

La reducción de la jornada por cuidado de menor: impacto en las retribuciones y perspectiva de género

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
de Canarias/Las Palmas 769/2021, de 29 de julio**

Ana Rosa Argüelles Blanco

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*

Extracto

El caso comentado es el de una trabajadora que ejerció el derecho a la reducción de la jornada por cuidado de menor, y que sufrió una reducción en el mismo porcentaje del conjunto de sus complementos salariales. El tribunal entiende que la práctica empresarial es correcta, porque la regla general de igualdad de derechos entre las personas trabajadoras a tiempo parcial y a tiempo completo se exceptúa cuando, en atención a su naturaleza, tales derechos deban ser reconocidos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. En línea con el voto particular formulado por una magistrada, la comentarista considera que no se ha tenido en cuenta la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas que ordena la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Palabras clave: jornada reducida por cuidado de menores; complementos salariales; discriminación indirecta; brecha salarial.

Cómo citar: Argüelles Blanco, Ana Rosa. (2021). La reducción de la jornada por cuidado de menor: impacto en las retribuciones y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 769/2021, de 29 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 123-131.

Part-time work to care for children: impact on pay and gender perspective

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 769/2021, of 29 July

Ana Rosa Argüelles Blanco

Abstract

In the present case, a female worker exercising the right to a shorter working day to care for children, suffered a proportional decrease in her salary supplements. The Court considers that this management policy is correct, because the general rule of equal rights between part-time and full-time workers is excepted where the principle of *pro rata temporis* should be applied. The commentator considers, in line with a dissenting vote, that the resolution has not taken into account the principle of equality in the interpretation and application of the norms, ordered by Organic Law 3/2007, of March 22, for effective equality between women and men.

Keywords: part-time work to care for children; salary supplements; indirect discrimination; gender pay gap.

Citation: Argüelles Blanco, Ana Rosa. (2021). Part-time work to care for children: impact on pay and gender perspective. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 769/2021, of 29 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 123-131.

1. Marco normativo

La lectura de la [sentencia comentada](#), y la resolución del recurso de suplicación interpuesto, tienen un marco jurídico en el que podemos distinguir varias subáreas o subconjuntos normativos, unos identificados por las partes y otro, pese a su relevancia, que permanece en el trasfondo sin haber sido destacado. De él forman parte las previsiones sobre retribuciones de los artículos 26 y 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el [artículo 4.2 f\)](#); como también las cláusulas incluidas en el convenio colectivo suscrito a nivel de empresa en la materia, a las que luego me referiré con mayor precisión. Igualmente, el conflicto se contextualiza –a nuestro juicio, equivocadamente– aludiendo al alcance de la regulación sobre el contrato a tiempo parcial, y, en particular, la regla que recoge la [letra d\) del artículo 12.4 del ET](#), sobre igualdad de derechos con las personas trabajadoras a tiempo completo. En ella se señala que esos derechos pueden ser matizados, reconociéndolos de manera proporcional, entre otras fuentes, en los convenios colectivos. Excepción esta a la regla de igualdad aludida por la empresa en su defensa y considerada crucial por los órganos jurisdiccionales concededores del conflicto individual entre partes.

Pero es necesario poner de relieve que, además, no se puede olvidar para alcanzar una solución de equidad la relación con el caso de otro conjunto normativo, de gran relevancia para la resolución de cualquier conflicto en el que, de forma directa o indirecta, pudiera tener como propósito o producir como efecto una discriminación por razón de sexo. De este conjunto normativo, el relativo al derecho a la igualdad y no discriminación ([art. 14 Constitución española](#)), forma parte un importante y numeroso conjunto de disposiciones de ámbito internacional y del derecho de la Unión Europea que no es oportuno detallar aquí, pero del que han surgido compromisos para el Estado español y sus poderes, incluido el Judicial, que, además, debe tener presente la «interpretación conforme» de las normas estatales con el derecho de la Unión. Como es preciso valorar todas las vicisitudes de la relación laboral con pleno conocimiento de los conceptos y preceptos de la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y, en particular, aquel donde se declara la «Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas» ([art. 4](#)), demasiadas veces olvidado en las resoluciones judiciales.

