

**COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER
EQUALITY, NON-DISCRIMINATION AND WORK-LIFE BALANCE**

Abstract

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 2/2016 of IUSLabor is dedicated to equality, non-discrimination and work-life measures. We have had the collaboration of internationally renowned academics and professionals from Belgium, France, Greece, Italy, Portugal, Spain, Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Dominican Republic, Mexico, Peru, Uruguay, Canada and the United States.

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 2/2016 de IUSLabor está dedicado a la igualdad, no discriminación y conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Hemos obtenido la participación de académicos y profesionales de prestigio de Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Portugal, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana, Uruguay, Canadá y Estados Unidos.

Título: Comparative Labor Law Dossier. Igualdad, no discriminación y conciliación de la vida laboral, familiar y personal

Keywords: equality, non-discrimination, work-life balance, leave of absence, maternity leave, paternity leave, right to accommodation.

Palabras clave: igualdad, no discriminación, conciliación de la vida laboral, familiar y personal, permisos, permiso maternidad, permiso paternidad, derecho a adaptar la distribución del tiempo de trabajo.

IUSLabor 2/2016, p. 1-176, ISSN 1699-2938

Summary

1. Equality, non-discrimination and work-life balance in Belgium, by Sarah De Groof and Miet Vanhegen
2. Egalité, non-discrimination et équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle en France, pour Clara Gandin
3. Equality, non-discrimination and work-life balance in Greece, by Panayota Petroglou
4. Equality, non-discrimination and work-life balance in Italy, by Rosita Zucaro
5. Equality, non-discrimination and work-life balance in Portugal, by Maria do Rosário Palma-Ramalho and Teresa Coelho Moreira
6. Igualdad, no discriminación y conciliación en España, por María Amparo Ballester Pastor
7. Igualdad, no discriminación y conciliación en Argentina, por María del Carmen Piña
8. Igualdad, no discriminación y conciliación en Brasil, por Eduardo Pragmácio Filho y Helena Stela Sampaio
9. Igualdad, no discriminación y conciliación en Chile, por Carmen Elena Domínguez y Romina Urzúa Arce
10. Igualdad, no discriminación y conciliación en Costa Rica, por Isabel C. Jaramillo Arango y Alexander Godínez Vargas
11. Igualdad, no discriminación y conciliación en México, por Josefa Montalvo Romero
12. Igualdad, no discriminación y conciliación en el Perú, por Cecilia Guzman-Barrón Leidinger y Maria Katia Garcia Landaburu
13. Igualdad, no discriminación y conciliación en República Dominicana, por Fernando A. Roedán H. y Javier A. Suárez A.
14. Igualdad, no discriminación y conciliación en Uruguay, por Leticia Iglesias Merrone
15. Equality, non-discrimination and work-life balance in Canada, by Eric Tucker and Alec Stromdahl
16. Equality, non-discrimination and work-life balance in the United States, by Ann C. McGinley

EQUALITY, NON-DISCRIMINATION AND WORK-LIFE BALANCE IN BELGIUM

Sarah De Groof and Miet Vanhegen

Doctoral researcher and researcher at KU Leuven, Institute for Labour Law

Introduction

In the last quarter of 2015, the employment rate in Belgium was equal to 61,8%: 58,3% for women and 65,2% for men. The unemployment rate, however, is higher among men: 8,1% of women who were searching for a job did not have one, versus 9.3% of men.¹ Based on figures for 2014, 24,1% of the total employed work force worked part time in Belgium (compared to 20,4% in the EU-28): 41,4% of the female versus 9,1% of the male employed workforce (compared to 32,8% and 9,9% in the EU-28).² Women have on average 3 hours less per week for rest and leisure compared to man.³ Women taking care of children are less likely to work than women without children. For man, the reverse is true: they are more likely to work if there are children.⁴ Parental leave is mostly taken by women, although women are catching up: in 2002 only 9% of all employees taking parental leave were man compared to 28% in 2012. Men especially use this parental leave to reduce their working time by 1/5th.⁵ Women more often work in the services sector.⁶

Globally, the gender pay gap in Belgium tends to decrease. According to the latest reports on the gender pay gap, women earn approximately 9% less per hour than men. At the end of the '90, this number was still 19%. Therefore, Belgium does better than the European average of 16%. However, this only entails the hour based pay gap. When the pay gap is calculated on an annual basis and thus the effect of part time employment –which is typically overrepresented by women– is taken into account, the pay gap is much bigger (22%) and does not decrease, on the contrary, it remained high over the last few years. It is important to emphasize both numbers, since the uneven distribution in working time is not gender neutral. The fact that women are more likely to work part time, makes a big part of the inequality on the labour market.⁷

¹ http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/cijfers/arbeid_leven/werk/trimestrieeel/.

² [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Labour_market_and_Labour_force_survey_\(LFS\)_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Labour_market_and_Labour_force_survey_(LFS)_statistics)

³ http://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/60%20-%20Gender%20and%20income_ENG.pdf, 261.

⁴ http://statbel.fgov.be/nl/modules/pressrelease/statistieken/arbeidsmarkt_en_levensomstandigheden/pres_de_38_des_personnes_occupees_combinent_un_emploi_avec_des_enfants_de_moins_de_15_ans.jsp

⁵ <http://www.rosadoc.be/joomla/index.php/kwesties/arbeid-zorg/vlaamse-cijfer>

⁶ <http://www.rosadoc.be/joomla/index.php/kwesties/arbeid-zorg/vlaamse-cijfers>

⁷ http://igvm-iefh.belgium.be/nl/activiteiten/arbeid/loonkloof/stand_van_zaken_in_belgie

1. Is sex a cause of discrimination in your legal system? What other circumstances are discriminatory? Does the prohibition of discrimination also include indirect discrimination?

Belgian anti-discrimination law exhaustively lists the grounds that are a ground of discrimination. A first important ground is sex, which is regulated in the law of 10 May 2007 on combatting the discrimination between women and men (*Gender Law*).⁸ The main purpose of this law is to create a general framework to combat discrimination on the grounds of sex.⁹ One of the scopes of the law is labour relations, which entails areas such as employment, the conditions for the access to work, working conditions, severance pay, etc.¹⁰

Other causes or circumstances of discrimination that are prohibited in the Belgian anti-discrimination law are: age, sexual orientation, marital status, birth, capital, belief or conviction, political affiliation, union conviction, language, current or future state of health, disability, physical or genetic characteristics or social origin.¹¹ There is also a law on the punishment of certain acts motivated by racism or xenophobia, which provides for protection against discrimination on the grounds of race, skin color, origin or national or ethnic descent.¹²

The prohibition of discrimination (in the labor market) also includes a prohibition of indirect discrimination for all of these protected grounds. Indirect discrimination occurs when an apparently neutral provision, measure or action has the possibility to harm persons who are characterized by a certain protected ground in particular, in comparison with other persons and such a provision, measure or action cannot be objectively justified by a legitimate goal and the means to accomplish this goal are not appropriate and necessary.¹³

⁸ Article 19 Law of 10 Mai 2007 on combatting the discrimination between women and men, *BS* 30 Mai 2007 (*Gender Law*).

⁹ Article 3 *Gender Law*.

¹⁰ Article 6, § 1 *Gender Law*.

¹¹ Article 3 Law of 10 Mai 2007 on combatting certain forms of discrimination, *BS* 30 Mai 2007.

¹² Article 3 Law of 30 July 1981 on the punishment of certain acts motivated by racism or xenophobia, *BS* 8 August 1981.

¹³ Articles 9 and 14 Law of 10 Mai 2007 on combatting certain forms of discrimination, *BS* 30 Mai 2007; Articles 15 and 19 *Gender Law*; Articles 9 and 12 Law of 30 July 1981 on the punishment of certain acts motivated by racism or xenophobia, *BS* 8 August 1981.

2. What is the legal consequence of discrimination on grounds of sex or other circumstances? Specifically, what is the legal consequence of an unfair dismissal of a pregnant worker or a worker exercising work-life balance rights?

The Belgian anti-discrimination law entails a number of legal consequences when discrimination occurs.¹⁴ It provides for the nullity of contradictory stipulations and of clauses that waive the protection of the law.¹⁵ This nullity is not only applicable to discriminatory provisions in individual employment contracts or other individual agreements, but also in collective agreements, unilateral documents, work regulations, etc.¹⁶ In case of discrimination, the Belgian anti-discrimination law also provides in a complaint procedure. When a complaint is submitted, the person for whom the complaint has been submitted is protected against any negative measures. In the case of labour relations, this means that the employer cannot take any negative measures –such as dismissal or the unilateral modification of the terms of employment– with respect to this person, except when there are reasons that have nothing to do with the complaint.¹⁷ When a person deems himself as a victim of discrimination and when the Centre for Equal Opportunities or another interest group can bring facts before the court that suggest discrimination on the grounds of one of the protected criteria, the defendant (employer) has to prove that there is no discrimination.¹⁸

One of the most important legal consequences is however that the victim of discrimination can demand compensation, either on the grounds of contractual or on the grounds of extra-contractual liability. The victim has the choice between a lump-sum compensation or a compensation of the actual damage. In the latter case, the victim must proof the extent of the damages suffered.¹⁹

¹⁴ F. HENDRICKX “Discriminatie” in F. HENDRICKX and C. ENGELS (Editors), *Arbeidsrecht Deel 2*, Brugge, die Keure, 2015, 299 ev.

¹⁵ Article 15 Law of 10 Mai 2007 on combatting certain forms of discrimination, *BS* 30 Mai 2007; Article 20 Gender Law; article 13 Law of 30 July 1981 on the punishment of certain acts motivated by racism or xenophobia, *BS* 8 August 1981.

¹⁶ F. HENDRICKX “Discriminatie” in F. HENDRICKX and C. ENGELS (Editors), *Arbeidsrecht Deel 2*, Brugge, die Keure, 2015, 299 ev.

¹⁷ Article 17 Law of 10 Mai 2007 on combatting certain forms of discrimination, *BS* 30 Mai 2007; Article 22 Gender Law; Article 15 Law of 30 July 1981 on the punishment of certain acts motivated by racism or xenophobia, *BS* 8 August 1981.

¹⁸ Article 27 Law of 10 Mai 2007 on combatting certain forms of discrimination, *BS* 30 Mai 2007.

¹⁹ Article 18, §1 Law of 10 Mai 2007 on combatting certain forms of discrimination, *BS* 30 Mai 2007; article 23, §1 Gender Law; article 16 Law of 30 July 1981 on the punishment of certain acts motivated by racism or xenophobia, *BS* 8 August 1981.

According to article 4 of the Gender Law, a direct distinction on the ground of pregnancy, delivery, motherhood must be treated as a direct discrimination on the grounds of sex.²⁰

From the moment an employee is pregnant and she gives notice of that pregnancy to her employer, a special protection against dismissal comes into force. From that moment on, the employer cannot take any actions that can end the employment of the pregnant employee solely on the basis of the fact that she is pregnant. This protection against dismissal applies until one month after the postnatal leave.²¹ When the employer nevertheless dismisses the pregnant employee without proving that the reason of dismissal is not the pregnancy, the sanction is twofold. Firstly, the dismissal will be invalid and secondly, he will have to pay a dismissal indemnity equal to 6 months.²²

The same dismissal protection applies to employees who are exercising particular work-life balance rights, in the sense that there are similar dismissal indemnity schemes for employees who exercise their right to breastfeeding breaks²³, employees who take on time credit or career reduction or who reduce their work performance to part-time employment²⁴, employees who take a career break²⁵ or who exercise their right to parental leave²⁶.

3. Are there examples of wage discrimination, access to employment and/or promotion development between men and women? What treatment do these cases receive by the legislation and case law? What measures does the legislation regulate to promote equal treatment between men and women in the workplace?

The Gender Law prohibits direct and indirect discrimination in all aspects of the labor relation and is therefore applicable to wage and wage conditions.²⁷ The principle of equal pay in Belgium is also reflected in the collective agreement n° 25 concerning equal pay

²⁰ Article 4 Gender Law.

²¹ Article 40 Arbeidswet of 16 March 1971, *BS* 30 March 1971.

²² Article 40, 3th paragraph Employment Act of 16 March 1971, *BS* 30 March 1971.

²³ Article 11 Collective Bargaining Agreement n° 80 of 27 November 2001 on the introduction of a right to breastfeeding breaks, *BS* 12 February 2001.

²⁴ Article 21, §4 Collective Bargaining Agreement n° 103 of 27 June 2012 on the introduction of a system of time credit and career reduction, *BS* 31 August 2012.

²⁵ Article 101 Recovery Act of 22 January 1985 on social provisions, *BS* 24 January 1985.F.

²⁶ Article 101 Recovery Act of 22 January 1985 on social provisions, *BS* 24 January 1985; Collective Bargaining Agreement n° 64 of 29 April 1997 on the introduction of a right to parental leave, *BS* 7 November 1997; Royal Resolution of 29 October 1997 on the introduction of a right to parental leave in the light of a career break, *BS* 7 November 1997.

²⁷ Article 6, §2, 2° Gender Law.

for male and female employees, which is a conversion of the European guideline 75/117/EG.²⁸

The case law is long established. In a case of 1989 already, two employees of a university contested the fact that additional child benefits were only attributed by the employer to employees who are entitled to the state child allowance. When both parents are entitled, the legal system grants priority over the state allowance to the father. As a result, only few mothers who worked at the university received such additional benefits. According to the court, additional child benefits must be seen as a form of salary, which entails that the practice by the university entails a violation of the principle of equal pay between men and women.²⁹ In a more recent case, where an employee stated that there had been a wage difference between her and another male colleague who was hired in a similar position, the court stated that such a wage difference is only justifiable when it rests on objective criteria such as the duration and the nature of the respective professional experience.³⁰

The Gender Law is applicable in all phases of the labor relation, including in the access to employment (from application to recruitment). Discrimination on the base of gender during the recruitment of employees is therefore forbidden.³¹ This is specified in collective agreement n° 38 of 6 December 1983 regarding the recruitment and selection of workers.³² In this light, a special Royal Resolution has been adopted which determines a limited number of cases where sex can be mentioned as a condition for the access to an occupation or professional activity (such as actor, singer, dancer, model, etc.).³³

According to the Gender Law, it is not permitted to deny employees of promotion on the grounds of the discriminatory consideration of sex or on the grounds of measures that have *de facto* discrimination as consequence.³⁴ In a case of 2010, an employee of a federal public service contested the fact that only full-time work performances were taken into account for the granting of provisional pay rises. The court decided that this exclusion entailed an indirect discrimination on the grounds of sex at the expense of women, which had no objective justification.³⁵

²⁸ Collective Bargaining Agreement n° 25 of 15 October 1975 regarding equal pay for male and female employees, *BS* 25 December 1975.

²⁹ Labour Tribunal Nijvel 24 Mai 1989, *JLMB* 1989, 915.

³⁰ Labour Court Brussels 4 January 2005, *Soc. Kron.* 2005, afl. 8, 451, note J. JACQMAIN.

³¹ Article 6, §2, 1° Gender Law.

³² Article 2bis Collective Bargaining Agreement n° 38 of 6 December 1983 regarding the recruitment and selection of workers, *BS* 28 July 1984.

³³ Royal Resolution of 8 February 1979 on the determination of the cases where sex can be mentioned as a condition for the access to an occupation or professional activity, *BS* 16 February 1979.

³⁴ Article 6, §2, 2° Gender Law.

³⁵ Labour Court Brussels (3de k.), 17 December 2010, *Soc. Kron.* 2012, afl. 1, 29.

In the fight against the gender pay gap, the Belgian legislator adopted a law in 2012 in order to reduce the gender pay gap on the inter-professional, sectorial and enterprise level.³⁶ On the inter-professional level, the law prescribes the social partners to put equal pay on the agenda of the biennial national negotiations. On sectorial level, the sectorial committees have to make sure that their function classification systems are gender neutral. On the level of the enterprise, companies are now obliged to split up the sections (number of part-time or full time workers, the personnel expenses, extralegal benefits, etc.) of their social balance according to gender. When an enterprise counts more than 50 employees, it is also obliged to prepare an analysis report on the remuneration structure.

With regard to quotas, a law has been adapted in 2011, which introduces a quota at the level of the boards of directors of autonomous public companies, stock market listed companies and the National Lottery. It states that a quota of at least 1/3th of the less represented gender must be established in those boards. When they fail to comply with the quota, there are certain legal sanctions, namely the invalidity of the nomination or the suspension of the financial benefits.³⁷ A similar quota has been introduced on the level of the government. One senior civil servant in three must be a woman. When certain departments however do not meet the standard, than preference must be given to female candidate when equal laureates are presenting themselves.³⁸

4. What rights of work-life balance are recognized in your labor regulation? Specifically, does the labor regulation recognize workers the right to adapt their working time (distribution and/or reduction of working hours)? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

Belgian Labour Regulations do not acknowledge a right to work-life balance as such. However, reference to work-life balance was made when the weekly working time was in general reduced from 40 hours to 38 hours per week.³⁹ Employees are also entitled to reduce their working time if they can invoke one of the leave rights mentioned in question seven. In some cases, the employer can postpone the take up of the leave entitlement.

The employee does not have the possibility to ask for a certain *working time schedule* (for example to start at 10 instead of 8 o'clock). Under some very strict circumstances, employees who have been working for 20 years in night shifts, pregnant employees or

³⁶ Act of 22 April 2012 on combatting the gender pay gap between men and women, BS 28 August 2012; <http://igvm-iefh.belgium.be/nl>

³⁷ Act of 28 July 2011, BS 14 September 2011; <http://igvm-iefh.belgium.be/nl>

³⁸ Royal Resolution of 2 June 2012, BS 8 June 2012; <http://igvm-iefh.belgium.be/nl>

³⁹ Act 10 August 2001 regarding the reconciliation of employment and the quality of life, BS 15 September 2001.

employees with justified reasons or health issues can ask not to be employed during the night shift anymore. However, they only have the right to ask so and the employer only has to try to find another occupation (collective bargaining agreement n° 46). Only pregnant employees have a right not to be employed during the night shift 8 weeks before and 4 weeks after giving birth (article 43 EA).

The government is currently thinking of introducing more employee-led flexibility, but no concrete proposals have passed yet.⁴⁰

5. Are part-time contracts used as an instrument to achieve work-life balance? If so, is the legal regime of part-time work adequate for this purpose?

Part-time work contributes to the employee's work-life balance because fewer hours are being worked, but there are other hindrances for work-life balance. For example, since the threshold for overtime payment is higher for part-time workers (more extra hours can be worked before overtime payment is due), employers tend to use these contracts to be more free in the scheduling of working hours. Also, part-time workers working with a variable schedule only need to know their schedule 5 days in advance.

In general, research shows that part-time workers in Flanders are less likely to report having problems to combine work and family and/or social life.⁴¹ However, it is also often demonstrated that a lot of employees work involuntarily part-time, for example because this offers the employer more flexibility in scheduling the working hours.⁴²

6. Can the employer alter working hours of workers exercising work-life balance rights through overtime and/or irregular distribution of working time?

These employees are subject to the normal limitations that apply to all employees. However, if they receive a Social Security allowance to compensate for the loss of income for the reduction of working hours, it could be claimed that many overtime hours are abuse of justice.

⁴⁰ Situation on 7 June 2016.

⁴¹http://www.serv.be/sites/default/files/documenten/ID_Wat_maakt_werk_werkbaar_2004_2007_2010_2013werknemers.pdf, 53. Based on figures for 2014, 24,1% of the total employed work force worked part time in Belgium (compared to 20,4% in the EU-28): 41,4% of the female versus 9,1% of the male employed workforce (compared to 32,8% and 9,9% in the EU-28) [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Labour_market_and_Labour_force_survey_\(LFS\)_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Labour_market_and_Labour_force_survey_(LFS)_statistics).

⁴² See for example http://www.werk.be/sites/default/files/onderzoek/2012-2015/zkc6812_eindrapport_a4_eind_druk.pdf.

7. Do workers have permits or the right to suspend the employment contract (leave of absence) due to family and personal circumstances? If so, are they paid leave of absences? Do workers maintain the right to return to their previous job post? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

The Belgian system provides different leave schemes enabling an employee to reduce his/her working time with $\frac{1}{5}$ or $\frac{1}{2}$ or even fully suspend his/her employment agreement during a certain period for family related reasons. If not indicated otherwise, the employee has a true right on these reductions of working time and is in principle entitled to return to his own function:

- Maternity leave: 15 weeks (Social Security allowance).
- Parental leave: the equivalent of 3 months full time for each parent separately (for example, both mother and father can reduce their working time with $\frac{1}{5}$ th during 15 months) (Social Security allowance) (the employer can only postpone). The employee has the right to return to his function or to a similar or comparable function.
- Father's (or 'joint mothers') leave: 10 days (3 days' pay and 7 days' Social Security allowance).
- Adoption leave: maximum 6 weeks (3 days' pay and the remaining period social security allowance).
- Breastfeeding: twice a day 30 minutes of additional break until the child has reached the age of nine months old (pay).
- Foster care: 6 days a year to be shared by both parents (Social Security allowance)
- Paid and unpaid emergency leave for the reasons enumerated by law. The duration depends on the reason and so does the fact whether the employee gets his normal remuneration.
- Time credit: maximum 48 months. Only when the time credit is taken to follow a professional training, to take care of a child younger than 8 years old, to provide palliative care, to take care of a very sick close family member or to take care of a disabled child until the age of 21 years old a Social Security allowance is provided. In companies with more than 10 employees the employees have a true right to time credit (although the employer can postpone) with less than 10 employees the employers consent is required. The employee has the right to return to his function or to a similar or comparable function.
- Leave for medical assistance: 12 months fulltime or 24 months $\frac{1}{5}$ or $\frac{1}{2}$ (Social Security allowance) (the employer can only postpone).
- Palliative care: 2 months fulltime, $\frac{1}{5}$ or $\frac{1}{2}$ (Social Security allowance).

The Belgian system provides different leave schemes enabling an employee to “*reduce his working time with 1/5 or 1/2 or even fully suspend*” his/her employment agreement during a certain period for other work-life balance reasons:

- End of career: at the earliest as of 50 years old, an employee can reduce his/her working time with 1/2nd or 1/5th (social security allowance).
- Leave for political reasons: depending on the function (normal pay but the employer gets a reimbursement of the government).
- Paid educational leave: normally maximum 100 hours per year (normal pay but the employer gets a reimbursement of the government).
- Time credit for professional training. The employee has the right to return to his function or to a similar or comparable function.

8. Is there maternity leave? If so, what is its duration? Who holds the right to maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

The employee is entitled to, in principle, 15 weeks of maternity leave of which at least one and maximum six weeks must be taken before giving birth (article 28 Employment Agreement Act). The mother has to stop working during nine weeks starting from the delivery date. In case of twins, the mother is entitled to two extra weeks. The mother is entitled to a sickness allocation equal to 82% of the gross remuneration during the first 30 days of the leave. During the remaining period of the leave, the mother is entitled to 75% of the gross remuneration, but capped at 135.9133 EUR gross per day⁴³ in a six days working week.

Only mothers who have given birth are entitled to maternity leave, but the law also recognizes adoption leave. When an employee welcomes a child of less than three years old into his family, he or she is entitled to 6 weeks’ leave. If the child is older, the mother is entitled to four weeks’ leave (article 30^{ter} Employment Act). In case of foster care, the employee is entitled to 6 days’ leave per year, to be shared among both parents if they are both employees (article 30^{quater} Employment Act).

⁴³ Situation on 7 June 2016.

9. Is there paternity leave? If so, what is its duration? Who can exercise this maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

Fathers are entitled to ten days' paternity leave (article 30 Employment Agreement Act). The employee can freely decide on when to use these days within four months after the birth of the child.

During the first three days, the employee is entitled to his normal remuneration. During the following seven days, the employee is entitled to an allowance equal to 82% of his gross remunerations. If the mother's partner is female, she can also enjoy this 'paternity' leave which is then called 'birth' leave. In order to enjoy this right, they must be married, in legal cohabitation, or living with the mother since three years. Only one employee can be entitled to paternity or birth leave.

10. What is the role of collective bargaining in promoting equality between men and women in the workplace and work-life balance? Does collective bargaining often improve the legal regulation in this matter? Or does it limit the exercise of work-life balance rights?

Next to the mandatory legal provisions of the law, collective bargaining plays an important role in the standardization of wage and working conditions in Belgium. With regard to promoting equality between men and women and work-life balance, a number of generally binding collective agreements have been adopted on the matter, such as above mentioned collective agreements on the equal treatment during all phases of the labour relation⁴⁴, equal pay for male and female workers⁴⁵, the introduction of a system of time credit and career reduction⁴⁶, the introduction of breastfeeding breaks⁴⁷, the introduction of a right to parental leave⁴⁸, etc.

Collective bargaining also plays a substantial role for the reduction of the gender pay gap. As mentioned before, the law on combatting the gender pay gap between men and women

⁴⁴ Collective Bargaining Agreement n° 95 of 10 October 2008 concerning the equal treatment during all phases of the labour relation, *BS* 4 February 2009.

⁴⁵ Collective Bargaining Agreement n° 25 of 15 October 1975 regarding equal pay for male and female employees, *BS* 25 December 1975.

⁴⁶ Collective Bargaining Agreement n° 103 of 27 June 2012 on the introduction of a system of time credit and career reduction, *BS* 31 August 2012.

⁴⁷ Collective Bargaining Agreement n° 80 of 27 November 2001 on the introduction of a right to breastfeeding breaks, *BS* 12 February 2001.

⁴⁸ Collective Bargaining Agreement n° 64 of 29 April 1997 on the introduction of a right to parental leave, *BS* 7 November 1997.

obliges the social partners on inter-professional level to include equal pay on the social bargaining agenda and effectively take measures in the Inter-professional Agreement (IPA) to combat the gender pay gap, such as gender neutral classification systems. There is a similar obligation on sectorial level, where social partners have to discuss the gender pay gap during the sectoral negotiations and conclude collective bargaining agreements to combat the gender pay gap through the measure of gender neutral classification systems.⁴⁹

In general, collective bargaining at sectorial and company level is important to improve the floor of minimum rights set at national level. For example, sectorial CBA's can increase the number of employees that can enjoy time credit at the same time in one company. In this sense, collective bargaining agreements do improve the legal regulation on equality between men and women and work-life balance, since they complement, specify and improve existing legislation.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding equality, non-discrimination and work-life balance

Please note this contribution only dealt with employees from the private sector.

References and judicial decisions

ECJ, Case C-43/75 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 8 April 1976, *Jur. ECJ*, 1976, 455.

Labour Court Brussels 4 January 2005, *Soc. Kron.* 2005, 451, note J. JACQMAIN.

Labour Court Brussels 19 October 2004, *Soc. Kron.* 2005, 16, note J. JACQMAIN.

Labour Tribunal Leuven 20 January 2011, AR 10/207/A.

BAYART, C., SOTTIAUX, S. and VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, die Keure, 2008, 849 p.

⁴⁹ Act of 22 April 2012 on combatting the gender pay gap between men and women, *BS* 28 August 2012.

ÉGALITÉ, NON-DISCRIMINATION ET ÉQUILIBRE ENTRE VIE PROFESSIONNELLE ET VIE PERSONNELLE EN FRANCE

Clara Gandin

Master de droit obtenu à Sciences Po Paris

Éleve-avocate à l'EFB, spécialisée en droit du travail

Stagiaire dans un syndicat français

Introduction

Le domaine du travail constitue un terrain d'observation privilégié des inégalités entre les sexes et de l'action des pouvoirs publics visant à les réduire. En France, le premier pas vers l'égalité concrète entre femmes et hommes date de 1975, avec l'interdiction des discriminations sexuelles à l'embauche. Toutefois, de fortes inégalités persistent¹.

Si l'intégration des femmes dans le monde du travail n'a cessé de progresser, l'égalité professionnelle demeure loin d'être acquise. En effet, le taux d'emploi des femmes a rejoint celui des hommes, supérieur à 80 % quelle que soit la génération considérée, au regard notamment de la période d'éducation des enfants : entre 1970 et 1975, 6 femmes sur 10 travaillaient à l'âge de 30 ans ; depuis les années 1990, elles sont 8 sur 10. La hausse du chômage consécutive à la crise économique a cependant modifié ces chiffres : en 2014, 67,5 % des femmes étaient actives, contre 75,5 % des hommes. Toutefois, la présence croissante des femmes sur le marché du travail s'est accompagnée d'une hausse de la place du temps partiel dans leur déroulement de carrière, et plus généralement dans l'emploi. Au milieu des années 1980, il représentait 1 emploi sur 10, contre 1 poste sur 5 en 2014. Aujourd'hui, 80 % des travailleurs à temps partiel sont des femmes, et 31 % des femmes en emploi travaillent à temps partiel contre 8 % des hommes. Le taux de chômage des femmes s'est également rapproché de celui des hommes : respectivement 9.6 % et 10.2 % en 2014, contre 4.5 % et 2.5 % en 1975. Dans l'emploi en revanche, les inégalités de salaire demeurent : en 2012, la rémunération mensuelle nette d'un poste occupé par une femme était de 19.2 % inférieure à celle d'un homme. En outre, la part des femmes dans les professions intellectuelles et supérieures reste inférieure : 14.6 % contre 20.2 % en 2013. Les disparités sont encore plus criantes après la maternité : en 2014, le taux d'activité des femmes avec deux enfants en bas âge chute à 66 %, contre 97 % pour les

¹ Chiffres issus, notamment, des statistiques de la DARES : « L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes depuis 1975 » ; « Ségrégation professionnelle et écarts de salaires femmes-hommes », 6 novembre 2015 ; « Taux d'emploi des femmes », 8 juillet 2016 ; « Les femmes à temps partiel et complet », 1er juillet 2016. Ainsi que des statistiques de l'INSEE : INSEE première, N° 1454, juin 2013, « Après une naissance, un homme sur neuf réduit ou cesse temporairement son activité contre une femme sur deux » ; INSEE, fiche « Taux de chômage, par sexe », 2016.

hommes. En 2015, 30 % des femmes sont à temps partiel à partir d'un enfant, 37 % à partir de deux enfants, et 47 % à partir de trois. Plus de 48 % le font pour des raisons familiales. Tandis que la moitié des femmes arrêtent ou réduisent leur activité professionnelle après deux enfants, seuls 12 % des pères modifient leur temps d'activité au-delà de leur congé paternité. Enfin, sur 87 familles professionnelles, seules 19 sont mixtes.

Malgré l'instauration législative, en 2011, de quotas visant à assurer la féminisation des instances dirigeantes des grandes entreprises privées et publiques, les conseils d'administration et de surveillance des entreprises cotées en bourse ne comptaient que 25 à 30 % de femmes en 2015.

La persistance de ces inégalités est relevée jusque dans les rapports internationaux, tel que le *Global gender gap report*, qui en 2015 plaçait la France à la 132^e place (sur 137) en matière d'égalité de rémunération pour un travail égal. Elle vient questionner l'efficacité de l'arsenal juridique national de lutte contre les discriminations envers les femmes, qui n'a pourtant cessé de s'étoffer depuis les années 1970.

1. Le sexe est-il un motif de discrimination dans votre système juridique ? Ce dernier compte-t-il d'autres critères discriminatoires ? L'interdiction des discriminations recouvre-t-elle également la discrimination indirecte ?

L'interdiction des discriminations sexuelles dans l'emploi a fait l'objet de plusieurs lois. La première, en date du 11 juillet 1975, concernait le recrutement. Deux lois du 13 juillet 1983 et du 9 mai 2001 ont transposé les directives européennes de 1975 et de 1976 sur l'égalité de rémunération et l'égalité professionnelle entre femmes et hommes. Par extension, sont également interdits : le harcèlement discriminatoire, l'injonction à discriminer, la discrimination par représailles ou par association. Interdite en matière d'emploi privé et public, la discrimination est également une infraction pénale punie de 3 ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende. En droit pénal comme en droit civil, les discriminations sont prohibées dans le logement, l'éducation, la santé, l'accès aux biens et services publics et privés, et la protection sociale. Le contenu pénal des discriminations est toutefois plus restreint qu'au plan civil : dans l'emploi, seules sont sanctionnées pénalement les discriminations en matière d'embauche, de sanction ou de licenciement. Certaines infractions sont prévues directement dans le code du travail, en matière syndicale et en matière de sexe, de grossesse et de situation familiale.

Depuis la loi du 16 novembre 2001, qui transpose deux directives européennes de 2000, l'interdiction des discriminations a été étendue à d'autres motifs. La liste de critères prohibés de discrimination en droit français est la plus longue d'Europe : elle recouvre

aussi bien l'origine (à travers l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race), l'âge, l'état de santé, le handicap, l'orientation et l'identité sexuelles, la grossesse, la situation familiale, les mœurs, l'apparence physique, la religion, le patronyme les caractéristiques génétiques, les opinions politiques, les activités syndicales, le lieu de résidence, la perte d'autonomie, et la précarité sociale depuis 2016.

Le concept discrimination indirecte est apparu en droit français avec la loi du 27 mai 2008, en application du droit communautaire. Elle est définie comme une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre, susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une personne ou un groupe de personnes, sur la base d'un critère prohibé par la loi, à moins que la mesure considérée ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens employés pour le réaliser ne soient nécessaires et appropriés. Jusqu'à aujourd'hui, les juges d'appels et l'inspection du travail se saisissent peu de ce concept. Toutefois, plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont reconnu l'existence de discriminations indirectes fondées sur sexe. C'est le cas notamment pour l'affiliation à certains régimes de retraite, tantôt réservée à des postes traditionnellement occupés par des hommes et donc porteuse d'un désavantage pour les femmes en raison d'une ségrégation genrée des emplois (Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489) ; tantôt fondée sur le nombre d'heures travaillées, pénalisant souvent essentiellement les femmes, bien plus nombreuses à travailler à temps partiel (Soc. 3 juillet 2012, n° 10-23.013 ; Soc. 30 sept. 2013, n° 12-14.752). A également été reconnue la discrimination indirecte qu'ont pu subir des femmes d'origine étrangère dont situation irrégulière était exploitée par leur employeur (Soc. 3 nov., n° 10-20.765).

2. Quelles sont les conséquences légales d'une discrimination fondée sur le sexe ou sur d'autres motifs ? Plus spécifiquement, quelle sont les conséquences du licenciement irrégulier d'une femme enceinte ou d'un salarié exerçant son droit à un équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle (concept français : droit à une vie personnelle et familiale) ?

Le domaine d'application du droit de la non-discrimination au travail concerne autant le début et la fin de l'emploi que son exercice, notamment en matière de rémunération, de qualification, de classification, d'organisation du travail, d'affectation, de promotion professionnelle, de formation, de reclassement, de mutation ou de renouvellement de contrat.

En droit civil, toute mesure discriminatoire, qu'elle soit fondée sur le sexe ou sur un autre critère, est nulle, et doit faire l'objet d'une réparation intégrale. Cette réparation consiste, d'une part, dans une indemnisation pécuniaire qui doit être proportionnelle au préjudice

subi : rappel de salaires non perçus, mais aussi préjudice moral et perte de chance, notamment pour l'avenir en matière de droits à la retraite. D'autre part, elle peut consister dans le prononcé d'injonctions à destination de l'employeur, visant à rétablir le salarié lésé dans ses droits, par le biais, par exemple, d'une réintégration forcée au sein de l'entreprise, d'un repositionnement hiérarchique, ou bien d'un rétablissement dans ses conditions de travail antérieures à l'occurrence de la mesure discriminatoire.

En sus des peines prévues par le code pénal pour l'infraction de discrimination, le code du travail prévoit des sanctions pénales pour les discriminations en raison du sexe, de la situation de famille et de l'état de grossesse en matière de rédaction d'offres d'emploi, d'embauche ou de rupture de contrat, et concernant toute la vie professionnelle (1 an d'emprisonnement, 3.750 € d'amende). Sont aussi prévues une sanction pécuniaire pour l'employeur qui violerait son obligation de garantir l'égalité de rémunération entre femmes et hommes (1.500 € d'amende), ainsi que la possibilité pour le juge de prendre toutes mesures propres à garantir le respect de ce principe dans l'entreprise concernée.

Depuis 2014, les entreprises condamnées pour discrimination sexuelle ne peuvent obtenir de marchés publics, à moins d'avoir régularisé leur situation.

S'agissant plus précisément des discriminations fondées sur la grossesse ou la parentalité, le droit français organise une protection étendue de la salariée enceinte, au moment de l'embauche comme pendant l'exécution de son contrat de travail, et ce dès que l'employeur a connaissance de son état. En plus de permettre à la salariée d'obtenir des absences pour examens médicaux et des aménagements de ses conditions de travail, le droit du travail interdit les licenciements intervenant sur la grossesse ou le congé maternité, adoption ou parental, sauf exception grave. Il garantit également à la salariée de retrouver son poste au retour de son congé, ainsi qu'une évolution salariale proportionnelle à la moyenne de celle perçue par l'ensemble de ses collègues pendant son absence. De manière générale, les mesures fondées sur la grossesse ou sur la situation de famille sont discriminatoires et donc prohibées.

3. Existe-t-il des exemples de discriminations fondées sur le sexe en matière de salaire, d'accès à l'emploi et/ou de promotion ? De quelle manière le législateur et le juge appréhendent-ils ces situations ? Quelles mesures la loi régule-t-elle afin de promouvoir l'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail ?

Au cours de ces dernières années s'est construit un véritable corpus jurisprudentiel en matière de discriminations fondées sur le sexe ou sur la grossesse.

En matière de grossesse et de maternité, les exemples sont nombreux : sanction d'un refus de promotion motivé par la survenance d'un congé de maternité (Soc. 16 décembre 2008, n° 06-45.262) ; nécessité pour le juge d'examiner les mesures préparatoires au licenciement intervenues pendant la période de protection accordée aux femmes enceintes (Soc. 2 juillet 2014, n° 12-29.385) ; application stricte de la règle selon laquelle lorsque la salariée notifie sa grossesse à son employeur dans les 15 jours de son licenciement, ce dernier doit être annulé (Soc. 2 juillet 2014, n° 13-12.496) ; obligation de retour dans le précédent emploi ou dans un emploi similaire après le congé maternité et/ou parental (Soc. 2 avril 2014, n° 12-27.849 ; 30 avril 2014, n° 13-11.422) ; impossibilité de mettre en œuvre la clause de mobilité au retour du congé maternité ou parental dans des conditions portant atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale (Soc. 14 octobre 2008, n° 07-40.523 ; 2 juillet 2014, n° 12-29.385).

Plusieurs affaires viennent illustrer la question des inégalités professionnelles fondées sur le sexe. C'est le cas par exemple d'une femme maintenue de nombreuses années à un même niveau professionnel pendant que ses collègues masculins gravissaient les échelons, à niveaux de qualifications et de compétences équivalents (Soc. 20 octobre 2011, n° 10-17.355). C'est encore le cas avec l'application du principe « à travail égal, valeur égale », pour le cas de différences de rémunération patentées entre hommes et femmes au sein d'une même catégorie professionnelle et pour des postes similaires (Soc. 16 novembre 2010, n° 09-42.956 ; Soc. 12 décembre 2012, n° 11-18.607).

En dehors du défaut d'avancement professionnel ou des inégalités de rémunération, de nombreuses inégalités peinent pourtant à trouver leur voie devant le juge : désavantages liés au temps partiel, défaut d'évolution salariale et professionnelle dû à la situation de famille, ou encore discrimination à l'embauche apparaissent peu dans le contentieux.

Les actions positives qui promeuvent l'égalité entre les sexes sont quant à elles majoritairement laissées au bon vouloir des entreprises. Une obligation de négocier collectivement sur les conditions de mise en œuvre de l'égalité professionnelle est imposée aux entreprises sous certaines conditions liées à la représentation du personnel. Les entreprises de 50 salariés et plus peuvent subir une pénalité faute d'être couvertes par un accord ou un plan d'action adéquats. Les branches professionnelles sont également soumises à des obligations de négocier en la matière.

Enfin, la loi du 4 août 2014 a ouvert aux entreprises la possibilité de prendre diverses mesures destinées à promouvoir l'égalité professionnelle, avec des objectifs chiffrés à inclure dans les plans d'actions (féminisation du recrutement ; meilleur accès à la formation professionnelle ; objectif de suppression des inégalités salariales avec rattrapage salariaux et objectivation des grilles de salaires ; actions de conciliation vie

personnelle / professionnelle menée notamment à l'égard des salariés masculins, ou bien des salariés féminines avec une meilleure protection pendant la période d'éducation des enfants ; gestion de carrière avec taux de promotion minimum).

