



Defensor del Pueblo

Expediente: **06003759**

73 FEB. 2006

SR. D. \_\_\_\_\_

CALLE VIA LAYETANA 16-6  
GABINET JURIDIC DE LA CONC  
08003 BARCELONA

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se acusa recibo de su comunicación, que ha sido registrada con el número de expediente arriba indicado, al que debe hacer referencia si se dirige de nuevo a esta Institución.

Le informo que se ha iniciado el estudio del asunto que ha sido sometido a nuestra consideración y se le mantendrá puntualmente informado de toda la tramitación relativa al mismo.

En todo caso, le indico que la presentación de un escrito en el Defensor del Pueblo no suspende la ejecución de las resoluciones administrativas o judiciales, ni tampoco interrumpe los plazos legales para recurrir contra ellas si fuera procedente.

Cordialmente,

Madrid, 09 de febrero de 2006

Enrique Múgica Herzog

*Nota: Los datos recogidos en nuestros ficheros informatizados, a partir de los facilitados por usted, son confidenciales y sólo podrán ser utilizados para la investigación de su queja y para el envío de información en relación a la misma. De acuerdo con la Instrucción del Defensor del Pueblo de 28 de marzo de 1995 (BOE 6 de mayo de 1995) y conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Caracter Personal, usted tiene derecho a obtener gratuitamente información sobre sus datos e igualmente puede proceder a la rectificación y cancelación de los mismos.*

*Edificio Data, 31 28010 Madrid  
registro@defensordelpueblo.es*

*Teléfono: +34 91 432 79 00*

*Fax: +34 91 308 11 58  
www.defensordelpueblo.es*

**AL DEFENSOR DEL PUEBLO**  
(c/ Zurbano, nº 42, 28010 Madrid)

- 1.-D.
- 2.-D.
- 3.-D.
- 4.-D.
- 5.-D.
- 6.-D.
- 7.-D.
- 8.-D<sup>a</sup>
- 9.-D<sup>a</sup>
- 10.-D.
- 11.-D<sup>a</sup>
- 12.-D.
- 13.-D<sup>a</sup>
- 14.-D.
- 15.-D<sup>a</sup>
- 16.-D<sup>a</sup>
- 17.-D.
- 18.-D<sup>a</sup>
- 19.-D<sup>a</sup>
- 20.-D.
- 21.-D.
- 22.-D.
- 23.-D.
- 24.-D<sup>a</sup>
- 25.-D.
- 26.-D.
- 27.-D<sup>a</sup>
- 28.-D.
- 29.-D.
- 30.-D<sup>a</sup>
- 31.-D.
- 32.-D<sup>a</sup>
- 33.-D.
- 34.-D<sup>a</sup>
- 35.-D<sup>a</sup>
- 36.-D<sup>a</sup>
- 37.-D.

- 38.-Dª
- 39.-D.
- 40.-D.
- 41.-D.
- 42.-D.

Todos ellos pertenecientes al Gabinet Jurídic de la COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA (Comisiones Obreras de Catalunya) y del Illtre. Colegio de Abogados de Barcelona, con domicilio en el Gabinet Jurídic de la CONC sito en 08003-BARCELONA, Vía Layetana, n° 16, 6ª planta, ,ante esa Institución acuden y

#### EXPONEN:

Que al amparo de lo dispuesto en el art. 15, siguientes y concordantes de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de Abril, por medio del presente escrito presente **QUEJA** en la que se denuncia:

1) De una parte el trato discriminatorio que sufren las mujeres trabajadoras en situación de reducción de jornada para el cuidado de hijos menores de 6 años o disminuidos psíquicos o sensoriales que ven extinguido su contrato por **DESPIDO COLECTIVO** (art. 51 del ET y/o art. 64 de la Ley Concursal) o **DESPIDO INDIVIDUAL** (arts. 52 y 54 del ET) y que tras ver extinguido el contrato y acceder a la prestación por desempleo, se encuentran con que se les toma la base reguladora de la cotización de la jornada a tiempo parcial de conformidad con el tenor literal del art. 211 de la LGSS y no la correspondiente a la jornada a tiempo completo, circunstancia que constituye una discriminación indirecta de carácter sexista dado que según estadísticas del Ministerio de Trabajo de las personas que se encuentran en situación de reducción de jornada el 98% son mujeres.

