en el caso Coleman (asunto c-303/06, de 17 de julio de 2008), y aun cuando su posterior desarrollo ha sido lento y no muy abundante, no por ello se ha restado importancia a este nuevo tipo de discriminación. Así, en el primer capítulo se introduce la discriminación por asociación, explicando que la misma permite reconocer como víctima de una discriminación no solo a las personas que poseen una característica protegida por una ley, sino también a aquellas que, sin necesidad de poseerla, sufren un menoscabo por esta causa. En estas primeras páginas se presenta la labor creadora del TJUE que ha logrado adaptar las características de los tipos de discriminación clásicos a las nuevas exigencias sociales, siempre con el fin de dar una tutela efectiva a los sujetos que experimentan situaciones susceptibles de constituir una discriminación.

Esta parte inicial del libro, que bien puede ser considerada una introducción al resto del texto, hace que sumirse en la lectura de los siguientes capítulos de este trabajo se convierta en casi una obligación. Una vez que hemos llegado a este punto, nos convertimos en un apasio-

nado lector que desea sumergirse en las páginas del libro para saber más sobre la configuración jurídica de la discriminación por asociación y cómo ha sido su evolución cronológica.

El capítulo segundo está dedicado al desarrollo de la discriminación por asociación en el plano internacional, especialmente al TJUE. La discriminación por asociación es un tipo de discriminación de creación jurisprudencial a partir de las sentencias de este tribunal. En un primer momento, en el asunto Coleman, se abría la posibilidad de considerar como víctima de una discriminación por discapacidad a una trabajadora que recibía un trato desfavorable por parte de su empleador si se acreditaba que este trato estaba relacionado con la discapacidad que sufría su hijo. Mas adelante, la discriminación por asociación se ha reconocido, además de en el supuesto referido a discapacidad, a otros dos: uno, en el que la víctima alegaba sufrir una discriminación indirecta por razón de origen o étnica (STJUE de 16 de julio de 2015, asunto CHEZ, c-84/14) y otro, donde se reconoció una discriminación por razón de sexo (STJUE de 20 de junio de 2019, asunto Hakelbracht, c-404/18). El TJUE reinterpreto y amplió el ámbito de aplicación de las directivas antidiscriminatorias europeas: Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

En estos tres casos, el TJUE tiene una forma de proceder similar. Es necesario demostrar que hay un interés legítimo lesionado, que se debe a un comportamiento motivado por una causa protegida en las directivas anteriormente mencionadas, y que, a pesar de que la persona demandante no pertenece a una de estas categorías de sujetos protegidos, sí que existe un vínculo de conexión entre la persona discriminada y la persona con una de

las características recogidas en la ley. Por esta razón, el tribunal explica que si no se realiza este ejercicio de ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de las directivas antidiscriminatorias se estaría vulnerando el derecho a la igualdad. Sirve esto para ejemplificar que la discriminación puede adquirir diversas formas de manifestación, siendo una de ellas que se dé un trato peyorativo a personas que no tienen características protegidas, pero que guardan una relación con las que sí.

Como no podía ser de otra manera, el siguiente capítulo estudia la recepción de la doctrina de la discriminación por asociación en nuestro país. Nuestro derecho recoge excepcionalmente la discriminación por asociación en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre), prueba del importante impacto que el reconocimiento de la discriminación por asociación ha tenido para las personas encargadas del cuidado de quienes sufren una discapacidad.

Pese a su escaso desarrollo normativo, los tribunales españoles han recurrido a la sentencia Coleman en algunos casos, tampoco muy abundantes, que han permitido ampliar la discriminación por asociación a supuestos más allá de la discriminación por discapacidad y a las relaciones familiares. La interpretación extensiva de nuestros tribunales ha hecho que sea posible estar ante una discriminación por asociación por sexo, por actividad sindical o por circunstancias familiares, como se puede observar en la recopilación de sentencias de los juzgados de lo social y de la jurisprudencia menor recogida en esta parte del libro. Además, originariamente nos situábamos ante una relación paterno filial entre ambos sujetos -el discriminado y el poseedor de una característica protegida-, pero se ha avanzado hasta llegar a otros supuestos en los que la relación entre los sujetos es afectiva, matrimonial o meramente circunstancial. Termina con una especial dedicación al reconocimiento de la discriminación por asociación por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, en dos sentencias que ejemplifican la relevancia que tiene la creación de la discriminación por asociación. Para una información detallada sobre el recorrido que ha seguido el reconocimiento de la discriminación por asociación re-

comiendo encarecidamente la lectura de estos dos capítulos.

Sin embargo, también se plantean algunas incógnitas. Por ejemplo, si su falta de regulación normativa y su pobre desarrollo jurisprudencial son responsables de su infrutilización. Además, la autora expone las dudas que puede suscitar la posibilidad de llegar a hablar de una “discriminación por asociación por apariencia” como resultado de la interpretación extensiva de los tipos de discriminación tradicionales: discriminación directa, indirecta, acoso.

Llegados a este punto, nos adentramos en el capítulo cuarto y último del libro: *“los retos procesales en la tutela de la discriminación por asociación a la luz de la ley reguladora de la jurisdicción social”*. Es una parte de sumo interés para el lector, a quien seguramente a medida que iba avanzando en las páginas del libro, le han ido surgiendo dudas en materia procesal, y quizás aquí pueda tener la oportunidad de encontrar alguna respuesta.

Existe la posibilidad de presentar la demanda a través del art. 177 LRJS (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), siempre que estemos en el marco de las relaciones laborales, lo que hace que muchas de estas cuestiones deriven a supuestos relacionados con cualquier vulneración del derecho a la no discriminación. Se plantean problemas a la hora de determinar la legitimación activa y pasiva. En relación con la primera, si el demandante ha de ser un trabajador, ¿qué ocurre con quienes no encajan del todo con esta figura? ¿Cuál es el papel de las asociaciones privadas como coadyudantes? ¿Tienen estas asociaciones legitimación cuando estamos ante supuestos en los que hay un perjudicado identificado? ¿Se les reconoce a éstas legitimación activa en otras modalidades procesales fuera del 177 LRJS? En cuanto a la legitimación pasiva, ¿es necesario que el responsable de la conducta denunciada sea el empresario? Y, por último, ¿cómo se articula la indemnización por la vulneración de los derechos fundamentales?

Son de gran interés las consideraciones realizadas a propósito de la carga de la prueba. En los supuestos de discriminación es sabido que corresponde a la parte actora aportar indicios de haber sido discriminada, y a la parte demandada justificar que este trato no ha tenido como móvil un motivo discriminatorio. Entre otras cosas, el demandante ha de demostrar que el trato peyorativo recibido ha

sido producto de su relación con un sujeto en el que sí concurre alguna causa discriminatoria. La variedad de relaciones posibles hace que se dificulte esta tarea, que se complica aún más si nos planteamos cuales son los criterios jurisprudenciales que se han de emplear para la valoración de esta prueba. Por otra parte, también adquiere dificultad la tarea encomendada al demandado: si ya de por sí era complicado aportar una prueba en contrario; en los supuestos de discriminación por asociación donde hay duplicidad de sujetos: el vulnerado y el protegido por ley, aún más. Aunque a través de un estudio de la jurisprudencia se ha tratado de elaborar respuestas, sin duda, estamos ante un debate de gran envergadura.