4. Quels droits à un équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle sont reconnus dans votre droit du travail ? Plus particulièrement, le droit du travail reconnaît-il aux salariés le droit d'adapter leurs horaires de travail (répartition et/ou réduction du temps de travail) ? L'employeur a-t-il le droit de s'opposer ou de limiter l'exercice de ces droits ?

Diverses mesures sont prévues par la loi dans le but de permettre aux salariés d'articuler vie professionnelle et vie personnelle.

La parentalité peut faire l'objet de différentes mesures d'aménagement. Ainsi, un congé parental d'éducation est ouvert aux salariés hommes et femmes, à condition de bénéficier d'un an d'ancienneté dans l'entreprise. Introduite en 1977, cette mesure est d'ordre public depuis 1994 : toute contrat de travail contraire est nul de plein droit. Le congé parental suppose la suspension du contrat de travail, ou un passage à temps partiel. Il peut être pris en cas de naissance, d'adoption ou de l'arrivée dans la famille d'un enfant de moins de 16 ans. Sa durée initiale est d'un an, et deux prolongations d'un an sont possibles, voire trois en cas de maladie ou de handicap de l'enfant. Depuis 2014, il peut être prolongé cinq fois en cas de naissances ou d'adoptions multiples. A l'issue du congé, un poste identique ou similaire doit être retrouvé par le salarié, et ce retour doit s'accompagner d'un entretien sur l'orientation professionnelle. A l'issue du congé parental comme du congé de maternité est organisée la possibilité pour le salarié d'être à temps partiel, c'est-à-dire de réduire sa durée de travail d'au moins 1/5e, avec un minimum de 16 heures hebdomadaires (voir ci-après). La récente loi El Khomri prévoit qu'au contraire de la plupart des congés spéciaux (hors congés de formation ou syndicaux), les accords collectifs ou de branche ne pourront prévoir des protections moindres s'agissant des congés familiaux (naissance, adoption...), qui demeurent donc privilégiés.

De nombreuses mesures sont envisagées afin d'aménager le temps de travail. Au-delà de la possibilité du temps partiel, télétravail et travail à distance peuvent être mis en place avec l'accord du salarié, auquel cas ils constitueront des conditions de travail qui ne pourront être modifiées unilatéralement par l'employeur. Parmi les règles pouvant être prévues ou améliorées par convention collective, la rémunération des congés familiaux et l'accompagnement personnalisé des départs et retours de tels congés sont également considérés comme des mesures efficaces pour concilier vie professionnelle et vie personnelle. L'aménagement des horaires et modalités de travail constituerait sans doute le meilleur moyen d'aboutir à une meilleure conciliation entre vie personnelle et vie

professionnelle, toutefois de tels arbitrages sont laissés à la négociation directe entre salarié et employeur, voire à la négociation collective, dont se saisissent peu à peu les syndicats (cf. Q10).

5. Les contrats à temps partiel sont-ils utilisés comme un moyen de parvenir à un équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle ? Si oui, le régime du temps partiel est-il pensé de façon adéquate à cet effet ?

En 2015, le temps de travail constitue indéniablement une variable d'ajustement pour les salariés souhaitant ré-équilibrer leur vie personnelle et leur vie professionnelle. Selon les chiffres de l'INSEE, les femmes âgées de 25 à 49 ans vivant seules travaillent 97h heures de plus par an que celles vivant en couple avec des enfants, quelle que soit leur catégorie socioprofessionnelle. C'est le contraire chez les hommes.

La population à temps partiel est à 80 % féminine depuis les années 2000, et le recours des femmes au temps partiel est fonction de l'âge et du nombre d'enfants à charge – facteurs sans influence sur le travail à temps partiel masculin. Si près de 42 % des femmes déclarent être à temps partiel parce qu'elles ne peuvent travailler davantage avec leur emploi actuel, 26 % le font pour des raisons d'ordre familial (6 % pour les hommes).

Depuis une loi de 2013, dont l'application reste toute récente, le temps partiel a vocation à devenir moins éclaté et moins subi : pour faciliter la pluri-activité et la conciliation entre vies personnelle et professionnelle, la durée hebdomadaire minimale du temps partiel est désormais de 24h, sauf dérogations prévues par la loi. Le contrat de travail à temps partiel est encadré de nombreuses contraintes de forme, de façon à être plus protecteur pour les salariés. Il doit contenir la durée du travail, sa répartition au sein de chaque semaine ou mois, et les conditions précises d'une éventuelle modification de celle-ci. Toutefois, le salarié dispose du droit de refuser une modification pour des raisons familiales impérieuses –droit qui demeure difficile à mettre en œuvre, surtout dans un contexte de chômage élevé. Un délai de prévenance doit être respecté par l'employeur qui impose des heures complémentaires de celles prévues au contrat. La durée du temps partiel peut également varier en cas d'aménagement dans des conditions prévues par convention ou accord collectifs, ou à la demande du salarié –pour des raisons familiales ou un autre motif. L'employeur peut s'opposer à un passage à temps partiel en l'absence de poste disponible dans la même catégorie que celle du salarié, ou pour cause de désorganisation préjudiciable à l'entreprise. S'il accepte la demande du salarié, il doit respecter l'organisation sollicitée par ce dernier.

Malgré cela, la volonté du législateur de renforcer la part temps partiel « choisi » sur le temps partiel « subi » est pour l'instant peu suivie d'effet. La force de négociation du

salarié –notamment féminin– en recherche d'emploi apparaît très réduite vis-à-vis de celle de l'employeur, en particulier en période de chômage de masse. Le constat vaut également pour l'évolution du temps partiel et de ses modalités d'organisation. Les conséquences en sont d'autant plus aiguës que le maintien dans une durée de travail réduite a un fort impact sur la suite du parcours professionnel, notamment du fait des signaux envoyés aux employeurs sur une potentielle dégradation des compétences ou un désinvestissement professionnel. Contrairement aux hommes qui alternent en général activité et chômage, les femmes organisent plus souvent leur carrière en fonction de leur famille, et remplacent l'inactivité par du temps partiel.

6. L'employeur peut-il modifier les horaires de travail de ses salariés, qui mettent en œuvre leur droit à une personnelle et familiale, en modifiant leur horaires de travail de façon irrégulière ou bien en augmentant leur temps de travail ?

Il est bien connu que le temps de travail fait l'objet d'une réglementation précise en France. Cet encadrement juridique fait toutefois l'objet d'un assouplissement croissant. C'est pourquoi les horaires de travail sont l'un des éléments du contrat de travail à l'égard desquels l'employeur bénéficie de la plus grande marge de manœuvre.

Contrairement à la durée du travail, qui ne peut faire l'objet d'une augmentation ou d'une réduction sans l'accord du salarié, la fixation des horaires de travail est en effet soumise au pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, un changement d'horaires constitue un simple changement des conditions de travail, que le salarié ne peut refuser sous peine de commettre une faute disciplinaire. De même, l'employeur peut décider d'une nouvelle répartition du travail sur la journée, sauf atteinte excessive au droit du salarié au repos ou au respect de sa vie personnelle et familiale. De plus, la modification des horaires de travail ne peut porter atteinte à l'équilibre implicite du contrat.

Par conséquent, le salarié peut refuser le travail du dimanche ou le travail de nuit, sans que cela constitue une faute ou un motif de licenciement, à condition qu'il soit incompatible avec des obligations familiales impérieuses, telle que la garde d'un enfant. Le même régime s'applique au passage d'un horaire continu à un horaire discontinu, un d'un horaire fixe à un horaire par cycle, ou d'un horaire variable à un horaire fixe. Le juge de cassation prohibe les clauses discrétionnaires donnant à l'employeur un pouvoir discrétionnaire, ou *labor on call*, sur l'organisation des horaires de ses salariés. Cependant, le juge considère que l'employeur peut imposer à son salarié de travailler le samedi sans nécessairement porter atteinte à sa vie personnelle. En la matière, la jurisprudence est imprégnée d'une forte casuistique. A noter toutefois que les représentants du personnel bénéficient d'une protection particulière qui leur permet de

refuser un simple changement de leurs conditions de travail. Il est également possible pour le salarié de faire contractualiser ses horaires dans son contrat de travail.

En pratique, il ne peut être suffisamment souligné que, si l'accord du salarié est souvent requis en droit, l'employeur bénéficie d'un important pouvoir de contrainte, quoique le contentieux en la matière demeure faible compte tenu de l'accès au droit limité dont dispose la majorité des salarié-e-s à temps partiel.

7. Les salariés peuvent-ils suspendre leur contrat de travail par le biais d'un congé pour des raisons familiales ou personnelles ? Si oui, sont-ils payés durant leur congé ? Conservent-ils leur emploi ? L'employeur se voit-il reconnaître le droit de limiter l'exercice de ces droits ou de s'y opposer ?

Le temps de la vie ne coïncidant pas toujours avec le temps de l'entreprise, qui doit fonctionner en continu, le droit du travail français prévoit plusieurs causes de suspension du contrat de travail afin de permettre au salarié d'interrompre le travail pour une durée plus ou moins longue. Ces motifs de suspension permettent souvent la reprise du travail, comme a un temps cherché à le permettre le législateur pour éviter le licenciement. Toutefois, certains peuvent constituer, à terme, un motif de rupture.

Plusieurs cas de suspension sont prévus pour des raisons familiales ou personnelles. Le salarié peut ainsi demander à son employeur un congé parental d'éducation, un congé de présence parentale pour s'occuper d'un enfant malade ou gravement handicapé, un congé de solidarité familiale afin de s'occuper d'un proche atteint d'une maladie grave, un congé de soutien familial pour s'occuper d'un parent âgé, ou un congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie. Durant ces congés, la rémunération du salarié est interrompue (à moins qu'il soit à temps partiel ou exerce son congé de façon fractionnée, auquel cas il est rémunéré en conséquence), sauf exception légale ou disposition conventionnelle plus avantageuse. Toutefois, généralement, le salarié peut percevoir des aides publiques, sous certaines conditions, par exemple de ressources. A l'issue du congé, le salarié a droit à un entretien professionnel et doit retrouver son poste ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente. La prise de ces congés est souvent encadrée d'une procédure d'information de l'employeur, par lettre recommandée avec accusé de réception avec justificatifs, dans des délais précis. L'employeur ne peut s'opposer au congé parental ni au congé de présence parentale, mais peut refuser une demande de congé de soutien familial (condition d'ancienneté), ou de solidarité familiale s'il est pris à temps partiel (et non en continu, où il est de droit).

D'autres cas, dits de vie privée, consistent dans le congé de maternité ou de paternité (y compris pour adoption) et le congé pour événements familiaux (ex : mariage, pacs, décès).

Les premiers congés sont indemnisés par la Sécurité sociale à hauteur environ de 90 % du salaire brut, sous la forme d'indemnités journalières, le montant étant enfermé entre un minimum et un maximum recalculé chaque année en fonction du coût de la vie. Précisons que le contrat de travail ou la convention collective applicable peut prévoir des conditions plus avantageuses, par exemple avec maintien intégral du salaire. Les congés pour événements familiaux sont rémunérés comme des jours travaillés. L'employeur ne peut s'opposer à aucun de ces congés.

8. Existe-t-il un congé de maternité ? Si oui, quelle est sa durée ? Quels en sont les bénéficiaires ? Les salariées peuvent-elles percevoir une compensation financière ou être indemnisées par la Sécurité sociale pendant cette période ?

S'agissant de la maternité, plusieurs facultés sont offertes à la femme salariée. Cette dernière peut tout d'abord suspendre son contrat de travail pendant son congé de maternité, 6 semaines avant la date présumée de l'accouchement, et jusqu'à 10 semaines après. Ces délais peuvent être aménagés, avec accord du médecin en charge de la grossesse, afin de réduire la durée du congé prénatal et d'augmenter celle du congé postnatal. Ils sont prolongés à partir du 3^e enfant, ou en cas d'accouchement multiple ou de grossesse pathologique (8 et 18 semaines). Ce congé est également prévu, bien qu'aménagé, en cas d'adoption (10 semaines après l'arrivée de l'enfant, étendu à 22 semaines en cas d'adoption multiple). Depuis 1970, le congé maternité fait l'objet d'une indemnisation à 90 % du salaire brut par la Sécurité sociale. Cette période de suspension du contrat empêche la notification et la prise d'effet du licenciement (si ce dernier a été notifié avant le congé). Aujourd'hui, la salariée ne peut renoncer à son droit au congé maternité, qui fait partie de l'ordre public de protection selon lequel l'État assure à l'ensemble des salariés une protection minimale et impérative, à laquelle ni l'employeur ni le salarié ne peuvent déroger.

A l'expiration du congé de maternité, la salariée reprend son poste ou un poste équivalent. Elle bénéficie de la possibilité de résilier son contrat de travail sans préavis et avec priorité de ré-embauchage. Depuis 2006, sa rémunération doit être majorée des augmentations générales ou de la moyenne des augmentations individuelles dont les salariés de sa catégorie professionnelle ont bénéficié pendant son congé. La période du congé de maternité est assimilée à une période de présence dans l'entreprise et donc de temps de travail effectif (participation aux résultats, calcul des congés payés). La salariée bénéficie également d'un droit à une action de formation professionnelle et à un bilan de compétences. Toutefois, la jurisprudence est stricte : le manquement de l'employeur à son obligation d'offrir une action de formation à son salarié de retour de congé parental d'éducation ne constitue pas, en soi, une discrimination (Cass. Soc. 5 mars 2014).

9. Existe-t-il un congé de paternité ? Si oui, quelle est sa durée ? Qui peut en bénéficier ? Les salariés peuvent-ils percevoir une compensation financière ou être indemnisés par la Sécurité sociale pendant cette période ?

Auparavant, le salarié qui devenait père ne bénéficiait que d'un congé pour événements familiaux, qu'il pouvait mettre en œuvre en cas de naissance d'un enfant. Sa durée était, et reste, de 3 jours.

Depuis 2002, un congé de paternité est ouvert au bénéfice des salariés hommes en cas de naissance d'un enfant. La durée de ce congé est de 11 jours, ou de 18 jours en cas de naissance multiple. Depuis sa réforme en 2012, il est qualifié de congé de paternité « et d'accueil à l'enfant ». Sans condition d'ancienneté ou de nature du contrat, ce congé s'applique aussi aux chômeurs indemnisés et aux stagiaires rémunérés de la formation professionnelle continue. Tous les pères, qu'ils soient mariés, pacsés ou en concubinage, peuvent y prétendre. Ce congé doit être pris dans un délai de 4 mois à compter de la naissance de l'enfant, et il est cumulable avec le congé de naissance de 3 jours. Le salarié doit avertir son employeur un mois avant la prise effective du congé, que celui-ci ne peut refuser, de même qu'en cas d'adoption.

Comme en matière de congé de maternité, le contrat de travail est suspendu, et les conditions de retour au travail sont les mêmes en termes d'équivalence de poste et de rémunération.

10. Quel est le rôle des négociations collectives dans la promotion de l'égalité entre hommes et femmes au travail et de l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle ? Les négociations collectives améliorent-elles les prévisions de la loi en la matière ? Ou tendent-elles à limiter l'exercice des droits permettant d'améliorer l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle ?

L'égalité professionnelle fait notamment l'objet d'une obligation de négocier et d'une obligation d'information mises à la charge de l'employeur.

L'employeur doit soumettre aux institutions représentatives du personnel dans son entreprise (comité d'entreprise ou, à défaut, délégués du personnel), un rapport écrit annuel décrivant la situation comparée des hommes et des femmes composant le personnel. Les informations dont la transmission est obligatoire concernent notamment l'embauche, la formation, la promotion professionnelle, la qualification, les conditions de travail, la rémunération, l'articulation entre activité professionnelle et responsabilité familiale. Le rapport doit analyser les écarts de salaire et le déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté des salariés. Les représentants du

personnel peuvent modifier le rapport, qui est alors communiqué à l'Inspection du travail. Le rapport doit être accessible à tout salarié qui en fait la demande. Cependant, les informations qu'il contient sont souvent présentées de manière confuse et, de fait, mal analysées par des représentants du personnel qui demeurent peu formés aux questions traitées. En conséquence, les accords négociés sont encore trop rarement porteurs d'un véritable progrès en matière d'égalité professionnelle.

En matière de négociation collective, plusieurs obligations s'imposent aux entreprises depuis une loi du 9 mai 2001, réformée et complétée en 2014. Une négociation sur l'égalité professionnelle doit être tenue tous les trois ans au niveau de la branche professionnelle, qui regroupe les entreprises d'un même secteur, et tous les ans au niveau des entreprises où existe une représentation syndicale. Dans l'entreprise, la négociation doit fixer des objectifs et prévoir des mesures permettant de les atteindre, notamment en termes de réduction des écarts de salaire et de déroulement de carrière. Une fois un tel accord signé, l'obligation de le renégocier devient triennale. Dans les entreprises dépourvues de section syndicale, l'employeur doit définir un plan d'action unilatéral en la matière. Les négociations de branche sont organisées sur le même modèle, et sont supposées fixer des planchers à respecter en termes d'objectifs et de protections. Les sanctions fixées en cas de violation de ces obligations, de faibles pénalités financières, se sont révélées peu dissuasives. C'est pourquoi, depuis 2014, le montant des pénalités est fixé par l'administration et peut atteindre 1 % de la masse salariale, mécanisme dont l'effectivité reste à apprécier.

11. D'autres remarques personnelles à l'égard de l'appréhension juridique de l'égalité, de la non-discrimination et de l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle.

Le législateur joue un rôle crucial dans le renforcement de l'égalité entre femmes et hommes, notamment dans le domaine du travail. La tendance politique récente est à la prise de mesures visant à renforcer cette égalité par la promotion d'actions positives et le renforcement de la lutte contre les discriminations sexuelles. Pourtant, le projet de loi de modification du code du travail actuellement en cours d'adoption fait l'objet d'une controverse extrêmement vive dont l'un des points de tension concerne son impact négatif sur les travailleurs féminins. A ce titre, le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle, instance de réflexion rattaché au ministère des Droits des femmes, a rendu un avis éclairant sur le texte en question. En effet, il estime que les mesures prévues au projet de loi présentent un risque de discrimination indirecte pour les femmes, par exemple en termes de dégradation de la couverture syndicale des secteurs les plus féminisés. Le projet de loi est également critiqué en ce qu'il permet une plus grande flexibilité du temps de travail et une diminution de la rémunération des heures supplémentaires, ainsi que

L'ouverture du licenciement en cas de refus par le salarié d'une modification de ses horaires de travail incompatible avec sa vie familiale, en contradiction avec le principe de conciliation entre vies personnelle et professionnelle.

L'analyse du contentieux des discriminations fondées sur le sexe conduit par ailleurs à constater la difficulté du juge comme de l'avocat à appréhender les discriminations indirectes qui découlent de l'invisibilité persistante des inégalités structurelles entre les sexes, liées à la perpétuation d'une répartition sexuée des rôles sociaux. A cet égard, la Cour de cassation mène toutefois une politique volontariste qui se traduit par des arrêts remarquables. Elle a ainsi constaté, sinon dénoncé, la ségrégation genrée des emplois et des temps de travail, ainsi que leurs effets négatifs en matière de retraite (cf. arrêts cités plus haut). Si d'imposants obstacles se dressent face à la reconnaissance de telles discriminations, notamment en termes probatoires, la Cour de cassation semble poursuivre dans cette voie. Elle vient, dans son rapport annuel de 2016, de préconiser au législateur d'assortir la violation de la durée minimale du temps partiel d'une sanction dissuasive à l'égard des employeurs. Reste à savoir si l'égalité réelle entre femmes et hommes reste aujourd'hui une priorité pour les pouvoirs publics.

Décisions judiciaires

Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489 (ségrégation genrée des emplois et retraite).

Soc. 3 juillet 2012, n° 10-23.013 (temps partiel et retraite).

EQUALITY, NON-DISCRIMINATION AND WORK-LIFE BALANCE IN GREECE

Panayota Petrolou
Attorney-at-law

Introduction

Nowadays, in Greece the employment rate by sex in the age group 20-64 is 64% males and 46% females¹. Women are faced with a soaring unemployment. Between June 2009 and June 2015, the unemployment rate rose from 8.6 % to 25.2 % (the male rate rose from 5.8 % to 21.7 %; the female rate rose from 12.4 % to 29.5 %). From the 2nd quarter of 2009 to the 2nd quarter of 2015, long-term unemployment (over 12 months) rose from 40.9 % to 73.1 %². These figures do not include “discouraged workers” (no longer actively looking for a job). This is the “worrying” case of people aged 15-24, in particular women, as deplored by the Commission³.

Moreover, one of the darkest sides of women’s employment in Greece is unpaid labour outside the home. Greece has the highest rate in Europe of «off-the-books» women’s labor –14.7 percent of women over 15 years of age work in the family business without pay. After working over 30 or 40 years first for their fathers and then for their husbands, these women do not have a single Social Security payment to their names or any source of income⁴.

According to the latest ELSTAT data available for Greece (2010), the gender pay gap in unadjusted form was 15.0⁵.

¹ See:

http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1&pcode=t2020_10&language=en

² Of the population aged 15 years and over by the duration of unemployment: 2001-2015 by quarter, Table 6: <http://www.statistics.gr>.

³ European Commission, Employment and Social Situation Quarterly, December 2014, Executive Summary and 23; Employment and Social Developments in Europe 2014, 54.

⁴ See: <http://www.ekathimerini.com/27844/article/ekathimerini/news/part-time-jobs-hard-to-find-many-women-in-greece-working-without-pay>

⁵ Available at: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/equality/statistics-illustrated>;

See also [http://ec.europa.eu/justice/gender-](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/gpg_country_factsheet_el_2015_en.pdf)

[equality/files/gender_pay_gap/gpg_country_factsheet_el_2015_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/gpg_country_factsheet_el_2015_en.pdf).

Management and supervisory positions are overwhelmingly held by men. Within each sector men are more often promoted than women, and paid better as a consequence. This trend culminates at the very top, where amongst CEOs less than 4% are women⁶.

The incidence of part-time work differs significantly between men and women. 13.1 % of women aged 15–64 who were employed in Greece worked on a part-time basis in 2015, a much higher proportion than the corresponding share for men (6.7%)⁷.

Moreover, in 2015, the proportion of employees aged 15–64 in Greece with a contract of limited duration (fixed-term employment) was 15.3% males and 16.2% females⁸.

1. Is sex a cause of discrimination in your legal system? What other circumstances are discriminatory? Does the prohibition of discrimination also include indirect discrimination?

The Greek Constitution prohibits sex discrimination in articles 4(2) and 22(1)(b) since 1975. Moreover, since 2001 article 116(2)⁹ requires that the legislature and all other state authorities take any positive measures which are necessary and pertinent in promoting gender equality in all areas. In this context, the Greek Constitution exceeds EU Law¹⁰.

Article 21(1) requires the protection of marriage, the family, motherhood and childhood. Greek case law relies on this provision, alone or in conjunction with article 4(2) of the Constitution, in order to uphold claims to maternity and parenthood protection.

Moreover, the gender equality Directives have been transposed in the Greek legislation¹¹ prohibiting direct and indirect discrimination on grounds of sex “*and family status*”.

⁶ Available at: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/equality/statistics-illustrated>; see also http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/gpg_country_factsheet_el_2015_en.pdf.

⁷ See: <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do>

⁸ See: <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do>

⁹ Article 116(2) of the Greek Constitution: “Positive measures aiming at promoting equality between men and women do not constitute discrimination on grounds of sex. The State shall take measures to eliminate inequalities existing in practice, in particular those detrimental to women”.

¹⁰ See Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, Country Report Greece, How are EU rules transposed into national law?, European Network of legal experts in gender equality and non-discrimination, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, available at: http://bookshop.europa.eu/en/search/?webform-id=WFSimpleSearch&DefaultButton=findSimple&WFSimpleSearch_NameOrID=Greece&SearchConditions=&SearchType=1&SortingAttribute=LatestYear-desc&findSimple.x=10&findSimple.y=11

¹¹ See Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, Country Report Greece, op.cit.

The same goes for the Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC prohibiting direct and indirect discrimination on the grounds of race, colour, religion, descent, national or ethnic origin, sexual orientation, gender identity or handicap.

While the legislation is satisfactory, the restricted case law shows that the concept of indirect discrimination is still unclear. To date there has been only one preliminary CJEU ruling in a Greek case, which concerned, *inter alia*, indirect discrimination¹². Administrative courts have unsuccessfully dealt with indirect discrimination concerning access to police academies (common minimum height requirement for men and women) and access to municipal police forces (common athletic requirements for men and women) adopting a case law not in line with EU law.

2. What is the legal consequence of discrimination on grounds of sex or other circumstances? Specifically, what is the legal consequence of an unfair dismissal of a pregnant worker or a worker exercising work-life balance rights?

According to Greek law¹³, dismissal of a pregnant worker is prohibited from the beginning of the pregnancy till 18 months after childbirth (or during a longer absence due to illness brought about by pregnancy or childbirth), unless there is a serious ground for termination (e.g. poor performance of the worker's duties or non-compliance with the employer's instructions provided that this is not due to her situation or the closing down of the business), which has to be put in writing in the termination document, and notified to the Labour Inspectorate. In the absence of a justification in writing, the termination will be null and void.

Moreover, Greek law¹⁴ guarantees the right of a woman to return after maternity leave to her job or to an equivalent job, on terms and conditions that are no less favourable to her, and to benefit from any improvement in working conditions to which she would have been entitled during her absence. Eventual dismissal of such a woman on the ground of the exercise of her right to maternity leave is null and void.

When declared null and void by the competent courts, the dismissal is deemed never to have occurred; the worker retains the post, reinstatement not being necessary. In all cases full back pay is awarded, without a ceiling, plus legal interest. Moral damages may also be awarded pursuant to relevant general rules.

¹² CJEU C-196/02 *Nikoloudi v. OTE* [2005] ECR I-1789.

¹³ Article 15 of Act 1483/1984, as subsequently replaced by Article 36(1) of Act 3996/2011.

¹⁴ Article 16 of Act 3896/2010 transposing Directive 2006/54.

Although these remedies are effective, proportionate and dissuasive, procedural (e.g. difficulties to prove) and socio-economic problems often deter recourse to legal proceedings¹⁵. Thus, pregnant women in the private sector, who were compelled to resign by adverse treatment or harassment by the employer, filed a complaint by the Ombudsman but chose not to proceed with judicial litigation.

3. Are there examples of wage discrimination, access to employment and/or promotion development between men and women? What treatment do these cases receive by the legislation and case law? What measures does the legislation regulate to promote equal treatment between men and women in the workplace?

As already stated, the Greek Constitution and law prohibit discrimination on the grounds of sex, including discrimination in pay, access to employment and/or promotion development. However, in practice such cases have been brought to the courts.

More specifically, as far as it concerns access to employment, administrative courts have dealt in the last years with several cases of indirect gender discrimination concerning access to police academies. After the repeal of maximum quotas for accepting women thereto, the minimum height requirement, which was previously 1.70 m. for men and 1.65 m. for women, was raised to 1.70 m. for both men and women. Candidates who do not fulfil this condition are automatically excluded from any further assessment. The Council of State considered the requirement to be compatible with the Constitution and Directive 76/207, because it was justified by reasons of public interest related to police duties, whereas without specifying in which respect the new common height requirement was a necessary and appropriate qualification. This judgment has been strongly criticised as not being in line with EU law¹⁶.

As already stated, positive action is explicitly required by article 116(2) of the Constitution. In this context, article 19 of Act 3896/2010 transposing Directive 2006/54 explicitly provides that positive measures “*do not constitute discrimination*”. This the case of quotas regarding the members of the service councils of the services of the State, legal persons governed by public law and local authorities. With the exception of these measures, affirmative action measures such as quotas, reservations for women or measures that prioritise recruitment and/or promotion of women or aim to improve the gender balance in company boards, have not been adopted yet.

¹⁵ See Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, Country Report Greece, o.p.

¹⁶ See Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, Country Report Greece, o.p.

4. What rights of work-life balance are recognized in your labor regulation? Specifically, does the labor regulation recognize workers the right to adapt their working time (distribution and/or reduction of working hours)? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

In the private sector, parental leave is four months, unpaid, non-transferable, for each child up to the age of six; a transferable paid daily working time reduction “for breastfeeding and childcare” by one hour for two and a half years after maternity leave is granted to natural and adoptive parents, including both commissioning and surrogate mothers. In 2014, this right was expressly recognised for fathers as well by the national collective agreement. Alternatively, paid leave of analogous length (amounting to the total number of hours by which the daily working time would be reduced) may be agreed with the employer. Eventual refusal of the employer may constitute an abuse of rights.

In the public sector parental leave is nine months, fully paid, transferable, for each child up to the age of four; an additional paid six-month period of leave for each child beyond the first one, is provided in the case of multiple births; alternatively a paid daily working time reduction (by two hours until the child reaches the age of two and by one hour until it reaches the age of four).

Except the above provisions, in general, workers, at an individual level, are not able to organise their working time (e.g. it is not up to the individual worker to work longer hours one day in exchange for an extra day off). According to the law, the arrangement of working time can be adopted collectively.

5. Are part-time contracts used as an instrument to achieve work-life balance? If so, it the legal regime of part-time work adequate for this purpose?

According to statistics¹⁷, 46.3% of workers were forced to make working time arrangements (including part-time work) because of the lack of care facilities during the working day. Moreover 64.5% of the workers who state that they are not employed or that they are employed on a part-time basis because they take care of their children, report as the main cause the high cost of care facilities.

Transfer from full-time to part-time due to family responsibilities is not explicitly provided by Greek law as an employee’s right but has to be agreed upon with the employer. However, since 2010 according to a general clause, in enterprises with more than 20 employees, a full-timer is entitled after the first year of service to change to part-

¹⁷ The Greek National Committee UNICEF, Report, The situation of children in Greece, The effect of the economic crisis on children, March 2014.

time (with the right to return to full-time employment), except if the refusal of the employer is justified by the entrepreneurial needs. If the employer does not answer in one month, the employee's petition is considered to have been accepted.

In general, the regulation of part-time work is in conformity with the EU Working Time and Equality Directives, providing for part-timers proportional rights (e.g. pay, annual paid leave, redundancy compensation, Social Security and unemployment benefits) and priority of access to full-time jobs in the undertaking.

6. Can the employer alter working hours of workers exercising work-life balance rights through overtime and/or irregular distribution of working time?

The Greek law on part-time work used to provide since 1990 that part-time workers with family responsibilities could not be asked by the employer to work extra hours. This was the only legal provision referring to part-time work as a means of reconciling family and work. However, since 2010 this provision was amended by a more general "family-neutral" one, stipulating that in case of need for extra work the part-timer is obliged to provide it, if he/she is able to do it and his/her eventual refusal would be contrary to good faith, except if the employer's demand for extra hours has been occurring repeatedly.

7. Do workers have permits or the right to suspend the employment contract (leave of absence) due to family and personal circumstances? If so, are they paid leave of absences? Do workers maintain the right to return to their previous job post? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

Time off for the care of dependants:

- Leave for children's sickness: up to 6 days per year per parent of unpaid leave if the parent has one child, up to 8 days if he/she has two children and up to 14 days if he/she has more than three children. The leave is also granted for other dependent members of the family (e.g. a disabled spouse or adult children as well as disabled parents or unmarried sisters if their annual income is less than the basic income of an unskilled worker).
- Leave for visiting children's school: four days paid leave per year for both parents for each child that attends school up to the age of 16, funded by the employer.
- Leave for parents of children with disability: one hour per day, if the parent asks for it (unpaid and only applied in enterprises with more than 50 employees).
- Leave for parents whose children (up to 18 years of age) need regular transfusion or dialysis or suffer from cancer or need a transplant: up to ten days per year paid leave, funded by the employer. Individual right

- Leave for parents due to the hospitalisation of a child (up to 18 years of age) up to 30 working days per year unpaid leave. Individual right.
- Leave for widows/ers or unmarried parents caring for children: in addition to other leave, six days per year paid leave. If the parent has three or more children the leave is eight days per year. The leave is paid by the employer.

These leaves are provided by statute and/or national general collective agreements, fixing the minimum terms of employment, thus the employer does not have the right to oppose or limit the exercise of these rights by the employees. After the leave workers maintain the right to return to their initial working post.

All the above leaves apply in the case of adoptive or foster parents as well.

8. Is there maternity leave? If so, what is its duration? Who hold the right to maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

In the private sector: an obligatory period of 17 weeks (8 weeks before and 9 weeks after childbirth) (basic leave). It covers 100 per cent of earnings, on the condition that these do not exceed those granted to insured persons who belong to the highest insurance class of the IKA (main Social Security scheme in Greece). The allowance paid by the Organisation of Social Security (IKA), the main Social Security scheme for subordinate workers under a private law employment relationship, is equal to the sickness allowance. The payment of the maternity allowance is conditional on the completion of 200 working days during the 2 years preceding the commencement of maternity leave. Thus, there is a breach of EU law regarding the entitlement requirements as far as it concerns both the required period of previous employment (according to article 11(4) of Directive 92/85 this period must not exceed 12 months) and the stricter conditions than the granting of the sickness allowance (100 working days in the year preceding the notification of the sickness).

There is entitlement to a further “special” leave for six months after maternity leave or after the agreed leave replacing reduced working hours, which is independent of both maternity and parental leave. It is granted to women only in addition to maternity leave; it cannot be shared with the father. During this leave, the woman is entitled to the minimum daily wage agreed in the National General Collective Agreement, as well as Social Security coverage. It is funded by the Manpower Employment Organisation.

In the public sector: an obligatory period of 5 months (2 months before and 3 months after childbirth), fully paid for civil servants and the permanent employees of legal

persons of governed by public law and local authorities as well as persons employed by these employers on a contract of indefinite duration.

In both the private and the public sector, after maternity leave a woman is entitled to return to her job or to an equivalent job, on terms and conditions that are no less favourable to her, and to benefit from any improvement in working conditions to which she would have been entitled during her absence.

9. Is there paternity leave? If so, what is its duration? Who can exercise this maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

In the private sector: 2 days, paid, upon the birth of each child, only for fathers;

In the public sector: 2 days, paid, upon the birth of each child or the adoption of a child under two years of age, only for fathers.

In addition to the general clause that prohibits any dismissal “on grounds of sex or family status”, the protection of fathers returning from paternity leave must be considered to be guaranteed by the law, providing that the protection provided in the case of women returning from maternity leave applies to all workers who make use of any leave related to the birth, raising or adoption of a child. To date, there is no relevant case law.

10. What is the role of collective bargaining in promoting equality between men and women in the workplace and work-life balance? Does collective bargaining often improve the legal regulation in this matter? Or does it limit the exercise of work-life balance rights?

Collective bargaining has played an important role in promoting equality between men and women in the workplace and work-life balance. For example, the 1993 national general collective agreement was considered a great success, due to improvement of parental leave in private sector and other sex equality clauses. This success was due to the fact that both the employee’s and the employers’ confederation representation included women. Since then, several national general collective agreements have improved the conditions of eligibility or expanded the personal scope of existing leaves (e.g. in 2008 the protection provided for natural of adoptive parents was expanded to foster parents as well; in 2014 the paid daily working time reduction was expanded to fathers as well) or provided for new leaves (e.g. in 2004 a paid leave of a length analogous to the paid daily working time reduction was introduced; in 2008 the leave for visiting children’s school was introduced).

At sectorial level (e.g in the bank sector), collective agreements have resulted to even favourable results.

It is strongly believed that higher participation of women in collective bargaining bodies will result to further improvements.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding equality, non-discrimination and work-life balance

The general impression is that legislation in gender equality issues is adequate but to a considerable extent ineffective, due to lack of information and socio-economic factors. In the recent years (since 2010), the general situation has been constantly deteriorating due to the drastic reforms in the employment and Social Security area which were required by Memoranda of Understanding signed by the European Commission, acting on behalf of the Euro area Member States, and the Hellenic Republic. In this context, the situation of women in the labour market has been affected as well, in particular in the private sector, whereas women's reluctance to lodge actions has been growing, limiting the equality litigation levels.

References and judicial decisions

Greek Ombudsman Annual Report 2015 (Special Report 'Gender and Employment Relationships') (<http://www.synigoros.gr/resources/docs/ee2015-13-fylo.pdf>).

KOUKOULIS-SPILIOPOULOS, S. (2016) Country Report Greece, How are EU rules transposed into national law?, European Network of legal experts in gender equality and non-discrimination, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers (available at: http://bookshop.europa.eu/en/search/?webform-id=WFSimpleSearch&DefaultButton=findSimple&WFSimpleSearch_NameOrID=Greece&SearchConditions=&SearchType=1&SortingAttribute=LatestYear-desc&findSimple.x=10&findSimple.y=11).

KOUKOULIS-SPILIOPOULOS, S. (2014), 'Μέτρα λιτότητας στην Ελλάδα και ανθρώπινα δικαιώματα: κρίσεις διεθνών οργάνων, δίκαιο ΕΕ και παραδείγματα ελληνικής νομολογίας' ('Austerity measures in Greece and human rights: findings of international bodies, EU law and examples of Greek case law'), Επιθεώρησης Δικαίου Κοινωνικής Ασφάλισης (Review of Social Security Law), pp. 193-252.

EQUALITY, NON-DISCRIMINATION AND WORK-LIFE BALANCE IN ITALY

Rosita Zucaro
Adapt research fellow

Introduction

In Italy women's employment has held up well during the crisis years, but the share of women employee remains, however, much lower than the EU-28, especially in Southern countries and in general for women with low education.

According to ISTAT (the National Institute of Statistics), the percentage of employed women is 47.9% (men 66.4%). The unemployed women are 12.7% (men 10.7%) and inactive women are 45.5% (men 25.5%). Also female career advancement is difficult and women are over-represented in atypical and precarious jobs. While the part-time among women has increased steadily between 1993 and 2015, although there is not a choice of work-life balance, part-time growth is actually one of the strategies of companies to cope with the crisis: especially since 2008, the increase in part-time work is involuntary kind, namely chosen without a full-time job opportunities. Although in Europe both increased the involuntary part time, in 2014 average UE-28 the indicator reaches levels below what of Italy (25.4% among women and 35.2% among men in compared to 59.7% and 74.4% in Italy, year 2014)¹.

So this is the context, despite Italy has adopted antidiscrimination laws. However, the Italian legislator has never elaborated an effective strategy to promote the inclusion of women into the labor market, based on the integration of different policy areas (including education, taxation, etc.). Two kinds of measures to improve women's employment have been mainly adopted: provision of childcare services and incentives for employers who hire women.

However, the share of school-age children in full-time care is very low. Care for the elderly depends heavily on the family and the help of "*badanti*", i.e. mostly migrant women. This conforms what has been defined as the "Mediterranean model of welfare state", based on monetary transfers from the state to households and unpaid work of women, so that the family has traditionally been the main provider of social protection

¹ ISTAT (2015), *Come cambia la vita delle donne*, <http://www.istat.it/it/files/2015/12/come-cambia-la-vita-delle-donne.pdf>.

and care services for the Italians². In fact, a ISFOL (Institute for the development of professional training of workers) survey has shown that 46% of women who are inactive, left work because of work-life balance problems,³ while INPS data show that 25% of women who gave birth in 2009 were not back to work 4 years later⁴. In addition –despite each parent is individually entitled to a parental leave for a maximum of 6 months and 10 months for the couple (and if the father takes up at least 3 months, an extra bonus of one month is granted to the couple)– INPS (National Institute for Social Security) data show that on average, each mother takes up 18 weeks of parental leave in the first three years of the child and that 87% of the time of parental leaves is taken up by women.

Regarding wage gap amounts to 10.2%, also because female workers in Italy tend to cluster in industries that offer comparatively low payment for the same level of qualification (especially education, health and social work activities); more often in part-time jobs than their male counterparts; have temporary contracts more frequently than male workers⁵.

The percentage of women in management positions was very low, but a law improved the situation introducing gender quotas in the boards.

1. Is sex a cause of discrimination in your legal system? What other circumstances are discriminatory? Does the prohibition of discrimination also include indirect discrimination?

In Italy sex is cause of discrimination prohibited. The article 3 of Constitution provides that “*all citizens have equal social status and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, of religion, political opinion, personal and social conditions*”. In the labor market, the Italian legislator provides prohibition of discrimination, equal treatment and equal opportunity, and adopted the European regulations.