Se menciona en los hechos probados que la actora presta servicios a jornada parcial «al haber solicitado y obtenido una reducción de jornada para el cuidado de hijo». No se nos precisa en la [sentencia comentada](#) cuál era la edad del sujeto causante del ejercicio del derecho, quizá excedía de aquella para la que se concede legalmente. Pero de no ser

así (de otro modo quizá la reducción de jornada fuera por acuerdo individual o conforme a convenio al que sujetarse en sus efectos, pero ello no se menciona), también habría de tenerse en cuenta que, en puridad, no estaríamos ante un contrato a tiempo parcial –aunque es su regulación a la que aluden las partes y los órganos jurisdiccionales reiteradamente–, sino ante un supuesto regulado por el [artículo 37.6 del ET](#), que solo cita muy de pasada el tribunal superior de justicia (TSJ) en el fundamento jurídico segundo. Precepto más claramente engarzado que el [artículo 12](#) con los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que deberán reconocerse «evitando toda discriminación basada en su ejercicio» ([art. 44.1 LOIEMH](#)).

2. Supuesto de hecho

La sentencia del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación de doña Milagrosa, y confirma la sentencia, también desestimatoria, del Juzgado de lo Social número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, dictada en virtud de demanda presentada por la trabajadora en reclamación de «Otros derechos laborales individuales». Concretamente en la demanda promovida frente a la empresa y el Fondo de garantía salarial, se solicitaba el abono de las diferencias salariales entre las retribuciones recibidas y las que, a su juicio, debieron abonársele por aquellos periodos en los que trabajó disfrutando una reducción de la jornada para el cuidado de hijo/a. Tales diferencias salariales estaban relacionadas con los pluses de actividad, disponibilidad, localización, nocturnidad, turnicidad y antigüedad, que se le abonaron al 50 % desde enero de 2019, dado que comenzó entonces a prestar servicios a jornada parcial, reducida en aquel mismo porcentaje, por haber solicitado y obtenido el ejercicio del mencionado derecho a la reducción de jornada. El TSJ considera acreditado –en rigor, no combatido por la empresa– que «la jornada parcial de la trabajadora se traduce en menos días de trabajo, si bien los días que trabaja realiza horario nocturno, a turnos, a turnos localizados y mantiene disponibilidad».

La trabajadora accionó en instancia reclamando el 100 % del importe de los referidos pluses, entendiendo que se habrían infringido los artículos 41 («Retribuciones») y 46 («Pluses») del convenio de la empresa, en relación con diferentes preceptos legales, como el [36.1 del ET](#) (sobre el plus de nocturnidad y disponibilidad) o el [36.3 del ET](#) (plus de turnicidad). Y ello porque, aunque el primer precepto convencional mencionado establecía el principio de proporcionalidad en el abono de las retribuciones a las personas contratadas a jornada parcial o con jornada reducida, en el desarrollo de cada uno de los pluses controvertidos «su devengo no está asociado a la jornada».

La sentencia de instancia desestima la demanda basándose en lo dispuesto en la ya citada [letra d\) del artículo 12.4 del ET](#); esto es, que:

Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado [...].

Así pues, razona el juzgado, la regla general de igualdad admite la excepción de la proporcionalidad, de forma que, disponiendo esta proporcionalidad el convenio colectivo, no se podía acoger la pretensión de la demandante. A la misma conclusión conduciría el artículo 41 del convenio colectivo de la empresa, al disponer que «[e]l personal fijo que trabaje a tiempo parcial o por jornada reducida experimentará una reducción proporcional en todas y cada una de las retribuciones incluida la antigüedad».