La autora se despide con unas breves reflexiones finales, de las que se pueden extraer dos conclusiones esenciales. En primer lugar, que el derecho a la no discriminación está en constante cambio; y, en segundo lugar, que es necesario extender la tutela frente a este derecho para dar protección a quien la necesite. No obstante, el estudio de este derecho, pero a la vez claro y dinámico, libro invita a una reflexión mucho más profunda. Por eso dejo en manos de los futuros lectores esta tarea ¿Qué futuro le auguran a la discriminación por asociación?

Beatriz Sánchez-Girón Martínez  
Investigadora predoctoral  
Universidad Complutense de Madrid

José Fernando Lousada Arcohen a. *Las enfermedades profesionales en perspectiva de género*. Bomarzo, Albacete, 2021.

DOI: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6952>

En tiempos de Pandemia las aportaciones que ponen su foco en la salud, aunque no se hagan desde la medicina son particularmente relevantes, la salud ha pasado al primer escalón de nuestras prioridades. El estudio que reseñamos es especialmente inspirador por añadir el ingrediente de la perspectiva de género en el estudio de las enfermedades profesionales, aspecto prácticamente olvidado por la medicina en lo que se refiere al tratamiento y diagnóstico de las mismas. La perspectiva de género en la salud y en la prevención de riesgos laborales es relativamente novedosa, al haber sido escasamente estudiada por los profesionales de más edad.

Cuando miramos con las gafas de la perspectiva de género cualquier asunto, el panorama cambia, nuestra visión se amplía, esto sucede también en el terreno de las enfermedades profesionales. Así pues, poner el acento en los sesgos de género en el abordaje de las enfermedades profesionales, nos facilita su comprensión y la problemática asociada a las mismas, y es además muy atinado, si se quiere, de cara al futuro, avanzar en una regulación y protección más justa y equilibrada de aquellas. De todo ello se ocupa el libro que reseñamos con el título de *Enfermedades Profesionales en Perspectiva de Género*, cuyo autor es José Fernando Lousada Arcohen, publicado por Bomarzo, recientemente, a finales del año 2021. Este trabajo ha merecido el premio a la mejor investigación 2021 del aula de Igualdad y Género "Lola Martínez". Qué duda cabe, que la gran solvencia del autor añade un interés adicional al que de por sí suscita la temática del mismo.

A continuación, esbozaremos el contenido, principales conclusiones y propuestas del estudio *Enfermedades Profesionales en Perspectiva de Género*.

Como punto de partida, el autor destaca que existe un fenómeno general de infraestimación de las enfermedades profesionales debido a las lagunas del cuadro reglamentario y sus disfunciones aplicativas, a lo que habría que añadir los sesgos de género, lo cual se traduce en carencias en las enfermedades femi-

zadas, carencias en los riesgos feminizados, y carencias en las profesiones feminizadas. Como ejemplo de ello, las dificultades de calificación de los trastornos musculoesqueléticos como enfermedades profesionales se exacerban cuando se trata de trabajadoras mujeres, pues no siempre se han tomado en consideración en la prevención de los riesgos laborales las peculiaridades de las mujeres en relación con dichas enfermedades. De manera que cuando las mujeres ocupan puestos tradicionalmente masculinos se genera un mayor riesgo de trastorno musculoesquelético dado que esos puestos han sido concebidos a medida de los hombres exigiendo un mayor esfuerzo a la mujer para una adaptación ergonómica. Tampoco se considera la carga mental derivada de la doble jornada. Estas carencias se vienen manifestando desde hace lustros en las Estrategias Europeas de Seguridad y Salud en el trabajo y sin que por el momento se hayan subsanado.

En el estudio se ponen de relieve también otros supuestos de enfermedades feminizadas no incluidas en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales que están relacionadas con el cáncer ocupacional como el cáncer de ovario por exposición al amianto cuya inclusión en el listado de enfermedades profesionales se ha solicitado, sin éxito, desde relevantes instancias como el Parlamento europeo. Tampoco el cáncer de mama aparece en el listado de enfermedades profesionales a pesar de influir en los factores ocupacionales. Es una realidad de la que este estudio se hace eco, que las cifras de cánceres ocupacionales en mujeres se están incrementando, quizás sería mejor decir que los cánceres ocupacionales feminizados se están progresivamente visibilizando a medida que avanza la ciencia médica y a la vez que se van superando en cierta medida los sesgos de género.

En el estudio se destaca también la ausencia en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales de los riesgos psicosociales, algunos de los cuales están notoriamente feminizados, como el caso paradigmático del acoso sexual y sexista; otros riesgos psicosociales en principio más neutros, como el *burn out* acaban también feminizados en la medida que afectan mayormente a la sanidad y la educación, sectores mayoritariamente feminizados.

En esta investigación se concluye que las causas específicas de la infraestimación de las enfermedades profesionales de las trabaja-

doras, apuntadas más arriba, se explican en el contexto de una discriminación sistémica por razón de género que afecta a todos los factores influyentes en la infraestimación de las enfermedades profesionales: la medicina y la prevención de riesgos laborales están construidas sobre el patrón masculino.

Como vías de corrección de las carencias detectadas en el estudio se hacen, entre otras, las propuestas siguientes:

En primer lugar, integrar la perspectiva de género en las políticas públicas y en las acciones administrativas en el ámbito de la medicina, de la prevención de riesgos laborales, de la regulación de las condiciones de trabajo y del funcionamiento institucional.

En segundo lugar, una modificación a nivel reglamentario, consistente en la revisión del cuadro reglamentario de enfermedades profesionales con carácter general, pero incidiendo

en particular en los sesgos de género, que derivan en el olvido de las enfermedades feminizadas, de los riesgos feminizados, particularmente los psicosociales y en olvido de las profesiones feminizadas.

En definitiva, el riguroso tratamiento por parte del autor de las materias expuestas y otras conexas de sumo interés, así como las interesantes y novedosas aportaciones hechas en la misma, hacen de esta una publicación de referencia y obligada consulta, que conecta dos grandes cuestiones como son la igualdad de género y la prevención de riesgos laborales, a propósito de las enfermedades profesionales, en las que el autor se mueve con soltura y maestría.

Pilar Núñez-Cortés Contreras  
Catedrática de Derecho del Trabajo  
Universidad Loyola  
ORCID ID: 0000-0002-9402-9431

VARIA

La Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. (Jornada del 10 de marzo-CES)

## **Las medidas de conciliación en España**

Directive (EU) 2019/1158 on reconciling family life and the professional life of parents and carers. (Conference of March 10-CES)

## **Conciliation measures in Spain**

Elena Blasco Martín

*Presidenta del Comisión de Trabajo sobre la realidad social y el trabajo de las mujeres en España, CES.*

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6953>

### **1. Introducción**

El mes de marzo tiene dos importantes efemérides, el 8 de marzo (Día Internacional de la Mujer) y el 23 de marzo (Día Nacional de la Conciliación). Apenas 15 días entre una fecha y otra que marcan los dos grandes retos que tenemos por delante para poder construir un futuro más justo, sostenible, inclusivo e igualitario.