In particular the normative evolution is shortly the followed. Law n. 300 of 1970, known as Workers’ Statute, provides the nullity of any discrimination act for trade unions reasons. Subsequently, the Law no. 903 of 1977 provides that discriminatory behaviors were also on ground of political, religious, racial, language or sex, and by Legislative

² European Parliament (2014), *The policy on gender equality in Italy*,

[ww.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/493052/IPOLFEMM_NT\(2014\)493052_EN.pdf](http://ww.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/493052/IPOLFEMM_NT(2014)493052_EN.pdf)

³ ISFOL (2010), *Perchè non lavori? I risultati di un indagine sulla partecipazione femminile al mercato del lavoro*, Roma.

⁴ Mundo A. (2012), *Analisi dei dati sull’utilizzo del congedo parentale: focus sulla situazione del paese*, presentation at the conference “Maternità, paternità & lavoro: istruzioni per l’uso”.

⁵ European Commission (2016), *Magnitudo and impact factor of the gender pay gap in UE countries*, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/2016_factors_gpg_en.pdf

Decree n. 216 of 2003 discrimination based on disability, age, sexual orientation and belief. In particular, Italian system provides not only direct discrimination, but also indirect discrimination.

The Legislative Decree n. 145 of 2005, which transposed Directive 2002/73 /EC on the subject of equality and equal opportunities between men and women workers, has expanded the scope of the law no. 903 of 77, referring to the prohibition of discrimination based on sex not only with regard to the employment. This change is of major importance, since it extends the prohibition of discrimination also to those forms of work activities arisen in recent times (think of all the types of temporary employment contracts), which could hardly be included in the original wording of Law n. 903/77.

This law has also extended the concept of discrimination, both direct and indirect. In addition collective agreements –national and company level– have also included the discriminatory conduct and contain discriminatory provisions on grounds of sex.

With regard to indirect discrimination, the modification of Law n. 125/91 is in the sense of consider the realization: “[w]hen a provision, criterion, practice, an act, a pact or an apparently neutral behavior put or may put workers of determinate sex at a particular disadvantage compared with workers of other sex, unless they refer to essential requirements the performance of work, provided that the objective is legitimate and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”. In 2006 the legislator adopted “The National Code of Equal Opportunities between Women and Men” (D.L. 198/2006). It organizes and harmonizes 11 laws on equal opportunities in a single text, with the view of regulating the promotion of equal opportunities between women and men in all areas of society. The legal framework on equal opportunity provides, among other things, legal support for women (and others) who are discriminated against is provided by a network of Equality Advisors.

2. What is the legal consequence of discrimination on grounds of sex or other circumstances? Specifically, what is the legal consequence of an unfair dismissal of a pregnant worker or a worker exercising work-life balance rights?

A norm, collective regulation, contract or employer’s decision discriminatory on grounds of sex or any other prohibited circumstances is null and void.

In particular the legal system provides the dismissal’s prohibition of pregnant worker from the start of the pregnant period to child is one year (article 54 of amalgamated law about maternity and paternity no. 151 of 2001). Also in these cases the dismissal is null

and void. The sanctions are re-employment and a compensation payment for not less than five months from the date of dismissal to re-employment.

3. Are there examples of wage discrimination, access to employment and/or promotion development between men and women? What treatment do these cases receive by the legislation and case law? What measures does the legislation regulate to promote equal treatment between men and women in the workplace?

In Italy there is a discriminatory practice called “*dimissioni in bianco*”, i.e. the practice of employers of making hiring of young women conditional to signing an undated letter of resignation to be used to justify dismissal in case of pregnancy. In 2015, the last reform of the labor market, known as Jobs Act implemented a measure against this serious problem. The new procedure provides that the resignation must take place only in telematic mode.

Another recent and interesting measure to combat discrimination and promote gender equality concerns the top decision-making position. In fact, in Italy the percentage of women in top decision-making position was dramatically low, both in the public and in the private sector. There was, however, an improvement thanks to the introduction of mandatory quotas in the boards of companies listed in the Stock Exchange, established in 2011, and in companies owned by the public administration, established in 2013. In particular, these affirmative actions provide that they will be implemented for three renewals. It fixed gender quotas of 20% of the least represented sex for the board of directors of listed companies on the stock exchange and state-owned companies to be achieved by 2012. The law prescribes that the gender quotas for the least represented gender should increase up to 33% by 2015. The CONSOB (Control Commission for listed companies) is the supervisory authority for the implementation of the law and can act autonomously in order to change the boards when the gender quota is not respected. The law provides financial penalties. CONSOB data shows that 23% of board members were women, when at the end of 2011 women were only 7.4%.

4. What rights of work-life balance are recognized in your labor regulation? Specifically, does the labor regulation recognize workers the right to adapt their working time (distribution and/or reduction of working hours)? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

About work-life balance that concerns parenting, in Italy there are maternity leave, parental leave and experimental paternity leave. The Jobs Act introduced some innovations. In particular workers can take parental leave not only daily but also to hours or workers can achieve the transformation of the leave in part-time (both up to half of the

daily hours worked). However, the collective bargaining can provide different time fractions for leave based on hours. In addition from 2013 (by Law n. 92 of 2012, known as Fornero Reform first, and after by Law no. 205 of 2015), mothers who choose to go back to work after maternity leave, instead of opting for parental leave can claim a voucher to pay a babysitter or a childcare center. The voucher is set at around 600€ a month, for a maximum of six months following the end of maternity leave. Analysis of the measure that allows women to exchange paid parental leave for vouchers to use in childcare services, introduced by Law 92/2012 and operating on a trial basis in 2013- 14, shows that only a third of the €20 million allocated for this policy has been spent. It is still to be determined if this is due to the criteria for eligibility being too strict or to a low number of applications. The low number of vouchers can also in part be related to the application procedure to be followed by childcare institutions that has been considered too complex and to be accomplished within a very limited time leading to take-up by only a few institutions amongst those that are eligible.

About flexible working time, “The National Code of equal opportunities between men and women” and some plans and other normative innovations encourage flexible work arrangements in terms tele-working, job-sharing, hours savings, or the possibility for the self-employed to be substituted by a co-worker. However, lack of incentives for employers and lack of funds have not allowed the generalization of some successful best practices. In this period a government bill about smart-working (with incentives) is being considered by Parliament. In addition, the Jobs Act introduced measure of solidarity between workers that consist in the possibility to transfer holidays and rest to workers with work-life balance issues (similar to the French law, known as Loi Mathys). Another innovation introduced by the jobs act is a leave for working women victims of gender violence.

5. Are part-time contracts used as an instrument to achieve work-life balance? If so, it the legal regime of part-time work adequate for this purpose?

The use of part-time as a work-life balance measure has decreased because of the crisis but it has increased the involuntary part-time instead. The incidence of involuntary part-time concerns a mother of two, with a percentage that drops to 43.4% of partnered mothers with a number of children equal to or greater than three. Although this is lower than incidences observed in comparison to all the employed women (59.9%), even among workers mothers recourse to part-time also seems dictated by the demand for labor needs and less for work-life balance needs.

Some rules encourage part-time work to reconcile work and special living needs of the worker or the worker.

In fact, some particular workers have priority in the transformation into part-time employment from full-time. They are workers who live with children up to 13, or whose spouse, child or parent suffering from oncological diseases or the employee or workers who provide assistance to a person living with severe disabilities. The employee who is suffering from oncological diseases but which has a residual capacity for work has the right to part-time transformation of its full-time job and the relationship must be restored to full-time on the basis of his request. In addition, Jobs act introduced the possibility to convert parental leave in part-time and the possibility for workers victims of gender violence to switch from full-time to part-time employment.

6. Can the employer alter working hours of workers exercising work-life balance rights through overtime and/or irregular distribution of working time?

When a worker decides to use parental leave on an hourly basis the worker gives notice, with an adequate notice (15 days for parental leave basis on day or months; 2 days for parental leave basis on hours), to the employer, who cannot refuse parental leave.

Until a child is 12 months old, employee women are entitled to work reduced hours (one hour less per day if working six hours a day or less; two hours less per day if working longer) for breast-feeding, with full earnings compensation. Fathers are entitled to use this measure in certain conditions, for example, if the mother is self-employed or freelancer; if the mother opts not to use it; if the mother is not employed; or if the father has sole custody of the child. Home helps, domestic workers and autonomous workers are not entitled to reduced hours, but in this case the father can also work reduced hours.

Employees who have parental responsibility for a child under six years or a disabled child under 18 years have a legal right to ask to their employers an flexible organization of their work (e.g. to reduce their working hours). Employers have a legal duty to consider these requests and may refuse them only “*where there is a clear business ground for doing so... [and must give] a written explanation explaining why*”.

7. Do workers have permits or the right to suspend the employment contract (leave of absence) due to family and personal circumstances? If so, are they paid leave of absences? Do workers maintain the right to return to their previous job post? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

In the Italian legal system, there are maternity and paternity leave that are compulsory and paid and parental leave that are facultative and paid 30% of earnings when leave is taken for a child under six years for overall maximum period of 6 months for both parents. There are also: (a) leave for wedding, that is 15 days paid; (b) leave for serious family

reasons: it may not exceed two years during the entire career of the employee who requests it, it is not paid and the employer may refuse to leave for serious family reasons, justifying the refusal reasons; (c) leave to assist family with disability may not exceed two years per disabled, it is paid; (d) leave for children's illness is not paid in the first 3 years of the child's life, for in the same sick leave, no time limit, even if the disease is not in the acute phase; from 4 to 8 years of age of the child, 5 working days per year, for each parent, for a total maximum of 10 days not available simultaneously; (e) leave for women workers victims of gender violence. When a worker use this leaves, the worker in general maintains the right to return to their previous job post.

8. Is there maternity leave? If so, what is its duration? Who hold the right to maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

The Italian legal system provides a paid maternity leave that have a duration of twenty weeks (five months). Two month before the birth and three after the birth. It is obligatory to take this leave. It is paid 80% of earnings, but in general national collective agreements guarantee 100% of earnings, with employers paying the additional 20%. Maternity leave depends on accredited contributions, though each professional sector has the possibility to determine, with approval by the Ministry of Labor, Health and Social Policies, a higher ceiling, after considering income and contribution potential of the professional sector and compatibility with its financial. For employees and workers enrolled in “*Gestione Separata*”⁶, the 20 week period is compulsory, but there are two options for taking this leave: four weeks before the birth and 16 weeks after or eight weeks before the birth and 12 weeks after. The allowance is accorded to autonomous female workers from eight weeks before the birth to 12 weeks after; maternity leave however is not compulsory for this category.

Law n. 80 of 2015, about work-life balance, a part of Jobs Act, provides that, in case of premature birth, which take place before the 7th months, the amount of leave not yet used before birth is in addition to that postpartum same. If the infant suffers a hospitalization, the mother has the right to suspend maternity leave one time for a child. In the case of multiple or premature births, the length of leave increases by 12 weeks. For adoptive and foster parents the same regulations for maternity leave apply as for other parents. The period of maternity leave does not depend on the age of the child adopted and must start within five months of entering the family. In case of international adoption, the leave can be taken also for overseas visits in connection with adoption. In 2012, according to data

⁶ The INPS enrolls in *Gestione separata* (“separate administration”) workers who do not contribute to other forms of welfare and who do not have any type of pension, e.g. workers on a fixed-term research project.

by ISTAT (2013), about 360,000 employees used maternity leave: 9% were temporary workers and 91% permanent workers.

9. Is there paternity leave? If so, what is its duration? Who can exercise this maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

The paternity leave was introduced by Fornero Reform, on an experimental basis for three years. Currently Law no. 208 of 2015, prolonged the paternity leave also for 2016 with adding one day. So, It is two day of compulsory leave and the father can take two additional days instead of two days of maternity leave (in other words two days are taken from the mother). The paternity leave is paid 100% of earning and can be use until five months after childbirth.

In addition, employed fathers, including those who are self-employed and enrolled in *Gestione separata*, may take three months paid leave following childbirth in the following circumstances: the mother's death or severe illness; the child being left by the mother; or the child being in the sole care of the father. An important verdict by the Tribunal of Florence extends the possibility of obtaining paternity leave, paid at 80% of earnings, to two months before childbirth⁷. This means that the father can take the whole period of maternity leave in certain circumstances, i.e. if the mother is a housewife or ill or, alternatively, if she is a self-employed worker who cannot take advantage, for various reasons, of the leave. As mentioned, this leave was only introduced in January 2013, and nowadays there is no information yet as on take-up of leave.

10. What is the role of collective bargaining in promoting equality between men and women in the workplace and work-life balance? Does collective bargaining often improve the legal regulation in this matter? Or does it limit the exercise of work-life balance rights?

The role of collective bargaining in promoting gender equality and work-life balance is very important. In some cases, not only does collective bargaining improve the legal regulation, but it anticipates the law. For example in some cases, collective bargaining has introduced paternity leave before the legislator or has introduced smart-working model that in Italy is not provided by law yet.

⁷ Tribunal of Florence, 16 november 2009.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding equality, non-discrimination and work-life balance

In 2015 with the Jobs Act, work-life balance became one of the main assets of a labor market reform for the first time. However, differently from the innovative capacity that we would have expected, the real capacity is limited. For example, the increased flexibility of use of parental leave (now up to twelve years of the child, while before was up to eight years) is positive, but the intervention would be more effective if it were provided an incentive in the case of paternal use. In fact, a long parental leave could have negative consequences on women because women generally use parental leave, and if they stay longer from the labor market, this situation could determinate a possible negative impact on their own skills and favor discrimination⁸. Another important intervention is a paternity leave of ten/fifteen days at least, compulsory and paid. In fact, Italy is below the European average and the leave currently provided is an experimental measure in force now only for 2016. So, in Italy, as well as supported by the report on the progress concerning equality between women and men in the EU in 2013 voted by the European Parliament on January 28, 2015, to overcome the gender gap in employment and wage levels, the main street is the rebalancing loads in nursing.

References and judicial decisions

ILO (2014), *Maternity and paternity at work*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/---dcomm/--publ/documents/publication/wcms_242615.pdf.

ISTAT (2015), *Come cambia la vita delle donne*
<http://www.istat.it/it/files/2015/12/come-cambia-la-vita-delle-donne.pdf>.

European Commission (2016), *Magnitudo and impact factor of the gender pay gap in UE countries*
http://ec.europa.eu/justice/genderequality/files/gender_pay_gap/2016_factors_gpg_en.pdf.

European Parliament (2014), *The policy on gender equality in Italy*,
[ww.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/493052/IPOLFEMM_NT\(2014\)493052_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/493052/IPOLFEMM_NT(2014)493052_EN.pdf).

Tribunal of Florence, 16 november 2009.

⁸ V. VIALE and R. ZUCARO (2015), *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione Europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, Working paper ADAPT, n. 275.

E. MASSAGLI and R. ZUCARO (2016), *Conciliazione tra vita professionale e vita privata*, in M.Tiraboschi (di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè.

V. VIALE and R. ZUCARO (2015), *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione Europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, Working paper ADAPT, n. 275, available at:
http://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/21548/mod_resource/content/19/wp_2015_175.pdf

EQUALITY, NON-DISCRIMINATION AND WORK-LIFE BALANCE IN PORTUGAL

Maria do Rosário Palma-Ramalho

Full Professor of Labour Law at the Faculty of Law of the University of Lisbon

Teresa Coelho Moreira

Assistant Professor of the School of Law of the University of Minho

Introduction

Work-family balance measures are seen as one of the most important preconditions for achieving greater gender equality in working life particularly and in society in general. Work-family balance measures include different measures for a better reconciliation of work and family responsibilities of the working parents.

It is important to notice that Portugal has the highest rate of female employment in southern Europe and it relies on a mix of informal and family-basis care and social care services¹.

According to data from 2014 of the CITE² –Commission for Equality in Employment–, in 2014 the active population in Portugal was estimated in 5.225,6 thousand, of which 51.3% were men and 48.7% were women. When compared to 2013 there was an increase in women workforce (from 48.4% to 48.7%) which is in line with previous years. However, in 2015, data show a decrease in the active population (5.195,4 thousand), of which 51.4% were men and 48.6% were women³.

The activity rate in Portugal in 2015 (including people aged between 15 and 64 years old), by sex showed that 53.4% were women and 64.6% were men.

As regards employed population, women's employment has grown from 47.5% in 2011 to 48.5% in 2014. However, this does not mean that more women were employed but rather that men's employment has dropped. So the employment rate was in 2014 of 62.6%, of which 59.6% were women while 65.8% were men. In 2015, the employment rate was 51.5%, of 56.8% were men and 46.8% were women.

¹ EUROFOUND, *Working and caring: Reconciliation measures in times of demographic change*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, p. 30.

² *Relatório sobre o progresso da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional – 2014*, 2015.

³ INE, *Estatísticas de emprego*, February 2016, in www.ine.pt.

As to the unemployed population, in 2015 women represented 49.3% and men 50.7%. The unemployment rate was 12.2%, men representing 12% and women 12.4%⁴.

It is also important to notice that there has been an increase in the percentage of women in higher qualified jobs and this is also linked to the increase in the level of education of women. In 2014, 35.8% of the employed women exercised “highly qualified professions” against 34% of men, and this represents 2.5% higher than the previous year (32%). The male employed population was mainly engaged in “manual activities” (41.8%), against only 15.7% of women. As to the “basic unqualified jobs”, they occupy 16.5% of women against 6.3% of men.

With regard to the exercise of management positions and leadership or high responsibility jobs, there is still a huge imbalance between women and men both in the public sector and in the private one, in favor of men.

In 2012, the Government approved a Resolution intended to promote the participation of women in the boards of public and private companies, and following this Resolution other legislative measures have been established. However, these measures have gone much further as regards public administration and state-owned companies than as regards private companies. As regards public companies, Decree-Law No. 133/2013, of 3 October 2013 (*General Features of Public Companies – Estatuto das Empresas Públicas*), establishes that the governance boards of public companies (administration board and surveillance board) must aim to have both men and women as members, and establishes the obligation of public companies to put in place equality plans. In the same sense, Law No. 67/2013, of 28 August 2013 (*General Features of Administrative Independent Agencies for the Monitoring of Economic Activity in the Private and in the Public Sector – Lei-Quadro das Entidades Reguladoras*), establishes that the board of these agencies must include at least 33 % of the members of each sex, and that the presidency of this board must be occupied by persons from both sexes alternatively.

On 6 March 2015, a Resolution of the Council of Ministers (Resolution No. 11-A/2015) was approved in relation to the promotion of women in leadership, since in average, in 2014, there were 9% of women on leading positions.

By contrast, there is no specific legislation concerning the members of the boards of private sector companies, from the perspective of gender. Nevertheless, there has been growing attention for this issue, in the successive National Plans for Gender Equality approved by the Governments over the years that repeatedly emphasize the importance

⁴ All these data are available in www.ine.pt.

of gender balance in the boards of private companies as a condition for good governance. Accordingly, several campaigns were developed by the Government targeting private companies in this sense.

The available data shows that only 35.1% of women are member of the Parliament and participate in corporate bodies, or have jobs as head officers, directors or managers. Still, there was an increase of 1.4% when compared to the previous year. The board of directors of 17 of the largest companies in Portugal only had 13% of women in October 2015, but in 2003 this percentage was 4%⁵.

The majority of the population in Portugal works full time (87, 6% in 2015). Only 12.4% works on a part-time basis. The majority of part-time workers are women (14, 8%, against 11.5% of men). Nevertheless, part-time jobs dropped in 2014, and women representation in part-time jobs dropped even more (-1.6%, against -0.9% of men⁶).

In most cases, part-time is involuntary in Portugal, in the sense that people take it when they have no other option, either because they are not able to reconcile a *standard* job with their private life and family responsibilities, or simple because full-time jobs are not available⁷.

Eurostat data show that the gender pay gap in Portugal increased from 13% in 2013 to 14.5% in 2014. However, the overall gender earnings gap (which is a composite indicator that measures the combined impact on the average earnings of all working-age women, whether or not employed, as compared with men, of: average hourly earnings, average number of paid work per month, before any adjustment for part-time work) reaches 27,8%, according to data from 2010⁸.

According to data from the CITE, 55% of employed people with fixed daily working hours indicate that it was possible to reduce the working time for at least one hour a day for family reasons, without having to use the rights granted by law. This percentage, however, was higher in women (56.2%) than in men (53.9%). However, a significant rate

⁵ EuropeanCommission, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-taking/database/business-finance/supervisory-board-board-directors/index_en.htm

⁶ See www.ine.pt.

⁷ See European Commission, *Part-time work: A divided Europe*, May 2016, in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=2535&furtherNews=yes> with very recent data from several EU countries showing that involuntary part-time in Portugal in 2015 raised to 55% for women and 42% for men.

⁸ All this information can be traced at EUROPEAN COMMISSION, *The Commission Staff working document, 2015 - Report on equality between women and men in the European Union*, SWD(2016) 54 final, Brussels, 4.3.2016.

of employed people (44.5%) reported that they were not able to have flexible working time arrangements.

The number of workers who decide to take leaves for the purpose of taking care of relatives is much higher among women (17%) than among men (only 2.8%).

Also, women's time-off from work doubles the time-off of men, but the absences of women are commonly justified by reasons related to the care of children or other family dependents, while the absences of men are justified by other reasons. These data show that care responsibilities within the family are still shared in an unbalanced way between male and female workers.

The number of men that share maternity leave and parental leaves by replacing the mother corresponds to only 30.3% of the leaves. However, this last figure has increased significantly since 2005, when only 0.5% of men shared the maternity leave with the mothers. In the authors' view, the reason for the rare use of this leave is the low level of the Social Security allowance granted in parental leave, together with the low level of salaries. In combination, these two factors make it very difficult for parents to take advantage of the leaves in practice.

1. Is sex a cause of discrimination in your legal system? What other circumstances are discriminatory? Does the prohibition of discrimination also include indirect discrimination?

In Portugal direct and indirect discrimination are prohibited and several grounds of discrimination are forbidden. This prohibition includes not only workers but also job applicants.

This prohibition is established, as a fundamental right, in the Portuguese Constitution where Article 13 No. 2 states that “*no one may be privileged, favoured, prejudiced, deprived of any right or exempted from any duty for reasons of ancestry, sex, race, language, territory of origin, religion, political or ideological beliefs, education, economic situation, social circumstances or sexual orientation.*”

This fundamental right is further developed in the Constitution in relation to access to a job, equal pay and reconciliation of family and working life. The Portuguese Labour Code (PLC) establishes this same prohibition and develops it in several provisions, both in relation to the several grounds of discrimination and specifically in relation to gender discrimination.

Article 23 of the PLC establishes the notion of direct and indirect discrimination. Article 23 No. 1, b), states that “*indirect discrimination occurs whenever an apparently neutral provision, criterion or practice puts a person on the basis of a discrimination ground in a less advantageous situation than other persons, unless the provision, criterion or practice deemed discriminatory is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary*”.

However there is no case law on the issue of the objective justification test and indirect discrimination.

Article 24 of the PLC prohibits discrimination on the grounds of ancestry, age, sex, sexual orientation, gender identity, civil status, family status, economic status, education, social origin or status, genetic heritage, reduced working capacity, disability, chronic disease, nationality, ethnic origin or race, territory of origin, language, religion, political or ideological beliefs or trade union membership.

2. What is the legal consequence of discrimination on grounds of sex or other circumstances? Specifically, what is the legal consequence of an unfair dismissal of a pregnant worker or a worker exercising work-life balance rights?

Discriminatory practises in the access to employment or in the course of employment contract are forbidden, so such practises are illegal and the provision containing such practise is considered null and void.

Collective agreements and other rules that conflict with the principle of equal treatment can be declared null and void by the courts. Any discriminatory clause in such contracts that goes against the Labour Code provisions in this area is to be considered null and void.

Other provisions that may be included in future contracts, collective agreements, company regulation, and provisions ruling independent occupations and professions (if applicable), as well as provisions ruling workers’ and employers’ organisations, to the extent to which they may breach the equality and non-discrimination provisions of the Labour Code, will also be null and void.

Article 26 of PLC establishes a specific sanction for the breach of equality provisions in collective agreement or company regulations: if such provisions restrict a certain level or type of remuneration or a certain professional category or activity only to men or to women, these provisions are considered to be automatically applicable to employees of both sexes, provided they perform equal work or work of equal value. And article 26 No. 3 extends this provision to other grounds of discrimination.

Law No. 133/2015, of 7 September 2015, establishes also that companies convicted by the Court for having illegally dismissed pregnant workers, recent mothers, or workers who were breastfeeding, cannot benefit from public allowances or public financial benefits of any kind for a period of two years after the court's judgment.

The dismissal of a pregnant woman or of a worker in parental leave or maternity leave or even adoption leave is unlawful and therefore forbidden according to article 53 of the Portuguese Constitution, and articles 338 and 63, No. 2 of the PLC.

If the worker is dismissed on these grounds, the dismissal is null and void and he or she has the right to be reinstated, or, if he or she decides not to go back, the right to accrued damage compensation calculated at twice the basis of 15 to 45 days per year of the employment contract according to article 63, No. 8, and article 392, No. 1 of the PLC.

In addition to this general prohibition, if any form of dismissal occurs while the worker is pregnant or during any type of leave (e.g. collective dismissal or other objectively motivated dismissal), the dismissal is still presumed unlawful and has to follow a different procedure involving the CITE, which has to approve the dismissal in advance (article 63 of the PLC).

3. Are there examples of wage discrimination, access to employment and/or promotion development between men and women? What treatment do these cases receive by the legislation and case law? What measures does the legislation regulate to promote equal treatment between men and women in the workplace?

Article 479 of PLC establishes an assessment system of the content of collective agreements by the CITE, which is intended to check for possible discriminatory clauses, and for the elimination of such clauses. If the CITE finds such clauses, it invites the parties of the collective agreements to amend it. If there is no amendment the CITE sends the case to the courts and there are some case law about it.

Between 2011 and 2013, there were 9 judgments by the Labor Court in special judicial proceedings under article 162 of the Labor Procedure Code (LPC), following the action of the CITE, where the discriminatory clauses from the collective agreements were declared null and void. The main issues brought before the court regarded the breach of the gender equality principle parental leave⁹.

⁹ This jurisprudence can be seen in http://www.cite.gov.pt/pt/acite/dialogosocial_003.html but also in <http://bte.gep.msess.gov.pt/> (only available in Portuguese).

In Portugal positive action are possible as a mean to promote equal treatment between men and women.

Article 9(h) of the Portuguese Constitution establishes as a fundamental task of the State, to actively promote equality between men and women. Article 27 of the PLC allows for positive actions, that are not considered discrimination provided that they are established on a temporary basis and intended to correct a discrimination which already exists. Positive action is defined as a *“legal measure of limited duration in favor of a group, placed in a disadvantaged situation because of a discrimination ground, and aiming to grant equal conditions in the access to or in the exercise of legal rights or correcting a factual discrimination which already exists”*.

Also, article 492 No. 2 (d) of the PLC establishes that collective agreements should take the necessary measures to enforce equality. According to this rule, equality plans and concrete measures for the promotion of equality (on several grounds, including sex) at professional or company level can be defined by collective agreements directly. These measures can include positive action and preferential treatment, if, in the concrete situation, they meet the legal requirements for such action measures. Nevertheless this rule is not mandatory.

When it comes to discrimination on the grounds of maternity and parenthood, article 30, No. 3 of the PLC states that when professional training regards economic activities dominated by workers of one sex, workers of the under-represented sex have priority in the access to professional training. The same priority is generally granted to workers with low academic formation or no specific skills, as well as to workers responsible for single-parent families, and to those that have been on leave for reasons related to maternity, paternity or adoption. This provision may clearly favor women since they are more likely to be in the situations described.

Another measure intended to promote gender equality in the labor market and that is applicable to all workers despite their age is the Implementing Order No. 84/2015. This Order provides financial support to employers who conclude employment contracts with unemployed persons from the under-represented gender (less than 33,3%) in specific jobs.

4. What rights of work-life balance are recognized in your labor regulation? Specifically, does the labor regulation recognize workers the right to adapt their working time (distribution and/or reduction of working hours)? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

Yes, in Portugal workers have a legal right to adjust working time patterns upon request, for work-life balance purposes.

According to article 55 of the PLC a worker with family responsibilities has the right to change to a part-time job, for two years (or three years for a third child and four years for a disabled child or a child with a chronic disease), provided the child is under twelve years old, or is a disabled or chronically-ill child.

Under article 56 of the PLC, workers with family responsibilities that include the worker with a child under twelve years old, with a disabled or chronically-ill child, regardless the age, are also entitled to flexible working-time arrangements for a certain period.

Article 57 of the PLC establishes the procedure that the worker has to go through to have access to these work-life balance measures. The employer can only refuse the worker's request on the grounds of compelling operational reasons or of the impossibility of replacing the employee, but this justification has to be considered valid by the CITE and if the CITE does not agree, the employer must challenge the decision before the court.

It is also important to mention the possibility of telework from home. Article 166, No. 3 of the PLC establishes that the worker with a child under three years old has the right to telework if the professional activity performed is compatible with this form of work and the employer can provide the necessary means to make that change possible.

5. Are part-time contracts used as an instrument to achieve work-life balance? If so, it the legal regime of part-time work adequate for this purpose?

In Portugal, part-time job is not used as an instrument to achieve work-life balance. According to the data already indicated, the majority of the population in Portugal works full time (87.6% in 2015). Nevertheless, in part-time work, women are the majority (14.8% of women against 11.5% of men)

However, article 152 of the PLC indicates that collective agreements must include provisions establishing preferences in the access to part-time positions, in favor of workers with family responsibilities. In this sense, collective agreements have to include

specific provisions for workers with family responsibilities when it comes to part-time entitlements.

6. Can the employer alter working hours of workers exercising work-life balance rights through overtime and/or irregular distribution of working time?

No.

Some limitations to the application of flexible working-time arrangements on the ground of entrepreneurial reasons like adaptable working-time and “bank of hours” arrangements, established in collective agreement or by company regulation, which may have a negative impact on reconciliation of family and working life, are imposed by the PLC (in the changes introduced by Law No. 120/2015, of 1 September 2015). Since then, these flexible working-time arrangements instated by collective agreements or by company regulations cannot be imposed upon workers with children under three years old without the specific and written consent of the working parent (articles 206, No. 4, (b) and 208-B, No. 3 (b) of the PLC)

According to articles 58, 59 and 60 of the PLC, a pregnant women is entitled to refuse night work, overtime work and flexible working-time arrangements and as regards night work she is also entitled to be transferred to a day-time position, or, if such position is not available, to go on leave, paid by social security.

Also, according to Articles 58, 59 and 60 of the PLC, working mothers who are breastfeeding and also fathers in case of artificial nourishing of the baby have the right to refuse night work, overtime work and flexible working-time arrangements, while breastfeeding or until the child is one year old.

The parent of a disabled or chronically-ill child under one year old has the right to a reduction of working time of five hours per week to take care of the child (article 54 of the PLC).

7. Do workers have permits or the right to suspend the employment contract (leave of absence) due to family and personal circumstances? If so, are they paid leave of absences? Do workers maintain the right to return to their previous job post? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

According to articles 49 and 249, No. 2 (e) of the PLC, workers are entitled to unpaid time-off from work on grounds of force majeure for urgent family reasons in case of sickness or accident of the child for a maximum of 30 days per year, or a maximum of

fifteen days per year to take care of the child under twelve or over twelve, respectively, and, regardless of age, for a disabled or chronically-ill child or of other dependents within the family. This leave has to be justified by assistance to the applicant's own family and concerns all employees. These time limits can be exceeded in case of hospitalization of the child and in case of a second, or further, child (article 49 of the PLC). However, this right is subjected to the condition that the absence of the worker is inevitable, in the sense that he or she cannot be replaced in the care for the child.

There is also the right to a leave of absence from work established in article 50 of PLC to assist a minor daughter who has given birth for a maximum of 30 days. This measure is known as *grandparents leave*.

Also there is the right to a short leave of absence for reasons related to the education of children established (article 249, No. 2 (f) of the PLC).

Workers are also entitled to take care of relatives in the ascending line (parents and grandparents) even when they do not live in the same household. In the case of the spouse/partner, the entitlement comes with an extra 15 days per year. The days of absence are not remunerated but are considered as working days for other purposes (seniority, holidays, social security, pensions and so on). All employees' spouses and cohabiting partners, relatives in the ascending line (father/mother, grandparents and in-laws) or second-degree relatives (siblings and siblings' in-laws) are covered by the law. These special leaves for the purpose of care, according to article 22 of Decree-Law No. 91/2009, of 9 April 2009, are credited as if they corresponded with professional activity for the purpose of the formation of pension rights.

The employer cannot limit the exercise of these rights and workers have the right to return to their former job. However, to justify these absences, the employer may ask the employee for proof of the urgent need for care, as well as a declaration that other household members, if professionally active, did not miss work for the same reason or cannot provide care.

8. Is there maternity leave? If so, what is its duration? Who hold the right to maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

Maternity leave is granted in Portugal. This leave is called "initial parental leave" and paid by the Social Security system.

According to articles 40 and 41 of the PLC, maternity leave (or initial parental leave) can go up to 120 days or 150 days, upon the choice of the parents. If they choose the 150 days leave, the social security allowance corresponds to 100% of the average salary, and if they choose the 150 days modality, it will be paid on the basis of the 80% of the average salary.

The leave can be divided between the two parents, except for the first six weeks after giving birth, which must be taken by the mother (“*initial parental leave exclusive for the mother*”). If after this initial period the other party of the couple takes the leave for 30 days or for two periods of fifteen days, the total duration of maternity leave is extended for 30 more days.

Article 44 of the PLC establishes also an adoption leave for a child under 15 years old, with the same duration of maternity leave. However the adopted child must not be the natural child of the husband/wife/companion of the adoptive parent.

9. Is there paternity leave? If so, what is its duration? Who can exercise this maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

In Portugal there is a paternity leave (called “*initial parental leave exclusive for the father*”) that includes different situations, according to articles 42 and 43 of the PLC. There is a compulsory leave of 15 days when the mother gives birth and an additional non-compulsory leave of 10 more days in the following 30 days. There is also a longer paternity leave with the purpose of replacing the mother on maternity leave who dies or becomes ill after giving birth (“*initial parental leave of the father, replacing the mother*”).

Paternity leave is paid by social security on the basis of 100% of the average salary of the father.

10. What is the role of collective bargaining in promoting equality between men and women in the workplace and work-life balance? Does collective bargaining often improve the legal regulation in this matter? Or does it limit the exercise of work-life balance rights?

Social partners can play a major role in the enforcement of gender equality law under the Portuguese Constitution. According to article 56, No. 2 (a) of Portuguese Constitution and to article 470 of the PLC, all bills regarding employment and industrial relations issues must be presented to the social partners and have to be discussed with them. The breach of this procedure makes the act unconstitutional and therefore not applicable.

Due to this constitutional provision all legal provisions concerning labour law are, in fact, discussed with the social partners on a regular basis, and this includes provisions on gender equality. Nevertheless, in practice gender equality is not traditionally considered an important subject by the social partners.

The Portuguese Labour Code, in article 492, No. 2 (d), establishes that collective agreements should implement the necessary measures to enforce equality. Nonetheless this rule is not mandatory and equality issues are not a very important issue in collective bargaining. There is no practical implementation of the legal measures by collective agreements, with or without the assistance of the State.

It is interesting to notice that according to article 479 of the PLC, there is an assessment system of the content of collective agreements, conducted by the CITE and intended to check for possible infringements to equality provisions and to promote the elimination of such clauses. If such clauses are found, the CITE notifies the parties of the collective agreements to amend them. If there is no amendment the CITE sends the case to the courts and there are some case law about it, as we indicated above.

Social partners, both employers' organizations and trade unions, have become more aware of the need for collective bargaining and collective agreements not to contain gender discriminatory provisions. And it turns out that, as new collective agreements are published or are changed, there are increasingly fewer legal breaches in this area.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding equality, non-discrimination and work-life balance

In Portugal, the right to parental leave is recognised under certain conditions to the person who effectively takes care of the child.

Two online tools for the analysis of the gender pay gap in companies were launched in 2015 in Portugal¹⁰: a “*self-assessment survey on equal pay between men and women in companies*” and a “*gender pay gap calculator*”. These tools make it possible for companies to quantify the actual pay gap between female and male employees, and the awareness of this should enable them to tackle the underlying causes and close the gaps.

In the programme of the current Government there are some measures in relation to these points. The Government wants to reach a framework agreement with the social partners in the Social Concertation Standing Committee in the area of equality; it wants to develop

¹⁰ See website of CITE: <http://calculadora.cite.pt/index.php/welcome/home>.

measures intend to promote the reconciliation between work, family and personal life, including deepening the sharing of parental leave between mothers and fathers; and to present a proposal for the promotion of parity in corporate management bodies of the public sector and private companies publicly listed.

Very recently (May 2016) the Government presented a bill proposal in the Standing Committee for Social Concertation, to be discussed among social partners, where it is established that for 2017 there should be 33.3% of the under representative sex in the governance boards of public companies and in 2019 this percentage should increase up to 40%.

Another measure that is under discussion is that if in January 2018 the publicly listed companies in the stock exchange don't have at least 20% women in the governance boards, they should be sanctioned with the suspension of the listing on the stock exchange.

References

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Country Report Gender Equality, Portugal 2015*, European Commission, Brussels, 2016.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte I*, fourth edition, Almedina, Coimbra 2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte III*, second edition, Almedina, Coimbra, 2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II*, Almedina, Coimbra, 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Reconciling Family and Professional Life and the Gender Equality Principle in Employment”, in *European Gender Equality Law Review (EGELR)*, 2009/2, 7-15.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, FOUBERT, Petra and BURRI, Susanne, *Report on the Implementation of the Parental Leave Directive 2010/18 in 33 European Countries*, Gender Equality Network of the EC, European Commission, Brussels, 2015

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN ESPAÑA

María Amparo Ballester Pastor
Catedrática de Universidad
Universidad de Valencia

Introducción

Además de la Constitución española (fundamentalmente artículos 14 y 35), la principal norma que trata la cuestión de la discriminación laboral por razón de sexo en España es la Ley 3/2007 de 22 de Marzo de 2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIE)¹. Es una norma transversal e integral que identifica los supuestos de discriminación por género y que establece procedimientos específicos de protección, tutela y promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. Buena parte de su articulado está dedicado a la temática laboral, lo que implicó en su momento importantes reformas en la normativa ordinaria laboral.

Algunos datos estadísticos relevantes en el ámbito de la discriminación laboral por razón de género son los siguientes: a) la tasa de paro en España es de 19,5% para los hombres y de 22,5% para las mujeres (datos de 2015)²; b) la tasa de actividad en España es de 53,9% para las mujeres y del 66,4% para los hombres (datos de 2015)³; c) el porcentaje de trabajadoras a tiempo parcial en relación con el total de mujeres trabajadoras era del 25%, mientras que el porcentaje de hombres trabajando a tiempo parcial en comparación con el total de hombres trabajadores era del 6,8% (datos de 2014)⁴; d) en el año 2014 accedieron a la prestación de maternidad 273.181 mujeres y 5.208 hombres⁵. Dado que el permiso de maternidad es obligatorio y que el padre solo puede acceder por cesión materna (salvo casos puntuales) ello significa que tan solo el 1,9% de los padres compartieron el permiso de maternidad con la madre. El número total de permisos de paternidad en 2014 (exclusivos para el padre u otro progenitor) fue de 238.806⁶. Si se pone esta cifra en conexión con el número total de permisos de maternidad disfrutados por las madres (273.181)⁷ se evidencia un alto porcentaje de disfrute paterno (con las matizaciones correspondientes dado que pueden haber permisos de paternidad disfrutados por mujeres –adopción o unidades homosexuales, por ejemplo– y dado que pueden haber

¹ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>.

² Datos del Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0415.pdf>.

³ *Ibidem*.

⁴ Últimos datos oficiales disponibles. Datos elaborados a partir de la Encuesta de Población Activa <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=10893>.