2) La necesidad de que se promueva por esa Institución los medios necesarios para que se realice una reforma legislativa con carácter urgente del art. 211.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social en lo relativo las normas que regulan la prestación por desempleo poniendo fin a esta situación discriminatoria delimitando como día inicial para el cálculo de la base reguladora la cotización los 6 meses últimos trabajados a tiempo completo.

Fundan la presente QUEJA en base a las siguientes

### CONSIDERACIONES:

**PRIMERA.- EL DATO OBJETIVO de DISCRIMINACION INDIRECTA SEXISTA. En la Provincia de Barcelona el 97,8 % de las personas por guarda legal en reducción de jornada para el cuidado de hijos eran mujeres y el 2,2% hombres.**

Las referencias oficiales del Ministerio de Trabajo a datos de finales del año 2005, son enormemente demoledoras y significativas: En la Provincia de Barcelona el porcentaje de mujeres en situación de reducción de jornada por guarda legal asciende al 97,80% mientras que el de hombres alcanza el 2,2%.

Dicha proporción es trasladable al cómputo general del Estado con pequeñas variaciones.

Que son numerosos los estudios y datos oficiales que constatan esa tendencia, concretamente han de resaltarse las elaboradas por el Instituto de la Mujer, que aparecen publicadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, y dentro del mismo, con las referencias de "Mujeres en cifras" "Estadísticas familia y conciliación" <http://www.mtas.es/mujer/>, en las que se contiene una referencia expresa al abandono del mercado de trabajo por sexos desde el año 2000 al cuarto trimestre de 2004, y los datos de población ocupada, según situación profesional y tipo de jornada, con específica mención a los supuestos de jornada parcial por obligaciones familiares. Dichos datos ponen de manifiesto que son las mujeres que en un porcentaje superior al 90% abandonan el trabajo por razones familiares, y que son las mujeres asalariadas las que en mayor porcentaje trabajan una jornada "parcial" por obligaciones familiares (cuidado de niños o de adultos enfermos o discapacitados), así sobre un total de población femenina ocupada del 39,43% en 2004, de la que el 41% es asalariada, el 99,05% tiene jornada "parcial" por obligaciones familiares.

Ello implica directamente que una norma teóricamente neutra perjudique gravemente a un sexo concreto las mujeres que precisamente por atender un fin social -guarda legal- del menor o disminuido se ven notoriamente perjudicadas.

**SEGUNDA.-** El art. 211.1 TRLGSS y el derecho a la no discriminación. La Jurisprudencia interpretativa del art. 211 de la LGSS. Presentación de 2 cuestiones de inconstitucionalidad mediante AUTOS de fechas 19-10-2005 y 20-12-2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. (AUTO de fecha 19-10-2005) Contradicción con el art. 2.2 de la Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Las dificultades interpretativas en relación a las prestaciones de desempleo en la situación de reducción de jornada por razón de guarda legal, ha dado lugar a un largo debate doctrinal. Así, en su día, un importante sector doctrinal vino a entender, aplicando a este supuesto la doctrina unificada referida a la retribución sobre la que debe calcularse la indemnización en materia de despido en dichas situaciones (es decir, como jornada completa, conforme las SSTs UD 20.08.2000 y 11.12.2001 entre otras) que la base reguladora de aplicación debía regirse en situación de paridad con el resto de asalariados a jornada completa, al no encontrarnos ante un contrato a tiempo parcial, lo que excluía la aplicación del apartado cuarto del ya citado art. 211 TRLGSS. También lo entendió así en una primera aproximación la doctrina del Tribunal Supremo en Casación para la Unificación de la Doctrina, como es de ver en la STS UD de 06 de abril de 2004, en la que se afirmaba: "lo que se quiere decir es que los periodos de descanso y otros derechos que la ley concede en los diferentes supuestos de "maternidad" y "guarda legal" no deben limitar, en principio, aquellas prestaciones económicas de seguridad social, a las que los trabajadores tengan derecho cuando se produzca el hecho causante de las mismas. La teoría del paréntesis en el cómputo de cotizaciones supone aplicar la misma regulación que se aplica a las situaciones de excedencia "para atender al cuidado de cada hijo"- en la que se debe realizar el cálculo de la base teniendo en cuenta el periodo de seis meses a contar, hacia atrás, desde el día anterior a la fecha en que se disminuyó la jornada laboral"