Frente a esa resolución en instancia, recurre en suplicación la trabajadora, insistiendo en que «en el desarrollo de cada uno de los pluses controvertidos por el artículo 46 Cco, no se vincula su percepción a la jornada realizada» y citando en apoyo de sus pretensiones, «sin razonar ni argumentar en qué medida la sentencia de instancia infringe las mismas», a juicio del TSJ, una Sentencia del TSJ (STSJ) de Cataluña de 21 de mayo de 2019, que también nos advierte que no constituye jurisprudencia –obviamente es así–, y una Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de noviembre de 2017 en la que se estableció la igualdad de derechos para personas trabajadoras a tiempo parcial y a tiempo completo para el derecho a disfrutar un plus de asistencia en un caso en el que las partes negociadoras del convenio de aplicación no fijaron ninguna reducción para dicho complemento, por lo que entiende el TSJ actuante que no es aplicable al supuesto de autos, en el que sí existe una previsión convencional –el ya reproducido texto del art. 46 convenio colectivo– que tanto la parte empresarial como el tribunal consideran que conduce a una solución distinta.

3. Puntos clave de la doctrina aplicada

El TSJ pone de relieve desde el principio que para la resolución del recurso la norma a la que se debe acudir es el convenio colectivo de aplicación. Y, así, reproduce la literalidad de los preceptos ya mencionados en los que se regulan las retribuciones (art. 41) y los pluses (art. 46). El primero con la ya dos veces mencionada expresión de que «[e]l personal [...] que trabaje a tiempo parcial o por jornada reducida experimentará una reducción proporcional *en todas y cada una de las retribuciones* incluida la antigüedad» (la cursiva es mía; sí en este caso, aunque a él también alude el TSJ, pese a que, curiosamente, no aparezca como tal en la sentencia publicada). Sin más matices. Por tanto, tales términos parecen no dejar lugar a dudas –es lo que pensamos que entiende el tribunal– de la intención por parte de los sujetos firmantes de que ningún complemento o plus escape a esa regla y sea cobrado íntegro en el caso de una jornada reducida por cualquier causa a la que obedezca tal reducción.

Otro argumento que utiliza la Sala de lo Social del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria para reforzar la solución que terminará por ofrecer son los criterios jurisprudenciales que rigen sobre la interpretación de convenios colectivos, con cita, entre otras, de la [STS de 16 de enero de 2018 \(rec. 13/2017\)](#). En apretada síntesis de las consideraciones realizadas por aquella sala en suplicación, recordando la jurisprudencia mencionada, señala que esa interpretación debe hacerse utilizando los siguientes criterios: la interpretación literal, salvo que sean sus cláusulas contrarias a la intención evidente de las partes; la interpretación sistemática; la interpretación histórica; y la interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras.

A juicio de la sala, el caso sometido a su consideración no deja lugar a dudas: el criterio de la proporcionalidad en los pluses debe regir la resolución de la controversia, puesto que la regla general de proporcionalidad sentada para los casos de reducción de la jornada en el artículo 41 no tiene por qué reproducirse individualmente para cada uno de los recogidos en el artículo 46, «salvo que al respecto de alguno/os de ellos los negociadores del convenio hubiesen querido establecer otra solución, lo que no acontece en el caso de autos». También alude la sala a la conformidad de esa regulación convencional con la jurisprudencia sentada sobre el [artículo 12.4 d\) del ET](#), y cita cómo una STS de 12 de marzo de 2018 indica que el precepto:

[...] matiza el principio de igualdad haciendo una diferenciación razonable, esto es, acudiendo al principio de proporcionalidad cuando así corresponde a la naturaleza de los derechos aplicables, y lo hace de forma imperativa, por lo que la regla general aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, no es ya la de la igualdad de derecho pura y simple, sino la de acomodar el disfrute de aquellos derechos que no se consideran divisibles a la proporcionalidad derivada de la situación desigual en que se encuentran, lo cual supone aplicar en plenitud a esta clase de trabajadores aquellos derechos que por su naturaleza sean indivisibles y, en cambio, reconocérselos solo proporcionalmente cuando el beneficio es susceptible de algún tipo de medición.