⁵ Datos del Instituto de la Mujer. <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

permisos de paternidad correspondientes a hijos que no hubieran dado lugar a permisos de maternidad). d) El porcentaje de mujeres que accedieron a la excedencia por cuidado de hijos en relación con el total de solicitadas por esta causa fue del 94,02% en 2014; el porcentaje de mujeres que solicitaron la excedencia por cuidado de familiares el mismo año en relación con los totales por esta causa fue del 84,6%⁸; e) según la Comisión Europea⁹ la brecha salarial en España es del 17,8%, siendo la brecha media en la Unión Europea del 16,4%. Los datos de la Comisión Europea provienen de la Encuesta Cuatrianual de Estructura Salarial que se publicó en 2012 y que partía de datos de 2010. Otros estudios que se han realizado en nuestro país con datos más extensos y más recientes de los que maneja Eurostat dan como resultado una brecha salarial que llega en 2015 al 24%¹⁰. f) En 2015 el porcentaje de mujeres en los Consejos de Administración de las empresas del IBEX 35 en España era del 17,3%¹¹

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

El artículo 14 de la Constitución Española expresamente prohíbe la discriminación por razón de sexo¹². La prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral se establece específicamente en el artículo 35 de la Constitución Española. También el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹³ establece expresamente la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. Otros preceptos del ET refieren la prohibición de discriminación por razón de sexo a aspectos específicos de las relaciones laborales (por ejemplo, el artículo 28 ET establece la igualdad retributiva entre hombres y mujeres por trabajos de igual valor).

En el ordenamiento español no hay una configuración cerrada de las causas de discriminación prohibidas, dado que el artículo 14 de la Constitución Española termina señalando que queda prohibida la discriminación “*por cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Ello no significa que cualquier diferenciación entre personas sea contraria a la Constitución, sino que las eventuales causas de discriminación

⁸ *Ibidem*.

⁹ “La brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea”, elaborado por la Comisión Europea en 2014. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/140319_gpg_es.pdf

¹⁰ Datos del Informe de UGT “Trabajar igual, cobrar igual”, 22 de Febrero de 2015, http://www.ugt.es/Publicaciones/INFORME_UGT_SOBRE_IGUALDAD_SALARIAL_2015.pdf

¹¹ Datos del Tercer Informe de las mujeres en los Consejos del IBEX 35. Informe realizado por ATREVIA e IESE <http://blog.iese.edu/nuriachinchilla/files/2015/03/Informe-Mujeres-2015-FINAL.pdf>

¹² Constitución Española de 28 de Diciembre de 1978, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/>

¹³ Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdleg1-1995.html

prohibidas tienen que apoyarse en alguna referencia normativa que indique la reprobación social de la que son objeto. Las causas de discriminación prohibida en el ordenamiento español en la actualidad son, al menos, las siguientes: a) nacimiento, raza, sexo, religión y opinión (artículo 14 de la Constitución); b) edad o discapacidad, sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español (artículo 17 ET); c) discapacidad, edad, religión, convicciones, orientación sexual y etnia (Ley 62/2003, de 30 de Diciembre; Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y Directiva 2000/43 de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico).

La discriminación indirecta por razón de sexo está expresamente prohibida la LOIE¹⁴. El artículo 6 LOIE define la discriminación indirecta por razón de sexo del siguiente modo (en términos casi iguales a como lo hace el artículo 2.2.c 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 (refundición)): “*Se considera discriminación indirecta por razón de sexo 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 dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*”.

La jurisprudencia española ha reconocido la concurrencia de discriminación indirecta en numerosas ocasiones. Algunas de ellas son las siguientes: a) concurre discriminación indirecta por razón de sexo cuando se produce una incorrecta valoración de los puestos de trabajo que conducen a una hipervaloración retributiva de los puestos de trabajo ocupados mayoritariamente por hombres en comparación con los puestos de la misma empresa ocupados mayoritariamente por mujeres¹⁵; b) es constitutivo de discriminación indirecta el precepto de Seguridad Social que atribuye un trato peyorativo a los trabajadores/as a tiempo parcial, dado que la mayoría de ellos/as son mujeres¹⁶; o c) es constitutivo de discriminación indirecta un sistema no transparente de promoción

¹⁴ LO 3/2007, de 22 de Marzo, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo3-2007.html

¹⁵ La primera sentencia al respecto fue la STC 145/1991 de 1 de Julio de 1991

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1991/145>

¹⁶ STC 61/2013 de 14 de Marzo de 2013

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=20788>

profesional que mantiene en posiciones inferiores a un porcentaje mayor de mujeres que de hombres, sin que la empresa aporte razón justificativa suficiente¹⁷.

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

Con carácter general, el artículo 17 ET establece que son nulos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que sean discriminatorias, entre otras causas, por razón de sexo. Las consecuencias específicas de las conductas empresariales discriminatorias son las siguientes:

- Si el despido se produce por causa discriminatoria por razón de sexo éste será declarado nulo, lo que implica la obligación empresarial de readmisión en las condiciones previas al despido, con abono de los salarios devengados durante el proceso judicial (artículos 55.5 y 55.6 ET). Cuando se alega discriminación opera la modificación de la carga de la prueba, debiendo el demandante presentar indicios de discriminación frente a los cuales el demandado deberá aportar prueba suficiente de no discriminación.
- El trabajador/a discriminado/a puede solicitar una indemnización por daños que puede incluir los daños morales (artículo 183 de la Ley Reguladora del Orden Social, LRJS, Ley 36/2011, de 16 de Octubre¹⁸).
- El empresario que incurriera en conducta discriminatoria por razón de sexo en el trabajo puede incurrir en infracción administrativa muy grave, lo que puede desencadenar la conducta a una multa de entre 626 y 6250 euros (artículo 7.5 y 40.1.b de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS, RD Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto¹⁹).

En el artículo 55.5 ET y en el artículo 108 LRJS se establecen una serie de causas de nulidad automática del despido. Si éste se produce encontrándose el trabajador/a en alguna de estas situaciones el despido será calificado de nulo, a menos que tenga causa justificada, en cuyo caso se calificará como procedente: a) suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural,

¹⁷ STS de 18 de Julio de 2011, rec. 133/2010

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6134165&links=&optimize=20111003&publicinterface=true>

¹⁸ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/136-2011.html

¹⁹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdleg5-2000.html

enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período; b) despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por maternidad; d) despido de los trabajadores/as que hayan solicitado, estén disfrutando o hayan solicitado el permiso de lactancia, la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares o la excedencia por cuidado de hijos o familiares; e) despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral; f) despido de los trabajadores/as después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

En caso de que el despido se produzca durante el embarazo se aplicará la nulidad automática del despido (artículo 55.5 ET) incluso aunque el empresario ignorara la existencia del embarazo. Sin embargo, la ignorancia del mismo impide la calificación de nulidad si la trabajadora fuera despedida durante el periodo de prueba²⁰.

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

Un ejemplo paradigmático y muy temprano de discriminación salarial constitutivo de discriminación indirecta fue el que dio lugar a la STC 145/1991, de 1 de julio (*supra*). En esta sentencia el Tribunal Constitucional se inspiró en la STJCE de 1 de Julio de 1986, asunto *Rummler Dato*, C-237/85, que se refería a un supuesto muy similar. En ambos pronunciamientos se estableció que la valoración, a efectos retributivos, del esfuerzo físico que recaía fundamentalmente en un nivel profesional ocupado mayoritariamente por hombres constituía discriminación indirecta por razón de sexo si no se valoraban también a efectos retributivos otras condiciones o características del nivel profesional ocupado mayoritariamente por mujeres. Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha sentado las bases para la correcta valoración de los puestos de trabajo en España, y a él han seguido algunos pronunciamientos posteriores en sentido similar. Sin embargo, el número de reclamaciones por incorrecta valoración de puestos es muy bajo en España y, por tanto, muy pocas las sentencias al respecto. Una de las más recientes

²⁰ STC 173/2013 de 10 de Octubre de 2013

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23619>

fue la que dio lugar a la STS de 14 de mayo de 2014²¹. En ella se consideró constitutivo de discriminación indirecta la inferior retribución establecida en un establecimiento hotelero (a partir de un plus voluntario) para los/las camareros/as de piso (categoría altamente feminizada) en comparación con ciertas categorías en cocina y bar, de composición fundamentalmente masculina.

En materia de discriminación en la promoción fue también paradigmática la STS de 18 de julio de 1991 (*supra*). El Tribunal Supremo consideró que concurría discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional aplicado en una empresa a partir del análisis de los datos estadísticos que indicaban una desproporción entre hombres y mujeres en los puestos directivos. Dado que el empresario no consiguió aportar justificación alguna que pudiera razonable y objetivamente explicar esta desproporción (por aplicación de la modificación de la carga de la prueba) y dado que el sistema de promoción utilizado en la empresa no era transparente (al menos en los niveles altos, en los que se producía el efecto discriminatorio) la sentencia del Tribunal Supremo declaró la concurrencia de discriminación indirecta y sirvió para confirmar la sanción por infracción muy grave que la Autoridad Laboral había impuesto a la empresa.

Las medidas de acción afirmativa por razón de género encuentran su apoyo fundamental en el artículo 9.2 de la Constitución. La LOIE estableció medidas de acción afirmativa por razón de sexo en numerosos ámbitos (no solo el laboral), como por ejemplo cuando configuró el objetivo de participación equilibrada de las mujeres en numerosos espacios institucionales (los Consejos de Administración de ciertas empresas, Tribunales, etc...). De otro lado, en el artículo 17 ET se establece la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan preferencias para la contratación de mujeres cuando concurren iguales condiciones de idoneidad entre los candidatos. Debe señalarse, sin embargo, que pese a esta habilitación, las preferencias para la contratación de mujeres no son habituales en la negociación colectiva española.

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

Los permisos parentales existentes en el ordenamiento español son los siguientes:

²¹ STS de 14 de Mayo de 2014, rec. 2328/2013

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7084867&links=&optimize=20140602&publicinterface=true>

- Los trabajadores/as que tuvieran hijos/as menores de 9 meses (incluidos los progenitores adoptivos o en situación de acogimiento) tiene derecho a un permiso retribuido de una hora al día que puede ser distribuido en dos medias horas. Si se sitúa al principio o al final de la jornada consiste tan solo en media hora (artículo 37.4 ET). El trabajador/a tiene derecho a escoger el momento concreto para su disfrute (artículo 37.6 ET). El derecho a la determinación concreta del disfrute de este derecho se configura como un derecho absoluto del trabajador/a, tan solo limitado, como todos los derechos, por el abuso de derecho. Este permiso se denomina “permiso de lactancia”, pero pese a su nombre es un permiso parental ordinario, que puede ser disfrutado indistintamente por padre o madre, aunque solo uno de ellos puede acceder a él (no puede compartirse).
- Los trabajadores/as tienen derecho a un permiso no retribuido de larga duración para el cuidado de hijos/as (incluidos los adoptados o en situación de acogimiento) o para el cuidado de familiares hasta segundo grado de cosanguinidad o afinidad (*infra*, Q7).
- Los trabajadores/as con hijos menores de 12 años pueden solicitar una reducción diaria de su jornada de entre 1/8 y la mitad, con reducción proporcional de la retribución correspondiente (artículo 37.5 ET). El trabajador/a tiene derecho a escoger el momento concreto para su disfrute (artículo 37.6 ET) en los mismos términos expuestos para el permiso de lactancia.
- Los trabajadores/as con hijos gravemente enfermos pueden solicitar una reducción de jornada. Para tener derecho a ella es necesario que la reducción sea como mínimo del 50% y que ambos progenitores trabajen (artículo 37.5 ET). La pérdida retributiva correspondiente a esta reducción es satisfecha por el sistema de Seguridad Social por medio de una prestación específica (artículo 187 LGSS). En este supuesto se aplica también el artículo 37.6 ET, por lo que el trabajador/a tiene derecho a escoger el momento concreto para el disfrute de la reducción de jornada, en los términos expuestos arriba.

En el artículo 34.8 ET se establece, con carácter general, un derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo por razones de conciliación. Sin embargo este derecho queda condicionado al acuerdo con el empresario o a su concreción en convenio colectivo, por lo que no puede considerarse que el trabajador/a disponga efectivamente de él²². El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la conciliación es un derecho de dimensión constitucional, que debe ser tomado en consideración cuando se

²² STC 26/2011, de 14 de Marzo, <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/11/pdfs/BOE-A-2011-6541.pdf>

refiere a una solicitud de adaptación de jornada²³. En todo caso fue un pronunciamiento impreciso que ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios. La actual configuración normativa podría, por ello, contravenir lo establecido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18, de 8 de Marzo de 2010, de permisos parentales, que establece la obligación de que los empresarios tomen en consideración las solicitudes de adaptación de jornada cuando se reincorporan al trabajo tras un permiso parental.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

El porcentaje de trabajo a tiempo parcial involuntario desarrollado por las mujeres (o mujeres contratadas a tiempo parcial que desearían trabajar a tiempo completo) es del 58%²⁴, lo que evidencia que esta modalidad contractual no se utiliza como instrumento de conciliación de responsabilidades en España.

Tal y como está formulado actualmente en España el contrato de trabajo a tiempo parcial difícilmente puede servir como instrumento para facilitar la conciliación de responsabilidades, dado que está configurado de modo bastante flexible para el empresario, pero obligando a una disponibilidad horaria del trabajador/a que puede no ser compatible con la situación en la que se encuentran los trabajadores/as con responsabilidades de cuidado. Efectivamente, un trabajador/a a tiempo parcial puede ver alterada su distribución de la jornada por el empresario por medio de los siguientes instrumentos:

- Por aplicación de la distribución irregular de la jornada (aplicable a todos los contratos de trabajo, incluidos los contratos a tiempo parcial (artículo 34.2 ET)). El derecho empresarial a la distribución irregular supone que el empresario puede, salvo convenio que establezca otro sistema, unilateralmente modificar la distribución de la jornada en un volumen de hasta el 10% de la jornada anual.
- El contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido admite el pacto previo de horas complementarias, que es un compromiso de realización de horas adicionales de trabajo a requerimiento empresarial. Hay límites máximos para el pacto de horas complementarias. El trabajador/a puede revocar este acuerdo, pero solo una vez transcurrido un año de contrato y solo por causa justificada.
- El trabajador/a a tiempo parcial puede también llevar a cabo horas complementarias voluntarias, que son horas adicionales “ad hoc”, propuestas por el empresario y, en

²³ STC 24/2011, de 14 de Marzo, <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/11/pdfs/BOE-A-2011-6539.pdf><http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/11/pdfs/BOE-A-2011-6541.pdf>

²⁴ Datos del Instituto de la Mujer, <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>.

teoría, aceptadas voluntariamente por el trabajador/a a tiempo parcial (equivalente a las horas extraordinarias).

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

No hay especificaciones en el ordenamiento español para los trabajadores/as con responsabilidades de cuidado en relación con la realización de horas extraordinarias y en relación con la aplicación del derecho empresarial a la distribución irregular de la jornada (descrito más arriba). Los trabajadores/as con responsabilidades de cuidado pueden ser objeto de las mismas alteraciones de su tiempo de trabajo previstas en general para cualquier trabajador/a por el ordenamiento español.

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

Los trabajadores/as tienen derecho a un permiso no retribuido de larga duración para el cuidado de hijos/as (incluidos los adoptados o en situación de acogimiento) o para el cuidado de familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida (artículo 46.3 ET). Se trata de un derecho individual, dado que esta excedencia puede ser disfrutada simultáneamente por ambos progenitores por el mismo sujeto causante. Su duración es de tres años desde el parto o desde la resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento en caso de excedencia por cuidado de hijos. En el caso de excedencia por cuidado de familiares tiene una duración de un año, que puede ampliarse por convenio colectivo. El derecho a esta excedencia puede disfrutarse de forma continua o discontinua, lo que significa que pueden solicitarse varias excedencias siempre que entren dentro del periodo de duración máxima.

Durante la excedencia por cuidado de hijos o familiares el artículo 46.3 ET reconoce un derecho de reserva de puesto fraccionado en dos partes. Durante el primer año de la excedencia (ampliable hasta 15 o 18 meses en caso de familia numerosa) existe un derecho de reserva del mismo puesto de trabajo. Durante el resto del tiempo de la excedencia existe un derecho de reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Adviértase, en todo caso, que esta diferencia no

implica que la reincorporación transcurrida el primer año de excedencia implique pérdida del derecho de reserva.

El empresario no tiene capacidad, en general, para limitar el ejercicio del derecho de excedencia del trabajador/a: de este modo, no puede condicionarlo, posponerlo, reducirlo o ajustarlo a las necesidades empresariales. Sin embargo, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho de excedencia por el mismo sujeto causante el empresario tiene capacidad para limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (artículo 46.3 ET).

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

El permiso de maternidad en España da lugar a una situación suspensiva, durante la que no existe obligación de retribuir por parte del empresario. Si se cumplen los requisitos establecidos para ello (*infra*), este periodo suspensivo por maternidad tiene aparejada una prestación de Seguridad Social. Las situaciones suspensivas que dan lugar a la prestación de maternidad conforme al artículo 48.4 ET son el parto, la adopción y la guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen. La adopción, guarda o el acogimiento deben venir referidos a menores de 6 años aunque es posible su aplicación a mayores de esa edad si estuvieran discapacitados o si, por sus circunstancias y experiencias personales o por venir del extranjero, tuvieran especiales dificultades de inserción social y familiar (artículo 45.1.d ET).

La duración del permiso de maternidad es de 16 semanas ininterrumpidas, ampliable en dos semanas más por cada hijo nacido o adoptado/acogido a partir del segundo. La misma ampliación de dos semanas se produce en el caso de discapacidad del hijo. En caso de parto la suspensión por maternidad puede distribuirse libremente por la madre, antes y después del parto, aunque el periodo de seis semanas inmediatamente posterior al parto es de disfrute obligatorio para la madre, de modo que no puede ser ni renunciado ni transferido por ésta. Por lo demás, la suspensión por maternidad puede disfrutarse a tiempo parcial, compatibilizando parte de éste (el que superara el tiempo obligatorio de seis semanas post parto) con el trabajo, aunque para ello es necesario que así se haya pactado con el empresario o que así se haya previsto en convenio colectivo. En el caso de que el neonato requiriera hospitalización posterior al parto

En caso de adopción la suspensión por maternidad puede disfrutarse indistintamente por ambos progenitores. Sin embargo, en caso de parto, la madre biológica tiene la titularidad

de la suspensión por maternidad, de modo que solo puede transferirse al otro progenitor si la madre previamente lo ha disfrutado. Existe tan solo una excepción que posibilita el disfrute originario por parte del otro progenitor: en el caso de que la madre biológica fuera trabajadora pero no tuviera derecho a la prestación de maternidad por aplicación de las normas profesionales aplicables a su actividad (por ejemplo en caso de que estuviera adscrita a una mutualidad profesional) la suspensión de maternidad podrá ser disfrutada íntegramente por el otro progenitor. En general, la transferencia al otro progenitor en caso de parto puede producirse solo en dos casos: si la madre biológica fallece o si la madre expresamente lo transfiere al otro progenitor. En caso de fallecimiento materno la suspensión por maternidad que quedara por disfrutar pasa al otro progenitor, sin que se deduzca el tiempo que se pudiera haber disfrutado por la madre con anterioridad al parto. En caso de transferencia al otro progenitor, ésta solo puede operar si ambos trabajan y debe producirse por parte de la madre al iniciarse por ésta el periodo de descanso por maternidad.

Existen dos prestaciones de maternidad que dan cobertura a la suspensión por maternidad: la prestación de maternidad contributiva y la no contributiva:

- a) La prestación de maternidad contributiva se regula en el artículo 177 LGSS con carácter extensivo (todos los trabajadores/as se encuentran protegidos, incluidos los trabajadores por cuenta propia y los funcionarios). La situación que origina el derecho a la prestación contributiva de maternidad es la suspensión establecida en el artículo 48.4 ET (descrita *supra*) y requiere un determinado tiempo de carencia que varía en atención a la edad del sujeto beneficiario en el momento del acceso (no se requiere carencia si el beneficiario es menor de 21 años; si tiene entre 21 y 26 años se requieren 90 días de cotización en los 7 años anteriores, o 180 días en toda su carrera laboral; si tiene más de 26 años se requieren 180 días de cotización en los 7 años anteriores, o 360 días en toda su carrera laboral). La prestación contributiva consiste en el 100% de la base reguladora del sujeto que la disfrute.
- b) La prestación no contributiva de maternidad se regula en el artículo 182 LGSS. Se aplica tan solo en caso de mujeres trabajadoras por cuenta ajena que fueran madres por parto y que no pudieran acreditar el periodo mínimo de carencia establecido para acceder a la prestación de maternidad contributiva. Dado que, en este caso, están obligadas a suspender su prestación de servicios durante el periodo de seis semanas inmediatamente posterior al parto, se les concede el derecho a acceder a una prestación de pago a tanto alzado consistente en 42 días de IPREM (indicador público de renta de efectos múltiples fijado anualmente).

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

La suspensión por paternidad se encuentra regulada en el artículo 48.7 ET. Puede disfrutarse en casos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento en similares términos a los previstos para el permiso de maternidad (*supra*). Teóricamente consiste en una suspensión de cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en dos días más por cada hijo nacido/adoptado/acogido a partir del segundo. Sin embargo en sucesivas leyes de presupuestos se ha pospuesto la aplicación de esta duración de cuatro semanas y se ha mantenido la de trece días, que fue la que transitoriamente se estableció cuando el permiso de paternidad se estableció por medio de la LOIE de 2007. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad. En el supuesto de parto, la suspensión por paternidad corresponderá exclusivamente al otro progenitor. Sin embargo, en caso de adopción/acogimiento este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Por lo demás, como en la suspensión por maternidad, la suspensión por paternidad puede disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. Durante el tiempo de suspensión por paternidad no existe obligación empresarial de retribución, pero el trabajador tiene derecho a una prestación de seguridad social (regulada en el artículo 183 LGSS) que consiste en el 100% de la base reguladora. Para acceder a esta prestación es necesario haber cotizado al menos 180 días en los siete años anteriores o 360 días durante la carrera profesional del trabajador.

La titularidad del permiso de paternidad en España no es exclusivamente paterno, como pudiera parecer en atención a su nombre. En caso de adopción es de disfrute indistinto. Sin embargo, a efectos de fomentar el reparto de responsabilidades, en caso de adopción la suspensión por paternidad no puede acumularse en la misma persona que hubiera disfrutado del permiso de maternidad en su totalidad. No hay obstáculos, sin embargo, a que la suspensión por paternidad en adopción recaiga totalmente en la madre si ésta no ha disfrutado en su totalidad de la suspensión por maternidad. En caso de parto la suspensión por paternidad corresponde al otro progenitor, lo que permite incluir como sujeto beneficiario no solo al padre, sino también a la madre no biológica.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

Existen varias referencias en la norma laboral que, teóricamente, exigen ciertas obligaciones al respecto por parte de los negociadores de convenios:

- a) En el artículo 45.1 LOIE se establece que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación entre mujeres y hombres. Tales medidas se deben negociar, y en su caso acordar, con los representantes de los trabajadores, lo que implica que existe la obligación de negociar en materia de no discriminación por razón de sexo si la negociación tiene ámbito de empresa.
- b) En el artículo 85 ET se establece la obligación de negociar “*medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral*” en cualquier ámbito negocial.
- c) El artículo 46 LOIE configura los planes de igualdad como los instrumentos primordiales para la detección y eliminación de discriminación por razón de sexo. Son instrumentos de ámbito empresarial que deben configurarse en los siguientes casos: (i) Cuando la empresa –no el centro de trabajo– cuente con más de doscientos cincuenta trabajadores, tanto fijos como temporales (artículo 46. 2 LOI). A través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar estos planes, por medio de los convenios de empresa o de la negociación que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones establecidos en los convenios supraempresariales a través de las oportunas reglas de complementariedad (artículo 85.2 ET). (ii) Cuando así lo establezca el convenio colectivo aplicable (artículo 46.3 LOI). (iii) Cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de un plan y en los términos que se fijen (artículo 46.4 LOI); (iv) Cuando lo decida voluntariamente la empresa (artículo 46.5 LOI), para cuyo estímulo el Gobierno establecerá medidas de fomento, que incluirán el apoyo técnico necesario (artículo 49 LOI).

En la práctica son pocos los convenios colectivos que atienden efectivamente la obligación de abordar la cuestión de la no discriminación por razón de género en los términos establecidos en el artículo 85 ET. Se limitan generalmente a establecer compromisos genéricos y/o a reproducir lo que al respecto ya establece la normativa

laboral. Con relación a los planes de igualdad, el acceso a sus contenidos a efectos de investigación es difícil porque no existe obligación de publicación, ni existen registros establecidos al efecto. Conforme a la experiencia de la autora del presente informe el grado de compromiso de los planes de igualdad con la cuestión antidiscriminatoria es dispar.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

Bibliografía

BALLESTER PASTOR, M. A., *Spain. Country report. Gender Equality*, Publication Office of the European Union, Luxemburgo, 2016, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3764-2015-es-country-report-gender>

CRUZ VILLALON, J., GARRIDO PEREZ, E. y FERRADANS CARAMES, C. (Coordinadores), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991 de 1 de Julio de 1991.

Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013 de 14 de Marzo de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Julio de 2011, rec. 133/2010.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN ARGENTINA

María del Carmen Piña

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Especialista en Derecho Comparado
Universidad Nacional de Córdoba

Introducción

Al revisar el sistema jurídico argentino, se extraen de la Carta Máxima los lineamientos que desde 1860 hasta la fecha se han mantenido vigentes, donde el instituto a indagar para el estudio del concepto de discriminación es la igualdad ante la ley, contenida en el artículo 16 de la Carta Federal.

Hace más de 150 años, en un medio en el que la esclavitud fue apenas una curiosidad de unos pocos, que además fue rápidamente suprimida por las primeras normas jurídicas del país en tanto Estado independiente, el Constituyente originario no consideró necesario incorporar otras normas que tutelaran la situación de igualdad de los habitantes.

En el año 1994, la Comisión Constituyente reformó la Constitución Nacional, colocando a una serie de normas contenidas en los documentos internacionales, con la misma jerarquía que la Constitución Federal, referidos a la discriminación, por encima incluso de las leyes federales que tratan esta materia.

La ubicación normativa, quedó plasmada por el artículo 75, incisos 22¹ y 24 de la Carta Federal, en la pirámide jurídica que diseña el artículo 31 de la misma Constitución.

¹ El inciso 22 del artículo mencionado, determinó que corresponde al Congreso Federal “*aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”. Luego agrega: “[l]a *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*”

En el mismo sentido, el inciso 24 del artículo 75 establece que corresponde al Congreso Federal “*aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados*

Siete de esos diez instrumentos que enumera el inciso 22 del artículo 75 y que pasan a formar parte de la Constitución Federal, contienen normas que regulan la materia de la discriminación, por lo que, han pasado a formar parte de los contenidos constitucionales y subordinar en su consecuencia la formación del orden jurídico inferior a la Carta Magna.

El Derecho a la No Discriminación representa, en Argentina, un desarrollo evolutivo, normativo y simbólico respecto al clásico principio de igualdad. Y puede afirmarse que la regla de reconocimiento constitucional argentina incorporó el derecho a la no discriminación como Derecho Fundamental y Derecho Humano (tanto en la faz subjetiva como colectiva), con efectos horizontales y verticales.

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

Así determinado en Argentina el marco constitucional de la discriminación, es necesario referir el desarrollo infraconstitucional de esta materia. Y en análisis, es la Ley 23.592, sancionada el 3 de agosto de 1988, la norma destinada a regir situaciones en que se produzcan hechos o actos que puedan ser considerados como discriminatorios².

Esta es la norma especial antidiscriminatoria dictada por el Congreso de la Nación para adecuar su derecho interno al cúmulo de reglas que Argentina ha ratificado.

Aunque la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) no formula definiciones, con sustento en los artículos 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y los Convenios suscriptos con la OIT, conforma un plexo normativo integrado por los artículos. 17, 63, 72, 81, 172, 181 y 187, que actúa como verdadero marco de referencia. De este conjunto de normas surge la prohibición genérica de discriminar por razones independientes o ajenas a la voluntad del individuo que la sufre. Sin embargo, aunque negada casi sistemáticamente la discriminación constituye un motivo de preocupación frecuente en el ámbito de las relaciones laborales.

con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

² Su artículo 1 establece que “*quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Federal, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*”. Agrega que “*a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*”.

El último interrogante da pie para no discriminar entre causas de la discriminación, si se permite la aparente redundancia, dado que la protección de las normas internacionales requieren protección contra “*todas las formas*” de discriminación, especialmente en materia racial y de género, con lo que comprende a la indirecta, siendo este el modo en que se interpreta y aplica en Argentina.

En cuanto a la noción de discriminación indirecta, la misma es interpretada aquí como la imposición u observancia de normas, reglas, que en primera instancia parecen inofensivas en esta materia, pero que en la práctica no lo son, y aún más, disponen de consecuencias negativas afectando los derechos de aquellas personas que alcanzan³.

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

En caso de discriminación por razón de sexo, existe una reacción del ordenamiento jurídico, al igual que en otras causas que por este último se encuentren prohibidas. La misma consiste en hacer cesar los efectos que impidan que la condición de género, pueda constituirse en obstáculo al momento del ingreso, de la permanencia o del cese de una relación de trabajo.

El aspecto central de las consecuencias del actuar discriminatorio, es que la opción es de la víctima y es ella quien decide cuál de los posibles mecanismos normativos requerirá al juez encargado de atender el planteo.

La petición puede incluir una obligación de hacer, activa u omisiva: dejar sin efecto el acto discriminatorio o si el mismo estuviera en curso de ejecución, a cesar en su realización.

A su turno, la cuestión está regulada en el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo denominado “*Despido por causa de embarazo*”⁴.

³ Al respecto, hubo un interesante fallo emitido por la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil, en la causa “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo” Buenos aires, 16 de diciembre de 2002. Este pronunciamiento fue rebatido por la Cámara interviniente, quien en una sentencia paradigmática en el país condenó a FREDDO S.A. a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

⁴ Dicha norma prescribe: “*Presunción. Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y ½) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso,*

En cuanto a las consecuencias jurídicas del despido injustificado de una trabajadora embarazada, la cuestión está regulada en el artículo 182 de la LCT que prescribe: “[i]ndemnización especial. En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245”⁵.

El interrogante planteado en segundo lugar, ingresa en un tema sensible y que está llamado a generar mayor debate en torno a si las soluciones “*específicas*” previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, son adecuadas para proteger contra la discriminación por embarazo y matrimonio y debe prevalecer la protección “*inespecífica*” de las convenciones internacionales y la “*Ley Antidiscriminación*”. Es decir, si en lugar de un agravamiento indemnizatorio procede declarar la nulidad del acto de despido de manera “*radical*”, y ordenar la reinstalación de la trabajadora en su puesto y condiciones de trabajo⁶.

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

En Argentina fue creada, en el ámbito del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 28 de octubre de 1998 mediante el Acta Acuerdo N° 57 por iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Comisión para el Trabajo con Igualdad de Oportunidades (CTIO) y es un espacio de interacción entre representantes

el del nacimiento. En tales condiciones dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.”

⁵ Una tendencia Jurisprudencial de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, interpreta que a partir del momento mismo de la comunicación del embarazo nace una garantía de estabilidad (artículo 177 LCT) cuya vigencia no está condicionada a la operatividad de la presunción que establece el artículo 178 LCT, la que fue creada, precisamente, para evitar que se discrimine a la mujer en razón de su gravidez. Por el contrario, ha adoptado otra técnica que es la estabilidad relativa o impropia, que supone la eficacia del despido para disolver la relación.

⁶ Esa cuestión quedó también en suspenso a partir del fallo de la Corte Suprema de la Nación, en el caso Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo, del 7 de diciembre de 2010. Allí la Corte, por mayoría ajustada ordenó que si un delegado gremial es despedido, la empresa debe reinstalado porque un acto discriminatorio es nulo, es decir, no puede producir ningún efecto y las cosas deben volver al estado anterior. Es útil aclarar a esta altura que el régimen legal argentino no prevé la reinstalación del trabajador en caso de despido discriminatorio, salvo los supuestos de los empleados públicos y los representantes gremiales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado a partir del fallo citado, su crítica al régimen legal de los sindicatos en la Argentina y continúa declarando la inconstitucionalidad de nuevos artículos de la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales.

gubernamentales, sindicales, empresariales y de la sociedad civil para fortalecer la concertación y el diálogo social sobre la igualdad de oportunidades en el mundo laboral.

La existencia de la Comisión constituye un ámbito para la evaluación de políticas a favor de la equidad de género, así como para promover el diálogo social y fortalecer las prácticas democráticas de los actores e instituciones vinculados a la esfera del trabajo. Se destacan numerosos antecedentes de la creación de la CTIO⁷.

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

Es posible estipular una definición de derechos de conciliación, como aquellos que se encuentran regulados y que tienen por finalidad armonizar la vida familiar y laboral del trabajador, con acuerdos flexibles en materia horaria, adaptando la jornada de trabajo.

Argentina carece de leyes al respecto. La Ley de Contrato de Trabajo (20.744) establece solamente licencias por maternidad y paternidad, por matrimonio, por excedencia para cuidado de hijo enfermo o recién nacido y para la lactancia, sin que las mismas promuevan el reparto equilibrado de responsabilidades entre hombres y mujeres a fin que ambos –en las mismas condiciones– puedan conciliar los tiempos que le dedican a su vida familiar y laboral.

Por lo expresado, cualquier acuerdo que se concrete en términos de conciliación, tiene como único asidero, la concreción de un convenio celebrado entre trabajador y empleador (o sus representantes), válido para el caso concreto, individualmente considerado.

Se verifica, en cambio la existencia de la circunstancia aludida en algunas cláusulas emergentes del negocio colectivo. Así es posible detectar en conquistas logradas en algunos convenios colectivos de trabajo, pero se trata de casos aislados.

⁷ a. La jerarquía constitucional que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional ha otorgado a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El artículo 11 de dicha Convención, reconoce la necesidad de que el Estado implemente medidas para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la esfera del empleo, incluyendo el acceso igualitario a la formación profesional; b. La Ley N° 24.576, que garantiza como derecho fundamental de todos los trabajadores y trabajadoras la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato.

Sin embargo, sigue siendo un desafío de actualidad lograr esta conciliación a través del negocio colectivo.

Donde es posible observar un mejor despliegue de la situación en análisis, es a través del relevamiento en Reglamentos de empresa o convenios celebrados dentro de la empresa, en donde pueden aparecer consensuadas algunas situaciones que permiten morigerar o adaptar la jornada, por cierto, con este acuerdo previo.

En su caso, el mismo se torna en obligatorio para las partes. Ello significa que el trabajador, invocando la existencia de este cuerpo negociado, puede pedir compulsivamente su cumplimiento. Del mismo modo, el empleador, no podrá disminuir arbitraria ni unilateralmente este compromiso, bajo apercibimiento de que el trabajador lo pueda reclamar por vía administrativa o judicial, considerando que se habrían violado las condiciones esenciales del contrato.

Esta situación se desprende con claridad a partir de la reforma del artículo 12 de la LCT, que regulaba los alcances del principio de irrenunciabilidad⁸.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

La Ley 26.474 introdujo reformas al contrato de trabajo de tiempo parcial previsto en el artículo 92 ter, LCT⁹.

De esta manera se ha sostenido que la posibilidad de trabajar a tiempo parcial no merecía ningún reproche jurídico, salvo la existencia de una cláusula legal o convencional en contrario (artículo 19 CN), porque los topes de la antigua pero aún vigente ley de jornada N 11.544 eran máximos, y la jurisprudencia había convalidado tal posibilidad.

⁸ Con la mencionada reforma ha quedado establecido, que constituye mínimo inderogable, no sólo lo que regula la legislación nacional, como de orden público y lo resuelto en el negocio colectivo, sino también, todas aquellas mejoras y conquistas que respecto de su contrato individual, pudiera haber logrado el trabajador. Así entonces, lo acordado en Reglamento de empresa, se constituye en ley para las partes.

⁹ La reforma fue sancionada con fecha 17.12.2008 y publicada en el Boletín oficial el 23.1.2009. Conceptualmente, esta modalidad de contratación es entendida como excepcional y, por ello, requiere prueba fehaciente a fin de cumplimentar los recaudos de admisibilidad, y que puede celebrarse a través de un contrato de plazo fijo (cierto o incierto) o por tiempo indeterminado.

Esta modalidad contractual fue establecida con la ley 24.465, que introdujo diversas y significativas modificaciones al ordenamiento laboral. Se colige en directa relación a directrices del “*Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad*”, suscripto el con fecha 25.7.94.

Esta regla es válida en la medida que el trabajador no exceda la carga horaria normal que establecen los artículos 201 y siguientes de la LCT. Cuando se excede este límite (normal) estamos en presencia de “*horas extraordinarias*” que deben ser abonadas con los recargos previstos en el artículo 201 de la LCT, en la ley 11.544 y los Decretos 16.115/33 y 16.117/33.

Por otro lado, se establece el ámbito de negociación de la modalidad de contratación al que ubica en “*cada establecimiento*”, esto es, en cada unidad técnica de ejecución de la empresa (cfr. artículo 6° de la LCT). De allí que esta modalidad de contratación deba fijarse según cada establecimiento, aunque el convenio sea de actividad, oficio, empresa etc.

Se afirma que la Ley incrementa los costos laborales considerablemente, ya que si la jornada supera las 2/3 partes “*el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa*”.

El precepto establece además, levantar el estándar protectorio, en materia de seguridad social. En efecto, los aportes y contribuciones para la obra social serán los que correspondan a un trabajador de tiempo completo.

También se advierte que, en este sentido, la reforma fomenta el empleo en negro y las deficiencias en la registración laboral de los trabajadores¹⁰.

Surge necesario el mantenimiento del Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial en la normativa laboral, por resultar incluso para sectores que, por distintas razones, puedan no estar en condiciones de celebrar contratos a tiempo completo (ej. mujeres con hijos, a los que deben prestar una parte importante de su atención; estudiantes que ocupan parte de su tiempo en actividades curriculares, y necesitan subvenir al sustento económico que les

¹⁰ Se atiende a una perspectiva para el análisis, señalando el criterio sustentado en la República Argentina para “*importar*” la modalidad de contratación en estudio, en un contexto marcadamente distinto. No es posible dejar de reflexionar que la “*novedad normativa*” llegó junto con un proceso de precarización generalizado al que se dio en llamar “*flexibilización laboral*”.

permita alcanzar el destino formativo propuesto; discapacitados que no puedan llevar a cabo largas jornadas laborales; etc.)¹¹.

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

La legislación argentina regula la facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo en el artículo 66 de la LCT, reformado por texto según ley 26.088 (B.O. 21/04/06)¹².

No está regulado en el sistema laboral argentino el derecho de conciliación de la jornada.

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

En el marco de la ley laboral general (LCT) la excedencia es un derecho reconocido a la trabajadora mujer, como un período de licencia sin goce de remuneración y que puede durar entre 3 a 6 meses. Tiene lugar una vez vencido el plazo de tres meses de la licencia por razones de maternidad. Se trata de una opción de la trabajadora a la que el empleador no puede oponerse.

¹¹ Desde la óptica de la conciliación, el contrato a tiempo parcial ve minada su razón de ser cuando el trabajador opta por este tipo de trabajo ante la imposibilidad de acceder a un empleo a tiempo completo. Esta incongruencia entre el tipo de empleo del que dispone el trabajador y el que quisiera tener, que denota la dificultad para encontrar empleo en la actual coyuntura, puede suponer que individuos que realmente quisieran optar a un puesto que les permitiese conciliar vida laboral y profesional no pueden hacerlo, al estar ocupado por individuos que preferirían otro tipo de puesto. Esta lectura supone que a pesar del incremento registrado en toda Argentina del contrato a tiempo parcial, no puede deducirse de inmediato que esto haya redundado en un avance en la conciliación.

¹² Artículo 1º. “[e]l empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

A su vez, existe la posibilidad en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, que cualquier trabajador goce de una licencia sin goce de sueldo por motivos particulares. No está reglamentada legalmente e implica necesariamente, un acuerdo entre trabajador y empleador.

En los convenios colectivos de trabajo, es posible encontrar mayores conquistas logradas por los trabajadores en la negociación colectiva y vinculados a los permisos a los que puede acceder el trabajador, tales como fallecimiento de familiares, días de licencia por estudio o exámenes, cuidado de familiar enfermo, etc.

En relación al instituto en estudio, se verifica que la normativa aplicada a cualquier trabajador en relación de dependencia, dentro del sector privado, son los artículos 183 y 184¹³ de la Ley de Contrato de Trabajo (B.O. 21.05.76).