El déficit de conciliación y corresponsabilidad por parte de la sociedad, las empresas y la falta de infraestructuras y sistemas públicos de cuidado y atención, son problemas estructurales presentes en nuestro país sobre el que se asientan las discriminaciones y desigualdades de género en la esfera cultural, social y laboral.

La crisis sanitaria por el COVID-19, está provocando una verdadera crisis de cuidados y agravando la falta de conciliación y corresponsabilidad. El esfuerzo realizado para reducir las consecuencias de la misma sigue dejando márgenes feminizados sin protección, y en la mayoría de los casos trasladan la responsabilidad al ámbito familiar, un espacio mayoritariamente ocupado por mujeres.

Conseguir acabar con las brechas estructurales de género presentes en nuestra realidad social, cultural y laboral pasa por desarrollar políticas, actuaciones y medidas concretas que aborden la problemática del déficit en la conciliación corresponsable.

### **2. La conciliación corresponsable en España**

Uno de los grandes y endémicos problemas de nuestra realidad laboral y social es la falta de conciliación, que lejos de desaparecer, se ha visto acentuada en la pandemia sanitaria.

La falta de conciliación requiere abordarla desde todos sus ángulos y no solo considerar lo laboral y familiar, pues también juega un papel importante en esa conciliación lo personal, aquel tiempo dedicado a una misma. Es precisamente en esa triple dimensión de la falta de conciliación en la que nos encontramos con nuestro gran déficit: la prácticamente inexistente corresponsabilidad. Una falta de corresponsabilidad, que afecta de manera directa en la conciliación entre mundo laboral, personal y familiar.

La crisis del COVID-19 ha funcionado como amplificador, como lente de aumento que ha puesto bajo los focos, grandes desigualdades de género estructurales en el ámbito social y cultural que marcará nuestro entorno laboral, y en muchas ocasiones agravadas por las circunstancias sobrevenidas de la misma.

Los “trabajos” de cuidados tanto directos o personales como los indirectos los denominados “tareas o labores del hogar”, han vuelto a recaer en su gran mayoría sobre la espalda de las mujeres, quienes han utilizado los derechos de conciliación reconocidos en la legislación laboral, más concretamente, en el Estatuto de las Personas Trabajadoras (ET) o el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP) a través de la adaptación, permisos, licencias, reducciones de jornada y excedencias. Estas últimas con una clara repercusión y penalización salarial que acentúan más, las desigualdades de género en el mundo laboral.

Por tanto, para abordar el problema de la conciliación y la corresponsabilidad debemos partir de un estadio anterior a la crisis sanitaria. Las políticas de conciliación y corresponsabilidad eran prácticamente inexistentes y las necesidades que se han ido produciendo se han visto agravadas tras una década de recortes en servicios públicos vinculados a los cuidados (sanidad, educación dependencia, servicios sociales...).

### 3. Legislación española en materia de conciliación

La escasez de legislación específica en materia de conciliación y corresponsabilidad en nuestro país hace que prácticamente hablemos de tres normas básicas para su reglamentación:

- Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Primera ley de norma específica en materia de conciliación, y que sirvió para transponer otras directivas europeas e introducir las situaciones de riesgos de maternidad y lactancia, los permisos parentales y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor. Después asumidas también a través del Plan Concilia en el EBEP.
- Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en la que se reconoce de manera definitiva el derecho a la conciliación de vida personal y familiar como un derecho de todas las personas trabajadoras. Admite la diferencia entre vida personal y familiar y por tanto, ya introduce la necesidad de corresponsabilidad.

- Real Decreto Ley 6/2019, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Modifica la anterior y, entre muchas otras cosas, se prima la adaptación de la jornada frente a la reducción. Incluye mayor flexibilidad horaria, adaptaciones de duración y distribución de jornada laboral, teletrabajo o trabajo a distancia, permisos de lactancia reconocidos para ambas personas progenitoras, suspensión de contrato hasta las 16 semanas. Del mismo modo, el desarrollo reglamentario abordado a través de los Real Decreto 901/2020 regulación de planes de igualdad y su registro y el Real Decreto 902/2020, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres; tienen el objetivo de fortalecer la presencia de mujeres en el mercado laboral a través de medidas destinadas no solo a mejorar tipos de contrato y jornadas, promoción de la corresponsabilidad, y alcanzar la igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Por supuesto estas reglamentaciones tienen su reflejo en la legislación laboral a través del Estatuto de las Personas Trabajadoras en sus diferentes artículos y actualizaciones, entre los que hay que destacar: en el Capítulo II de Contenido del contrato de trabajo, en su sección 5ª- Tiempo de trabajo, el artículo 34 jornada, adaptación y distribución para el derecho de la conciliación de la vida familiar y laboral. El artículo 37 de permisos y licencias de adopción, nacimiento o guarda legal. En el Capítulo III de Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo, en la sección 3ª-Suspensión de contrato, en los artículos 46 de excedencias por cuidado, adopción y guarda legal, y el artículo 48 de suspensión con reserva de puesto de trabajo.

#### **4. Crisis sanitaria, consecuencias económicas y sociales: y análisis de las medidas adoptadas**

La crisis sanitaria ha impactado de lleno a las mujeres y puesto de relieve el trabajo asalariado de cuidados tradicionalmente feminizado y con una importante precariedad en sus condiciones laborales. Al mismo tiempo, ha mostrado el trabajo de cuidado no remunerado mayoritariamente desempeñado por mujeres por efecto del rol de género. Y por último, nos ha mostrado como a pesar de las medidas adoptadas quedan márgenes feminizados sin protección.

La crisis ha focalizado:

1. los déficits estructurales que aumentan las brechas de género (en corresponsabilidad, servicios públicos, etc.)
2. la necesidad y urgencia de contar con las mujeres y con la perspectiva de género en la respuesta a una crisis de origen sanitario, pero con claras repercusiones en lo económico y social.

El Dialogo Social ha demostrado su utilidad y responsabilidad en época de pandemia, y a través de él se han formulado medidas con un importante impacto de género positivo. Entre estas medidas, destacar:

1. El RD ley 8/2020 de Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Un RD formulado para la lucha contra la enfermedad, el mantenimiento de la actividad productiva y el empleo, pero también, para la protección de los y las trabajadoras, las familias y los grupos poblacionales vulnerables. Con él aparecen tres grandes novedades que pudieron llegar a facilitar las contingencias provocadas por ese confinamiento total de la crisis sanitaria, entre ellas:
  - Teletrabajo, como medida prioritaria para mantenimiento de la productividad, el empleo y la salud pública.
  - Adaptación de jornada, una adaptación de jornada entorno al horario, los turnos, funciones o condiciones laborales.
  - Reducción de la jornada, que puede llegar a extenderse a su totalidad.

Medidas dentro de lo que se conoce como Plan Me Cuida, (Apoyo a las familias para conciliar la vida familiar y laboral cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con la Covid-19); a la espera de prórroga y al que, a pesar de señalar los aspectos positivos, también debemos advertir de los negativos o insuficiencias presentes, como es el hecho de que estas medidas pueden alejar a las mujeres del empleo y aumentar la brecha salarial.