Este criterio ha sido, empero, posteriormente modificado por las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en casación para la Unificación de la doctrina, de 27 de octubre de 2004 (Sala General) y 16 de noviembre del mismo año.

Entiende el Tribunal Supremo en la doctrina rectificadora que el art. 211.1 limita la base reguladora a los últimos seis meses cotizados antes de la situación legal de desempleo.

La posición jurisprudencial no cierra el debate por cuanto en relación a la inconstitucionalidad del reiterado artículo se han presentado 2 cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya plasmadas en AUTOS de fecha 19-10-2005 y 20-12-2005 cuyo razonamiento jurídico compartimos y a continuación reproducimos parcialmente.

Consideramos que nuestro marco jurídico positivo no puede obviar el contenido específico del mandato del citado precepto constitucional de tutela y protección del hecho familiar, que se conforma en los actuales momentos como un valor superior a la simple legalidad ordinaria. Pese a no ser en puridad un derecho, resulta evidente que el art. 39 CE impone a los poderes públicos determinadas salvaguardias. Así, se exigen tutelas específicas de los hijos, con expresa referencia asimismo a las "madres" (apartado segundo). La Constitución nos recuerda, pues, el papel social de la maternidad y el compromiso de los poderes públicos de otorgar a las madres la protección integral debida.

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación se manifiestan en el precepto, tanto en el momento de dispensar la protección a los hijos como a la madre. Asimismo, nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) y el principio de efectividad del modelo (art. 9.2 CE) obligan a una protección integral de la familia, que debe incluir, entre otros aspectos, una política social que favorezca la incorporación y la presencia de la mujer en el mercado de trabajo y una política de Seguridad Social con medidas específicas destinadas a la familia.

La prohibición de discriminación que nuestra Constitución consagra comporta, como es notorio, una clara y expresa prohibición de situaciones de trato diferenciado que afecten a colectivos de población históricamente marginados (art. 14 respecto a art. 9.2 CE), tanto por los poderes públicos como por la práctica social. De esta manera, dichos colectivos se han visto situados "en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE" (STC 17/2003, de 30 de enero).

Como se indica en la Sentencia del Tribunal 128/1987, "pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultando de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no

menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador u otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación de otras categorías sociales. (...) No resulta, pues, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y, desde luego, tampoco reside en que la mujer tenga superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos. La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que **coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación.**"