¹³ En el Capítulo IV *Del estado de excedencia*. Distintas situaciones: Opción a favor de la mujer. Artículo 183. La mujer trabajadora que, vigente la relación laboral, tuviera un hijo y continuara residiendo en el país podrá optar entre las siguientes situaciones: a) Continuar su trabajo en la empresa, en las mismas condiciones en que lo venía haciendo. b) Rescindir su contrato de trabajo, percibiendo la compensación por tiempo de servicio que se le asigna por este inciso, o los mayores beneficios que surjan de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. En tal caso, la compensación será equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la remuneración de la trabajadora, calculada en base al promedio fijado en el artículo 245 por cada año de servicio, la que no podrá exceder de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses. c) Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres (3) meses ni superior a seis (6) meses. Se considera situación de excedencia la que asuma voluntariamente la mujer trabajadora que le permite reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la empresa a la época del alumbramiento, dentro de los plazos fijados. La mujer trabajadora que hallándose en situación de excedencia formalizara nuevo contrato de trabajo con otro empleador quedará privada de pleno derecho de la facultad de reintegrarse. Lo normado en los incisos b) y c) del presente artículo es de aplicación para la madre en el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo, con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación.

Reingreso. Artículo 184. El reintegro de la mujer trabajadora en situación de excedencia deberá producirse al término del período por el que optara.

El empleador podrá disponerlo: a) En cargo de la misma categoría que tenía al momento del alumbramiento o de la enfermedad del hijo. b) En cargo o empleo superior o inferior al indicado, de común acuerdo con la mujer trabajadora. Si no fuese admitida, será indemnizada como si se tratara de despido injustificado, salvo que el empleador demostrara la imposibilidad de reincorporarla, en cuyo caso la indemnización se limitará a la prevista en el artículo 183, inciso b) párrafo final. Los plazos de excedencia no se computarán como tiempo de servicio.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

En la legislación laboral existe el permiso de maternidad. Se trata de una licencia especial de 90 días de duración que tiene lugar 45 días o 30 días antes del parto y 45 o 60 días después del mismo. Durante dicho período la trabajadora cobrará su remuneración pero como un beneficio de la Seguridad Social a cargo del Estado, por medio de la llamada asignación familiar por maternidad. Durante dicho período las prestaciones de salud van a estar a cargo de la Seguridad Social a través del subsistema denominado Obra Social. En el ámbito del empleo público, en algunas regulaciones regionales, esta licencia por maternidad se extiende hasta 6 meses.

Legalmente se reconoce a la mujer para el supuesto de maternidad y en algunos convenios colectivos se lo extiende a supuestos de adopción.

En lo que concierne a la implementación normativa, el instituto se encuentra regulado dentro del Título 7 denominado “*Trabajo de mujeres*”.

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

En el ámbito de la ley laboral general (Artículo 158 de la Ley de Contrato de Trabajo) al trabajador que fue padre se le reconocen sólo dos días corridos de licencia por nacimiento, con goce de sueldo abonado por el empleador¹⁴.

En algunos convenios colectivos dicha licencia puede extenderse con el salario a cargo del empleador. Podrá en su caso cobrar la asignación familiar por nacimiento a cargo de la Seguridad Social.

Merece especial atención la ampliación de la licencia por paternidad a través de los convenios y numerosos acuerdos, demostrativo de un incipiente avance tutelar. Entre las

¹⁴ En la provincia de Córdoba se sancionó la ley 9550/12 por la cual se otorga una licencia extraordinaria por paternidad para los agentes de la administración pública provincial, que se otorgará por 90 días en caso de fallecimiento de la madre concomitante o dentro de los noventa días posteriores al alumbramiento. Se cuentan a partir del parto. A su vez en el ámbito del trabajador rural (ley 26.727 - artículo 52) se le reconoce al trabajador 30 días de licencia paga a cargo del empleador la que puede gozar 45 días antes del nacimiento o 12 meses posteriores.

recientes modificaciones (desde el 2007), se encuentra que un 25% de los acuerdos, amplía la licencia por paternidad, desde una semana hasta quince días.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

Se advierte que la Ley de Contrato de Trabajo es insuficiente en la actualidad para responder a las verdaderas necesidades de cuidado de trabajadoras y trabajadores. Las profundas transformaciones sociales en últimas décadas, implicaron un cambio en el modelo tradicional constituido por el “*varón proveedor*” y la “*mujer cuidadora*”.

Por su parte, mediante la negociación colectiva se lograron incluir cláusulas que resguardan la igualdad de género. Esta realidad, cuanto menos, normativa y convencional, facilita un mayor grado de eficacia y cumplimiento, dado que son los propios actores involucrados, quienes conocen las condiciones de trabajo para formular propuestas y controlar su ejecución.

En lo referente a la negociación según el nivel de actividad, los avances se manifiestan claramente en los convenios por empresa, siendo el ámbito más adecuado para discutir estas situaciones. Ha existido la expectativa de que se extendiera a la negociación por actividad, a fin de fortalecer esta demanda y contener al mayor número posibles de mujeres y varones¹⁵.

Igualmente, algunos convenios han avanzado en este sentido, por ejemplo: otorgando amplias licencias por adopción, para varones y mujeres.

Se verifica que tanto la negociación colectiva, como la LCT, son instrumentos esenciales para alcanzar medidas que garanticen una sincera conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Las relaciones de género, sus implicancias en el mundo laboral y los mecanismos que perpetúan las desigualdades son cuestiones centrales al momento de diseñar políticas públicas. En ese rumbo, Argentina, al suscribir el Consenso de Quito, en agosto de 2007, puso de manifiesto la centralidad del rol del Estado en el diseño y la implementación de

¹⁵ Además, se destaca positivamente el expreso reconocimiento de las familias homoparentales, mediante ley N° 26618 de 2010, y en el Código Civil y Comercial de la Nación, a pesar que la legislación laboral, no ha armonizado sus preceptos con los nuevos paradigmas. Solo en casos aislados, mediante la jurisprudencia.

políticas públicas que permitan fortalecer la institucionalidad de género y garantizar a las mujeres el pleno acceso a los derechos de ciudadanía

La negociación colectiva se constituye en una vía de adaptación, optimización y superación de los contenidos establecidos en las normas legales. La renovación periódica de los convenios le confiere, con respecto a la Ley, una mayor capacidad de adaptación y aproximación a la realidad sectorial y de empresa. Siendo por lo tanto un ámbito adecuado para promover iniciativas tendientes a evitar o eliminar las discriminaciones laborales directas e indirectas¹⁶.

El convenio colectivo encierra asimismo un componente democratizador, ya que permite la intervención directa de los sujetos a quienes va dirigida la norma. Así, la Ley 25.674, conocida con el nombre de “*Ley de cupo sindical femenino*”, sancionada en el año 2001, y su Decreto complementario (514/2003), resultan de vital importancia para garantizar la participación de las mujeres en estos espacios.

Esta fue una medida de “*acción positiva o afirmativa*” en tanto instrumento de corrección de desigualdades. Esta Ley y su Decreto complementario buscaron, por un lado, garantizar la presencia de las mujeres en los cargos electivos de los sindicatos, y por el otro, que integren las comisiones negociadores de los convenios colectivos.

Respecto de los cargos electivos se establece que las asociaciones sindicales deberán procurar la representación femenina en los cargos electivos y representativos en un 30%, como mínimo, siempre y cuando el número de mujeres alcance o supere esa proporción sobre el total de trabajadores. En cada lista se deberá cumplir con los porcentajes mínimos exigidos para cada uno de los cargos a cubrir. La participación femenina se deberá considerar en forma separada para cada secretaría y cada vocalía titulares y suplentes, teniendo que estar representadas las mujeres en un 30% en cada una de ellas.

En cuanto a la participación en las comisiones paritarias se señala que las mismas deben conformarse con una cantidad proporcional de delegadas, en función de la cantidad de trabajadoras de la rama o actividad. Cuando no se cumpliera con esta pauta, los

¹⁶En una investigación realizada en Argentina se analizaron las cláusulas y convenios homologados en nueve sectores de actividad, seleccionados por su alto nivel de empleo femenino (textil, alimentación, salud, comunicaciones, cosmética, gastronomía, comercio, maestranza y personal de la administración pública comprendido en el Sistema Nacional del Empleo Público), que abarca el período 2003-2007, muestra que en 443 negociaciones relevadas es prácticamente nula la inclusión de cláusulas que promuevan la equidad de género.

contenidos acordados no serán oponibles o aplicados a las trabajadoras, excepto cuando las condiciones negociadas sean más beneficiosas para ellas¹⁷.

Según lo referido, incluir en el Convenio el principio de igualdad entre varones y mujeres en el ámbito laboral resulta de suma importancia. Puede parecer que se trata de cláusulas poco relevantes, dado que quizás tienen ya vigencia legal o constitucional. Sin embargo, su inclusión en los convenios colectivos cumple una función divulgativa que permite la instalación de la cuestión.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de igualdad, no discriminación y conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Es posible sostener en Argentina, que hoy el centro del tema de la discriminación, lo que genera litigios, pasa por el artículo 1° de la Ley 23.592, que manda a “*dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*”.

Pese a que la ley no es tan reciente, los tribunales laborales se tomaron de ese texto para ordenar las reincorporaciones o reinstalaciones, porque si el despido es discriminatorio, entonces hay que dejarlo sin efecto como si no hubiese sucedido.

Sobre esto son numerosos los casos jurisprudenciales que se registran y el más reciente es el SD 88455 (Causa 53143/10, Orellano Francisco Daniel contra Correo Oficial de la República Argentina S.A. s. juicio sumarísimo" –CNTRAB, sala I, 28.12.2012), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que el derecho de huelga no es un derecho individual, sino colectivo. Ahí, en los antecedentes, la Corte relató cómo previamente, la Cámara *a quo* decidió la reinstalación del trabajador Orellano, en virtud de la Ley Antidiscriminatoria¹⁸.

¹⁷ Recientemente fue sancionada la Ley de Protección Integral a las Mujeres, Ley 26.485 - B.O. 14/04/09 que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos aquellos espacios donde se desarrollan relaciones interpersonales. El Convenio del Sector Público Nacional propone una normativa para la erradicación de la violencia laboral
http://www.trabajo.gob.ar/downloads/difusion/1003_negociacionColectiva.pdf.

¹⁸ También se verifica que sobre todo los casos de despidos inválidos por discriminación, entran en dos grandes grupos de la práctica:

1. Despidos de personas con actividad sindical que en virtud del artículo 52, ley 23.551, no pueden pedir la reinstalación porque no pertenecen a sindicatos con personería gremial (caso de Orellano).
 2. Personas que sufren enfermedades graves y serias que pueden dar lugar a discriminación (HIV, por ejemplo), pero también enfermedades que impliquen un impedimento para trabajar con continuidad.
- Es cierto que hay otras causas de discriminación y el mismo artículo 1 de la ley antidiscriminación las enuncia, pero lo real es que son mucho más atípicos los casos en que la discriminación que lleva a anular el despido, se da por raza, sexo, nacionalidad, ideología, posición económica o caracteres físicos.

Y después está el tema de prueba ¿Cómo se prueba que el despido se produjo debido a la causa que implica discriminación? En este punto, por lo general, se suele invocar el Fallo Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo (CSJN, 15/11/2011) especialmente donde dice, sobre la discriminación, que : “*resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica*”.

Del modo descrito, se intenta transferir en gran parte la carga de la prueba, lo cual se suele lograr¹⁹.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

ACKERMAN, M. E., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal Culzoni

RODRÍGUEZ, M., J., “Discriminación y Violencia Laboral”, *Revista de Derecho Laboral* Año 2008, N° 2 p. 632.

Decisión del caso Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA. Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002.

“*Despido discriminatorio: la Corte ordenó reincorporar a empleados*” (disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-5710-Despido-discriminatorio--la-Corte-orden--reincorporar-a-empleados.html>).

¹⁹ Y también puede citarse el tema de los cupos femeninos mínimos, aunque es un tema de menor actualidad, porque viene progresando hace años.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN BRASIL

Eduardo Pragmácio Filho

Doctorando y Master en Derecho del Trabajo por la PUC-SP

Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad Farias Brito, en Fortaleza, Brasil

Helena Stela Sampaio

Doctora por la Universidad de las Islas Baleares

Profesora de Derecho de la Facultad Farias Brito, Fortaleza, Brasil

Introducción

La legislación brasileña del trabajo está reglamentada, fundamentalmente, por los artículos 7º (Derecho individual) y 8º (Derecho colectivo) de la Constitución Federal de 1988 (CF)¹ y por la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT)², un compendio corporativista, de 1943, que ha sido influenciado por la *Carta del Lavoro* (de Mussolini, 1927), que a lo largo de más de 70 años, pasa por algunas alteraciones importantes.

Siendo Brasil constituido como Estado Democrático de Derecho, tiene como uno de sus fundamentos la dignidad de la persona humana (art. 1º, IV, CF), y como uno de sus objetivos la promoción del bien de todos, sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación (art. 3º, IV, CF).

En 1995, fue editada la Ley 9.029,3 reglamentando las consecuencias penales y de trabajo, en la discriminación en las relaciones de trabajo.

En el Brasil, no hay una legislación, clara y específica, que haga una (re)conciliación de la familia con el trabajo, tampoco una cultura de negociación colectiva en ese sentido, revelando un atraso legislativo en relación a otros países.

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

La discriminación por sexo es estrictamente prohibida por la legislación brasileña.

¹ Para acceso a la “Constituição Federal”:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

² Para acceso a la CLT: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm

³ Para acceso a esta Ley: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM

La Constitución (CF) veda esa discriminación, en el artículo 7º, XXX, prohibiendo que existan diferencias de sueldos, de funciones y de criterios de admisión en razón del sexo. A su vez, el artículo 7º, XX, CF garantiza protección del mercado de trabajo para la mujer, mediante incentivos específicos en la forma de la ley. Esos dispositivos del artículo 7º de la CF, son, en verdad, corolarios del principio más grande de la igualdad entre hombres y mujeres, en derechos y obligaciones, que está previsto en su artículo 5º, I de la CF.

La Ley 9.029/1995, en su artículo 1º, refuerza el comando constitucional, prohíbe la adopción de cualquier práctica discriminatoria y limitativa para acceso a la relación de trabajo o de su manutención, por motivo de sexo, origen, raza, color etc.

La Consolidación de las Leyes de Trabajo (CLT), tímidamente, posee un capítulo que trata de la “protección al trabajo de la mujer” (artículos 373 a 401), previendo en ello una sección específica sobre la “protección a la maternidad”.

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

La Ley 0.029/1995, en su artículo 4º, determina que si hay despido discriminatorio, cualquier que sea su causa, el trabajador tendrá derecho a: (i) una reparación por el daño moral sufrido (el valor es arbitrado por el juez); (ii) ser reintegrado al empleo recibiendo el sueldo integral del período de alejamiento; y (iii) recibir en doble el período de alejamiento sin ser reintegrado.

Si la conducta discriminatoria de la empresa es usual o exagerada, podrá la Fiscalía del Trabajo, como órgano que defiende colectivamente Derechos difusos y colectivos, proponer demanda judicial, exigiendo pago para daños morales colectivos, que arbitrados por el juez, los cuales habrán de ser entregados para alguna institución indicada judicialmente.

Las empleadas embarazadas poseen estabilidad en el empleo desde la confirmación del embarazo hasta cinco meses después del parto (artículo 10, II, “b”, del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias–ADCT). Si hay despido desde el momento de la concepción, la empleada embarazada tiene derecho a la indemnización del período de estabilidad, calculada con base en su remuneración, o a la reintegración en el empleo

de acuerdo con la jurisprudencia pacífica en el Tribunal Superior del Trabajo (TST) 4, en la Súmulas 244.

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

Como se ha dicho, la CF, la CLT y también la Ley 9.029/95 prohíben la discriminación por sexo, sea para el acceso al empleo, sea para su manutención.

Pero, en la práctica, en Brasil, mujeres ocupan cargos menos cualificados que los hombres y ganan alrededor de 70% de su remuneración. Además, alrededor de 57% de los hombres tienen los puestos de trabajo, mientras las mujeres quedan con 43% de ello.

Eso se percibe, por ejemplo, en la cantidad de anuncios de empleos que son discriminatorios, lo que es expresamente vedado por el artículo 373-A de la CLT, como se ve en la tabla abajo.

Tabla 1. Evolución del número de anuncios discriminatorios en razón del sexo⁵

Año	Anuncios analizados	% Anuncios discriminatorios
2011	3.682	11
2012	3.973	12
2013	5.702	14

Fuente: elaboración propia

Todo eso es reflejo y herencia de una sociedad profundamente patriarcal, que aún reproduce el modelo “hombre proveedor x mujer cuidadora”. Un gran paso para revertir ese cuadro, aun simbólicamente, fue la elección de la primera mujer presidente de la República, Dilma Rouseff, en 2010.

⁴ Para acceso a las *Súmulas del Tribunal Superior do Trabalho (TST)*: <http://www.tst.jus.br/sumulas>

⁵ Fuente: CITE. Anuncios de oferta de empleo X igualdad de género, 2013.

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

La legislación brasileña necesita evolucionar mucho en lo que se refiere al tiempo de trabajo, para permitir flexibilidades lado a lado y para permitir, sobretodo, una reconciliación entre el trabajo y la familia, de acuerdo con la Convención 156 y la Recomendación 165, ambas de la OIT.

No existe derecho del trabajador de organizar su vida familiar y tener equilibrio con la jornada de trabajo. No existen las licencias parentales (solamente la licencia-maternidad y la insignificante licencia-paternidad de cinco días para el trabajador, con diferencia al servidor público, el cual tiene licencia de 20 días. También la licencia-maternidad es mayor para la servidora pública. Eso causa aún más segregación de las clases en el país, esto es, el empleado no consigue adaptar su trabajo con sus responsabilidades familiares y además ve tratamiento diferenciado con relación al sector público.

Tímidamente, Brasil avanza en ese sentido. Ejemplo de eso es que, recientemente, en marzo de 2016, la CLT fue alterada, en su artículo 473, para prever la ausencia justificada de empleados al servicio: (i) para acompañar consultas médicas y exámenes complementarios durante el período de embarazo de la esposa o compañera, por hasta dos días por año y (ii) para acompañar el hijo de hasta 6 (seis) años en consulta médica, por 1 (un) día por año.

Otras garantías existentes, aunque pequeñas, son: (i) el derecho de la madre amamantar el hijo en el local de trabajo (artículo 396 de la CLT); y (ii) la posibilidad de coincidencia del período de vacaciones de los miembros de la misma familia que trabajen en el mismo establecimiento (artículo 136, §1º da CLT).

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

No. La definición legal de “trabajo en tiempo parcial” en la legislación brasileña está en el artículo 58-A de la CLT: “es considerado trabajo en régimen de tiempo parcial aquel cuya duración no exceda a 25 horas semanales”. Es de notarse que la CLT no establece límite diario, pero solamente un límite semanal de 25 horas.

Un empleado solamente puede disminuir su jornada de trabajo “normal” para una jornada “en tiempo parcial” si hubiera autorización en norma colectiva (CLT, artículo 58-A, §2º). De esa manera, se puede concluir que no existe un derecho unilateral del trabajador en adoptar una jornada en tiempo parcial.

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

Hace falta recordar: no existe un derecho de compatibilizar la vida familiar y el trabajo en Brasil.

El empleador, utilizando su poder directivo, puede alterar la jornada de trabajo de los empleados, en relación al horario de inicio y fin, pudiendo incluso alterar días de trabajo y escalas, pero no puede disminuir la jornada y, consecuentemente, disminuir la remuneración.

Es posible al empleador, además, exigir el cumplimiento de horas extraordinarias, desde que haya sido autorizado en acuerdo escrito (artículo 59 da CLT).

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

No. La única hipótesis en la legislación brasileña que permite la suspensión del contrato de trabajo y percepción de toda la remuneración, en la forma de beneficio social, es cuando la mujer está de baja por licencia-maternidad, por 120 días, de acuerdo con lo explicado en la cuestión siguiente. Otra hipótesis, de interrupción del contrato de trabajo es cuando el hombre goza de licencia-paternidad, pagadas por el empleador.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

La empleada embarazada tendrá derecho a una “licencia-maternidad” de 120 días continuos (artículo 392 de la CLT), sin perjuicio del sueldo y del empleo. Esa licencia podrá ocurrir entre el 28º día antes del parto y aquél.

La “licencia-maternidad” crea el derecho al recibo de un beneficio social llamado “*sueldo-maternidad*”, que equivale a la remuneración de la empleada embarazada (artículo 393 de la CLT), y será pagado por el órgano de seguridad social, pero por intermedio del empleador.

Si hay adopción de un niño, solamente uno de los cónyuges tendrá derecho a la licencia-maternidad y al sueldo-maternidad (artículo 392-A da CLT).

En caso de muerte de la progenitora durante la licencia-maternidad, es asegurado al cónyuge o compañero empleado el goce de licencia por todo el periodo de la licencia-maternidad o por el tiempo restante a que tuviera derecho la madre, excepto en el caso de fallecimiento del hijo o de su abandono.

Se percibe que la protección en la legislación brasileña es más en relación con la maternidad que como la paternidad, por el que se dice necesaria una actualización legislativa para una efectiva protección a la “*parentabilidad*”, al trabajador (hombre o mujer) que posee responsabilidades familiares.

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

La Constitución prevé en el artículo 10, II, §1º del ADCT que la licencia paternidad es de 5 días. El padre dejará de comparecer al trabajo y este periodo continuo será considerado falta abonada, es decir, la empresa costeará con el pago de la ausencia del trabajador. No hay previsión para que la responsabilidad por el pago de esa licencia sea del órgano de seguridad social.

Se observa, por lo tanto, el retraso legislativo brasileño, lo que aun intensifica la perpetuación del modelo “*hombre proveedor x mujer cuidadora*”, sin avanzar en la conciliación de las tareas familiares y trabajo.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

En la ausencia de una norma legal, directa y clara, que garantice a los trabajadores la compatibilidad entre la familia y el trabajo, en los términos de la Convención 156 de la

OIT y Recomendación 165, la negociación colectiva podría ejercer un papel suplementar e importantísimo, para ocupar esa hueco legal, pero, de hecho, no lo ejerce.

En razón de su estructura sindical corporativista, de más de 70 años, que no adopta la libertad sindical por completo, Brasil poco utiliza las norma negociadas para garantizar tan importante derecho en la actualidad.

La verdad es que son pocas las categorías que tienen un nivel avanzado de relaciones provenientes de la negociación de los sindicatos. La gran mayoría de los sindicatos brasileños está más preocupada con los avances de los niveles de sueldos de los trabajadores y de beneficios directos en el empleo, como alimentación, salud y transporte, que de otros derechos que considera más “sofisticados”, como es el caso de la conciliación entre la familia y el trabajo.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

Abajo, sigue una rápida y didáctica bibliografía, en la que es posible consultar los manuales básicos de estudio de Derecho de Trabajo en Brasil.

BONFIM, V., *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus.

DE BARROS MONTEIRO, A., *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: L Tr.

DELGADO GODINHO, M., *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr.

Anexo

Abajo, sigue una rápida estatística en la que se puede observar la realidad fáctica de la desigualdad entre hombres y mujeres en mercado del trabajo brasileño.

TABELA 14
DISTRIBUIÇÃO DOS OCUPADOS POR SEXO E SETOR DE ATIVIDADE BRASIL
BRASIL, 2005

Grupamentos de atividade	2005	
	HOMENS	MULHERES
Agrícola	23,68	16,02
Outras atividades industriais	1,17	0,23
Indústria de transformação	15,22	12,67
Construção	10,88	0,40
Comércio e reparação	18,94	16,18
Alojamento e alimentação	3,14	4,36
Transporte, armazenagem e comunicação	6,82	1,43
Administração pública	5,22	4,45
Educação, saúde e serviços sociais	3,44	16,14
Serviços domésticos	0,90	16,93
Outros serviços coletivos, sociais e pessoais	2,71	5,26
Outras atividades	7,51	5,88
Atividades mal definidas ou não declaradas	0,36	0,04
Total %	100,00	100,00
Milhões	50.436.228	36.653.748

Fonte: FIBGE/PNADs—Microdados.

Homem x mulher no mercado de trabalho

Evolução

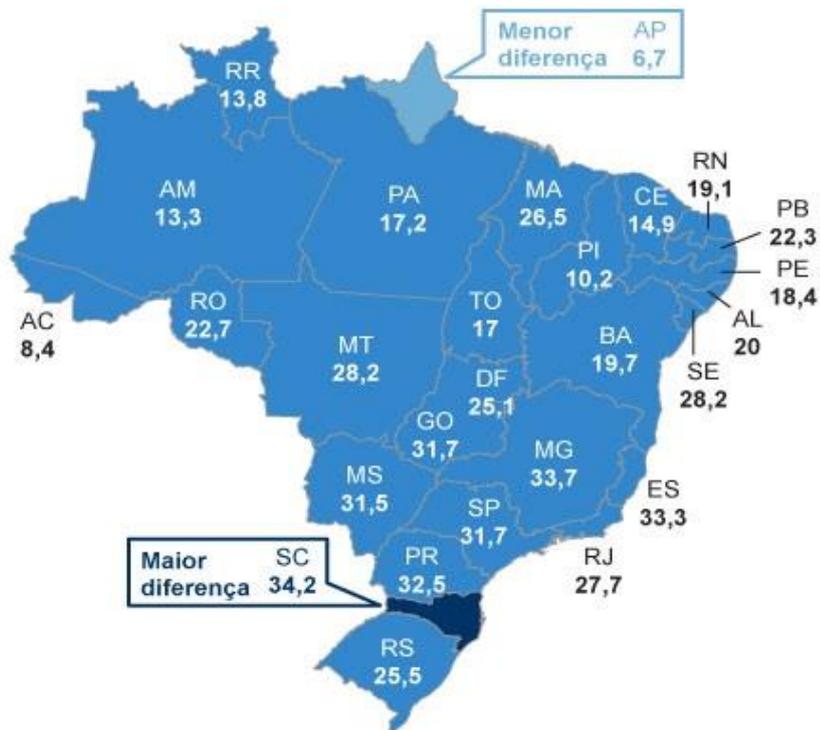
Rendimento médio mensal real de todos os trabalhos das pessoas de 15 anos ou mais, em R\$



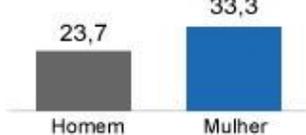
A mulher ganha menos

Diferença de salário entre homens e mulheres, em %

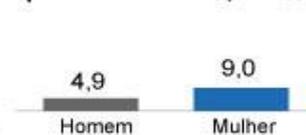
média brasileira **27,1%**



% de pessoas ocupadas que recebem até 1 salário mínimo*, em 2012



Ocupados sem rendimento ou recebendo apenas benefícios, em %



Mais da metade (57,8%) dos desocupados era de mulheres em 2012

*O salário mínimo era de R\$ 622 em setembro de 2012
 Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2011-2012

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN CHILE

Carmen Elena Domínguez y Romina Urzúa Arce
Profesoras de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

Según la Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015, el principal lugar donde existe discriminación es en los lugares de trabajo (48.5%), señalándose en este mismo instrumento, que las mujeres serían uno de los grupos que tendrían límites discriminatorios para el ejercicio de sus derechos¹. Una política laboral que establece mecanismos de protección a la maternidad de forma desigual y separada de los derechos de los trabajadores padres, fomenta la discriminación de acceso y de condiciones laborales hacia las mujeres trabajadoras. En tal sentido nuestro país ha tomado una buena senda en los últimos años, al modificar el enfoque de la protección hacia el derecho que tienen los padres y madres trabajadores de conciliar de mejor manera su vida familiar y laboral, sin que ello se traduzca en un verdadero hándicap para la mujer que busca trabajo, o que una vez conseguido, quiere obtener igualdad de remuneración por igual función o igual desarrollo de carrera a iguales capacidades.

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

La Constitución Política de la República de Chile (CPR) desarrolla con claridad el principio de igualdad de los ciudadanos, tanto en la “*en la ley*” (artículos 1° y 19 n°2) como “*ante la ley*” (19 n°16). Respecto a éste último, la CPR prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la Ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Consecuentemente, el Código del Trabajo (CdT) en su artículo 2° señala que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, entendiendo por tales las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Asimismo, precisa que no lo serán, aquellas discriminaciones que se funden en las calificaciones exigidas para un determinado empleo.

¹ ENDH 2015, p.86.

Según lo expuesto por el órgano administrativo, nuestro concepto de discriminación abarca tanto la directa como indirecta, es decir, se extiende “*a comportamientos formal y aparentemente neutros, no discriminatorios (conductas que utilizan como criterios diferenciadores aquellos permitidos por los ordenamientos jurídicos, en nuestro caso la ‘capacidad’ o ‘idoneidad personal’ para el puesto de trabajo), pero de los que igualmente se derivan diferencias de trato en razón de la situaciones disímiles en las que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciendo un resultado desventajoso para unos y para otros no*” .

Estas acciones de discriminación se encuentran prohibidas no sólo durante la relación laboral y con ocasión a su término, sino también en las tratativas preliminares del contrato de trabajo (ofertas de trabajo).

Por otra parte, el ordenamiento laboral estableció el año 2006 un procedimiento judicial especial para tratar los casos de discriminación laboral (excepto aquellos ocurridos en las ofertas de trabajo), sancionando el despido por estas circunstancias con la reincorporación del trabajador o el pago de las indemnizaciones legales por término de contrato y sustitutiva del aviso previo, el recargo legal pertinente, más una indemnización determinada por el Juez equivalente a entre 6 y 11 remuneraciones mensuales, a elección del trabajador.

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

Como señalamos en el punto anterior, el despido discriminatorio que es declarado como grave por el juez de la causa, permite al trabajador elegir entre la reincorporación a su trabajo o poner término al mismo devengando las indemnizaciones legales por término de contrato, el recargo respectivo y una indemnización determinada por el juez de la causa de entre 6 a 11 remuneraciones mensuales.

Por su parte, son trabajadores protegidos por fuero maternal y paternal:

- i. La madre trabajadora embarazada desde el inicio del embarazo y hasta un año después de cesado el descanso postnatal.
- ii. El padre trabajador, que haga uso del descanso postnatal por el tiempo que reste de fuero en caso de muerte de la madre.
- iii. El o la trabajador(a) que adopte a un hijo, durante 1 año contado desde la entrega del menor.

- iv. El o la trabajadora que sufre la muerte de un hijo o de su cónyuge o conviviente civil, durante un mes a contar del fallecimiento (artículo 66 inc. 4° y 5° CdT); no se podrá poner término a su contrato ni ejercer a su respecto el *ius variandi*, so pena de la declaración de ese despido como nulo y la aplicación de multas administrativas ascendentes a entre 14 a 70 Unidades Tributarias Mensuales (artículo 506.6 CdT). Cabe señalar, que el empleador podrá pedir autorización judicial previa para poner término al contrato de estos trabajadores sólo fundándose en las causales de los números 4 y 5 del artículo 159 y las causales culposas del artículo 160, quedando a juicio del juez el otorgar o no la respectiva autorización de desafuero².

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

En el año 2009, la Ley 20.348 operativizó el principio de igualdad a nivel remuneracional entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, imponiéndole al empleador la obligación de remunerar sin establecer diferencias arbitrarias entre hombres y mujeres que desempeñen el mismo trabajo. Sin perjuicio de ello, se permitieron aquellas diferenciaciones que se fundan, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Para fiscalizar el cumplimiento de esta norma, el empleador debe incorporar a su Reglamento Interno la designación de los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales, llamando la atención que esta obligación sólo se exija para aquellas empresas de 200 o más trabajadores.

En la práctica esta norma ha tenido baja aplicación, existiendo entre el año 2011 y 2014 un total de 21 denuncias relativas a esta materia, de las cuales, en solo 11 se logró constatar indicios de vulneración del derecho y se llegó a acuerdo en 3³, pese a lo cual al menos en términos estadísticos se ha comenzado a advertir una baja de esta diferenciación por razón de sexo.

² Las causales del artículo 159 se refieren al cumplimiento del plazo del contrato o finalización de la obra o faena que lo justifica. Cabe señalar, que el artículo 163 bis constituye una excepción a la protección a la maternidad, permitiendo el término del contrato de trabajo de la mujer con fuero maternal por la declaración de entrada al procedimiento concursal de la empresa en la que presta servicios, procediendo en este caso el pago de las indemnizaciones legales más la indemnización por el tiempo de duración del fuero (siendo compatible la indemnización por años de servicio con esta del lucro cesante relativo al fuero, pero no con la de aviso previo).

³ Dirección del Trabajo (2015), p.74.

A mayor abundamiento, y de acuerdo a los datos entregados por la Encuesta Suplementaria de Ingresos (NESI) del INE, el año 2014 el ingreso promedio mensual de las mujeres asalariadas fue un 17.46% menor al ingreso promedio mensual de los hombres asalariados, disminuyendo la brecha entre los ingresos promedios en relación a la medición del año 2013, de 32.2% a 29.7%.

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

El ordenamiento laboral chileno contempla actualmente una serie de derechos pensados originalmente como herramientas de protección del Derecho a la Maternidad y cuidado del menor. Entre ellos, el Derecho de Alimento del que goza la madre trabajadora respecto a su hijo menor de un año (artículo. 206); el Derecho a Cuidado Personal de hijo menor de un año en caso de enfermedad grave (artículo 199), y del menor de 18 años en casos calificados (199 bis); Descanso pre y post natal con Derecho a Subsidio financiado por el Estado; el fuero maternal de un año contado desde la finalización del permiso postnatal (artículo. 201); el Derecho a Sala Cuna (artículo 203); el Derecho al Traslado de Funciones sin rebaja de remuneración (artículo. 202); y diversos permisos que más adelante señalaremos. Sin embargo, a partir del año 2011 se incorpora formalmente a nuestra legislación la lógica de entender que el Derecho del Trabajo debe proteger bajo una concepción de mayor igualdad los Derechos de las madres y padres trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar, de tal forma de evitar que se conciba como un elemento de “*desventaja competitiva*” la contratación de mujeres trabajadoras. Este cambio de criterio es incorporado por la Ley 20.545, que entre otras materias, crea un permiso postnatal parental, que puede ejercer la madre o el padre a contar de cierto tiempo (a elección de la madre) y sanciona al empleador que impida el uso de este derecho, o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso de este beneficio, con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 Unidades Tributarias Mensuales (UTF), pudiendo denunciarse estas conductas ante la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto (artículo 197 bis).

Cabe señalar, que un reciente dictamen de la Superintendencia de Seguridad Social⁴, que modifica la doctrina que venía desarrollando este órgano administrativo, hizo aplicable al padre trabajador el derecho a optar al permiso postnatal y al postnatal parental en caso de

⁴ Dictamen N° 037143 de 12 de junio de 2015

muerte de la madre, con independencia de si ella tenía o no derecho a esos beneficios, con lo que se le reconoce también al padre como sujeto principal del derecho.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

El contrato a tiempo parcial en Chile, es aquel que no supera los 2/3 de la jornada ordinaria de trabajo, es decir, actualmente 30 horas semanales.

La contratación parcial “*ha crecido muy poco tanto en el número de empresas como en el de trabajadores*”⁵ de acuerdo a lo señalado por la ENCLA 2014, siendo mayor la incidencia de la contratación femenina a través de este contrato que la de la masculina, según datos de la OIT y la ENCLA 2014. Según esta última, de 284.935 trabajadores sujetos a jornada parcial, un 63% son mujeres y un 37% hombres, lo que representa al 11.7% de las mujeres que trabajan versus el 4.3% de los hombres que lo hacen⁶.

La jornada parcial, además de la menor horas de trabajo que involucra, permite una mayor flexibilidad en cuanto a la distribución semanal de dicha jornada (puede distribuirse en menos de 5 días con tal que se respete el máximo de 10 horas diarias de trabajo) y la fijación de la jornada, pudiendo acordarse con el trabajador distintos sistema de distribución de la jornada parcial.

La lectura de esta información en unión a las cifras citadas, nos hacen pensar que efectivamente permite la mejor coordinación de la vida familiar con el trabajo, pero parece no estar respondiendo a las necesidades sociales en razón de su bajo uso (un 7,1% de los trabajadores que laboran).

Probablemente de forma más directa, las normas de protección a la maternidad – inicialmente– y posteriormente a la paternidad y la vida familiar, han tenido efectos más claros para conciliar el trabajo y la familia, y disminuir las discriminaciones en razón de sexo, entre ellas: la exigencia de sana cuna, permisos y licencias, y la integración de esta temática en los petitorios de las negociaciones colectivas

⁵ ENCLA 2014 p. 137.

⁶ Ídem.

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

En materia de jornada laboral, cabe hacer presente que, no existen prohibiciones expresas, asociadas a la compatibilidad entre la vida laboral y familiar respecto a la distribución irregular de la jornada o la prohibición de efectuar horas extraordinarias, y por tanto, sólo son aplicables las limitaciones de carácter general en materia de jornada que establece nuestra legislación para todos los trabajadores, que en síntesis:

- i. En materia de *ius variandi*, esto es, facultad que el empleador tiene de alterar unilateralmente la jornada de trabajo, ya sea adelantándola o postergándola en 60 minutos, tiene dos restricciones de carácter general: a) que existan circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa, establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, y b) que se dé aviso al trabajador de la alteración con una anticipación mínima de treinta días, sin que contemple el hecho de importar o no menoscabo para el trabajador .
- ii. Las horas extraordinarias sólo podrán pactarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, y deberán constar por escrito los pactos de ejecución de horas extraordinarias, siendo por tanto dichos requisitos las limitaciones propias de la jornada extraordinaria.
- iii. Si bien no existe una norma como la contenida en el artículo 34.4 y 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, en materia de reducción de la jornada de trabajo, nuestra legislación, si contempla un Derecho de Alimentación del niño menor de dos años, de a lo menos una hora al día, derecho que puede ejercerse de algunas de las siguientes formas a acordar con el empleador: a) en cualquier momento dentro de la jornada de trabajo, b) dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones, y c) postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo. Lo anterior implica, en los hechos, una reducción de la jornada –pagada.

Adicionalmente se otorgan otros permisos, que serán desarrollados en las respuestas siguientes.

Finalmente sobre el particular, el actual Proyecto de Ley que moderniza las relaciones laborales de trabajo, establece pactos de adaptabilidad para trabajadores con responsabilidades familiares, trabajadores jóvenes que cursen sus estudios de forma

regular, mujeres, personas con discapacidad u otras categorías que definan empleadores y organizaciones sindicales.

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

El ordenamiento jurídico laboral chileno, en el Título II Libro II del CdT, contempla normas sobre “*protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar*”, en virtud de las cuales se regulan una serie de permisos por razón de maternidad –desarrollados latamente en la respuesta a la pregunta siguiente– y otros asociados a la paternidad y vida familiar. Entre ellos se estipulan:

- i. El artículo 199 bis del CdT, establece que cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda o con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tiene derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año⁷. El mismo derecho se hace aplicable a los padres, a la persona que tenga a su cargo el cuidado personal y al cuidador de un menor con discapacidad, debidamente inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de 6 años, con la determinación diagnóstica del médico tratante. Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, puede gozar del permiso en comento.

La norma legal establece que el tiempo no trabajado debe ser restituido mediante imputación al próximo feriado anual del trabajador(a) o trabajando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes. En el evento de no ser posible aplicar dichos mecanismos se puede descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador(a), en forma de un día por mes, por lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador(a) cesare en su trabajo por cualquier causa.

⁷ La jornada ordinaria de trabajo en Chile es equivalente a un máximo de 45 horas semanales-, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se consideran como trabajadas para todos los efectos legales.

- ii. Los padres, la persona que tenga a su cargo el cuidado personal y el cuidador de un mayor de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit o que presente dependencia severa, tienen derecho al mismo permiso antes indicado.
- iii. La trabajadora tendrá un permiso pagado –por el empleador– de una hora diaria, a lo menos, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Asimismo, el empleador deberá pagar el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre.

El padre puede hacer uso de este beneficio, previo acuerdo con la madre. Además, el padre trabajador ejercerá el referido derecho cuando tuviere la tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de éste.

Agrega la norma legal, que dicho derecho puede ser ejercido por la trabajadora o el trabajador al que se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de conformidad con la ley N°19.620 o como medida de protección de acuerdo con el número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores.

- iv. Finalmente, el citado título contempla un permiso pagado, en caso de matrimonio de un trabajador, equivalente a 5 días hábiles continuos.

Nuestra legislación no reconoce el Derecho de Reserva de Puesto de Trabajo, salvo el caso contemplado en el artículo 158 del CdT, que indica que el trabajador conservará la propiedad de su empleo, sin derecho a remuneración, mientras hiciera el servicio militar obligatorio.