Es evidente el esfuerzo realizado para solventar la situación de manera inmediata, pero la reducción de jornada no puede ser la solución a la magnitud del problema social que supone la falta de conciliación corresponsable, teniendo en cuenta la repercusión salarial que tiene. Por ello es necesario impulsar otras medidas que supongan mayor dotación de infraestructuras y servicios públicos de cuidado y atención a personas (menores y mayores dependientes), o incluso pensar en activar medidas de compensación económica y mecanismo que permitan un mayor reparto de la responsabilidad entre mujeres y hombres.

En este mismo RD Ley aparecen otras medidas contempladas como los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), que han dado y siguen dando cobertura y protección a millones de personas trabajadoras, y que cuentan con un importante impacto de género positivo. Regulados finalmente tras su última actualización en el artículo 47 y 47 BIS del ET, en los meses de mayor protección de empleo fueron mujeres el 51%, a pesar de tener menor representación en la población asalariada. Una gran diferencia en comparación con otras crisis económicas en las que la proporción de mujeres en los ERTE no superaba el 29%. Esta diferencia se explica por la concentración relativa de los ERTE en actividades con un mayor número de mujeres, hasta el punto que en 2020 había 100.000 mujeres más que hombres protegidos por un ERTE<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Memoria CES 2020 (Capítulo2).

Y por último, en ese mismo RD ley se articula lo que será el RD Ley 22/2020 de Fondo Social Extraordinario para hacer frente a situaciones derivadas del COVID-19, dotado de 300 millones de euros transferidos a las Comunidades Autónomas para reforzar las políticas sociales y la atención a familias especialmente vulnerables con la intención de aumentar los servicios de carácter domiciliario como teleasistencia, rehabilitación, y centros residenciales y asistenciales o la atención de personas sin hogar...

2. Real Decreto Ley 28/2020 de Trabajo a Distancia. Producto del dialogo social y que vino realmente a corregir los déficits identificados del que podemos llamar “teletrabajo de emergencia”, aquel que se desarrolló durante el confinamiento total y cierre de centros asistenciales, educativos y de día, para esos primeros momentos de pandemia sanitaria como medida eficaz para el mantenimiento de la salud pública. Con el Real Decreto-Ley de trabajo a distancia lo que se pretende es dar respuesta a la multiplicidad de situaciones presentes en esa falta de conciliación y corresponsabilidad; dar garantías a ese teletrabajo, y que este no quede reducido a un arreglo individual entre trabajadora y empresa, al margen de la negociación colectiva.

El Teletrabajo o el trabajo a distancia, no son una medida de conciliación sino más bien un sistema más de adaptación y prestación de servicios, que en todo caso tiene que ser voluntario y reversible, que debe adecuarse en alternancia con la presencialidad y que no debe implicar ninguna desventaja para las personas que se acojan a él.

Este Real Decreto-Ley en ningún caso, da por resuelto el problema de las necesidades objetivas de conciliación y corresponsabilidad si no se acompaña de medidas que incidan en el reparto corresponsable de tareas domésticas y de cuidado, que permitan combatir la perpetuación de roles sexistas que feminizan constantemente esos trabajos.

3. RD 901/2020 y RD 920/2020 de Planes de igualdad y su registro y de Igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Dos reales decretos que parten del desarrollo reglamentario del RD ley 6/2019 y en el que se introducen aspectos tan importantes como que las empresas de más de 50 personas trabajadoras tengan que implantar un plan de igualdad. Un plan que parte de un diagnóstico de situación real a las circunstancias de cada empresa o centro de trabajo, y en el que se analizan además de la contratación, promoción, formación, jornada, salario, valoración de puestos de trabajo, etc.; la existencia o no, de medidas de conciliación y corresponsabilidad, fomentando de este modo las mismas y actuando ante cualquier discriminación por razón de sexo que pueda identificarse en ese diagnóstico de situación.

Existen otras medidas fuera del Dialogo Social y desarrolladas durante la crisis sanitaria, como el conocido Plan Corresponsables, una partida extraordinaria de los Presupuestos Generales del Estado (PGE), con un fondo de 190 millones de euros para la construcción de una política pública de cuidados, con el objetivo de crear empleo de calidad

en el sector de los cuidados, favorecer la conciliación familiar, y dignificar y certificar la experiencia profesional del cuidado no formal. Un Plan prorrogado con nueva disposición de fondos para el 2022, pero del que aún no tenemos suficientes datos de su aplicación ni desarrollo y al que los diferentes agentes sociales solicitábamos una mayor implicación del dialogo social, ya que muchas cuestiones en las que interfiere, deben abordarse en ese marco como es el caso de la creación de empleo de calidad, la lucha contra la precariedad de los servicios públicos de cuidado o la certificación profesional de las trabajadoras. Es necesario aportar la máxima transparencia para poder hacer seguimiento, evaluación y valoración de los objetivos que persigue el Plan.

Estas y otras medidas desarrolladas dentro y fuera del Dialogo Social durante la pandemia como el Ingreso Mínimo Vital (IMV), los subsidios y prestaciones extraordinarias del empleo del hogar, el Acuerdo de la Mesa en Autonomía Personal y Dependencia, el aumento del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), el Complemento para la reducción de la brecha de género en pensiones, etc., suponen un importante esfuerzo de afrontar y aprobar medidas para paliar el impacto de la crisis sobre la economía, especialmente en las mujeres como consecuencia de esa falta de conciliación corresponsable.

## 5. Consecuencias en la realidad laboral y económica de las mujeres por la falta de conciliación corresponsable

Desde la Comisión de Trabajo del Consejo Económico y Social de España (CES) sobre Realidad social y laboral de las mujeres en España, estamos elaborando un informe a petición propio titulado *“Mujeres, Trabajos y Cuidados: Propuestas y Perspectivas de Futuro”*, en el que ya identificamos que el 67% de todo el trabajo no remunerado realizado en nuestro país recae en las mujeres; dedicando en 2020, un total de 78 horas semanales frente a las 62 horas de los hombres<sup>2</sup>.

Los datos estadísticos oficiales, nos hablan de las consecuencias económicas y laborales que tiene esta falta de conciliación corresponsable en la vida de las mujeres, y en el 4<sup>a</sup> trimestre del 2021 la Encuesta de Población Activa indica:

- Ocupación: aumenta con respecto a trimestres anteriores y se sitúa en los 20.184.900. A pesar de aumentar el empleo de las mujeres durante este trimestre, la brecha de género sigue siendo de 9,5 puntos porcentuales. Tasa de empleo (16-64 años): hombres 69,85%, frente a los 60,35% de mujeres.
- Paro: el paro ha bajado en este último trimestre del 2021, situándose en las 3.103.800 personas. La cifra total de personas desempleadas se ha reducido en 615.900 en un año, con un descenso de 280.100 en hombres y 335.800 mujeres, pero todavía sigue existiendo 203.400 desempleadas más que desempleados.

---

<sup>2</sup> Referencia realizada en el Informe del CES, a partir de los datos extraídos en L.Farré y L. González, “Trabajos remunerado y no remunerado: la pandemia acentúa el fenómeno de la doble jornada entre las mujeres”, Observatorio Social de la Caixa, 2021

Además, son mujeres:

- el 54,54% de quienes buscan su primer empleo.
- el 53,30% de quienes llevan de 1 a 2 años en desempleo.
- el 59,03% de quienes llevan 2 o más años en desempleo.