El mandato constitucional de lucha contra la discriminación no se limita, en efecto, a las meras declaraciones formales (aquellas que establecen sin causa un trato diferenciado por razón del sexo): también comprende las llamadas "discriminaciones indirectas" (SSTC 198/1996, 145/1991, 286/1994, 147/1995, 41/1999, etc.). El art. 14 alcanza también a aquellas situaciones respecto a las que la condición de género no es, aparentemente, origen de un tratamiento normativo diferenciado, pero que, sin embargo, tienen consecuencias últimas que incluyen un perjuicio para los sujetos de un determinado sexo, aunque la cláusula no tenga esa intención. Resulta imprescindible, pues, someter a un especialmente riguroso juicio de razonabilidad aquellas situaciones en las que el sexo no sea constitutivo de desventaja, pero que ocasionan en la práctica condiciones menos favorables para las mujeres. Y ello debe hacerse en función de un análisis del mercado de trabajo, proyectando las consecuencias sobre el conjunto asalariado a fin de identificar aquellas prácticas o redactados que tienen como resultado que las asalariadas se encuentren en desventaja profesional o de cobertura del sistema de Seguridad Social. Como se afirma en el art. 2.2 de la Directiva 2002/73, constituye una discriminación indirecta "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios"

En efecto, por lo que hace al organismo jurisdiccional comunitario, cabe recordar que su doctrina ha venido insistiendo con reiteración, en relación con la interpretación de la Directiva 79/7 sobre igualdad de trato en los regímenes legales de la Seguridad Social y la Directiva 86/378 sobre

protección en los regímenes profesionales de la Seguridad Social (posteriormente modificada por la Directiva 96/ 97 de 20 de diciembre de 1996), que son susceptibles de vulnerar el derecho a la no discriminación aquellas normas o prácticas nacionales que tienen efectos negativos, aun indirectos, en materia prestacional para el colectivo femenino. No es baladí recordar que la primera de las normas citadas contempla en su artículo cuarto la implantación del principio de igualdad de trato que exigirá la ausencia de toda discriminación directa o indirecta fundada en el sexo, estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo -al ámbito de aplicación de los regímenes y condiciones de acceso a los mismos, -la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, -el cálculo de las prestaciones incluidos los aumentos por cónyuge o persona a cargo y las condiciones de duración y mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Es precisamente la noción de "discriminación indirecta" contenida en el precepto invocado la que ha venido dando lugar a una larga serie de pronunciamientos por el TJCEE que han considerado contrarias al acervo legislativo comunitario aquellas legislaciones que comportan redactados que, en la práctica -aun carentes de ánimo discriminatorio-, conllevan efectos negativos para las mujeres, en función de los elementos sociales, históricos o simplemente estadísticos concurrentes. Baste citar, a este respecto, las Sentencias de 13 de diciembre de 1989, (Ruzius) y 24 de febrero de 1994, (Roks). En ambas, relativas a situaciones personales de contratación a tiempo parcial, se llega a la conclusión que los efectos negativos en materia de prestaciones que dicha atipicidad contractual comporta, era indirectamente discriminatorio, en tanto que el número de mujeres afectadas perjudicialmente por esta forma de tratamiento era mucho mayor que el de hombres, por su evidente feminización, aunque la norma nacional se halle redactada en forma neutra. "

Dicha doctrina ha sido recogida en forma expresa por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, entre otras en las Sentencias 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo, etc. Se afirma, así, en la primera de las Sentencias: "Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial —STJCE de 27 de junio de 1990—, trabajadores con menos

de dos años de permanencia en su puesto de trabajo —STJCE de 9 de febrero de 1999—, trabajadores con menos fuerza física —STC 149/1991—, etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo”. Para proseguir: “En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho”. Y finalizar: “debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que “cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso las mujeres—, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE” (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”

Constatada la realidad objetiva y la jurisprudencia existente es evidente, en ese sentido, que en la práctica el derecho a la reducción de jornada por razón de responsabilidades familiares **no tiene una condición neutra**. En ese marco, el art. 211. 1 TRLGSS se convierte en una clara **rémora para la actividad profesional de las mujeres**, el nivel de cobertura de las prestaciones de Seguridad Social y la debida atención de la familia a sus miembros y, especialmente, a los hijos. Supone en definitiva que estamos ante un precepto de redacción aparentemente neutra pues regula en abstracto, las pautas para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo, pero en la realidad, como demuestran las estadísticas objetivas, impacta de forma negativa sobre el colectivo de mujeres trabajadoras que son quienes en un porcentaje más que abrumador se ven repercutidas por la reducción del

importe de la prestación. En efecto, son ellas quienes en un porcentaje superior al 90% abandonan el trabajo por razones familiares, y las que en mayor porcentaje trabajan una jornada "parcial" por obligaciones familiares (cuidado de niños o de adultos enfermos o discapacitados), pues dicen los datos que sobre un total de población femenina ocupada del 39,43% en 2004, de la que el 41% es asalariada, el 99,05% tiene jornada "parcial" por obligaciones familiares (doc. 2).