No nos extendemos en más argumentos de los recogidos por el TSJ, pues reitera que la clave para decidir la controversia está en el texto del [artículo 12.4 d\) del ET](#), con profusa referencia a múltiples sentencias del TS en las que aparecen recogidos pasajes similares al antes citado. Incluso algunas en las que se pone de relieve, de nuevo para llamar la atención sobre lo determinante que resulta la regla general fijada por el artículo 41 del convenio, su carácter mixto como norma de origen contractual, aunque con eficacia normativa, recordando el carácter subsidiario de las normas de interpretación de los [artículos 1.282 y siguientes del Código Civil](#), de forma que, cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical, siendo factor, por tanto, decisivo las palabras empleadas y, solo en el caso de que no lo sean, se estará a la intención evidente de las partes contratantes. Añado yo: siempre, claro, que aquellas claras palabras y esa intención evidente sean conformes a la legalidad vigente y, desde luego, no atenten derechos y principios constitucionales.

También es preciso indicar que el TSJ recuerda el carácter extraordinario del recurso de suplicación que debe centrarse únicamente en las cuestiones promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia. Por lo que señala que «no habiéndose planteado ninguna otra cuestión por la recurrente [...] procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto, confirmando en su integridad la sentencia de instancia». Esta comentarista considera, quizá equivocadamente, que en último término excusa aquí la mayoría de la sala el no haber entrado a considerar las consecuencias sobre el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres de los efectos de la aplicada regla de proporcionalidad en las retribuciones cuando la jornada es reducida por la concreta causa por la que esta se produjo: la guarda legal de menor. Que sorprende que no haya sido el motivo incisivo y decisivo utilizado en defensa de los derechos de la trabajadora a las diferencias de cantidad reclamadas por parte de su representación letrada. Pero no sorprende menos el excesivo rigor formalista por parte del tribunal que no se detiene en valorar, en atención a los principios y derechos mencionados en nuestro párrafo anterior, algunas consideraciones apuntadas por la demandante/recurrente. Entre otras, y respecto del plus de disponibilidad, que:

Dicho plus responde a una característica especial del concreto puesto de trabajo que obliga a la disponibilidad y a alteraciones de los horarios de trabajo [...] [y] es el que evidencia de forma más clara que su percibo se define al margen de la jornada, pues retribuye el «mero hecho de estar disponible» y esta es una circunstancia ajena a prestar servicios a jornada completa o a jornada parcial.

4. Posibilidad de consolidación y valoración crítica

Como no podía ser de otro modo, advierte la [STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de julio de 2021](#) que contra su resolución cabe recurso de casación para unificación de doctrina. No parece que haya sido utilizada esa posibilidad. En todo caso, nos corresponde valorar si cabe deducir de la lectura de esta sentencia que sienta una doctrina que pudiera hacer suya el TS y llegar a unificarla para casos que presenten las necesarias similitudes. Creo que mi corazón de feminista e igualitarista convencida tanto como mi mente de jurista entienden que no. Cuando menos, me parece que hay poderosas razones por las que el Alto Tribunal podría estimar parcialmente las reclamaciones de cantidad de la trabajadora, al menos por lo que respecta a la reducción experimentada en determinados pluses. Debiendo ser analizados cada uno de ellos, individualmente, para tener en cuenta cuál es su finalidad, qué trata de retribuir o compensar de las circunstancias o condiciones en las que el trabajo se presta. Y, en general, considerando cuidadosamente para todos al hacer esa valoración las repercusiones sobre la tantas veces comentada brecha salarial entre mujeres y hombres que provoca el diferente ejercicio de los derechos de conciliación –y, en particular, el de reducción de la jornada– por parte de unas y otros, como consecuencia de los consolidados roles de género en los cuidados de las personas dependientes.