Una situación que no mejora, pues el paro registrado en enero 2022 es de 58,96% y en febrero 2022 del 59,15%. Esos últimos datos, muestran como 6 de cada 10 personas en paro, son mujeres.

- **Actividad:** las personas activas disminuyen este trimestre hasta un total de 23.288.800. A pesar de ello, la población activa se incrementa en 224.700 con respecto al 4º trimestre del 2020, de ellas son mujeres el 11.009,7 y hombres 12.279,1 (en miles). Todavía hay 1.279,4 mil mujeres activas menos que hombres.
- **Parcialidad:** se incrementa el empleo a tiempo completo para este 4º trimestre del 2021 en 113.100 personas, y el empleo parcial en 40.900. en estos últimos 12 meses, el empleo a tiempo completo se incrementa en 901.800 personas, y el de tiempo parcial disminuye en 61.200.

El total de tiempo parcial (en miles) son 2.738,0: hombres 24,37% y mujeres 75,62%.

Si analizamos las causas:

- no encontrar trabajo a jornada completa 51,10%: 74,69% mujeres y 25,30% hombres.
  - por cuidado de menores, personas adultas enfermas, con discapacidad o mayores dependientes 12,97%: 94,96% mujeres y 5,39% hombres.
  - otras obligaciones familiares o personales 5,75%: 84,43% mujeres y 15,10% hombres.
- **Inactividad:** se han incrementado en este 4º trimestre en 16.418.200 de personas, de ellas el 57,28% son mujeres y el 42,71% hombres.  
La principal causa que aluden de esa inactividad son las denominadas “labores del hogar” un total de 3.397,4 mil: 88,62% mujeres y 12,86% hombres.
  - **Horas extras:** aumentan un 5% en este último trimestre del 2021, con un total de 6,5 millones de horas semanales. De estas:
    - el 3,4% son retribuidas- aumentan un 3,8%
    - el 2,8% no retribuidas- un 6% más.

De estas últimas, de los casi 3 millones de horas no retribuidas, solo se incrementan en las mujeres y lo hacen en un 14,3%.

Por otro lado, si analizamos las medidas de conciliación tramitadas por la Seguridad Social del pasado año 2021, nos encontramos con un total de 472.015 prestaciones tramitadas por nacimiento y adopción, repartidas en su mayoría casi al 50% de los sexos.

Por el contrario si analizamos las solicitudes de reducciones y excedencias por cuidado de hijo e hija menor o acogida familiar, tenemos un total de 47.995 excedencias con un 74,44% de mujeres.

Evidentemente estas circunstancias y especialmente las relacionadas con la falta de conciliación corresponsable repercuten de manera directa en la participación laboral y el avance profesional de las mujeres, intensificando las otras brechas de género como la salarial y la de pensiones.

Ya apuntamos en el Informe de *“Mujeres, Trabajos y Cuidados: propuestas y Perspectivas de Futuro”* que estamos realizando en el CES, que la pandemia ha tenido un importante impacto sobre el trabajo a tiempo parcial no voluntario y la inactividad femenina por razones de cuidado. Las familias han tenido que hacer frente a esos cuidados a través de dos estrategias: el trabajo de cuidado en el propio domicilio, y los permisos no retribuidos (reducciones del Plan Me Cuida o las excedencias ordinarias), medidas que no suponen una verdadera conciliación corresponsable.

Esta familiarización de los cuidados ha supuesto una fuerte sobrecarga y fatiga física y mental en las personas cuidadoras (en su mayoría mujeres), limitando las posibilidades de participar en el mercado de trabajo, un factor que repercute directamente en la autonomía económica de las mismas, así como en la dinámica laboral de segregación horizontal y vertical, temporalidad y parcialidad involuntaria.

## 5. El impacto del fomento y desarrollo de políticas y prestaciones sociales

Ya apuntaba el papel amortiguador del Dialogo Social tanto tripartito como bipartito, en cuanto a consecuencias económicas y sociales de la crisis sanitaria y sobre todo de su capacidad para avanzar en materia de igualdad retributiva. Existen ejemplos prácticos de esa labor:

- Salario Mínimo Interprofesional (SMI) y Salario Mínimo de Convenio (SMC). La subida del 22% del SMI para el 2019 que permitió reducir la brecha salarial en unos 500€, según Encuesta de Estructura Salarial 2019; y el aumento del SMC establecido en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva hasta los 1000€, han sido determinantes para una mayor capacidad económica para las personas de menor retribución en convenios colectivos, la gran mayoría mujeres.

Esta circunstancia mejorará sin duda con la subida del SMI de este 2022 a 1000€ mensuales que pueden beneficiar a 1,8 millones de personas (un 65% mujeres, especialmente temporales a tiempo parcial) y con la formulación del próximo VAENC, que incide directamente en el fomento de la igualdad dentro el ámbito empresarial.

- Los ERTE y la protección del empleo. Mecanismos que demostraron la utilidad para el mantenimiento del empleo y del que las mujeres se vieron más beneficiadas. A lo largo de los meses, el porcentaje de protección entre sexos ha ido oscilando, aun así, en el mes de diciembre del 2021 las mujeres representaban el 53%.
- Protección social, Ingreso Mínimo Vital (IMV) y prestaciones y subsidios extraordinarios. La aprobación definitiva del RD Ley 20/2020, de IMV, permitió el aumento del número de personas beneficiarias de la protección social y así mejorar la distribución de la renta y reducir considerablemente la pobreza de las familias y hogares, especialmente tras las últimas modificaciones con respecto al complemento de ayuda a la infancia. Un IMV, para el cual en septiembre del 2021 se aprobaron 337 mil prestaciones, que llegaron a proteger a unas 800.000 personas. Dos de cada tres hogares que lo percibieron tiene como titular a una mujer y unos 78.000 fueron hogares monomarentales.

Otras medidas de carácter asistencial que repercutieron positivamente en la protección de las mujeres, fue el subsidio extraordinario del empleo del hogar y el subsidio excepcional por fin de contrato temporal. El primero de protección relativa por el importante número de mujeres que se engloban dentro de origen inmigrante y bajo la económica sumergida; y el segundo con una clara repercusión en los sectores feminizados y su elevado número de contratos de interinidad, formativos y de relevo.

Y por último, la medida para la reducción de brecha de género en pensiones, mediante la introducción de un nuevo complemento que sustituye al complemento de maternidad. Una medida que comenzó en febrero de 2021 y que lleva más de 190.000 beneficiarias (el 95%), reduciendo la brecha en pensiones en cinco puntos porcentuales.

- Reforma Laboral y Negociación Colectiva, una reforma fruto del Dialogo Social y con la que a través de la reducción de la temporalidad (más de un 27% mujeres), la limitación del encadenamiento de contratos temporales (más de un 42% mujeres) o la eliminación del contrato de obra y servicios (30% mujeres), serán algunas de las medidas clave para aumentar la igualdad.