Respecto de la capacidad del empleador de restringir estos derechos, se hace aplicable la norma general en materia de derechos laborales, cuales es que, éstos son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo, no pudiendo las partes pactar por la vía individual o colectiva condiciones laborales inferiores a las contenidas en el CdT.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

Nuestra legislación laboral, en los artículos 195 al 200 del CdT chileno, regula los permisos a los que tendrá derecho la madre y padre trabajador, en razón de la maternidad y paternidad. Así existirán los siguientes descansos de maternidad:

- i. Las trabajadoras, de conformidad a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 195 del CdT, tendrán derecho a un descanso de maternidad de 6 semanas antes del parto y 12 semanas después de éste. Este derecho no puede ser renunciado por la trabajadora por disposición expresa del legislador, quedando prohibido durante dichos períodos el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas. Para acreditar el Derecho al Descanso Maternal, la dependiente debe presentar la correspondiente licencia médica.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado debe tenerse presente que existen algunas situaciones especiales a partir de las cuales la duración del descanso pre y postnatal puede verse alterado:

- Cuando durante el embarazo se produjere enfermedad como consecuencia de éste, comprobada con certificado médico, la trabajadora tendrá derecho a un descanso prenatal suplementario cuya duración será fijada, en su caso, por los servicios que tengan a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas.
- Si el parto se produjere después de las 6 semanas siguientes a la fecha en que la mujer hubiere comenzado el descanso de maternidad, el descanso prenatal se entenderá prorrogado hasta el alumbramiento y desde la fecha de éste se contará el descanso puerperal.
- Si como consecuencia del alumbramiento se produjere enfermedad comprobada con certificado médico, que impidiere regresar al trabajo por un plazo superior al descanso postnatal, el descanso puerperal será prolongado por el tiempo que fije, en su caso, el servicio encargado de la atención médica preventiva o curativa.

La misma norma establece, además, los siguientes casos:

- Cuando el parto se produjere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal del inciso primero del artículo 195, será de 18 semanas.
- En caso de partos de dos o más niños, el periodo de descanso postnatal establecido en el inciso 1º del artículo 195 se incrementará en 7 días corridos a partir del segundo.
- Cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias enunciadas, la duración del descanso postnatal será la de aquel que posea una mayor extensión.

Cabe hacer presente que la normativa en comento, también regula el supuesto, en virtud del cual, la madre trabajadora muriera en el parto o durante el período posterior a éste, donde dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, le corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor y tendrá derecho a percibir un subsidio equivalente al promedio de la remuneración mensual

neta, del subsidio o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia.

El descanso postnatal que contempla el inciso primero del artículo 195 del CdT, procede por el sólo hecho de la ocurrencia del parto y con prescindencia de la circunstancia de que la madre trabajadora sufra la pérdida del hijo recién nacido o que este nazca muerto. Así se ha pronunciado la Dirección del Trabajo mediante Dictamen N° 2974/085 emitido el 25 de julio de 2003.

En materia de remuneraciones durante el goce por parte de la trabajadora o trabajador de los citados descansos, recibirán un subsidio, cuya base del cálculo, para la determinación del monto, considerará los datos existentes a la fecha de iniciación de la licencia médica y será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia.

- ii. Adicionalmente a los descansos pre y pos natal antes enunciados, nuestra legislación regula un tercer permiso por maternidad en el artículo 197 bis del CdT, que establece que las trabajadoras tienen derecho a un permiso postnatal parental de 12 semanas a continuación del periodo postnatal, durante el cual tienen derecho a percibir un subsidio, cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad.

No obstante lo anterior, la trabajadora puede optar por reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso tal permiso se extenderá a 18 semanas. En este caso, percibirá el 50% del subsidio que le hubiere correspondido.

Ahora bien, sin perjuicio del descanso posnatal parental antes descrito, si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que la trabajadora indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el periodo final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en la misma norma, calculado en base a sus remuneraciones.

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

La legislación laboral chilena, establece que el descanso por maternidad descrito en la respuesta anterior podrá ser ejercido por el padre en el caso del posnatal parental –cuando la madre así lo determine– a partir de la 7^o semana del mismo y por el número de semanas que la trabajadora indique. La norma establece, en caso de nacimiento de un hijo, un permiso pagado en favor del padre trabajador equivalente a 5 días, que podrá utilizar a su elección -desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua excluyendo el descanso semanal- o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha de nacimiento. Este permiso también se otorga al padre que se encuentre en proceso de adopción y se cuenta a partir de la notificación de la Resolución que otorgue el cuidado personal o acoga la adopción del menor.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

De conformidad al artículo 306 del CdT, son materia de negociación colectiva todos aquellos aspectos que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo. Por el contrario, no son objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

Por tanto, en virtud de lo anterior, es posible afirmar que, a través de la negociación colectiva, los trabajadores podrán pactar cláusulas tendientes a regular materias de protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar, en la medida que tales normas contractuales respeten los mínimos legales, los cuales se entienden irrenunciables, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 5 del CdT.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

Dictamen Ordinario N° 3704/134 del 11 de agosto de 2004. Dirección del Trabajo. Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2°, del Código del Trabajo, referidos al Derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.

Dirección del Trabajo (2015). Cuaderno de Investigación 55. La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley N° 20.348 para avanzar en justicia de género

ENCLA 2014. Informe de Resultados. Octava Encuesta Laboral Dirección del Trabajo, Diciembre de 2015.

ENCLA 2011. Informe de Resultados. Séptima Encuesta Laboral Dirección del Trabajo, Diciembre de 2012.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN COSTA RICA

Dra. Isabel C. Jaramillo Arango
Consultora en Derecho del Trabajo y Recursos Humanos

Dr. Alexander Godínez Vargas
Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Costa Rica y Coordinador del
Doctorado en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica

Introducción

La discriminación en el empleo y la ocupación es “*un fenómeno cotidiano y universal*”¹, que afecta el desarrollo integral del ser humano y con ello el Derecho al respeto de la dignidad humana.

El principio de no discriminación se aplica por igual, tanto en relaciones de trabajo del sector formal como informal de la economía; así como en cualquiera de las fases contractuales (inicio, desarrollo o extinción) e incluso, en la fase precontractual.

No solo por la débil cultura de cumplimiento de los derechos laborales, sino también, por la incapacidad manifiesta de las instituciones llamadas a establecer los mecanismos de control y fiscalización de las condiciones de trabajo en el sector informal y las dificultades probatorias que enfrentan los trabajadores para demostrar las conductas lesivas a su Derecho al Trabajo, las denuncias que se formalizan en instancias administrativas y las demandas interpuestas en sede judicial, tanto en relaciones de empleo informal como en las etapas iniciales de la valoración de las ofertas de empleo, provocan que la protección del derecho fundamental en ambas circunstancias constituya todavía un reto por alcanzar.

Ante la prácticamente inexistente regulación, sigue siendo por medio de la Responsabilidad Social Empresarial, que existen algunas iniciativas que impulsan, todavía de manera insuficiente, la conciliación entre la vida laboral y familiar.

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

La Constitución Política, en el artículo 33, describe el principio de igualdad, conforme al cual “*todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna*

¹ OIT. La hora de la igualdad en el trabajo. INFORME I (B). 91ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

contraria a la dignidad humana".

Además de estar consagrado allí, se encuentra también garantizado a nivel internacional por medio de diversos instrumentos ratificados por Costa Rica, tales como, entre otros: la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración., 1951 (número 100) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111), de la Organización Internacional del Trabajo.

Con la Ley No. 8107 de 18 de julio del 2001, se incorporaron los artículos 618 al 624 al Título Undécimo del Código de Trabajo de Costa Rica. Aunque la reforma se impulsó por las limitaciones que tenían los adultos mayores para acceder al empleo, se establece una prohibición más amplia contra la discriminación en el trabajo por razones no solo de edad, sino también de etnia, género o religión, protección que cubre las fases tanto de solicitud de empleo como las posteriores hasta el despido. Comprobada la infracción en sede judicial, se ordenará la reinstalación del trabajador en su trabajo original y una indemnización con el importe de 12) veces el salario mínimo legal correspondiente al puesto del trabajador en el momento del fallo.

Con la aprobación de la Reforma Procesal Laboral que entra en vigencia el 25 de julio de 2017, se amplían los criterios de discriminación que los trabajadores pueden alegar, de modo que el listado final incluye: edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación².

También la misma reforma establece que los trabajadores que desempeñen en iguales condiciones subjetivas y objetivas un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, en cuanto a jornada laboral y remuneración, sin discriminación alguna³.

Cabe recordar que el acoso sexual y laboral han sido regulados por Costa Rica desde el año 1995 mediante la Ley N° 7476 contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, reformada mediante la Ley N° 8805 de 2010, la cual se aplica tanto en el sector público como privado, introduciendo obligaciones para el patrono o jerarca institucional.

Adicionalmente, mediante Resolución N° 2005-13205 de las 15 horas 13 minutos del 27 de septiembre del 2005, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, también

² Artículo 404, Ley 9343 de 25 de enero de 2016.

³ *Ibidem*, artículo 405.

reconoció como criterio de discriminación el de salud, anulando el despido con responsabilidad patronal de un trabajador en fase terminal que padecía cáncer.

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

Con la aprobación de la Ley N° 7142 de 8 de marzo de 1990, Ley de Promoción de la Igualdad Real de la Mujer, se adicionó el artículo 94 bis al Código de Trabajo, en protección de la mujer en estado de embarazo y lactancia. Si la trabajadora beneficiada por el fuero descrito incurriera en una falta grave, de conformidad con el artículo 81 del Código de Trabajo, podrá ser despedida, pero para proceder de esta manera, el patrono deberá, ineludiblemente, gestionar la aplicación de la sanción del despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, instancia donde se deberá comprobar la falta imputada. Los motivos en los que se ha de sustentar la petición han de ser causas objetivas y que no tienen relación por la condición del embarazo o lactancia. Si el patrono no realiza la petición ante el Ministerio de trabajo y despide a la trabajadora embarazada, ese despido es nulo y ella puede, ante el Juez de Trabajo, solicitar la reinstalación a su puesto de forma inmediata. De esta manera se estableció una clara excepción al régimen de libre despido contemplado en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo.

Una protección similar tienen las personas denunciante de hostigamiento sexual, generalmente las mujeres, quienes no podrán ser despedidas con motivo de su denuncia, de acuerdo a los artículos 14 y 15 de la Ley N° 7476 ya citada.

El artículo 363 del Código de Trabajo, adicionado con la reforma aprobada mediante la Ley N° 7360 del 4 de noviembre de 1993, dispone que son absolutamente nulas e ineficaces las acciones u omisiones que tiendan a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores.

La introducción de esta última norma tuvo como antecedente la Resolución N° 5000-93 de las 10 horas y 9 minutos del 8 de octubre de 1993, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que en ausencia de norma expresa en el Código de Trabajo, pero con fundamento en diversas normas internacionales del trabajo y de la doctrina social de la Iglesia Católica, anuló por primera vez un acto de despido al comprobar que se trataba de una práctica laboral desleal y antisindical.

La reforma procesal, que entra en vigencia en el mes de julio de 2017, introduce cambios que permiten garantizar una protección más adecuada en casos de denuncia por discriminación; así, cualquier trabajador que alegue ser objeto de una acción discriminatoria, que conlleve o no el despido, podrá impugnar el acto lesivo en una vía sumarísima, que faculta al juez para ordenar la reparación del daño causado. Este procedimiento solo estaba previsto en el Código de Trabajo para solicitar la reinstalación de trabajadoras en estado de embarazo o lactancia, pero no había sido aplicado desde su creación en 1990.

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

La Ley No. 8726 del 2 de junio del 2009 reformó los artículos 101, 102, 104, 105, 106, 107 y 108 del Capítulo Octavo, del Título Segundo del Código de Trabajo, equiparando los derechos laborales de los trabajadores domésticos, predominantemente ejercido por mujeres, al resto de los trabajadores, especialmente en materia de horarios y jornadas de trabajo. Sigue persistiendo el hecho de que el salario mínimo de los trabajadores domésticos es inferior al de cualquier otra categoría ocupacional.

La Ley No. 8901 de 2010 estableció en Costa Rica la obligatoriedad de que los órganos directivos de Asociaciones Civiles, Asociaciones Solidaristas, Asociaciones Comunales y Sindicatos contaran con representación paritaria de ambos sexos.

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

En el ordenamiento jurídico costarricense no existe una normativa específica que brinde la oportunidad al trabajador de reducir unilateralmente su jornada de trabajo en pos de las necesidades de conciliar su vida laboral y su vida familiar; si el trabajador desea reducir su jornada o adaptar su horario a sus necesidades, lo tendrá que hacer mediante un *addendum* al contrato de trabajo, previo consentimiento del empleador, al cual éste puede oponer su poder de dirección con causa justificada o no.

Aunque se reconoce el Derecho de Licencia por Lactancia que es de una hora (artículo 97 del Código de Trabajo), solo por común acuerdo entre las partes se define la parte de

la jornada en la que se aplica.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

El ordenamiento jurídico costarricense no regula el trabajo a tiempo parcial; sin embargo, esta modalidad es muy usual en la práctica y aunque puede emplearse para facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, su celebración obedece más a las necesidades del empresario o del servicio que se va a prestar.

En algunos casos, la realización de contribuciones a la Seguridad Social, que no se reducen en contratos a tiempo parcial de manera proporcional, impide la posibilidad a las partes de poder celebrarlos, dado que independientemente del tiempo laborado, existe un monto mínimo de cotización que puede volver poco rentable mantener trabajadores prestando servicios parciales.

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

Los cambios en la jornada de trabajo (cantidad de horas laboradas a la semana) solo pueden implementarse mediante acuerdo entre las partes, a diferencia del cambio de horarios, que puede ser implementado unilateralmente, siempre que se origine en razones objetivas y no cause un grave perjuicio al trabajador.

Entre las modalidades de cambios de horario que recientemente se vienen implementando, resulta cada vez más habitual la aparición de jornadas fraccionadas, no continuas, en las que el período de descanso deja de ser el tradicional y existe una distancia cada vez mayor de tiempo entre el fin de una fracción y el inicio de otra.

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

Prácticamente no existe una regulación legal de permisos o suspensiones del contrato con el expreso fin de alcanzar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Es voluntad del empresario otorgarlos o no y en ausencia de legislación expresa los puede

conceder el empresario en el marco de la Responsabilidad Social Empresarial de forma voluntaria.

La única Licencia que puede acercarse a lo consultado es la regulada mediante la Ley N° 7756 del 25 de febrero de 1998, de Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal, que permite que toda persona activa asalariada que se designe responsable de cuidar a un enfermo en fase terminal, gozará de una licencia y un subsidio, siempre que se trate de una colaboración y no medie retribución alguna.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

En Costa Rica, las trabajadoras gozan de una licencia remunerada por maternidad, contemplada en el Código de Trabajo, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a éste. Estos tres meses también se consideran como periodo mínimo de lactancia, el cual por prescripción médica, podrá ser prorrogado⁴. Así mismo, durante la licencia, el sistema de remuneración se registrará según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social para el riesgo de maternidad. *“Esta remuneración deberá computarse como equivalente al salario para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono”*⁵.

Igualmente, aquella trabajadora que adopte un menor de edad disfrutará de los mismos derechos y la misma licencia de tres meses, para que ambos tengan un periodo de adaptación. En casos de adopción, la licencia se iniciará el día inmediato siguiente a la fecha en que sea entregada la persona menor de edad. Para gozar de la licencia la adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el Patronato Nacional de Infancia o el Juzgado de Familia, correspondiente en el que consten los trámites de adopción⁶.

Igualmente la trabajadora embarazada adquirirá el derecho de disfrute de la licencia remunerada solo si le presenta al patrono un certificado médico, donde conste que el parto sobrevendrá probablemente dentro de las cinco semanas posteriores a la fecha de expedición del certificado.

⁴ Artículo 95 inciso 1°

⁵ *Ibidem*, inciso 2°.

⁶ *Ibidem*, inciso 4°.

Durante la lactancia la trabajadora tiene derecho a una licencia que está consagrado en el artículo 97 del Código de Trabajo, el cual establece que ella podrá disponer en los lugares donde trabaje, de un intervalo de 15 minutos cada 3 horas, o si lo prefiere, de media hora dos veces al día durante sus labores, con el objeto de amamantar a su hijo.

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

No existe norma alguna que le conceda al hombre una licencia remunerada por nacimiento de hijo o adopción de un menor; si el empresario la quiere otorgar, lo hace de forma voluntaria, no porque se lo imponga la Ley.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

Aunque por la vía de convenio colectivo se pueden introducir normas que permitan lograr una conciliación efectiva, existe una muy débil y prácticamente intrascendente cultura de negociación colectiva en la empresa privada.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN MÉXICO

Josefa Montalvo Romero
Doctora en Derecho y Profesora de Derecho del Trabajo
Coordinadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad
Universidad Veracruzana

Introducción

La compatibilidad entre la vida familiar y laboral es cada vez más difícil, de manera principal para las mujeres, debido a la tradicional división sexual del trabajo que opera cuando las mujeres se insertan al mercado laboral, pues los roles de cuidadoras y proveedoras recaen en ellas.

Muchos son los avances que en este tema se han presentado pero insuficientes hasta la fecha. Las mujeres siguen enfrentando, dentro y fuera del hogar, problemáticas de violencia y discriminación en diferentes ámbitos.

De acuerdo a la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, de 80.3 millones de personas que participan en la producción de bienes y servicios, 42.9 millones son mujeres (53.5%) y 37.3 millones son hombres (46.5%).

De igual forma se observa que dos de cada tres mujeres desempeñan un trabajo no remunerado, frente a uno de cada cuatro hombres; mientras que la participación de las mujeres en el trabajo remunerado es inferior a la de los hombres, 36 de cada 100 mujeres contribuyen a la producción de bienes y servicios de manera remunerada; en cambio, 67 de cada 100 hombres perciben una remuneración por su trabajo, lo que significa que por cada mujer remunerada presente en el mercado laboral hay dos hombres.¹

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? la prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

Sí. De acuerdo con el artículo primero de nuestra Constitución Federal “*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad*

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Hombres y Mujeres en México 2012. INEGI, México 2013.

humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Por su parte el artículo 123 de la misma Constitución señala en su fracción VII: “[p]ara trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 3º señala “[n]o podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana”.

El Artículo 56 de la misma Ley Federal del Trabajo establece que las condiciones de trabajo basadas en el principio de igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta Ley y deberán ser proporcionales a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias y/o exclusiones por motivo de origen étnico o nacionalidad, sexo, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, condiciones de embarazo, responsabilidades familiares o estado civil, salvo las modalidades expresamente consignadas en esta Ley.

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿Qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

La Ley Federal del Trabajo prohíbe al patrón la exigencia de presentar certificados médicos de no embarazo para el ingreso, permanencia o ascenso en el empleo. Para el caso de despido injustificado por esta circunstancia la Ley prevé una sanción equivalente de 50 a 2500 veces el salario mínimo general², y a la trabajadora le da la opción de una indemnización o reinstalación en su puesto de trabajo.

El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año o si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo;

² Para este año es de \$73.04 pesos diarios. CONASAMI.

en los casos de trabajadores de confianza; en el servicio doméstico; y cuando se trate de trabajadores eventuales.

Adicionalmente también se sanciona al patrón que cometa cualquier acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo; al que realice actos de hostigamiento sexual o que tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual en contra de sus trabajadores.

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

En nuestro país el máximo Tribunal jurisprudencial se ha manifestado y resuelto varios casos sobre discriminación recientemente, uno de ellos en el que se definió que constituye discriminación por sexo aquellas decisiones extintivas de una relación laboral basadas en el embarazo, en tanto afectan exclusivamente a las mujeres.

En criterio del Tribunal, *“la discriminación opera, en última instancia, como un instrumento de segregación social, en la medida en que dicho comportamiento supone mantener al grupo discriminado a distancia y le reserva espacios propios, que únicamente puede abandonar en determinadas condiciones, más o menos restrictivas”*, y comprende *“aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con aquél una conexión directa e inequívoca”*.

Así, dicha Corporación consideró que *“el embarazo es un elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres y que no puede acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a las trabajadoras”*, y por ende, las decisiones de terminación de relaciones laborales, con fundamento en tal condición resulta contraria a la Constitución Nacional y a la Convención Americana de Derechos Humanos³

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

³ Amparo directo 20/2015. 10 de septiembre de 2015. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Jesús Santos Velázquez Guerrero.

La reducción o modificación de la jornada de trabajo debe ser mediante acuerdo bilateral entre las partes.

Según la Norma Oficial Mexicana NMX-R-025-SCFI-2009, el concepto de conciliación entre vida familiar y laboral se refiere a “*la implementación de esquemas y mecanismos que permitan a las y los trabajadores, y a las y los empleadores, negociar horarios y espacios laborales de tal forma que se incrementen las probabilidades de compatibilidad entre las exigencias laborales y las familiares*”. Sin embargo hay algunas disposiciones en específico como aquella referente a la lactancia, como el artículo 170 de la LFT, que en su fracción IV establece el período de lactancia hasta por el término máximo de seis meses, contando dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa, o bien, cuando esto no sea posible, previo acuerdo con el patrón se reducirá en una hora su jornada de trabajo durante el período señalado.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

El trabajo a tiempo parcial no está regulado respecto de la jornada de trabajo, pero si en relación al salario y puede establecerse entre el patrón y el trabajador sin perjuicio de las condiciones generales de trabajo. El artículo 83 de la Ley Federal del Trabajo permite fijar el salario por unidad de tiempo especificándose de manera puntual esa naturaleza, el trabajador y el patrón podrán convenir el monto, siempre que se trate de un salario remunerador, así como el pago por cada hora de prestación de servicio, siempre y cuando no se exceda la jornada máxima legal y se respeten los derechos laborales y de seguridad social que correspondan a la plaza de que se trate. El ingreso que perciban los trabajadores por esta modalidad, en ningún caso será inferior al que corresponda a una jornada diaria.

Esta opción de contratación si bien es utilizada efectivamente con fines de conciliación entre la vida laboral y familiar, sobre todo por amas de casa, también es favorable para jóvenes que estudian y requieren de un ingreso formal que no implique la jornada completa o trabajos especiales que no requieren una atención permanente del trabajo a realizar.

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

La jornada acordada solo puede ser modificada sin exceder del máximo legal, por acuerdo entre las partes y tendrá que haberse estipulado expresamente la posibilidad de la modificación en un futuro.

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

Se tienen permisos y se pueden suspender las relaciones de trabajo por circunstancias específicas contempladas en la Ley, pero no con la finalidad de conciliar la vida laboral, familiar y personal. Se pueden tener hasta tres faltas justificadas o con permiso del patrón para no incurrir en rescisión del contrato de trabajo. También pueden acordarse con el patrón permisos sin goce de sueldo pero conservando el puesto de trabajo.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de seguridad social durante el mismo?

Sí, se cuenta con el permiso por maternidad. De acuerdo con el artículo 170, fracción II de la Ley Federal del Trabajo “*disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto. A solicitud expresa de la trabajadora, previa autorización escrita del médico de la institución de seguridad social que le corresponda o, en su caso, del servicio de salud que otorgue el patrón, tomando en cuenta la opinión del patrón y la naturaleza del trabajo que desempeñe, se podrá transferir hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto para después del mismo. En caso de que los hijos hayan nacido con cualquier tipo de discapacidad o requieran atención médica hospitalaria, el descanso podrá ser de hasta ocho semanas posteriores al parto, previa presentación del certificado médico correspondiente*”.

La fracción II Bis de la misma Ley señala que “[e]n caso de adopción de un infante, la trabajadora disfrutará de un descanso de seis semanas con goce de sueldo, posteriores al día en que lo reciban. Estos períodos de descanso se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto”. Por su parte, La Ley del seguro social en su artículo 94 establece

que en caso de maternidad, el Instituto otorgará a la asegurada durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, las prestaciones siguientes: asistencia obstétrica; ayuda en especie por seis meses para lactancia, y una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico.

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es el titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de seguridad social durante el mismo?

A partir de la reforma a la Ley Federal del Trabajo del 2012 se cuenta con permiso de paternidad contemplado en el artículo 132 fracción XXVII Bis, otorgando permiso de paternidad de cinco días laborables con goce de sueldo, a los hombres trabajadores, por el nacimiento de sus hijos y de igual manera en el caso de la adopción de un infante.

La Ley del Seguro Social en su artículo 201 cubre el riesgo de la mujer trabajadora y del trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de los hijos de no poder proporcionar cuidados durante su jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, mediante el otorgamiento de las prestaciones de guardería. Por su parte el artículo 205 contempla que las madres aseguradas, o los viudos o divorciados que conserven la custodia de sus hijos, mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato, tendrán derecho a los servicios de guardería, durante las horas de su jornada de trabajo.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

La negociación colectiva se ha convertido en un instrumento indispensable para promover la conciliación de la vida laboral y familiar, pues suele mejorar en gran medida la normativa legal sobre el tema.

Los sindicatos han desarrollado actividades informativas para ampliar la sensibilidad de los trabajadores y las trabajadoras y al empresario; han promovido prácticas de organización del trabajo en el propio sindicato y con ello, motivan una mayor participación de mujeres en las organizaciones sindicales; e incorporan en la negociación colectiva estrategias que permiten la conciliación de la vida laboral y familiar.

Vía negociación colectiva se logran establecer medidas importantes como flexibilizar la hora de entrada y salida, licencias sin goce de sueldo, compatibilizar los horarios del trabajo con los de la escuela de los hijos, ampliación de los permisos de maternidad y paternidad, reducción de la jornada en el caso de la enfermedad de un hijo, entre muchas otras.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de igualdad, no discriminación y conciliación de la vida laboral, familiar y personal

Es un hecho que se tienen importantes avances en materia de igualdad y no discriminación en nuestro país. Un paso importante se dio al legislar el acoso sexual y el hostigamiento en la Ley Federal del Trabajo con la reforma del 2012, logrando dar certeza jurídica sobre todo a las trabajadoras que en su mayoría son las que sufren de estas conductas. De igual forma debe señalarse que nuestro país no ha ratificado el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

DE LA CUEVA, M., *Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1970.

KURCZYN VILLALOBOS, P., *Derechos de las mujeres trabajadoras*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura - UNAM, 2ª Ed., México, 2001.

LASTRA LASTRA, J. M. *Fundamentos de Derecho*, McGraw-Hill, México, 1997.

LEMUS RAYA, P., *Derecho del Trabajo*, McGraw-Hill, México, 1997.

Decisión de Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis XI.1o.A.T.4 Época, 2010843, 3 de 41, Libro 26, Enero de 2016, Tomo IV, pág. 3311, Tesis Aislada (Constitucional). Fecha de Publicación: 15 de enero de 2016, en relación con la discriminación por razones de sexo y el estado de embarazo.

Decisión de Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.C.295 C Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 163824, 37 de 41, Tomo XXXII, Septiembre de 2010, Pág. 1251, Tesis Aislada (Civil), en relación con la discriminación en el Derecho de acceso al empleo y su relación con la prueba de las aptitudes o calificaciones para su desempeño.

Decisión Judicial. Tesis: 1a. CDXXXI/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2008095, 20 de 41, Primera Sala Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Pág. 229, Tesis Aislada (Constitucional). En relación con la discriminación por razón de edad en el ámbito laboral y otros aspectos como el género y la apariencia física.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN EL PERÚ

Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger

Socia de Gallo Barrios Pickmann, Abogados. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca

Maria Katia Garcia Landaburu

Docente de la PUCP. Master en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP

Introducción

En el Perú se reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (entre otros motivos), en normas de nivel constitucional, leyes y disposiciones de inferior jerarquía, incluso existe una Ley Marco para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (Ley N° 28983) que promueve la incorporación del enfoque de género en el marco normativo, institucional y de políticas públicas, y establece –entre otros lineamientos– la inclusión entre los derechos laborales de la armonización de las responsabilidades familiares y laborales; sin embargo, la capacidad para implementar las políticas y aplicar las normas es limitada, y eso se ve reflejado en la realidad.

De acuerdo con los indicadores del Índice de Desigualdad de Género referidos a participación política, empleo y educación 2014 del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)¹, la tasa de participación en la fuerza de trabajo de 15 y más años de edad, era la siguiente: mujeres 64.4% y hombres 82.7%.

La Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2010 del INEI muestra que la carga total de trabajo de mujeres que participan en el mercado de trabajo remunerado era de 73.12 (horas y minutos), de los cuales ellas dedican 36.27 a la actividad remunerada y 36.45 a la actividad doméstica no remunerada, mientras que, en el caso de los hombres, la carga total era de 66.30, correspondiendo 50.46 a la actividad remunerada y 15.45 a la actividad doméstica no remunerada.

Según la Encuesta Nacional de Hogares del INEI, el año 2014 el porcentaje de mujeres y hombre económicamente activas/os, según niveles de empleo, era el siguiente: 37.8% mujeres con empleo adecuado, 58.2% subempleadas y 4% desocupadas, mientras que, en el caso de los hombres, 59.6% tenía empleo adecuado, 37.0% estaba subempleado y 3.4%

¹ La información del INEI mencionada en este documento se encuentra en la siguiente página web: <https://www.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/brechas-de-genero-7913/>

desocupados. Además, el año 2014 la proporción del ingreso de las mujeres respecto al de los hombres, según el ámbito geográfico, era de 70.3%.

Con relación a las diferencias salariales, si se consideran las remuneraciones reportadas al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el año 2014 a través de la planilla electrónica², las remuneraciones promedio de los trabajadores del sector privado, según el rango de remuneraciones, mostraban que el porcentaje de mujeres que recibían una remuneración igual o menor de S/. 1.000 (aproximadamente USD 300) era mayor al de los hombres, 13% de trabajadoras recibía menos de S/. 750, 16% tenía una remuneración de S/. 750 (que era la Remuneración Mínima Vital en ese momento), y 22% llegaba a recibir un monto mayor, de hasta S/. 1,000, mientras que la participación de los hombres en esos tramos era el 9%, 11% y 16%, respectivamente. En cambio, la proporción de hombres que ganaban hasta S/. 2.000, más de S/. 2.000 y hasta S/. 5.000 y más de S/. 5.000 era mayor, 36%, 21% y 7% frente a 29%, 15% y 5% de las trabajadoras.

En cuanto al desarrollo de actividades directivas, el *Informe Global de la Brecha de Género 2015* del Foro Económico Mundial indica que en el Perú solo 14% de las empresas tenía altos directivos del sexo femenino.

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

El sexo es una causa de discriminación prohibida en el ordenamiento laboral peruano. El numeral 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993 reconoce que nadie debe ser discriminado por motivo de sexo; incluso, existe una ley contra actos de discriminación, la Ley N° 27270 (29/05/2000) que ha incorporado en el artículo 323 del Código Penal el delito de discriminación; el cual se comete cuando alguien, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.

En relación al acceso al empleo, la Ley N° 26772 (17/04/1997) dispone que la oferta de empleo no podrá contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato. A este efecto, se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en

² El anuario estadístico del 2014 puede encontrarse en la siguiente página web:

http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2014.pdf

los requerimientos de personal, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.

Con respecto a la regulación aplicable durante la relación laboral, el literal f) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), establece que son actos de hostilidad equiparables al despido, los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier índole.

En el ordenamiento peruano, la prohibición de discriminación no incluye expresamente la discriminación indirecta. La jurisprudencia sí ha desarrollado este concepto.³

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

La Ley N° 26772 dispone que las personas naturales o jurídicas que, en el ejercicio de su actividad a través de sus funcionarios o dependientes, incurran en las conductas que impliquen discriminación, anulación, alteración de igualdad de oportunidades o de trato, en las ofertas de empleo, serán sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE); ello sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar a favor de la persona afectada.

Con relación a los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier índole cometidos por el empleador, el trabajador, antes de accionar judicialmente debe emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales, para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Luego de ello, el trabajador puede optar excluyentemente por accionar para que cese la hostilidad o por la terminación del contrato de trabajo. En el primer caso, si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta. En el segundo caso, el trabajador demandará el pago de una indemnización por despido arbitrario (que en el caso de los trabajadores con contrato por tiempo indefinido es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios y la fracción proporcional que se abona por dozavos y treintavos, con un máximo de doce remuneraciones), independientemente de la multa y los beneficios sociales que puedan corresponderle.

³ A modo de ejemplo, véase la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional a propósito de un despido por razón de embarazo: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.html>.

De conformidad con el inciso e) del artículo 30 de la LPCL, es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. La LPCL se ha encargado de precisar que lo dispuesto en este inciso es aplicable, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido, y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que la mujer gestante también se encuentra protegida frente al despido si el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto (Casación N° 2213-2006-La Libertad).

En caso de un despido nulo, el trabajador tiene derecho a reclamar la reposición en su empleo (pudiendo en ejecución de sentencia, optar por el pago de la indemnización, quedando extinguido el vínculo laboral). Si el juez ordena la reposición, el trabajador debe ser reincorporado en el empleo, sin afectar su categoría anterior; el periodo dejado de laborar será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el record vacacional (el record vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al que preste con posterioridad a la reposición).

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

Si bien las estadísticas e información pública muestran que existe discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y en la promoción profesional, entre hombres y mujeres, y la legislación peruana de rango constitucional y de inferior jerarquía prohíbe la discriminación, no llega a discutirse con frecuencia esos temas a nivel judicial y existen dificultades para probar la discriminación.

Puede mencionarse como ejemplo, un caso que llegó al Tribunal Constitucional (TC) de una ex obrera municipal, que solicitó un reintegro de remuneraciones por discriminación salarial, pues consideraba que la remuneración que percibía por su trabajo de jardinera debía homologarse con la de sus compañeros hombres (ella recibía mensualmente S/. 625 y ellos S/.1.156,31). En la sentencia, recaída en el Expediente 05293-2013-PA/TC, el TC evaluó si se había o no afectado el derecho a la motivación debida de las resoluciones judiciales, y declaró infundado el pedido por considerar que los criterios seguidos por los

jueces previamente eran correctos, pues los trabajadores comparados no tenían las mismas condiciones laborales que ella, ostentaban un cargo diferente (eran trabajadores de servicios II y ella era trabajadora de servicios I), pertenecían a otro régimen laboral y tenían mayor antigüedad.

En el ordenamiento jurídico peruano no se han previsto medidas de acción positiva, como cuotas o reservas para mujeres, en materia de contratación o promoción profesional. Se han previsto cuotas de género, pero en materia electoral, para que las listas de candidatos al Congreso en cada Distrito Electoral y la de candidatos al Consejo Regional incluyan un número no menor del 30% de mujeres o de varones, lo mismo debe ocurrir con las listas de candidatos a regidores en las elecciones municipales.

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

El ordenamiento laboral peruano no regula en forma general la posibilidad de que los trabajadores puedan adaptar su jornada de trabajo para conciliar su vida laboral y familiar, es el empresario el que fija la jornada y el horario de trabajo. Solo existen normas que cubren ciertas situaciones específicas, que otorgan derecho a descansos que el empleador debe respetar, como las que se mencionan más adelante.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

Mediante la Resolución Ministerial N° 048-2014-TR (26/03/2014), que aprobó la Guía de Buenas Prácticas en materia de conciliación del trabajo y la vida familiar y personal, se pretende fomentar el uso del contrato a tiempo parcial como instrumento de conciliación, cuando el trabajador requiera –de forma temporal o permanente– atender asuntos personales o familiares.

En la práctica, como consta en el Anuario Estadístico del MTPE correspondiente al año 2014, el número de contratos a tiempo parcial registrados ante dicha entidad se incrementó más de cuatro veces (de 70,780 a 321,623 contratos) a nivel nacional, entre los años 2004 y 2014. Los contratos a tiempo parcial fueron usados –en gran medida– para cubrir vacantes en los rubros de enseñanza, hotelería y restauración.

La información estadística del MTPE no expresa cuál es la motivación de la contratación a tiempo parcial, o si esta última es el resultado de una negociación entre las partes laborales que tenga por finalidad la conciliación. Sin embargo, podemos inferir de la información citada que la contratación a tiempo parcial responde a una necesidad empresarial, cuyo origen se encuentra en las características propias de la actividad desarrollada. Sin perjuicio de ello, consideramos que el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial es adecuado para alcanzar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

La facultad del empleador para introducir unilateralmente cambios en la duración y en la distribución del tiempo de trabajo se encuentra regulada por los Decretos Supremos Nos. 007-2002-TR y 008-2002-TR (04/07/2002), que son normas generales.

En relación a las horas extraordinarias, estas tienen carácter voluntario para el trabajador y únicamente le pueden ser impuestas ante un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva, por lo que el empleador no podrá invocar los derechos de conciliación para obligar a los trabajadores a laborar horas extraordinarias.

Asimismo, las referidas normas admiten adaptaciones del horario de trabajo y de la jornada. Se permite el horario escalonado y el horario variable -que es concebido como un horario flexible en la hora de entrada y en la de salida, que no afecta la jornada diaria- y la jornada concentrada -según la cual el trabajador labora más horas en ciertos días para gozar un día libre o medio día libre-, la jornada alternativa, la acumulativa, la compensatoria y la variable. Todos estos cambios pueden ser adoptados por el empleador, dando un preaviso de ocho días a los trabajadores afectados, a fin de que puedan reunirse y -de ser el caso- negociar medidas alternativas. Vencido el plazo, y de no haber alcanzado algún acuerdo distinto, el empleador podrá aplicar el cambio.

Cabe señalar que instaurar la distribución irregular de la jornada de trabajo requiere no sólo cumplir con el preaviso y la etapa de negociación, sino someterse a los criterios jurisprudenciales sobre la materia⁴, los cuales son bastante rígidos, pues fueron emitidos a propósito de la jornada atípica de un centro minero.

⁴ El caso emblemático sobre la jornada atípica consta en la sentencia del Tribunal Constitucional y sus dos aclaraciones, expedidas en el Expediente No. 4635-2004-AA/TC del 17/04/06 (Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Perú Copper Corporation).

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

Hasta la fecha nuestro ordenamiento jurídico-laboral no contempla el derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo, con carácter general, para conciliar la vida laboral, familiar y personal. Solo existen normas que cubren ciertas situaciones específicas, que otorgan derecho a descansos que el empleador debe respetar, como las que se mencionan más adelante.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

Sí, la Ley N° 26644 (19/06/1996) concede 98 días calendario de licencia, 49 días antes del alumbramiento y 49 días después de este⁵, dando la opción a la madre de acumular ambas licencias para el periodo postparto, y la de gozar del descanso vacacional ya acumulado al término de la licencia. Ambas opciones deberán ser informadas con anterioridad al empleador.

En caso de nacimiento múltiple o de niños con discapacidad, la licencia se extenderá por treinta días calendarios más, siempre y cuando la trabajadora lo comunique y solicite al empleador antes que el periodo postparto culmine, de lo contrario, la trabajadora no tendrá derecho a la extensión.

Durante la licencia, la trabajadora recibirá un subsidio a cargo de la Seguridad Social siempre que cumpla con los requisitos previstos; la relación laboral se mantendrá en suspenso hasta su regreso a laborar.

En el caso de adopción de niños de doce años de edad o menos, la Ley N° 27409 (25/01/2001) permite que el trabajador solicite una licencia de treinta días calendario. Dicho periodo es remunerado por el empleador y, como sucede con las otras licencias, se reservará el puesto. En caso ambos padres adoptantes laboren en la misma empresa, la mujer gozará de la licencia. Además, el trabajador peticionario de adopción tiene derecho

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA.html>.

⁵ La licencia originalmente era de noventa días calendario en total. Se amplió a partir de marzo de 2016, a raíz de la aprobación del Convenio N° 183 de la Organización Internacional del Trabajo.

a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente de vencida la licencia por adopción.

Desde nuestra perspectiva, la licencia por adopción debería tener la misma duración que la licencia por maternidad, pues en ambos casos se requiere un periodo de adaptación y atención al nuevo niño.

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

Conforme a la Ley N° 29409 (18/09/2009), se reconocerá cuatro días útiles de licencia por paternidad -en realidad es una licencia por nacimiento de hijo-, que deberán iniciarse entre la fecha de nacimiento y la fecha en que el niño es dado de alta del centro de salud. Estos días serán remunerados por el empleador. Actualmente, se discute si se debería ampliar la licencia a quince días útiles.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

En primer lugar, debemos señalar que el mercado laboral peruano se caracteriza por su baja tasa de sindicalización (6% de la población económicamente activa⁶), lo cual explica parcialmente la pobreza del contenido negocial. A ello debe sumarse que en los sectores con mayor presencia sindical (industrias extractivas e industria en general) la participación de las mujeres en la dirigencia de los sindicatos es reducida, y que en el Perú no existe una ley específica que regule la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Como consecuencia de lo anterior, en teoría, resulta mínima la capacidad de la negociación colectiva para promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, a pesar de la existencia de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (Ley N° 28389).