El voto particular formulado por la magistrada doña Gloria Poyatos i Matas debió ser muy ilustrativo para el resto de sus compañeras y compañeros de sala. Y tampoco hay que descartar –continúo especulando– que la notoriedad pública de esta magistrada en pro de la causa feminista no haya jugado, precisamente, a favor de que la mayoría de la sala reconsiderara su decisión cuando, seguramente, les expuso los extensos fundamentos de derecho en los que apoya ese voto discrepante. Que, analizados y comentados con calma y rigurosamente, darían para un artículo científico, pero no es esta la pretensión de este sencillo comentario de sentencia. Así que nos limitaremos aquí a destacar algunos de los que compartimos, y pensamos que el TS tendría en cuenta (bien es verdad que se agradecería que desde la demanda presentada en instancia la argumentación de parte hubiera sido más clara en esta línea, pero *iura novit curia*, y siempre hemos presumido de un mayor interés del orden social de la jurisdicción por la búsqueda de la justicia material, de modo que no quede frustrada por rigorismos formales o la impericia de la representación y defensa letrada).

Como bien señala la magistrada Poyatos, no se ha valorado el impacto de género de «una aplicación ciega de la proporcionalidad, sin ponderar la finalidad de los pluses». Este tipo de valoración sabemos bien que puede conducir a discriminaciones indirectas ([art. 6.2 LOIEMH](#)), en materia retributiva, pues se considerará como tal:

[...] la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro [...] salvo que [...] puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

También es sobradamente conocido que para que exista y se declare una discriminación indirecta es irrelevante que haya habido o no un móvil o intención de discriminar. Y que, puesto que de una posible lesión de un derecho fundamental se trata, a la parte que alegue la presunta discriminación (le faltó hacerlo con claridad al abogado o la abogada de doña Milagrosa) le bastará justificar la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación del derecho fundamental ([art. 181.2 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)). Indicios sobre el impacto de género de este tipo de conflictos que se podrían obtener de fuentes muy diversas, a algunas de las cuales el propio voto particular alude (datos del Instituto Nacional de Estadística, Eurostat o sobre las demandas interpuestas por mujeres del Consejo General del Poder Judicial). Ciertamente, la reclamación de cantidad no es una de aquellas demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente a las que se refiere el [artículo 184 de la LRJS](#), a las que se acumulará la pretensión de tutela del derecho fundamental y, con ello, las reglas y garantías previstas en los [artículos 177 y siguientes \(art. 178.2\)](#). Es posible que no acertara la parte al escoger la vía procesal más oportuna, en la que se prestaría una mayor atención al impacto adverso para el colectivo mayoritariamente integrado por mujeres que aquella cláusula aparentemente neutral sobre la reducción de los complementos salariales en caso de la reducción de la jornada tiene.

Tampoco es baladí la consideración realizada en el voto particular de que, aunque el [Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva, no es por razón de su fecha aplicable al caso de autos, sí estaba vigente y podía haber servido de guía interpretativa el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), y sus criterios sobre cómo debía ser modificada nuestra normativa para garantizar de forma real y efectiva el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, también en los complementos salariales. Es tan prolijo en argumentos el voto particular que no puedo más que remitir a su lectura detenida, pues allí se referencian sentencias tanto de la Audiencia Nacional como del TS, e incluso del propio TSJ, en las que se ha entendido que deben abonarse determinados pluses íntegramente (por ejemplo, el de asistencia en la [STS de 10 de noviembre de 2017, rec. 188/2016](#)) atendida su finalidad, que no estaba vinculada a la jornada y se cumplía también cuando fuera reducida.

En conclusión, la clave, en mi modesta opinión, está en que juzgar sobre cualquier conflicto entre trabajadora y empresa requerirá tener siempre en cuenta que «[l]a igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» ([art. 4 LOIEMH](#)). Y que a este principio tampoco escapan las cláusulas convencionales, por mucho que se aluda a su naturaleza mixta entre contrato «colectivo» y norma. Por consiguiente, me reafirmo en lo que ya he sostenido en algún comentario precedente: entre dos opciones interpretativas posibles, ante la duda, aplíquese la más favorable a la igualdad. Y a la vista del concreto problema aquí analizado, encárguese el Poder Judicial –cuando no lo hace la Administración laboral, como debiera, en uso de la facultad atribuida en el [art. 90.6 ET](#)– de no contribuir a consolidar la pertinaz brecha de género que existe en nuestro país.