Por otro lado, la recuperación de la ultraactividad y del convenio sectorial sobre el de empresa, junto a la regulación de la subcontratación, permitirán mejorar la igualdad real y efectiva en nuestro mercado laboral, así como la tipología contractual de la participación de las mujeres.

## 6. Un futuro con una verdadera conciliación corresponsable

El problema de la conciliación corresponsable o la conciliación y la corresponsabilidad, queda reflejado en la carencia, las deficiencias existentes y en el hecho de que las estrategias desarrolladas hasta el momento, no han conseguido el objetivo esperado y se sigue penalizando el desarrollo profesional de las mujeres.

El próximo 23 de marzo será el Día de la Conciliación, y debemos seguir reivindicando una solución a esta desigualdad estructural de género que se produce en nuestra realidad diaria.

La solución debe ser múltiple y con medidas que se aborden en el corto, medio y largo plazo. Algunas propuestas deben ir encaminadas a:

- Abordar un duradero y permanente sistema educativo de 0 a 3 años. Accesible a todas las personas a través de centros y servicios públicos de calidad.
- Ampliación de permisos y licencias iguales, intransferibles y remunerados al 100%.
- Desarrollo de la ley de dependencia y del último acuerdo en materia de atención, cuidado y dependencia que surge también de la mesa de DS en enero del 2021, especialmente en lo referente en la creación de empleo de calidad que tendrá repercusión inmediata en la calidad del servicio, y en la facilidad de acceso al mismo.
- Una modernización de la negociación colectiva que tienda a mejorar los derechos que ya existen en materia de conciliación y corresponsabilidad, facilitando mecanismos alternativos a las excedencias, a las reducciones de jornada y a los permisos y licencias establecidos. Evitando de nuevo repercusiones económicas negativas de las mismas, y sensibilizando para una verdadera corresponsabilidad en base a la formación específica en materia de igualdad.
- Prestar atención a los procesos y transiciones en marcha, especialmente a las actividades productivas englobadas dentro de la llamada “economía de plataforma”, donde los cuidados están entrando en esa tipología económica, y como tal, es necesario una regulación para el reconocimiento de todos los derechos laborales a las profesionales del sector.
- Es necesario actualizar la normativa nacional en cuanto a estrategias, normas y legislación internacional: ratificar los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en concreto, los Convenios 189 sobre de empleo del hogar y 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo y su recomendación 206.
- Cumplir la Agenda 2030, esos 17 objetivos de desarrollo sostenible y sus 169 metas, cumplirla de una manera transversal para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres, más allá del objetivo número 5 y sus metas 5.4-Trabajo de cuidado no remunerado o la meta 5.5-Velar por la participación plena y efectiva de las mujeres en igualdad de condiciones.
- Vigilar el desarrollo del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), donde la igualdad entre mujeres y hombres aparece de manera directa o indirecta a lo largo de sus diferentes componentes, pero las medidas que se abordan desde cada uno de ellos, deben contener la necesaria transversalidad para que la conciliación y la corresponsabilidad con perspectiva de género sea una política palanca a desarrollar.

Las propuestas y actuaciones a realizar no tendrán capacidad correctora si no se avanza en conciliación corresponsable. Una conciliación corresponsable en la que no solo deben estar presentes las mujeres, también deben estar los hombres, el conjunto de la sociedad, las empresas y el Estado.

Asumir que la responsabilidad es compartida e invertir en políticas públicas que generen empleo y servicios públicos de calidad. Debemos tener claro que somos seres interdependientes y que más tarde o más temprano cuidaremos y seremos cuidadas.

Como apuntamos en la Comisión de Trabajo del CES sobre Realidad Social y Laboral de las Mujeres en España: *el bienestar, la cohesión y el valor social de esa realidad debe transformarse a futuro para que dejemos de vivir en lo que se conoce como “paradoja de género de la cohesión social”, donde las mujeres somos las principales proveedoras de esa cohesión, pero no participamos del bienestar social que esta genera de la misma manera que los hombres.*

Es fundamental que cualquier medida en este sentido atienda a una realidad incuestionable: las mujeres son la mayoría de quienes necesitamos de los servicios de dependencia, somos mujeres la mayoría de las trabajadoras de estos sectores en situación muy precaria, y somos las mujeres las que suplimos a costa de nuestras oportunidades de empleo y desarrollo profesional, las carencias del sistema.

Las crisis pueden llegar a ser por sí mismas una invitación a un nuevo comienzo, pero como se aborda en el Informe de La Gobernanza Económica de UE a través del CES, *no podemos dar una respuesta válida solo para esta crisis*; pues los problemas, los déficits son anteriores a la misma.

# **III Jornada de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. “Personas con vulnerabilidad laboral y los determinantes del trabajo decente” (22 de octubre de 2021)**

III Conference of the Equality Commission of the Spanish Association of Labor Law and Social Security. “People with labor vulnerability and the determinants of decent work”  
(October 22, 2021)

Concepción Sanz Sáez  
*Profesora Asociada Doctora Derecho del Trabajo  
y Seguridad Social en la UCLM (Ciudad Real)*  
ORCID ID: 0000-0001-9783-9272

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6954>

La vulnerabilidad laboral se ha reflejado a lo largo de la historia como el incumplimiento de los derechos de las personas trabajadoras, del mismo modo que se ha expresado como una manifestación de la precariedad de las condiciones del empleo a las que se enfrentan las personas en sus respectivos mercados de trabajo.

La noción de trabajo decente surgió desde mediados de 1940 en la Declaración de Filadelfia<sup>1</sup>, donde los Estados miembros de la OIT se pronunciaban en favor de fomentar programas que promovieran el pleno empleo y leyes que garantizaran a los trabajadores una calidad de vida. La Organización de las Naciones Unidas también persiguió estos objetivos y los resaltó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. A finales de los noventa, se retoma la discusión, ahora incorporada dentro de un enfoque de desarrollo social y bienestar de las personas para el crecimiento económico sobre escenarios de globalización (OIT, 1999).

---

<sup>1</sup> La Declaración de Filadelfia es una carta incorporada en la Constitución de la OIT que contiene los propósitos y objetivos de la institución, la cual fue promulgada en 1944 y se basa en cuatro principios fundamentales: el trabajo no es mercancía; la libertad de expresión y asociación es esencial; la pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad en todas partes; la guerra contra las carencias se debe desatar con vigor implacable. Ver <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm#annex>

En este escenario, la Organización Internacional del Trabajo dio a conocer en 1999 la primera iniciativa de trabajo decente<sup>2</sup>, que se consideró como una de las herramientas fundamentales para la erradicación de la pobreza, donde los países debían tomar en cuenta cuatro objetivos estratégicos: creación de empleo, cumplimiento de los derechos de los trabajadores, protección social y fomento del diálogo social.