⁶ Este dato corresponde al segundo trimestre del 2013, según la Síntesis de Indicadores Laborales, elaborada por la Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Disponible en: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/publicacion/BOLETIN_SINTESIS_INDICADO_RES_LABORALES_II_TRIMESTRE_2013.pdf).

En la práctica, y como se puede desprender del Anuario del MTPE antes citado, los beneficios más frecuentes tienen carácter económico y, entre ellos, cabe señalar la licencia por fallecimiento de familiar, no incluyéndose otros beneficios que pudieran contribuir a la armonización de las responsabilidades familiares y laborales.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de igualdad, no discriminación y conciliación de la vida laboral, familiar y personal

A continuación, detallamos algunas normas que cubren ciertas situaciones específicas, que otorgan derecho a descansos que el empleador debe respetar:

- Lactancia (Ley N° 27240 del 10/12/1999): hasta que el niño cumpla un año de edad, la madre biológica tendrá derecho a una hora diaria destinada a la lactancia materna (a dos horas, en caso de parto múltiple). Para ello, el empleador y la trabajadora deberán acordar si se tomará la hora continua o dos medias horas, y si ello repercutirá en el horario de trabajo. El tiempo dedicado a la lactancia es remunerado. Adicionalmente, la Seguridad Social reconoce a la trabajadora un subsidio por lactancia, que asciende a S/. 820 como monto único por cada lactante.

Cabe mencionar que, a partir de junio de 2016, todas las empresas que tengan 20 o más mujeres en edad fértil (15-49 años) tienen la obligación de contar con un lactario dentro de sus instalaciones, cuya finalidad es la extracción de la leche materna durante el horario de trabajo. El tiempo mínimo diario para usar el lactario es de una hora, teniendo la madre trabajadora el derecho de determinar la frecuencia y oportunidad del uso del lactario. Se podrá gozar del mismo hasta que el niño cumpla dos años de edad (Ley N° 29896 del 22/06/2012).

La hora de lactancia es un derecho independiente al uso del lactario.

- Enfermedad grave o terminal o por accidente grave (Ley N° 30012 del 17/04/2013): el trabajador o la trabajadora podrán solicitar una licencia para atender a sus familiares directos (hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente) que se encuentren padeciendo una enfermedad grave o terminal, o en recuperación de un accidente que ponga en serio riesgo su vida. Esta licencia dura siete días calendario, y puede extenderse por treinta días más, los cuales se considerarán como días de vacaciones. Excepcionalmente, es factible compensar las horas usadas para asistir al familiar directo con horas extraordinarias, siempre que medie pacto expreso con el empleador. Esta licencia debe ser remunerada por el empleador.

- Asistencia médica y terapia de rehabilitación de familiares con discapacidad (Ley N° 30119 del 02/12/2013): se concede licencia al trabajador para atender a los hijos menores, menores sujetos a tutela, y mayores dependientes o sujetos a curatela, hasta por 56 horas alternas o consecutivas al año. Esas horas se imputarán a las vacaciones, y a las horas extraordinarias de mediar acuerdo con el empleador. Si ambos padres laboran para un mismo empleador, sólo uno de ellos gozará de la licencia.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

AA.VV., *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Grijley y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2009.

CORTÉS CARCELÉN, J. C. y TOYAMA MIYAGUSUKU, J., “Flexibilización del Derecho Laboral y discriminación por razón de sexo”, *Discriminación sexual y aplicación de la ley*, Volumen II, Defensoría del Pueblo del Perú, Lima, 2000, p. 11-262.

KOGAN, L., FUCHS, R. M. y LAY, P. *No... Pero Sí: Discriminación en Empresas de Lima Metropolitana*, Universidad del Pacífico, Lima, 2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*, Lima: Palestra Editores, octubre 2006, 432 p. Disponible en: <http://tc.gob.pe/portal/cec/publicacion/Jurisprudencia%20y%20Doctrina%20Constitucional%20Laboral.pdf>.

Sentencia del Tribunal Constitucional sobre despido por razón de embarazo. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.html>.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN REPÚBLICA DOMINICANA

Lic. Fernando A. Roedán H¹

Abogado y Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Iberoamericana (UNIBE) & la Universidad Católica de Santo Domingo.

Lic. Javier A. Suárez A.²

Abogado asociado Luciano & Asociados

Introducción

En la República Dominicana, nuestro ordenamiento jurídico no tiene una ley que hable específicamente sobre el tema que trataremos en este dossier comparativo, sino que los jueces y demás actores sociales se apoyan en la Constitución de la República y en algunos aspectos del Código de Trabajo, para los fines de esbozar los principios que conllevan la no discriminación y la igualdad de las personas, lo que extrapolamos al Derecho del Trabajo.

Por esa razón, los fallos dictados por los tribunales, en relación al tema, se han basado en la Constitución de la República, Convenios Internacionales, el Código de Trabajo y otras leyes afines que no tratan el tema directamente. En este trabajo daremos explicación de cómo se han enfrentado los casos que se han presentado al respecto.

¹ Graduado de licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana (UNIBE) en el año 2012. Máster en Derecho de la Administración del Estado de la Universidad de Salamanca (USAL) y el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL) (2012-2014). Su ejercicio se especializa principalmente en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social & Derecho Administrativo. Domina fluidamente los idiomas castellano e inglés. Miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana, de la Asociación Dominicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ADDTSS) y del Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, Capítulo República Dominicana (COLADIC-RD).

² Graduado de Licenciatura en Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) recinto Santo Tomás de Aquino, Santo Domingo, República Dominicana en el año 2001. Realizó estudios superiores especializados (Doctorado) en Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense de Madrid, España (2001-2003), así como también una maestría en Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Carlos III de Madrid, España (2003-2004). Su ejercicio se especializa principalmente en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en escasa medida en Derecho Cinematográfico y Derecho Societario. Domina fluidamente los idiomas castellano, inglés, francés e italiano. Miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana y miembro de número de la Asociación Dominicana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ADDTSS), actualmente funge como secretario general de la misma.

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

La Constitución Política dominicana³, consagra en su artículo 39 como derecho fundamental civil y político, el derecho a la igualdad, destacando la igualdad ante la ley, ante cualquier persona de derecho público y privado, sin discriminación por causa de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política y filosófica, condición social o personal.

El ordinal 4º del indicado artículo constitucional dispone expresamente la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, prohibiendo “*cualquier acto que tenga como objetivo o resultado⁴ menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres*”. El mandato constitucional incluso se extiende a la obligación a cargo del Estado de promoción y garantía de participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección democrática, en la administración de la justicia y organismos de control del Estado.

Es preciso señalar que el ordinal 1º del artículo 39 enfatiza en la reprobación de “*todo privilegio y situación⁵ que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes*”. A su vez el ordinal 3 carga al Estado dominicano la obligación de promoción de “*las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva⁶*”. Dichos textos constitucionales sirven de sustento para la prohibición de la discriminación indirecta, así como cualquier otra situación de hecho que aunque no constituya formal y exegéticamente un acto de discriminación, en la práctica, si lo constituya, creando una situación fáctica que de manera real y efectiva, no garantice la igualdad de las personas.

Más específicamente, la Carta Magna dominicana dispone en su artículo 62, relativo al Derecho al Trabajo como derecho económico y social de carácter fundamental, que “[e]l

³ <http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/constitucion/Constitucion.pdf> consultado el 16 de junio de 2016.

⁴ No hay en dicho texto un razonamiento subjetivo de la intención del acto, sino una lógica finalista del mismo; aún determinado acto no tenga el objetivo de desconocer la igualdad de género, si el resultado afecta dicha igualdad, se encuentra entonces proscrito y procede su anulación.

⁵ El subrayado es nuestro.

⁶ El subrayado es nuestro.

Estado garantiza la igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo”.

La Constitución dominicana dispone la nulidad de pleno derecho de todo acto contrario a ésta (artículo 6).

Asimismo, el Código de Trabajo dominicano, Ley 16-92 del 29 de mayo de 1992⁷ prohíbe explícitamente la discriminación por causa del sexo, al consagrar en su Principio Fundamental VII, que *“se prohíbe cualquier discriminación, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, raza, color, ascendencia nacional, origen social, opinión política, militancia sindical o creencia religiosa, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de protección a la persona del trabajador.”* Dicho principio excluye las distinciones y preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado.

El Décimo Principio Fundamental de dicho Código también consagra que *“la trabajadora tiene los mismos derechos y obligaciones que el trabajador. Las disposiciones especiales previstas en este Código tienen como propósito fundamental la protección de la maternidad”*, dedicándole en consecuencia, el Título I del Libro Cuarto a la Protección de la Maternidad, reafirmando el principio de igualdad de género en materia de trabajo.

La determinación de discriminación o trato desigual injustificado por causa de género o una cualesquiera de las otras causas descritas anteriormente, así como la determinación de una situación de hecho que genere un trato desigual injustificado o una laceración en la efectividad del principio de igualdad, corresponde a los jueces que conozcan el fondo de los casos, en función de la evaluación de la prueba aportada.

Aparte de éstas causas de discriminación laboral, la Ley 135-11⁸, proscribe la discriminación o trato desigual, dentro y fuera del trabajo, a toda persona que padezca del virus VIH o SIDA, así como *“por razones de raza, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica, condición de salud, discapacidad, orientación o conducta sexual, identidad sexual o por cualquier otra condición”* (artículo 2, ley 135-11).

Dicha ley veda al empleador, público o privado, solicitar pruebas médicas para *“la detección del VIH o sus anticuerpos como condición para obtener un puesto laboral,*

⁷ http://www.bancentral.gov.do/transparencia_new/documentos/ley14_92_codigo_trabajo.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

⁸ http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/novedades/Novedad_Ley_135-11.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

*conservarlo u obtener un ascenso*⁹; establece la nulidad del desahucio (terminación unilateral del contrato de trabajo sin invocar causa) del trabajador víctima del VIH o SIDA como consecuencia de dicho padecimiento, así como la nulidad del despido que obedezca a la mencionada condición de salud, exigiendo el sometimiento previo del despido al Departamento de Trabajo para que determine si obedece o no a su estado de salud¹⁰; la ley establece una multa en caso de incumplimiento las obligaciones de no discriminación que consagra¹¹.

La Suprema Corte de Justicia¹² ha reconocido, de conformidad con la indicada Ley 135-11, los límites al ejercicio del desahucio, basado en el principio de igualdad y no discriminación, al anular la terminación unilateral del contrato de trabajo de un empleado, que luego del análisis de las pruebas se determinó que obedeció al padecimiento del VIH, confirmando una condena en responsabilidad civil a cargo del empleador por la suma de RD\$ 2.000.000 (aprox. US\$ 43.500).

El concepto específico de discriminación indirecta no se encuentra de manera explícita en la legislación dominicana, sin embargo, el mencionado Principio Fundamental VII del Código de Trabajo, que reviste por completo su articulado, da cobertura plena a los jueces de la jurisdicción laboral a apreciar prueba de la discriminación indirecta, así como cualquier otro tipo de discriminación y trato desigual injustificado, y sancionar dicha conducta, pues *“corresponde a los jueces del fondo, ante las pruebas aportadas apreciar, valorar y determinar cuando el ejercicio de un derecho se hace de manera discriminatoria y abusiva, todo lo cual escapa al control de casación, salvo cuando incurran en alguna desnaturalización”*¹³; hasta la fecha no ha habido precedentes jurisprudenciales donde se reconozca un caso de discriminación indirecta y se sancione.

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

El V Principio Fundamental del Código Laboral dominicano dispone que *“los derechos reconocidos por la ley a los trabajadores, no pueden ser objeto de renuncia o limitación convencional. Es nulo todo pacto en contrario”*. Este Principio Fundamental esta

⁹ Artículo 6

¹⁰ Artículos 8 y 9.

¹¹ Artículos 85 – 92.

¹²http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencias.aspx?ID=124340027 (consultado el 16 de junio de 2016).

¹³ Ídem.

complementado con las disposiciones del numeral 10° del artículo 47 del Código de Trabajo que prohíbe al empleador “[e]jecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley”.

Cualquier acto o situación de hecho que genere, aunque no tenga tal consecuencia como objeto, una vulneración al principio de igualdad, ya sea por decisión empresarial, por acuerdo entre las partes, e incluso por negociación colectiva, es nulo de pleno derecho, al ser un acto o situación de hecho que genera un estado de discriminación y violación al derecho de igualdad previsto en el artículo 39 de la Constitución Política dominicana y el VII Principio Fundamental de la ley 16-92, que contiene el Código de Trabajo dominicano.

La nulidad del acto o situación discriminatoria opera sin perjuicio de la posibilidad del afectado de reclamar jurisdiccionalmente una indemnización por el acto en violación de las disposiciones del Código, quedando el demandante liberado de la prueba del perjuicio a los fines de la determinación de la eventual indemnización¹⁴; la jurisprudencia dominicana ha extendido el alcance de la responsabilidad civil por violaciones a las normas laborales, no sólo a cargo del empleador, o empleado, sino de cualquier persona que cometa una violación que afecte los derechos de los trabajadores, pues “*no solo personas que tengan la condición de empleador pueden incurrir en violaciones a las leyes que regulan las relaciones de trabajo, susceptibles de comprometer su responsabilidad civil y de ser demandadas en reparación de daños y perjuicios, al tenor de los arts. 712 y 713 del Código de Trabajo, sino todas aquellas que cometan violaciones y afecten los derechos de los trabajadores, por condiciones de tales*”¹⁵.

El despido de la mujer embarazada se encuentra limitado en la legislación dominicana. Es nulo todo despido por el hecho del embarazo. Igualmente, durante el estado de gestación y hasta seis meses luego de la fecha del parto, cualquier despido a una mujer embarazada debe ser sometido previamente al Departamento de Trabajo del Ministerio de Trabajo, para que éste determine si la pretensión de despido obedece o no al hecho del embarazo o al consecuente parto. El empleador que no cumple dicha formalidad, debe pagar a la mujer embarazada despedida las prestaciones que le concede la ley por despido injustificado así como una indemnización equivalente a cinco meses de salario ordinario¹⁶.

El desahucio, o terminación unilateral del contrato sin invocar causa alguna, de la mujer embarazada es imposible de realizar por parte del empleador a partir de la notificación

¹⁴ Artículo 712 Código de Trabajo dominicano.

¹⁵ Sentencia 10 del 17 de Abril 2002, B.J. 1097 P. 780-780

¹⁶ Artículo 233 del Código de Trabajo dominicano

del estado de embarazo con la fecha presumible del parto, o a partir de que sea visible el estado de embarazo, pues de la combinación del numeral 4º del artículo 75 y el artículo 223 del Código de Trabajo, se deriva que el desahucio durante el periodo de gestación hasta tres meses después de la fecha del parto, es nulo, no causa efecto y mantiene vigente el contrato de trabajo.

El empleador que ejerce el desahucio o despido de una trabajadora protegida en los términos anteriormente señalados, además de las prestaciones económicas que establece la Ley y de la eventual indemnización por daños que establecerá la jurisdicción de trabajo, es susceptible de ser sancionado por la comisión de una infracción penal¹⁷ de carácter muy grave¹⁸ debiendo pagar una multa de 7 a 12 salarios mínimos nacionales¹⁹, aumentando en un 50% el valor de la multa en caso de reincidencia²⁰.

La legislación laboral reconoce ciertos derechos de conciliación conforme se detallará más adelante. Las consecuencias por el incumplimiento de tales derechos o la violación a los mismos, son la sanción penal mencionada anteriormente como la posible indemnización por daños que podrá imponer la jurisdicción de trabajo.

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

Ni el Ministerio de Trabajo²¹ ni la Tesorería de la Seguridad Social²², órganos administrativos que, entre otras cosas, tienen por mandato legal a su cargo el registro de

¹⁷ El carácter penal de la sanción es altamente cuestionable desde la perspectiva del principio de legalidad y tipicidad previstos en el artículo 40 de la Constitución dominicana, que deben revestir la descripción de las conductas penales y las sanciones, que difícilmente se cumplen con el texto de los artículos 720 y 721 del Código de Trabajo dominicano; la sanción, al ser penal, no puede ser dictada por la jurisdicción de trabajo sino por un Juzgado de Paz en atribuciones penales (artículo 715 del Código de Trabajo), igualmente, en caso de que se apoderen ambas jurisdicciones, la penal debe sobrepasar hasta tanto se conozca lo laboral (artículo 713 del Código de Trabajo), limitando así su efectividad. La teoría del acto administrativo y la auto tutela ejecutiva y ejecutoria que lo caracteriza puede ofrecer una solución a ésta última problemática, como también al conflicto con la tipicidad requerida para la determinación de la infracción penal, pues la reciente ley de procedimiento administrativo (107-13) permite la especificación o graduación de las infracciones y sanciones por la vía reglamentaria.

¹⁸ Artículo 720 del Código de Trabajo dominicano

¹⁹ http://www.ministeriodetrabajo.gob.do/images/docs/salario_resolucionNo_1_2015.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

²⁰ Artículo 721 del Código de Trabajo dominicano.

²¹ <http://www.omlad.gob.do/Estad%C3%ADsticasLaborales.aspx> (consultado el 16 de junio de 2016).

²² http://www.tss.gov.do/transp_stats.htm (consultado el 16 de junio de 2016).

los salarios de los trabajadores formales, llevan estadísticas del salario percibido por hombres y mujeres para poder apreciar la diferencia salarial de género. Sin embargo, la Oficina Nacional de Estadística dispone de estadísticas en tal sentido obtenidas “*a partir de fuentes de información diversa*”²³ sin especificar la procedencia de la información, que debería ser fácilmente recogida y analizada por el Ministerio de Trabajo y la Tesorería de la Seguridad Social, por las razones ya mencionadas.

A pesar de lo anterior, según la Oficina Nacional de Estadística, el salario promedio en ocupación principal de los hombres, en 2015, fue de RD\$ 16.392 (Aprox. US\$ 3560) y de las mujeres, RD\$ 13.433²⁴ (Aprox. US\$ 292), devengando en promedio, en 2015, un 18.05% menos que los hombres. Reduciéndose la brecha en un 3.27% con respecto al 2014. La indicada diferencia salarial en función del género en República Dominicana en 2015 está un 1.95% por encima del promedio en América Latina y el Caribe para el 2016, que es de 16.1%, según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL)²⁵.

La indicada brecha salarial, según la Oficina Nacional de Estadística²⁶, no ha sido la menor en los últimos 8 años, pues en 2012 fue de un 14.77%, mientras que la mayor fue en 2008, de un 25.64%.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico dominicano prevé medidas de acción positiva tendentes a promover la igualdad de género, sin embargo, dichas medidas se enfocan principalmente en la función pública, no en la regulación de las relaciones de trabajo privadas. Como ya hemos dicho, aunque el artículo 194 del Código de Trabajo dispone que “[a] *trabajo igual, en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia o antigüedad, corresponde siempre igual salario, cualesquiera que sean las personas que lo realicen*”, esto no se cumple en el ordenamiento jurídico dominicano.

La primera medida de promoción a la igualdad de género se encuentra en la Constitución modificada en 2010; ya mencionamos anteriormente la disposición del artículo 39.4 que consagra la obligación a cargo del Estado de promoción y garantía de participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección democrática, en la administración de la justicia y organismos de control del Estado.

²³ <http://www.one.gob.do/Estadisticas/169/empleo-y-seguridad-social> (consultado el 16 de junio de 2016).

²⁴ Cuadro 3.40.2; descargable en <http://www.one.gob.do/Estadisticas/169/empleo-y-seguridad-social> (consultado el 16 de junio de 2016).

²⁵ http://www.cepal.org/sites/default/files/news/files/nota_18_brechas_salarios.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

²⁶ Cuadro 3.40.1; descargable en <http://www.one.gob.do/Estadisticas/169/empleo-y-seguridad-social> (consultado el 16 de junio de 2016).

La Ley 12-00²⁷ por su parte, establece que para ciertos cargos de elección popular (diputaciones y cargos municipales a excepción del alcalde) los partidos políticos deberán proponer un 33% de mujeres, e igualmente establece la nulidad de toda propuesta que vulnere dicha proporción.

En la regulación de las relaciones laborales de carácter privado, no existen medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de condiciones de género o la promoción profesional de mujeres.

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

El Código de Trabajo dominicano prevé en su artículo 54 ciertos derechos de conciliación de la vida familiar, obligando al empleador a conceder al trabajador una licencia con disfrute de salario en los siguientes casos y por el siguiente período:

- a. Con motivo de la celebración del matrimonio, cinco días;
- b. En los casos de fallecimiento de cualquiera de sus abuelos, padres e hijos, o de su compañera, tres días;
- c. En el caso de alumbramiento de la esposa o de la compañera debidamente registrada en la empresa, dos días;

Como se puede apreciar, el ordenamiento laboral dominicano, desde 1992, reconoce derechos de conciliación familiar al trabajador incluso en ocasión de relaciones extramatrimoniales. No fue sino hasta 2001 que el resto del ordenamiento reconoció derechos en ocasión de relaciones familiares de hecho, mediante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia²⁸ que estableció las condiciones para el disfrute de dichos derechos. La Constitución dominicana de 2010 adoptó la aserción jurisprudencial, haciendo constar en su artículo 55.5 relativo a derechos de la familia, que “[l]a unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley”.

²⁷ http://www.cepal.org/oig/doc/LeyesCuotas/DOM/2000_Ley12_DOM.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

²⁸ <http://ojd.org.do/Jurisprudencia/Penal/Sentencia%20num.%2044%20B.J.%20num.%201091.%20Sala%20Penal%20SCJ.pdf> (consultado el 16 de junio de 2016).

Asimismo, durante el preaviso producto de la terminación contractual de manera unilateral, de cualquiera de las partes, el trabajador dominicano tiene derecho a gozar de una licencia remunerada de 2 medias jornadas a la semana, a los fines de conciliar su vida laboral (artículo 78 del Código de Trabajo dominicano).

En ocasión del embarazo, la mujer dominicana tiene derecho a un descanso remunerado no menor de 12 semanas, manteniéndose todos los derechos que se deriven de su contrato de trabajo²⁹; 6 de estas semanas son anteriores a la fecha del parto y 6 posteriores a dicha fecha, acumulándose en el período post natal el período de descanso prenatal no utilizado³⁰. Es preciso mencionar que el período de descanso se aumentará en conjunto a 14 semanas a partir del 9 de febrero de 2017, fecha en que entrará en vigor el Convenio 183 sobre la protección a la maternidad de la Organización Internacional de Trabajo.

Fuera de dicho período de descanso remunerado, cualquier incapacidad producto del embarazo o parto genera una suspensión del contrato sin disfrute de salario, debiendo la trabajadora acreditar mediante certificado médico dicha condición. En tal caso, si la discapacidad se prolonga por 4 días o más, la trabajadora disfrutará de un subsidio por enfermedad común³¹ hasta un límite de 26 semanas, conforme la Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social³² y sus normas complementarias.

La indicada Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social y sus normas complementarias, introducen un subsidio por maternidad que exime a la empresa de la obligación del pago del salario íntegro durante el descanso pre y post natal. Para que una trabajadora tenga derecho al subsidio, equivalente a 3 meses de salario cotizante, debe haber cotizado en el sistema por lo menos 8 meses dentro de los últimos 12 meses anteriores al parto y no ejecutar ningún trabajo remunerado durante el descanso.

Si una trabajadora dominicana solicita sus vacaciones inmediatamente después del descanso post natal, el empleador está obligado a acceder a su solicitud³³.

Durante la gestación, el empleador no puede exigir a la trabajadora trabajos que requieran un esfuerzo físico incompatible con su estado³⁴; de similar modo, si como consecuencia del embarazo o del parto, se acredita mediante certificación médica que la labor de la

²⁹ Artículos 237 y 239.

³⁰ Artículo 236.

³¹ http://www.sisalril.gov.do/pdf/reglamentos/Reglamento_SobreElSibodoPorEnfermedadComun.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

³² http://tss.gov.do/pdf_files/ley.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

³³ Artículo 238.

³⁴ Artículo 234.

trabajadora es perjudicial para su salud o la del niño, el empleador está obligado a facilitar un cambio de trabajo y de ser imposible, conceder una licencia sin disfrute de salario, sin perjuicio del período de descanso remunerado pre y post natal (artículo 235).

La ley 87-01 y sus normas complementarias también disponen un subsidio por lactancia para los hijos menores de 1 año, conforme a la escala establecida en el artículo 14 del Reglamento sobre el Subsidio por Maternidad y Lactancia³⁵:

- a. Las trabajadoras con salarios cotizables hasta el tope de un (1) salario mínimo nacional, recibirán subsidio correspondiente al 25% de su salario mensual cotizabile.
- b. Con salarios cotizables entre uno (1) y dos (2) salarios mínimos nacional, recibirán subsidio correspondiente al 10% de su salario mensual cotizabile.
- c. Con salarios cotizables entre dos (2) y tres (3) salarios mínimos nacional, recibirán subsidio correspondiente al 5% de su salario mensual cotizabile.

Mientras se mantenga el período de lactancia, la trabajadora tiene derecho, en el lugar de trabajo, a 3 descansos de 20 minutos cada uno, como mínimo, para amamantar al hijo (artículo 240). En la práctica, los empleadores suelen acumular los descansos anteriores y conceder el permiso reduciendo la jornada 1 hora, pues no resulta práctica ni efectiva la disposición del artículo 240 del Código de Trabajo; hasta la fecha no ha habido conflicto que lleve a una pronunciación jurisprudencial al respecto.

Durante el primer año de nacimiento del hijo, la trabajadora dispone de medio día cada mes, según su conveniencia, para llevarlo a atención pediátrica³⁶. En la práctica ocurre una situación similar a la anterior, en que se acumula el período, sin embargo hasta la fecha no ha habido pronunciación jurisprudencial al respecto, ni sobre la posibilidad de aplicación de dicho permiso al trabajador.

Todo trabajador dominicano tiene también derecho a vacaciones a partir del año de servicio prestado de manera ininterrumpida, por un período de 14 días laborables, conforme las siguientes reglas:

- a. Después de un trabajo continuo no menor de un año ni mayor de cinco, catorce días de salario ordinario.
- b. Después de un trabajo continuo no menor de cinco años, dieciocho días de salario ordinario.

³⁵ http://www.sisalril.gov.do/pdf/reglamentos/Reglamento_Subsidios_Maternidad_Lactancia.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

³⁶ Artículo 243.

Así las cosas, el período de descanso es siempre el mismo, la antigüedad en el empleo sólo varía la remuneración. Las vacaciones se pueden fraccionar, pero el período fraccionado nunca puede ser menor a una semana.

La ley no permite al empleador, de manera unilateral, variar o reducir ninguno de los derechos mencionados. Cualquier pacto en tal sentido es nulo, en virtud del mencionado principio de irrenunciabilidad de derechos. Sin embargo, en el caso de las vacaciones, el empleador tiene la posibilidad de variar la distribución del período por causa de necesidad, al tenor de las disposiciones del artículo 188 del Código de Trabajo. Esta variación no puede impedir que el trabajador disfrute de sus vacaciones en un período no mayor a seis meses de la fecha en la que le corresponde.

Todo lo anterior sin perjuicio de cualquier otro derecho de conciliación de la vida familiar o laboral que pueda ser reconocido a través de la negociación colectiva. Tampoco los trabajadores tienen la facultad de adaptar su jornada de trabajo a cuestiones familiares, pues la norma no lo permite.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

La ley no dispone en ningún caso la obligación a cargo del empleador de contratar a tiempo parcial para permitir la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Tampoco reconoce el derecho al trabajador de exigir unilateralmente la utilización de la modalidad contractual a tiempo parcial para ello. El ordenamiento jurídico dominicano actual no es adecuado para tales fines, salvo la posibilidad del reconocimiento de dicho derecho u obligación a través de la negociación colectiva o el acuerdo entre las partes.

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

La empresa no puede unilateralmente introducir alteraciones en la jornada laboral de los trabajadores que ejercen los derechos de conciliación descritos más arriba. El trabajador que sea objeto de un cambio unilateral de tal naturaleza, tiene derecho a dimitir, que es la terminación del contrato de trabajo por la voluntad unilateral del trabajador por alguna falta cometida en su contra por el empleador y por tanto podrá exigir la indemnización el pago de las indemnizaciones laborales que le corresponderían en caso de desahucio ejercido por el empleador (preaviso y auxilio de cesantía) y la de resarcimiento por los daños y perjuicios que se le pueda haber ocasionado.

No obstante, en ciertas situaciones como un estado de necesidad, el trabajador podría estar obligado a laborar jornada extraordinaria, sea cual fuera la naturaleza de su jornada, en casos muy específicos que son señalados por el artículo 153 del Código de Trabajo, tales como accidentes ocurridos o inminentes, trabajos imprescindibles que deben realizarse en las maquinarias y cuya paralización pueda causar perjuicios graves, trabajos cuya interrupción pueda alterar la materia prima y en caso de fuerza mayor y excepcionalmente podrá ser aumentada para permitir que la empresa haga frente a aumentos extraordinarios del trabajo.

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

Aparte de los derechos de conciliación detallados en la pregunta 4, los trabajadores no tienen otras licencias o suspensiones laborales retribuidas.

El Derecho a la Excedencia propiamente dicho, no existe en el ordenamiento jurídico dominicano. El trabajador no tiene derecho a una suspensión contractual por su decisión unilateral. Las causas de suspensión del contrato de trabajo liberan al empleador del pago del salario³⁷ y están explícitamente detalladas en el Código laboral³⁸.

Una de estas causas es el mutuo consentimiento; de modo que por acuerdo entre las partes el trabajador puede disfrutar de una suspensión contractual, que salvo decisión del empleador, no es remunerada.

El Derecho de Reserva de Puesto de trabajo no se encuentra tampoco explícitamente en el ordenamiento jurídico dominicano, sin embargo, se puede deducir de las obligaciones a cargo del empleador que detalla el Código de Trabajo; a la fecha no ha habido pronunciamiento jurisprudencial que detalle el derecho de reserva de puesto de trabajo, ni los casos en que podría aplicar.

³⁷ Artículo 50.

³⁸ Artículo 51.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

En ocasión del embarazo, la mujer trabajadora tiene derecho a un descanso remunerado no menor de 12 semanas, manteniéndose todos los derechos que se deriven de su contrato de trabajo³⁹; 6 de estas semanas son anteriores a la fecha del parto y 6 posteriores a dicha fecha, acumulándose en el período post natal, el período de descanso prenatal no utilizado⁴⁰. Es preciso mencionar que el período de descanso se aumentará en conjunto a 14 semanas a partir del 9 de febrero de 2017, fecha en que entrará en vigor el Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre la Protección a la Maternidad, ratificado por el Estado Dominicano.

La indicada Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social y sus normas complementarias, introducen un subsidio por maternidad que exime a la empresa de la obligación del pago del salario íntegro durante el descanso pre y post natal. Para que una trabajadora tenga derecho al subsidio, equivalente a 3 meses de salario cotizables, debe haber contribuido en el sistema por lo menos 8 meses dentro de los últimos 12 meses anteriores al parto y no ejecutar ningún trabajo remunerado durante el descanso.

La Ley 87-01 y sus normas complementarias también disponen un subsidio por lactancia para los hijos menores de 1 año, conforme a la escala establecida en el artículo 14 del Reglamento sobre el Subsidio por Maternidad y Lactancia⁴¹:

- a. Las trabajadoras con salarios cotizables hasta el tope de un (1) salario mínimo nacional, recibirán subsidio correspondiente al 25% de su salario mensual cotizables.
- b. Con salarios cotizables entre uno (1) y dos (2) salarios mínimos nacional, recibirán subsidio correspondiente al 10% de su salario mensual cotizables.
- c. Con salarios cotizables entre dos (2) y tres (3) salarios mínimos nacional, recibirán subsidio correspondiente al 5% de su salario mensual cotizables.

³⁹ Artículo 237 y 239.

⁴⁰ Artículo 236.

⁴¹ http://www.sisalril.gov.do/pdf/reglamentos/Reglamento_Subsidios_Maternidad_Lactancia.pdf (consultado el 16 de junio de 2016).

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

No, en nuestro ordenamiento legal no existe este permiso. Independientemente de esto, nuestro Código de Trabajo dominicano prevé en su artículo 54 ciertos derechos de conciliación de la vida familiar, que ya hemos visto anteriormente, entre los que figura en el caso de alumbramiento de la esposa o de la compañera debidamente registrada en la empresa, de una licencia de dos días, a lo cual no podemos llamarle permiso de paternidad, por lo irrisorio del tiempo dado al trabajador.

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

La estructuración normativa de la negociación colectiva, tomando en cuenta su capacidad y alcance, tiene todos los elementos para adoptar cualquier dogma o derecho reconocido en cualquier legislación –salvo que entre en contradicción con la Constitución– para promover la igualdad de género y reconocer derechos de conciliación laboral, familiar y personal, tanto a nivel de una empresa, como a nivel sectorial nacional.

A pesar de lo anterior, la negociación colectiva no suele enfocarse en dichos derechos, de modo que en la práctica no vemos ningún convenio colectivo con los elementos en discusión. Así mismo debemos agregar que por el poco desarrollo de la negociación colectiva, es muy ínfima la cantidad de trabajadores que están amparados por convenios colectivos de condiciones de trabajo.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

ALBURQUERQUE, R. F. Derecho del Trabajo, Tomo II, El empleo y el Trabajo; Segunda Edición, revisada y ampliada. Abril del 2006.

SUÁREZ, D., J. A. Jurisprudencia Dominicana de Trabajo 2001-2008. Marzo del 2009.

Código de Trabajo de la República Dominicana, Ley 16-92, promulgada el 29 de mayo del 1992.

Constitución de la República Dominicana. Año 2010.

Estadísticas laborales del Observatorio del Mercado Laboral Dominicano (OMLAD) del Ministerio de Trabajo de la República Dominicana.

Estadísticas de la Tesorería del Sistema de Seguridad Social de la República Dominicana.

Ley No. 12-00 que modifica la parte final del artículo 268 de la Ley Electoral No. 275-97.

Ley No. 135-11. Sobre los Derechos de las Personas que viven con VIH o con SIDA.

Nota para la igualdad No. 18, del Observatorio para la Igualdad de Género en América Latina y el Caribe de fecha 8 de marzo del 2016 de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Reglamento sobre Subsidio por Enfermedad Común de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales del Sistema Dominicano de Seguridad Social.

Reglamento sobre Subsidio por Lactancia de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales del Sistema Dominicano de Seguridad Social

Resolución No. 1/2015 Sobre Salario Mínimo Nacional para los trabajadores del sector Privado No Sectorizado del Comité Nacional de Salarios de la República Dominicana.

Sentencia de fecha 17 de octubre del 2001, dada por la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia.

Sentencia de fecha 18 de junio del 2014, dada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN EN URUGUAY

Leticia Iglesias Merrone¹
Profesora Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de la República

Introducción

Si bien normas de diversa jerarquía y alcance postulan el tratamiento igualitario en cuanto al género en el ámbito laboral, en la vía de los hechos persisten las diferencias en función del mismo, lo cual se aprecia tanto en el acceso al empleo, como en las dificultades para que las mujeres alcancen posiciones jerárquicas, así como en el nivel de remuneraciones.

En efecto, un estudio realizado en base al último Censo nacional concluyó que las principales desigualdades de género en el mercado laboral radican en: i) la segregación laboral caracterizada por la fuerte feminización de ciertas ocupaciones y la masculinización de otras; ii) diferencias salariales, en función de los cuales se otorga una valoración inferior al trabajo realizado por las mujeres; iii) segregación vertical, lo cual implica que las mujeres presentan un menor acceso a los puestos con mayor poder de decisión tanto en el sector público como privado; iv) la ausencia de acciones de corresponsabilidad o de conciliación familia-trabajo por parte de las empresas, las que dificultan el acceso y permanencia de las mujeres al trabajo remunerado².

Ello se condice con el hecho que según la última estimación oficial de tasa de actividad por sexo, la misma alcanza en el caso de los hombres al 71.5%, en tanto que para las mujeres equivale al 55.6%³.

En la menor participación de la mujer en el mercado de trabajo gravita directamente el rol social atribuido a la misma en cuanto al cuidado del hogar y la familia. Así, se ha sostenido que: “[s]e observa que la brecha por sexo en la participación en el mercado de trabajo aumenta en la medida que los hijos/as son más pequeños. De este modo, el comportamiento de varones y mujeres es contrario, ya que ellos aumentan su participación si tienen hijos menores de 12 años, mientras que las mujeres la disminuyen

¹ Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Profesora Asistente de Derechos Fundamentales. Profesora Ayudante de Globalización y Relaciones Laborales. Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

² Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay, Coordinado por Juan José Calvo, Fascículo 5, Desigualdades de género en el Uruguay, Montevideo, 2014, p. 47 y 48.

³ Encuesta Continua de Hogares efectuada en el mes de abril de 2016 por el Instituto Nacional de Estadísticas.

considerablemente, y se vuelven a insertar a medida que los hijos van creciendo. Lo mismo ocurre con la tasa de empleo que aumenta significativamente entre los varones cuando tienen hijos pequeños”⁴.

La regulación heterónoma en materia de conciliación de la vida familiar y la laboral resulta acotada, circunscribiéndose mayormente a la concesión de licencia y correlativo subsidio por maternidad, días de licencia por paternidad, así como mediante la posibilidad, tutelada por la seguridad social, de reducir el horario de trabajo tras el nacimiento de un hijo, hasta que el mismo cumpla seis meses de edad.

Cabe precisar que de acuerdo a las estadísticas del Banco de Previsión Social, del total de trabajadores que en el año 2015 solicitaron la reducción horaria expresada y la prestación de seguridad correlativa, más del 98% son mujeres⁵.

1. ¿El sexo es una causa de discriminación prohibida en su ordenamiento laboral? ¿Qué otras causas de discriminación están prohibidas? La prohibición de discriminación, ¿incluye también la discriminación indirecta?

Se encuentra expresamente vedada la discriminación en el ámbito laboral en función del género lo cual resulta de la Ley No. 16.045⁶, así como de su Decreto Reglamentario No. 37/997. Por imperio de dichas normas se prohíbe toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral, lo cual resulta aplicable tanto en instancias precontractuales (Vr. Gr. llamados para la provisión de cargos, criterios de selección, reclutamiento o contratación), como durante el devenir de la relación laboral (Vr. Gr., en los criterios de evaluación de rendimiento; selecciones o designaciones de personal, promoción o ascenso), así como en lo que respecta a la estabilidad laboral.

Paralelamente, la Ley No 18.868 (23/12/2011) tutela la discriminación en función del estado de gravidez, prohibiéndose exigir como requisito para el proceso de selección, ingreso, promoción y permanencia en cualquier cargo la realización o presentación de: test de embarazo, certificación médica o declaración de ausencia de estado de gravidez. Al tiempo que se prevé una indemnización especial equivalente a seis meses de sueldo, (adicional a la indemnización por despido legal), en los supuestos en los que no se

⁴ Atlas sociodemográfico, cit., p. 58.

⁵ Santos, Silvia, “*Acciones con perspectiva de género en la Seguridad Social*”. *Actualización de informe*”. Disponible en: www.mtss.gub.uy (último acceso 22 de junio de 2016).

⁶ La normativa puede consultarse en sitios oficiales de: i) Presidencia de la República (www.presidencia.gub.uy); ii) Poder Legislativo (www.parlamento.gub.uy); y iii) Diario Oficial (www.impo.gub.uy).

reintegre a la trabajadora que ha hecho uso de licencia por maternidad o se proceda a su desvinculación poco tiempo después de su reincorporación, lapso que doctrinaria y jurisprudencialmente se estima en seis meses (Ley No 11.577, 14.10/1950, artículos 16 y 17).

A ello se agrega la ratificación por imperio de la Ley No. 16.063 (06/10/1989) de los Convenios Internacionales del Trabajo No. 100 sobre igualdad de remuneración, el No. 111 relativo a la discriminación (empleo y ocupación) y el No. 156, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, así como en el ámbito regional el compromiso de los Estados Partes del MERCOSUR de garantizar “*a través de la normativa y prácticas laborales, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres*” (Declaración Socio-Laboral del Mercosur, 10/12/1998, artículo 3).