**Este impacto negativo es el que hace perder la "neutralidad a la norma", llevándonos a considerar en definitiva que estamos ante una situación de discriminación indirecta.**

Por último cabe añadir otro argumento, de comparación con la regulación de los efectos del disfrute de derechos relacionados con la maternidad y la paternidad, en los supuestos de excedencia voluntaria, situación en la que la suspensión del contrato opera como un paréntesis al los efectos de las prestaciones de Seguridad Social manera que la prestación de desempleo, en caso de perder el trabajo, no se ve disminuida por el hecho de haber hecho uso del derecho a la excedencia por razón de la maternidad o paternidad. Ello implica que en la realidad se hace de peor condición a quienes – sobre todo a las mujeres- que por voluntad o por necesidad, mantienen el vínculo con el sistema compatibilizando el trabajo con el cuidado los hijos pequeños mediante la formula de la reducción de jornada, que a quienes se desvinculan temporalmente del mercado de trabajo optando por la excedencia. Debe decirse también que precisamente la compatibilización de trabajo y cuidados, con la "formula" jornada reducida es una opción que refuerza la igualdad de oportunidades de forma eficaz pues, en la medida en que no hay alejamiento del mercado de trabajo, se potencia la inserción, se mantienen mejores condiciones de competencia y, se asegura la vinculación con el mercado de trabajo.

El trato socialmente diferenciado entre géneros que provoca el art. 211 TRLGSS, aún su carácter neutro, carece a nuestro juicio de razón justificativa.

Nos hallamos, por tanto, ante un supuesto evidente de discriminación indirecta que justifica la petición de reforma urgente e inmediata de la misma.

**TERCERA.**- La urgente necesidad de reformar el artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social para poner fin a la discriminación indirecta sexista de la mujer que se encuentra en situación de reducción de jornada por el cuidado de un hijo menor de 6 años o para el cuidado de o disminuido psíquico o sensorial.

Con independencia del pronunciamiento final del Tribunal Constitucional según criterio de los suscritos es necesaria y urgente una reforma legal que ponga fin a esta situación discriminatoria y profundamente injusta para la mujer trabajadora que encontrándose con una situación de reducción de jornada por guarda legal ve extinguido el contrato por despido individual o colectivo (cierre empresas) y que ve notoriamente reducida la prestación por desempleo coincidente en el porcentaje proporcional de la reducción de jornada que venia realizando en los últimos 6 meses.

En base a ello nos dirigimos a esa Institución para que promueva las reformas legales necesarias para modificar el art. 211 de la LGSS, dándole una nueva redacción mediante la cual en el supuesto de extinción del contrato o despido de trabajadores/as en situación de reducción de jornada por guarda legal se tomen las bases de cotización de los últimos 6 meses anteriores al hecho causante como cotizadas a tiempo completo con el fin de que la mujer trabajadora que optó por la reducción de jornada para la guarda legal, no se vea perjudicada tras el despido o cierre de empresa. Por todo ello al Defensor del Pueblo

**SOLICITAN:**

Que admitiendo este escrito se tenga por realizada la presente denuncia en la que se solicita de esa Institución que se inste al Gobierno y a las Cortes a la necesaria reforma del art. 211 de la Ley General de Seguridad Social en los términos solicitados.

Barcelona a 8 de Febrero de 2006

(42 signatures)