Por todo lo anterior, la Comisión de Igualdad de la AEDTSS consideró, igual que la OIT, que el trabajo decente no era sólo un objetivo, sino un motor del desarrollo sostenible y, por esta razón, en la jornada se hizo un análisis y examen de recomendaciones de política pública para el aumento del empleo digno ante la vulnerabilidad de colectivos propensos a no tener un trabajo decente como son las “kellys”, las trabajadoras domésticas y las personas de mayor edad en el mercado laboral, junto a una visión multidisciplinar del reflejo de estas fragilidades desde la historia del arte,

La Jornada estuvo dividida en tres mesas tras la presentación de la misma por parte de D. José Julián Garde López-Brea (Rector UCLM), Dña. Carolina Martínez Moreno (Comisión de Igualdad de la AEDTSS), M<sup>a</sup> José Romero Ródenas (Delegada del Rector para Políticas de Igualdad), Dña. Blanca Pilar Fernández Morena (Consejera de Igualdad y Portavoz del Gobierno) y D. Jaime Cabeza Pereiro (AEDTSS), donde se puso de relieve el problema de la precarización de los sectores más feminizados del mercado de trabajo.

Acto seguido, en la primera mesa se discutió el marco conceptual, indicadores y estructura de medición del trabajo decente de las Kellys y la feminización de la precariedad, siendo el moderador de la misma D. Antonio Baylos Grau (UCLM) y las ponentes Dña. Carmen Grau Pineda (ULPGC) y Dña. Amparo Merino Segovia (UCLM). Las compañeras comienzan su intervención explicando quienes son las “kellys” y que actividades desarrollan, pasando, por tanto, por sus condiciones laborales para posteriormente analizar los porqués de la precarización de este tipo de actividad, que entienden está ligada a la descentralización productiva (MERINO, 2017:135), llegando a distintas conclusiones como que continúa la perpetuación de los roles de género en la división sexual del trabajo a través del exitoso modelo de negocio español basado en las contratas arts. 42 y 84 ET. Frente a ello proponen, la necesidad de diseñar una estrategia defensiva/ofensiva frente a la degradación de condiciones laborales en las empresas multiservicios para evitar el dumping social o competencia desleal y la exigencia de por fin una determinación del convenio colectivo aplicable.

Inmediatamente, en la segunda mesa moderada por Dña. Rosario Gallardo Moya (UCLM), las profesoras Dña. Elena García Testal (U. Valencia) y Dña. María Angustias Benito Benítez (U. Cádiz) integrante de la Asociación Juvenil de la AEDTSS, expusieron los determinantes del trabajo decente a través de un análisis detallado a fin de identificar cuáles son los factores más importantes para explicar el menoscabo del trabajo decente en el empleo del hogar. Se consideraron algunos aspectos estructurales en torno al trabajo doméstico y de cuidados tanto remunerado, como no remunerado, partiendo de una idea

<sup>2</sup> Según la OIT (2001), trabajo decente son aspiraciones que tienen los países, en el sentido de que todos se oponen a la discriminación y al trabajo infantil, desean libertad de asociación, participar a través del diálogo social en las decisiones que afectan sus trabajos y vidas, condiciones dignas y seguras de trabajo con remuneraciones adecuadas.

previa: la igualdad laboral exige igualdad en el ámbito familiar (GARCÍA, 2020), así como la importancia del Convenio 189 OIT para visibilizar las carencias de los sistemas de protección del trabajo doméstico. Se destaca que, aun constituyendo el empleo doméstico una importante fuerza de trabajo en España (BENITO, 2019), es uno de los trabajos más maltratados en cuanto a remuneración, condiciones y derechos laborales básicos debido a que, lamentablemente, brilla por su ausencia la misma noción de trabajo decente que tanto se reivindica en el ámbito internacional y comunitario, de ahí que no se pueda adoptar una actitud pasiva e indiferente a esta en que se vive (GRAU, 2021).

Y finalmente, en la tercera mesa, Dña. María Belén Cardona Rubert (U. Valencia) presenta una medición de la vulnerabilidad laboral de las personas de mayor edad que junto a la exposición de D. Álvaro Notario Sánchez (Departamento de Historia del Arte. UCLM) “El arte como reflejo de la desigualdad (laboral). De la sumisión a la reivindicación” estuvo moderada por D. José Antonio Prieto Juárez (UCLM). Belén Cardona entiende que para el análisis de la discriminación por edad debe tenerse en cuenta un elenco de conceptos y el sesgo que tiene de discriminación de estereotipo (CARDONA, 1998). Nos revela que está cobrando cada vez más relieve la doctrina del TJUE, que parte de que el derecho a la no discriminación por edad ha alcanzado un rango muy importante en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>3</sup>. Este maridaje de circunstancias comporta la conexión fuerte entre edad y pobreza exige revisar las políticas públicas y abordar los principales problemas en el campo de la Seguridad Social y de la Asistencia Social. Concluyó Álvaro Notario Sánchez, recapitulando una exhaustiva e interesante exposición acerca de la representación del arte como reflejo de la desigualdad laboral de estas personas a lo largo de la Historia como indicativo de la precariedad que se ha relacionado tradicionalmente con este trabajo (SANZ, 2018), todo ello desde una mirada reivindicativa y crítica que se extiende hasta la actualidad (NOTARIO, 2020).

El acto fue clausurado por Dña. Carolina Martínez Moreno (Comisión de Igualdad de la AEDTSS), D. Fernando Callejas Albiñana (Decano Facultad Derecho y CCSS C-Real) y D. Jaime Cabeza (AEDTSS), en la que se mostraron agradecimiento mutuo por la confianza depositada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, que está realizando un trabajo muy generoso sobre la precariedad laboral de personas trabajadoras en colectivos vulnerables, en el Área de Derecho y Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Campus de Ciudad Real para organizar esta actividad académica.

## Bibliografía

BENITO BENÍTEZ, María Angustias, “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género”. *Lex Social*, vol. 9, n. 2. 2019.

<sup>3</sup> Autores: María Belén Cardona Rubert

Localización: Edad, discriminación y derechos / coord. por María Belén Cardona Rubert, Fernando Flores Giménez, Jaime Cabeza Pereiro, 2019, ISBN 978-84-1309-127-3, págs. 119-133

- CARDONA RUBERT, María Belén, “Discriminación por razón de sexo: discriminación indirecta en promoción profesional por práctica de empresa. STSJ Cataluña 21 Octubre 1998; AS 1999, 4213”. *Aranzadi social*, N<sup>o</sup> 4, 1998,
- GARCÍA TESTAL, Elena, Trabajo doméstico y COVID-19. *Actualidad jurídica iberoamericana*, N<sup>o</sup>. Extra 12, 2, 2020 (Ejemplar dedicado a: LA EXPERIENCIA JURÍDICA LATINA EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS (REFLEXIONES DE URGENCIA)).
- GRAU PINEDA, Carmen, “El derecho a la formación y a la cualificación profesional en el empleo doméstico”. *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 11, N<sup>o</sup>. 1, 2021.
- MERINO SEGOVIA, Amparo, “La problemática legitimación de las representaciones sociales para negociar y suscribir convenios colectivos en las empresas multiservicios”, en *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*. Madrid: Cinca, 2017.
- NOTARIO SÁNCHEZ, Álvaro. “De la esclavitud al servicio doméstico. Reflejos en la historia del arte”. *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, 2020.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1999). Trabajo decente. Memoria del Director General a la 87<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2001). Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global. Memoria del Director General a la 89a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza.
- SANZ SAEZ, C. (2018), Génesis y evolución del servicio doméstico. Comares. Granada.

# Reseña página web Wikigualdad

## Wikigualdad website review

Juan María Rodríguez Conesa  
*Contratado Predoctoral FPU-UCA*  
*Universidad de Cádiz*

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6955>

Esta reseña tiene por objeto analizar y valorar la página web Wikigualdad, <https://wikigualdad.org/> promovida por la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En este proyecto recientemente iniciado, podemos observar que, entre sus objetivos principales, está la pretensión de ser un referente académico a la par que divulgativo relativo a cualquier tema que afecte al principio de igualdad.

Esta página, se caracteriza por su constante construcción, por lo que ningún tema es susceptible de considerarse concluso. Actualmente, posee una estructura inicial con diversas entradas generadas por la Comisión de Igualdad, las cuales, serán ampliadas posteriormente por el equipo de trabajo.

Tras este diseño inicial, se ha abierto una convocatoria a los socios, para que participen en un equipo de trabajo que se está formando. Este equipo de trabajo junto al equipo inicial, serán los redactores de la página. Cabe destacar que, entre sus redactores, figuran profesores del ámbito universitario de acreditada reputación en el campo académico e investigador, así como, profesionales del derecho en ejercicio. Fruto del nivel del equipo de trabajo, la página ofrece una interesante información tanto doctrinal, normativa como jurisprudencial, la cual, puede y debe ser considerada, de un elevado nivel científico.

Cabe destacar entre sus bloques temáticos, la inclusión de un extenso elenco de subbloques relacionados con la prohibición de discriminación por cualquier causa. Como es conocido, existe una extensa bibliografía sobre esta temática en distintos tipos de publicaciones, pero en contraposición, esta página posee la cualidad distintiva de aglutinarlas en un único repositorio, lo que conlleva, la posibilidad de encontrar información entrelazada y extensa sobre un tema en cuestión.

Como se ha precisado anteriormente, esta página se estructura en distintos bloques temáticos, los cuales ofrecen una tabla de contenidos específica que abarca una detallada conceptualización del asunto en cuestión, así como, una detallada bibliografía, referencias normativas, y pronunciamientos jurisprudenciales.

Por otra parte, debido a su reciente creación y a que su contenido se puede considerar provisional, este está delimitado por el ordenamiento jurídico español y comunitario, pero cabe la posibilidad de incluir conceptos, normas u otra información que pueda ser relevante y haya sido extraída de otros ordenamientos jurídicos.

Esta página de acceso libre para cualquier persona interesada en las distintas materias que abarca, se cimenta en una metodología de trabajo colectivo y colaborativo, siguiendo el modelo *wiki*. Pero a diferencia de lo que ocurre en la conocida Wikipedia, donde cualquier persona puede publicar lo que estime oportuno, en esta página, el equipo de trabajo puede corregir, modificar o completar la información que haya publicado cualquier redactor, sin que suponga una injerencia indebida, ya que uno de los objetivos de esta web, es ofrecer una información lo más fidedigna posible.

Es por ello que Wikigualdad es una página en constante construcción, en la cual, priman las aportaciones originales e inéditas. Por tanto, está vetada la posibilidad de reproducir cualquier contenido que haya sido publicado con anterioridad, ya sea por el propio redactor como por otro autor. De igual forma, las entradas publicadas en Wikigualdad, no podrán utilizarse posteriormente por los autores para sus propias publicaciones, ya que, al ser una página donde el resto de redactores pueden modificar el contenido inicial, no es factible atribuir la autoría a una persona en concreto.

Una cuestión importante es que los textos deben presentar un lenguaje sencillo, hay que tener en cuenta que sus destinatarios pueden ser personas sin conocimientos jurídicos, sin embargo, no deben perder el carácter técnico de los mismos, ya que desvirtuaría el fondo académico del asunto.

En conclusión, Wikigualdad es un espacio abierto de divulgación y discusión que fomenta la participación de todas aquellas personas que deseen aportar sus conocimientos y ponerlos al servicio de toda la comunidad.

# NORMAS DE PUBLICACIÓN

*Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* publica artículos originales e inéditos, sobre aquellas temáticas relacionadas con las mujeres, la investigación feminista y los estudios de género.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Sólo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas.

Los artículos pueden ser redactados en español, inglés o francés. Los/as autores/as deberán enviar sus textos por email a: [revistafemeris@uc3m.es](mailto:revistafemeris@uc3m.es) ajustados a las normas de edición que se muestran a continuación.

## Normas de edición

1. Los artículos no podrán superar las 12.000 palabras o las 30 páginas de extensión, comprendidas las notas a pie de página y bibliografía.

2. En la primera página se hará constar el título en español e inglés, el nombre y apellidos del autor/a, el centro de trabajo o adscripción profesional y la dirección de correo electrónico.

3. En la segunda página se incluirá un resumen en español e inglés de una extensión mínima de 200 y máxima de 300 palabras cada uno. Igualmente se redactarán 5 ó 6 palabras clave en ambos idiomas.

4. Se utilizará el tipo de letra Arial, tamaño 12, con interlineado de 1'5. No se dejarán espacios en blanco entre párrafos. El texto debe presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC).

5. Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se

generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentarán en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS) y en escala de grises. Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300 ppp.

Nunca han de entregarse sólo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábica consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábica consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

6. Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado, y doble espacio entre nota y nota. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.

7. La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as. Con objeto de visibilizar las aportaciones de las mujeres a la investigación, deberá

constar el nombre completo de las/os autoras/es en cada referencia de la sección de Bibliografía.

Se utilizará el sistema APA 6ªEd. (Walter, 2010). Se debe poner siempre el año de la primera edición. Para más información: <http://www.apastyle.org/>

Para las citas superiores a cuatro líneas es obligatorio copiarlas, sin comillas ni cursiva, en un párrafo, con el margen más centrado que el texto (a 1, derecha e izquierda), y letra Times New Roman, 11, interlineado sencillo.

### **Normas para las reseñas bibliográficas**

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación feminista y de género cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos, a excepción del resumen, palabras clave y sumario.

Las reseñas tendrán una extensión comprendida entre las 1.000 y las 2.000 palabras. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.

Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.

Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las reseñas, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

### **Proceso de evaluación y revisión por pares**

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos

mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

El Consejo de Redacción envía los originales, sin el nombre del autor o de la autora, a dos revisores/as externos/as al Consejo Editorial, recurriendo al sistema de pares y “doble ciego” manteniendo el anonimato tanto del autor/a o autores/as como de los/as evaluadores/as, quienes emiten su informe en un plazo máximo de seis semanas.

Sobre esos dictámenes, el Consejo de Redacción decide rechazar o aceptar el artículo o solicitar modificaciones al autor o autora del trabajo. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor/a externo/a.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone, retocado, el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

— Una valoración global del artículo y de los resúmenes.

— Una valoración cuantitativa de la calidad (buena | aceptable | insuficiente) según estos cinco criterios: originalidad e interés del tema; pertinencia en relación con las investigaciones actuales en el área; rigor metodológico y articulación expositiva; bibliografía significativa y actualizada; pulcritud formal y claridad de discurso.

— Una recomendación final: publicar | solicitar modificaciones | rechazar.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a [revistafemeris@uc3m](mailto:revistafemeris@uc3m), una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.