Corresponde señalar que si bien se trata de un norma general, es decir no exclusivamente laboral, la Ley No. 18.104 (15/03/2007) sobre Igualdad de Derechos y oportunidades entre hombres y mujeres en la República, instituyó el “Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades y Derechos”, consignando en su artículo 4 como uno de sus propósitos el garantizar la observancia de los Derechos Humanos de las mujeres, dentro de los cuales contempla los Económicos y Sociales, así como promover la ciudadanía plena de la mujer y cambios de índole cultural que posibiliten compartir en condiciones de igualdad el trabajo productivo.

En otro orden de cosas, se encuentra prohibida la discriminación en función de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual y actividad sindical lo cual resulta en algunos casos de normas generales cuyo ámbito de aplicación excede lo laboral, como ser la Ley No. 17.817 de lucha contra el racismo, xenofobia y toda otra forma de discriminación (06/09/2004), en tanto que en otros, de normativa propia del trabajo, tal el caso de la Ley No. 17.940 de libertad sindical (02/01/2006).

Cabe destacar que también se tutela la desvinculación de trabajadores que han padecido un accidente de trabajo o enfermedad profesional (Ley No. 16.074, 10/10/1989, artículo 69), o enfermedades comunes (Ley No. 14.407, 22/07/1975, artículo 23), mediante el pago de indemnizaciones especiales, en caso de no efectivizarse su reintegro, luego de ausentarse por tales causales o de despedir a los mismos durante un plazo determinado.

Por último, se reconocen acciones afirmativas respecto de personas con discapacidad (Ley No. 18.651, 19/02/2010, artículos 48 a 52), afrodescendientes (Ley No. 19.122, 21/08/2013, artículo 4), personas jóvenes, jóvenes con discapacidad, jóvenes mujeres,

jóvenes afrodescendientes, personas transexuales (Ley No. 19.133, 20/09/2013, artículo 23) y personas que hayan estado privadas de libertad (Ley No. 17.897, artículo 14).

2. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la discriminación por razón de sexo u otras causas prohibidas? Específicamente, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de un/a trabajador/a que ejerce derechos de conciliación?

En términos generales los accionamientos por discriminación redundan en el pago de una reparación pecuniaria, tendiente a indemnizar los daños y perjuicios que el acto discriminatorio irrogó. En algunos casos dicha compensación se encuentra tasada, como en el caso de la desvinculación en función de maternidad, enfermedad común, accidente de trabajo o enfermedad profesional; en el resto de los casos el juez interviniente tiene discrecionalidad en la fijación del monto de reparación.

La excepción estaría dada en materia sindical, pues de concluirse que un acto resulta discriminatorio por motivos de dicha índole, el juez competente declara su nulidad, lo cual determina el retorno al status quo previo al comportamiento antijurídico. Consecuentemente, de tratarse de un despido discriminatorio por actividad sindical, la declaración judicial de nulidad determinará la reinstalación del trabajador, así como el pago de los salarios no percibidos desde la fecha que se produjo la desvinculación hasta la reincorporación del dependiente. Adicionalmente, el Magistrado actuante se encuentra facultado para imponer una multa diaria al empleador hasta que efectivamente se produzca el cese del acto discriminatorio (Ley No. 17.940, 02/01/2006).

Paralelamente, en el plano administrativo se consideran infracciones muy graves a las acciones u omisiones que impliquen discriminación en las condiciones de trabajo por razón de sexo, nacionalidad, estado civil, raza, condición social, ideas políticas y religiosas y adhesión o no a sindicatos, así como la discriminación por ejercer actividades sindicales (Decreto No. 186/2004, 08/06/2004, artículo 6), lo cual se sanciona con una multa de entre 100 y 150 jornales por trabajador afectado, montos que se pueden duplicar en caso de reincidencia, pudiéndose llegar de tratarse de infracciones continuadas a clausurar temporalmente la empresa.

3. ¿Existen ejemplos de discriminación salarial, en el acceso a la ocupación y/o promoción profesional entre hombres y mujeres? ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial reciben? ¿Qué medidas legales de promoción de la igualdad de trato y oportunidades se reconocen?

La diferenciación salarial por motivo de género se encuentra expresamente vedada por la Ley No. 16.045 y su Decreto Reglamentario No. 37/997, disposiciones que postulan la imposibilidad de efectuar distingos que violen el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral, entre otros aspectos en cuanto a los criterios de remuneración.

No obstante, un reciente estudio propiciado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dio cuenta que la brecha salarial existente entre las remuneraciones promedio de hombres y mujeres ascendía en el año 2014 al 68% en desmedro de estas últimas, alcanzando un 76.6% de diferencia en el caso de personas sin instrucción y en las antípodas, es decir en nivel de posgrado, a un 70%⁷.

Sin perjuicio de ello, no resulta significativo el número de accionamientos judiciales en los que se aleguen diferencias salariales en función del género.

En lo que a acciones afirmativas en materia de género respecta, se subraya que del total de las contrataciones de “*primera experiencia laboral*” que efectúen los organismos del Estado y las personas públicas no estatales el 50% debe beneficiar a mujeres jóvenes, quedando comprendidos en esta modalidad contractual quienes tengan entre 15 y 24 años de edad y no registren experiencia formal previa de trabajo (Ley No. 19.133, 20/09/2013, artículo 23).

4. ¿Qué derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se reconocen en su ordenamiento laboral? En concreto, ¿se reconoce el derecho de los trabajadores de adaptar su jornada de trabajo (distribución y/o reducción de la jornada)? ¿Qué capacidad tiene el empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos de conciliación?

Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se vinculan directamente a la maternidad y paternidad y su ejercicio resulta acotado en el tiempo.

En ese marco, a la mujer grávida o que ha dado a luz que trabaje en la noche se le reconoce el derecho a solicitar trabajar en horario diurno, hasta por un año luego del nacimiento de

⁷ Situación de las mujeres en el Mercado de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Montevideo, 2016, pág. 25. Disponible en: www.mtss.gub.uy (último acceso: 22 de junio de 2016).

su hijo, sin perjuicio de lo cual continúa percibiendo la compensación por trabajo nocturno (Ley No. 19313, 13/02/2015, artículo 2).

Paralelamente, la trabajadora que lacte a su hijo puede solicitar interrumpir su trabajo por dos períodos de media hora, sin descuento de haberes para abocarlas a tal fin. El Instituto Nacional del Menor y Adolescente certifica la lactancia y fija el período por el cual la asalariada podrá beneficiarse de dicha prerrogativa (Decreto del 01/06/54).

Adicionalmente, una vez cesada la licencia por maternidad, el padre o la madre pueden solicitar reducir su jornada hasta que el hijo cumpla 6 meses de edad, percibiendo una prestación de seguridad social durante dicho lapso (ver al respecto preguntas 8 y 9).

Del mismo modo, la trabajadora que tenga o adopte un hijo con el Síndrome de Down, parálisis cerebral u otras discapacidades sensoriales, físicas o intelectuales severas y mientras lo tenga a su cuidado, tiene derecho a solicitar licencia extraordinaria sin goce de sueldo por un período de seis meses, adicional al correspondiente a la licencia por maternidad o paternidad (Ley No. 18.651, 19/02/2010, artículo 61).

El empleador no puede limitar el ejercicio de los derechos antes relacionados.

Fuera de los supuestos enunciados, no se reconoce el derecho al trabajador de adaptar su jornada de trabajo, pudiendo ello únicamente mediar de existir acuerdo con el empleador al efecto.

5. ¿El contrato a tiempo parcial es utilizado como instrumento de conciliación de la vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿es adecuado su régimen jurídico a tal fin de conciliación?

La figura del contrato parcial no se encuentra prevista como tal a nivel general en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Usualmente se reconoce por trabajo a tiempo parcial, a aquel que implica una jornada laboral con una dedicación horaria inferior a las 8 horas, extensión máxima posible de la jornada laboral (Ley No. 5.350, 17/09/1915, artículo 1).

De este modo el trabajo con una menor dedicación horaria dependerá del acuerdo que al efecto hayan arribado las partes en la etapa precontractual. Subsecuentemente, es decir, durante el devenir de la relación de trabajo, la posibilidad de que un trabajador reduzca su jornada laboral a fin de conciliar el trabajo con su vida personal, dependerá de si cuenta con la anuencia del empleador al efecto.

Las excepciones estarían dadas: (i) ante el nacimiento de un hijo, dónde existe la posibilidad de que la madre o el padre reduzcan temporalmente su horario, hasta que el menor cumpla seis meses de edad (véase al respecto la pregunta No. 8 del presente dossier); y (ii) en materia de trabajo de personas con discapacidad expresamente, supuesto en el cual se prevé el empleo a tiempo parcial para quienes en función de su discapacidad no puedan ocupar un empleo a tiempo completo (Ley No. 18.651, 19/02/2010, artículo 63).

6. ¿La empresa puede alterar la jornada de trabajo de los trabajadores que ejercen derechos de conciliación mediante horas extraordinarias y/o distribución irregular de la jornada?

No se encuentra prevista la posibilidad del empleador de modificar de forma unilateral la jornada de trabajo mandando la realización de horas extraordinarias ni distribuyendo en forma irregular la jornada respecto de quienes ejerzan derechos de conciliación.

Cabe precisar que el tiempo de trabajo se encuentra fuertemente reglado, no admitiéndose pacto en contrario de las disposiciones normativas.

No obstante, aun en ausencia de normas expresas se podrían llegar a admitir cambios de horario en tanto ello responda a necesidades objetivas de la empresa y paralelamente no irroque perjuicios al trabajador.

7. ¿Los trabajadores tienen derecho a permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de su vida laboral, familiar y personal? En su caso, ¿tienen carácter retribuido? ¿Se reconoce el derecho de reserva de puesto de trabajo? ¿Qué capacidad se reconoce al empresario para limitar el ejercicio de dichos derechos?

No se encuentran previstos permisos o suspensiones del contrato de trabajo (excedencias) a fin de facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, salvo respecto de quienes tengan o adopten hijos con ciertas discapacidades en los términos referidos en la pregunta número 4 del presente Dossier.

No obstante, se admite que el trabajador y el empleador acuerden suspender el contrato de trabajo por un término convenido por ambos, el cual no es retribuido, extremo que usualmente se conoce como “*licencia sin goce de sueldo*”.

8. ¿Existe permiso de maternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

Se reconoce el derecho a la mujer a ausentarse de su trabajo en atención a su maternidad, por el término de catorce semanas, comprendiendo en principio las seis semanas anteriores al parto y las ocho posteriores (Ley No. 19.161, 01/11/2013, artículos 1 a 6).

Durante dicho lapso percibe una prestación de seguridad social denominada “*subsidio por maternidad*”, equivalente al promedio de sus asignaciones computables percibidas en los últimos seis meses, más la cuota parte correspondiente al sueldo anual complementario, licencia y salario vacacional a que hubiere lugar por el término en que se sirve la partida.

Finalizado el período de amparo al “*subsidio por maternidad*”, la trabajadora que ha sido madre puede optar por reducir su jornada laboral, no excediendo a la mitad de su horario habitual de labor ni a las cuatro horas diaria, hasta que su hijo cumpla 6 meses de edad, percibiendo durante dicho término una prestación de seguridad social denominada “*subsidio parental para cuidados*” el cual equivale a la mitad del subsidio maternal.

Cabe precisar que pueden hacer uso de la reducción horaria y subsidio correlativo, en forma indistinta y alternada, pero no simultánea tanto la madre como el padre (Ley No. 19.161, 1º/11/ 2013, artículos 12 a 14).

Por otra parte, la trabajadora que reciba niños en adopción o legitimación adoptiva, tiene derecho a ausentarse, por esa causa, por el término de seis semanas, percibiendo una prestación de seguridad social, cuyo términos resultan análogos a los del “*subsidio por maternidad*”, así como al finalizar la cobertura del mismo a reducir su jornada laboral por un plazo de seis meses, término durante el cual percibe una prestación de seguridad social compensatoria por la reducción horaria (Ley No. 17.292, 25/01/2001, artículo 33 y 36 en la redacción dada por Leyes No. 17.930 y 18.436).

Por último, la trabajadora que tenga o adopte un hijo con el Síndrome de Down, parálisis cerebral u otras discapacidades sensoriales, físicas o intelectuales severas y mientras lo tenga a su cuidado, tiene derecho a solicitar licencia extraordinaria sin goce de sueldo por un período de seis meses, adicional al correspondiente a la licencia por maternidad o paternidad (Ley No. 18.651, 19/02/2010, artículo 61).

9. ¿Existe permiso de paternidad? En su caso, ¿cuál es su duración? ¿Quién es titular del mismo? ¿Los trabajadores tienen derecho a retribución o prestación de Seguridad Social durante el mismo?

Se reconoce al trabajador que ha sido padre el derecho a ausentarse del trabajo por trece días, el primero de los cuales coincide con el de nacimiento del hijo.

Ello se instrumenta los tres primeros días como licencia paga abonada por el empleador, en tanto que los diez restantes a través de una partida a cargo de la seguridad social denominada “*subsidio por inactividad compensada por paternidad*” (Ley No. 18.345, 11/09/2008, artículo 5 y Ley No. 19.161, 01/11/2013, artículos 7 a 11, respectivamente).

Por otra parte, los trabajadores tienen derecho al: (i) subsidio parental para cuidados, (ii) licencia por adopción o legitimación adoptiva, (iii) reducción de horario por adopción o legitimación adoptiva, en los términos relacionados en la pregunta ocho de este cuestionario. Debe tenerse presente que las prestaciones (i) y (iii) no son exclusivas para aquél, debiéndose acordar entre ambos padres quien hará uso de las mismas, en tanto que la número (ii) en caso de que ambos adoptantes sean beneficiarios de la licencia expresada, la del padre equivale a 10 días (Ley No. 17.292, 25/01/2001, artículos 33 y 36 en la redacción dada por Leyes No. 17.930 y 18.436).

El trabajador tiene asimismo derecho a solicitar licencia sin goce de sueldo en caso de adopción de personas con ciertas discapacidades (véase pregunta 8).

10. ¿Qué papel juega la negociación colectiva en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y conciliación de la vida laboral, familiar y personal? ¿Suele mejorar los derechos previstos en la normativa legal? ¿Tiene capacidad para limitar o condicionar los derechos de conciliación reconocidos normativamente?

Es habitual en la negociación colectiva por rama de actividad incluir referencias a la promoción de la igualdad de género y en menor medida, a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal⁸.

Cabe precisar que existe una tendencia creciente en cuanto a la inclusión de cláusulas de género en convenios colectivos, estando presente en el 2005 en un 15% de los mismos,

⁸ Puede consultarse el texto de convenios colectivos por sector de actividad en la página oficial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sección Consejos de Salarios (disponible en: <http://www.mtss.gub.uy/web/mtss/consejos-de-salarios>).

en el 2008 a un 49%, equivaliendo en el 2010 a un 55%, en tanto que en el 2012 estuvieron presentes en un 71% de las Convenciones⁹.

En dichos instrumentos se advierten tres tipos de cláusulas: i) generales que mayormente postulan un compromiso en cuanto al reconocimiento a la igualdad de género; ii) las que ratifican la aplicación de normas internacionales y nacionales en la materia; y iii) aquellas que más allá de los aspectos anteriores consagran derechos específicos o regulan medidas tendientes a alcanzar tal propósito, como ser la promoción de la contratación de mujeres en sectores de actividad en la que su inclusión es sensiblemente inferior a la de los hombres¹⁰.

Con relación a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, la labor de la negociación colectiva en tal sentido usualmente guarda relación con la concesión de días de licencia remunerada para la atención de familiares enfermos, días adicionales de los previstos legalmente por matrimonio o estudio, asistencia a actos escolares, realización de exámenes médicos y la facilitación de la lactancia materna.

Los acuerdos arribados en el ámbito de la negociación colectiva en materia de igualdad de género y conciliación vida laboral, personal y familiar se caracterizan por deparar un tratamiento más beneficioso que las normas heterónomas.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de igualdad, no discriminación y conciliación de la vida laboral, familiar y personal

La conciliación de la vida laboral y personal no se aborda en el Uruguay en forma sistemática, existiendo una regulación fragmentaria mayormente vinculada a los primeros meses de paternidad y maternidad, resultando destacable la labor de la negociación colectiva en cuanto a la introducción de prerrogativas en el área.

Es del caso añadir que en la línea de la articulación de la vida laboral y familiar se tiene derecho a licencias especiales: por matrimonio, duelo y estudio (Ley No. 18345, 11/09/2008 con las modificaciones introducidas por la Ley No.18.458).

Cabe asimismo precisar que en el año 2015 se dispuso la creación de un “Sistema Nacional Integral de Cuidados”, definiéndose como uno de sus objetivos el: “*propiciar*

⁹Situación de las Mujeres en el trabajo, cit., p. 39.

¹⁰ Por cláusulas en convenios colectivos por sector de actividad sobre: “Beneficios por Paternidad” y “Beneficios por Maternidad” puede consultarse la Sección “Análisis Transversal de los Consejos de Salarios”, Revista Derecho del Trabajo, Año II, Nos. 4 y 5 respectivamente, de julio- setiembre 2014 y octubre-diciembre 2014 según su orden, p. 249-265 y 301-323.

el cambio de la actual división sexual del trabajo, integrando el concepto de corresponsabilidad de género y generacional como principio orientador” (Ley No. 19.353, 27/11/2015, artículo 9, literal f).

Sin lugar a dudas, la profundización de las acciones tendientes a facilitar la conciliación de la vida laboral y la personal redundarán directamente en una mayor participación de la mujer en el mundo de trabajo, tanto en cantidad como en calidad de las posiciones a las que acceda.

A pesar de advertirse discriminación en los distintos estadios del vínculo laboral, tanto en función del género como por otros factores, existe escasa litigiosidad, con excepción de las desvinculaciones por motivos sindicales, gravidez, enfermedad o accidente de trabajo.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

Bibliografía

LÓPEZ VIANA, I., “Nuevos subsidios por maternidad y paternidad al amparo de la Ley N° 19.161”, en Revista Derecho del Trabajo, Año II, No. 2, enero- marzo 2014, p. 117 a 128.

MANGARELLI, C., “El "derecho" de conciliar el trabajo y la vida familiar. Subsidio por maternidad, inactividad compensada por paternidad y subsidio parental para cuidados en la ley N° 19.161 de 1.11.2013”, en Revista Derecho del Trabajo, Año III, No. 7, abril-junio 2015, p. 29 a 39.

PANIZZA, C., “Tiempo de trabajo y familia: la conciliación de la vida laboral y familiar”, en revista Derecho Laboral, T.57, No. 253, enero- marzo 2014, p. 95 a 119.

Pronunciamientos judiciales

Sentencia N° DFA-0511-000475/2013. Tribunal de Apelaciones del Trabajo 4°. Turno del 19/11/2013. En ésta se estudia el despido discriminatorio por maternidad.

Sentencia No. 271. Tribunal de Apelaciones del Trabajo 2do. Turno del 14/11/2001. En ésta se dilucida si existe discriminación de género respecto de un sistema de retiro incentivado.

Sentencia No. 276 Tribunal Contencioso Administrativo del 24/04/2000. En ésta se analiza si existe discriminación de género respecto de un sistema de retiro incentivado.

EQUALITY, NON-DISCRIMINATION AND WORK-LIFE BALANCE IN CANADA

Eric Tucker

Professor, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto

Alec Stromdahl

Third Year Law Student, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto

Introduction

The principle that everyone has a right to equal treatment was first entrenched in Canadian law in the aftermath of the Second World War when legislation began to be enacted prohibiting discrimination on the basis of sex, race and religion. Since that time, the grounds of prohibited discrimination have steadily increased. These grounds will be discussed in greater detail in the answer to question 1. Because Canada is a federal state and courts have held that legislative authority over human rights is primarily a matter of provincial jurisdiction, there is no uniform law of Canada. Nevertheless, the provisions of statutory human rights codes (HRCs) are quite similar across the country. There is, however, a second, more recent source of equality rights, and that is section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter)*, which came into force in 1985. Section 15 guarantees the “*right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability*” but also applies to other analogous grounds that courts may identify. The *Charter* is part of Canada’s constitution and thus is national in scope. However it only applies to state action and so while it does not apply to private employers, it can be used to challenge legislation that violates equality rights as well as actions performed by government in its role as an employer.

There has been an important debate in Canada over the meaning of equality. Initially, the underlying conception of equality required formal equality. Under this approach, an employer who required all employees to meet the same physical standards would not be guilty of discrimination on the basis of sex even though the standard had a differential impact on men and women. More recently, the courts have redefined equality to mean substantive equality. Here the focus is on whether a standard or law creates a disadvantage on an enumerated ground and if so the standard will be found to be discriminatory unless it can be justified as a bona fide occupational requirement (BFOR). In order to justify a standard as a BFOR it must be demonstrated that members of the protected group could not be accommodated without undue hardship. In other words, standards must be as

inclusive as is reasonably possible to minimize their differential impact. Under this approach, intent is irrelevant; what matters is the effect of a law, rule or policy.

The issue of work-life balance has only recently become a public issue, largely as a result of the increased labour force participation of women with children. Initially families were expected to make private arrangements for caregiving responsibilities using whatever resources were available to them. In more recent years, however, small steps have been taken to provide employees with very limited rights to accommodation.

Before turning to the law we provide a brief overview of the current state of gender inequality in the labour market.¹ As noted earlier, women's labour force participation has increased enormously. Since the 1970s, the participation rate of women between the ages of 25 and 64 has grown steadily from less than 50% to over 76%, although it still lags behind that of men, which is currently around 85% and has been dropping. The unemployment rate of women, like that of men, varies over time and place, but the significant trend here is that since the 1990s women's overall unemployment rate is lower than that of men. Currently, the unemployment rate for men and women respectively is about 6.5% and 5.5%. However, not all women have benefitted equally from these advances. New immigrants, many of whom are visible minorities, suffer from significantly higher rates of unemployment, and female new immigrants experience higher unemployment than comparable immigrant men. As well, younger women between the ages of 15 and 24 also experience significantly higher rates of unemployment (around 12%) than other women, although it is younger men who are the most unemployed (around 15%).

Another dimension of employment equality is the quality of jobs. For example, if we consider differences in full and part-time employment, we find that the percentage of prime age women working part-time is significantly greater than that of equivalent men (21% to 7%), although in recent decades the percentage of part-time women has decreased slightly while the percentage of part-time men has slightly increased. We will return to the reasons for part-time work in question 5.

Another aspect of job quality is occupation. Women comprise about 48% of the labour force but only about 32% of senior managers and 37% of managers generally. On the other hand, about 57% of professionals are women. Also, the percentage of women in managerial and professional positions has been increasing. However, women are also

¹ We have drawn on a number of sources including Vincent FERRAO, "Paid Work" in *Women in Canada: A Gender-Based Statistical Report (Statistics Canada 2015)* and Beth SYMES and Kate LAXER, "Women and Work: Thirty years after Section 15 of The Charter – Have We Made Progress?", *Report Prepared for the Canadian Chapter of the International Association of Women Judges*, National Institute of Justice Conference. St. John's, Newfoundland, updated June 2016.

over-represented in many low-wage occupations. Most strikingly, about three-quarters of all clerical and administrative employees are women. They are severely under-represented in agriculture, manufacturing, transportation, primary extraction and construction, which often provide high wage jobs.

Comparing the wages of men and women is fraught with difficulty but whatever the measure chosen there is a gendered wage gap, although it has been narrowing. If we use hourly earnings, on average women make about 86% of men. However, if we look at weekly earnings the gap widens to 76% and if we look at annual earnings it widens again to 67%. The reason for this is that on average women work fewer hours than men. It is also important to recognize that these figures are for all women and all men, but other wage gaps emerge when we refine the analysis by considering the intersections of gender and visible minority status, disability, and indigenous status.

1. Is sex a cause of discrimination in your legal system? What other circumstances are discriminatory? Does the prohibition of discrimination also include indirect discrimination?

Yes, sex is a ground of discrimination under both the *Charter* and under HRCs. As well, HRCs expressly protect employees from sexual harassment and other forms of discrimination. These vary somewhat from jurisdiction to jurisdiction, but in general every person has a right to equal treatment, in respect of employment, without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, age, record of offences, marital status, family status or disability.

As noted in the introduction Canadian courts no longer make a distinction between direct discrimination and adverse-affect or indirect discrimination. If an employee can establish that they have suffered an adverse effect in the workplace on account of an enumerated characteristic they will likely succeed in establishing employment discrimination unless the employer can prove that the workplace rule or policy, which created the adverse effect, is a BFOR. In order to meet this test, the rule or policy must be necessary, within reason, to accomplish the purpose it was created to achieve, adopted in good faith and rationally connected to the performance of the job. As well, the employer has a duty to accommodate adversely affected employees up to the point of undue hardship, which is reached if accommodation is excessively costly or creates health and safety risks.²

² British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3.

2. What is the legal consequence of discrimination on grounds of sex or other circumstances? Specifically, what is the legal consequence of an unfair dismissal of a pregnant worker or a worker exercising work-life balance rights?

Human Rights Tribunals (HRT) in Canada have broad remedial powers under HRCs. They can order an employer to do anything that, in the opinion of the HRT, the party ought to do to promote compliance with an HRC. This includes compensation for lost wages, compensation for injury to dignity, feelings and self-respect, and reinstatement. The monetary compensation for loss of dignity due to sex discrimination can be quite substantial.³

Dismissal on account of pregnancy is treated very seriously by HRTs and courts. As well, the law protects employees exercising their statutorily protected rights to unpaid leave, which include pregnancy and parental leave, among others. Employees whose leave rights are violated are entitled to compensation and/or reinstatement as described above (also see Question 7).

3. Are there examples of wage discrimination, access to employment and/or promotion development between men and women? What treatment do these cases receive by the legislation and case law? What measures does the legislation regulate to promote equal treatment between men and women in the workplace?

As mentioned in the introduction, HRCs and the *Charter* prohibit discrimination on a variety of grounds including sex. These laws cover discrimination in hiring and promotion as well as pay. However, a general prohibition against discrimination in employment on the basis of sex leaves many issues unresolved.

Human rights laws in Canada are generally complaint driven and remedies are reactive, individual and compensatory, not proactive and systemic.⁴ As a result, progress toward achieving equality has been slow. An alternative approach, employment equity, was first adopted by the federal government in 1986. It requires federally regulated employers to conduct a workplace analysis to determine the representation of four protected groups (women, visible minorities, persons with disabilities and indigenous peoples) in their workforce, conduct a review of employment systems, practices and policies to identify and remove barriers that adversely affect members of protected groups, and develop plans

³ For example, see *T.O.P. v. Presteve Foods Ltd.*, 2015 HRTO 675.

⁴ For an important exception, see *CN v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 SCR 1114, where a human rights tribunal ordered the employer, CN, to adopt proactive measures to address systematic discrimination in hiring women.

to increase the representation of members of protected groups in their workforce until equity is achieved.

Legislative measures to close the gendered pay gap have also gone beyond prohibitions on sex discrimination. In some provinces, even before the enactment of human rights codes, legislation was enacted requiring equal pay for equal work. While these laws prohibited separate pay scales for men and women, they failed to address the fact that men and women tended to perform different work. It was only in the 1980s that some jurisdictions enacted pay equity legislation requiring equal pay for work of equal value. In some Canadian jurisdiction these laws had a proactive dimension that required employers to conduct reviews of pay practices to determine if employees in predominantly female jobs were being paid less than employees in predominantly male jobs and if so to take steps to achieve pay equity.

4. What rights of work-life balance are recognized in your labor regulation? Specifically, does the labor regulation recognize workers the right to adapt their working time (distribution and/or reduction of working hours)? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

The issue of work-life balance has attracted growing attention, but to date the policy response has been limited. For the most part, policy makers have addressed work-life conflicts by providing leave rights, only some of which are paid. These are discussed in more detail in question 7. While leave rights are important, they are inadequate. As a result, employees have attempted to use the existing prohibition against family status discrimination to force employers to accommodate their family responsibilities. In a recent judgment, the Federal Court of Appeal held that family status extends to parental obligations that engage the legal responsibilities for children. In order to establish a case of family status discrimination an employee will have to show that their work obligations significantly interfere with their ability to fulfill their legal obligations for childcare (not personal choices such as music lessons) and that they have made reasonable efforts to meet those obligations through alternative arrangements.⁵ The result is that employees are primarily responsible to resolve work-family conflicts through their own efforts and can only look for accommodations from their employer in limited circumstances.

⁵ Johnstone v. Canada (Border Services), [2014] FCA 110.

5. Are part-time contracts used as an instrument to achieve work-life balance? If so, is the legal regime of part-time work adequate for this purpose?

As we noted in the introduction, women are significantly more likely than men to work part-time hours, but are they doing it as a means of achieving work-life balance? Since Canadian women continue to assume disproportionate responsibility for caregiving, it is not surprising that they are significantly more likely than men to report this as their reason for working part-time (16% to 3%).⁶ Women in couples with children are much more likely to be working part-time than similarly situated men (around 35% to 14%) and nearly 66% of women in couples with children under five report they work part-time in order to provide care for their children, compared to about 15% for men. It is notable however, that in the last twenty years caregiving has declined as a reason for women working part-time as has the percentage of women in couples with children working part-time.

Apart from the loss of earnings that comes with part-time work, the legal system provides few protections for part-timers. Part-time employees have no right to be paid at the same wage rate as full-timers or to receive the same benefits. Part-time employees may also find it more difficult to qualify for unemployment benefits if they lose their jobs. This is because under Canadian law employees must have worked between 420 and 700 hours (depending on unemployment rates in the region of the country where they live) in order to qualify for benefits. Not surprisingly, a higher proportion of women than men are unable to qualify for regular unemployment benefits because they have failed to accumulate enough hours. However, it must also be noted that part-timers are entitled to the same basic employment standards as full-time employees such as vacation and holiday pay.

6. Can the employer alter working hours of workers exercising work-life balance rights through overtime and/or irregular distribution of working time?

As noted in our answer to question 4, there are limited circumstances in which an employer may be obliged to schedule hours to accommodate an employee's caregiving responsibilities and in these circumstances an alteration of working hours that interfered with that accommodation would be unlawful. However, if an employer can establish that any other arrangement would result in undue hardship to the employer, there is no duty to accommodate.

⁶ It is also the case that 29% of men and women report that they work part-time hours as a personal or voluntary preference. It is unknown whether the preference for part-time is in some cases constrained by the lack of suitable alternative care-giving arrangements.

7. Do workers have permits or the right to suspend the employment contract (leave of absence) due to family and personal circumstances? If so, are they paid leave of absences? Do workers maintain the right to return to their previous job post? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

The earliest leave rights were for pregnancy/maternity and parental care after a child is born or adopted. These are discussed in more detail in questions 8 and 9. Since then a variety of other leave rights have been added, although they differ from province to province. In Ontario for example, employees who work for employers who regularly employ more than 50 employees are eligible for 10 days of personal emergency leave, which may be taken for personal illness, injury or medical emergency or due to the death, illness, injury, medical emergency or urgent matter related to a family member. In some limited circumstances, the employee may also be entitled to sickness benefits under the federal government employment insurance (EI) scheme. Otherwise, the leave is not required to be paid. Employees in Ontario are also eligible for family medical leave, family caregiver leave, and critically ill childcare leave. Space does not allow for a fuller description of the availability of these leaves, but crucially all are unpaid.⁷

Employees on leaves of absence continue to accumulate seniority and have a right to participate in employer benefit plans. At the end of the leave, employees have a right to reinstatement to the position they held prior to the leave or, if that position no longer exists, to a comparable one. Employees are also entitled to the pay rate they would have received had they not taken the leave. The right to reinstatement does not protect employees who are terminated for reasons unrelated to the leave. An employer who unlawfully refuses to reinstate an employee may be ordered to do so and to compensate that employee for any loss incurred. As well, the employer may also be prosecuted and fined or jailed, although this happens extremely rarely.

8. Is there maternity leave? If so, what is its duration? Who hold the right to maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

As noted above, there is a right to unpaid maternity leave under provincial employment standards laws, provided the mother has worked for their employer for the minimum time stipulated by the province. The duration of the leave varies between 15 to 18 weeks, depending on the province, and may be taken before or on the date of birth. A pregnant employee who exercises her right to maternity leave may be able to receive EI benefits if

⁷ For a description, see Ontario Ministry of Labour, Guide to the Employment Standards Act, 2000.

she has accumulated sufficient insurable employment. Maternity benefits typically cover 55% of the employee's wage and last up to 15 weeks.

9. Is there parental leave? If so, what is its duration? Who can take this leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

Under employment standards laws, *all* employees, regardless of their gender, who have a child come into their custody, care and control for the first time are entitled to 35 to 52 weeks of unpaid parental leave, depending on the province. As well, EI benefits are available to parents who have new born children or who have legally adopted a child, provided the parent has met the hours of work qualification. Parental EI benefits typically cover 55% of the employee's wage for 35 weeks taken within the first year of adoption or birth. Both parents can apply for parental benefits however the 35 weeks will be split between them. EI benefits are more generous in Quebec than in the rest of Canada.

In most of Canada there is no dedicated paid paternity leave so in a two-parent family it is up to the couple as to how to divide parental leave benefits. An exception is Quebec, where there is a dedicated 5 weeks of paternity leave that can only be taken by the spouse (male or female) of the woman who gave birth. This benefit is in addition to the parental leave benefit. The result is that about 75% of Quebec fathers take paternity leave (and receive benefits), whereas in the rest of Canada about 25% of fathers take parental leave (and only about 13% receive benefits).⁸

10. What is the role of collective bargaining in promoting equality between men and women in the workplace and work-life balance? Does collective bargaining often improve the legal regulation in this matter? Or does it limit the exercise of work-life balance rights?

Before talking about the role of collective bargaining in promoting equality, it is important to know that only 30.6% of employees are covered by a collective agreement and that the rate has been slowly dropping for many years. However, the overall coverage rate masks an enormous difference between union coverage in the private sector (16.7%) and the public sector (75.5%). As a result, any equality-promoting effects of collective bargaining have the greatest impact in the public sector, where women are disproportionately employed.

Measured by average hourly earnings, unionized women make 95% of what unionized men make, compared to 81% for non-union women. One reason for this is that unionized

⁸ Leanne FINDLAY and Dafna KOHEN, "Leave Practices of Parents After the Birth or Adoption of Young Children" (Statistics Canada, 2012).

women are much better positioned to benefit from human rights, pay equity and employment equity laws because of the resources that unions can bring to bear in getting these laws enforced and because they can have disputes over these issues resolved expeditiously through grievance arbitration rather than having to take them through administrative tribunals that are often back-logged. Unions have also often negotiated more generous benefits and leave entitlements than the statutory minimum. For example, many collective agreements provide for employer-paid leaves or for top-ups on EI benefits. Some unions have negotiated flexible work arrangements that accommodate workers' care-giving responsibilities and in a few instances unions have negotiated child-care benefits. Although there was a time when unions were complicit in excluding women, negotiating gendered wage scales or insisting on seniority rights to block accommodations, in general they have become strong promoters of gender equality, especially as women now comprise a little more than half of all union members.

References and judicial decisions

Vincent FERRAO, "Paid Work" in *Women in Canada: A Gender-Based Statistical Report (Statistics Canada 2015)*

Beth SYMES and Kate LAXER, "Women and Work: Thirty years after Section 15 of The Charter – Have We Made Progress?", *Report Prepared for the Canadian Chapter of the International Association of Women Judges*, National Institute of Justice Conference. St. John's, Newfoundland, updated June 2016.

Leanne FINDLAY and Dafna KOHEN, "Leave Practices of Parents After the Birth or Adoption of Young Children" (Statistics Canada, 2012).

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3.

T.O.P. v. Presteve Foods Ltd., 2015 HRTO 675.

CN v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1987] 1 SCR 1114

Johnstone v. Canada (Border Services), [2014] FCA 110.

Ontario Ministry of Labour, Guide to the Employment Standards Act, 2000.

EQUALITY, NON-DISCRIMINATION AND WORK-LIFE BALANCE IN THE UNITED STATES

Ann C. McGinley

William S. Boyd Professor of Law

University of Nevada, Las Vegas, William S. Boyd School of Law

Introduction

In the U.S., there are 123.1 million people employed full-time: 70.3 million men and 52.8 million women. There are 27.9 million part-time workers: 10.1 million men and 17.8 million women.¹ Women represent 64% of part-time workers and 43% of full-time workers. The wage gap between female and male full-time employees varies with the industry. In the financial industry, women make only 69% of men's wages; in construction, women make 97% of men's earnings.² Over all industries, the median weekly salary of women is 82.5% of men's median weekly salary.³ The wage gap is narrower in workers aged 18 to 32 years. Women in this cohort earn approximately 93% of men's earnings, but most members of this group have not yet reached the age of parenthood.

More mothers than fathers experience parenthood-related career interruptions. A recent study found that 42% of women, and 28% of men reduced their work hours to care for a child or family member, while 39% of women and 24% of men took a significant amount of time off of work to care for a family member. Twenty-seven percent of women and 10% of men quit their jobs to care for a family member.⁴

As of May 2016, the unemployment rate for women and men is the same: 4.7%.⁵ In 2014, women represented 4.2% of Chief Executive Officers of Standard & Poor's 500 Companies.⁶ As of 2013, women held 17% of the board seats of Fortune 500 companies.⁷

The Family Medical Leave Act (FMLA) requires covered employers to grant to covered employees –both men and women– 12 weeks of unpaid leave for birth or adoption of a

¹ <http://www.bls.gov/web/empsit/cpseea06.htm>.

² <http://www.statista.com/statistics/244202/us-gender-wage-gap-by-industry/>.

³ <http://www.statista.com/statistics/243936/weekly-earnings-of-us-wage-workers-by-gender>

⁴ <http://www.pewsocialtrends.org/2013/12/11/on-pay-gap-millennial-women-near-parity-for-now/>

⁵ STATISTA, <http://www.statista.com/statistics/193938/adjusted-monthly-unemployment-rate-of-women-in-the-us/>; <http://www.statista.com/statistics/193935/seasonally-adjusted-monthly-unemployment-rate-of-men-in-the-us/>.

⁶ <http://www.catalyst.org/knowledge/women-sp-500-companies>

⁷ <http://www.statista.com/statistics/441199/fortune-500-board-seats-held-by-women/>

child, or to care for an ill family member. But the FMLA covers only approximately 60% of the workforce and only 20% of new mothers. Moreover, more mothers than fathers who are eligible for unpaid FMLA take the leave. Many families cannot afford to lose the father's income, which is often higher than the mother's. In single parent and lower income families, many mothers who are covered by the FMLA cannot afford to take the whole time off without pay. Employers ordinarily offer *some* paid leave for birth of a child, by allowing employees to use vacation or personal leave, but for most people, this leave time is very short – often a few weeks. Only three states require paid leave in these circumstances.

1. Is sex a cause of discrimination in your legal system? What other circumstances are discriminatory? Does the prohibition of discrimination also include indirect discrimination?

Title VII of the Civil Rights Act of 1964 prohibits sex discrimination in employment.⁸ It also prohibits discrimination based on race, color, national origin, and religion. Some courts and the Equal Employment Opportunity Commission have interpreted Title VII to prohibit discrimination in employment based on sexual orientation and gender identity. The Pregnancy Discrimination Act of 1978⁹ makes it illegal to discriminate against a woman “*on the basis of pregnancy, childbirth, or related medical conditions.*” The Equal Pay Act of 1963 (EPA) prohibits unequal pay for female workers in jobs that require the same or substantially similar work.¹⁰ The Age Discrimination in Employment Act of (1967) (ADEA) prohibits age discrimination against applicants and workers who are at least 40 years old.¹¹ Title I of the Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA) prohibits discrimination in employment based on disability.¹² 42 U.S.C. § 1981 prohibits discrimination based on race in contracting, and applies to employment contracts.¹³ It does not apply to sex. The Patient Protection and Affordable Care Act of 2010 (ACA) requires employers to provide break time and a place for most hourly wage-earning and some salaried employees to express breast milk at work until the employee's baby turns one year old.¹⁴ The Uniformed Services Employment and Reemployment Rights Act of 1994 (USERRA) prohibits discrimination based on membership in the armed forces or obligation to serve in the armed forces.¹⁵

⁸ <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>

⁹ <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/pregnancy.cfm>

¹⁰ <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm>

¹¹ <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/adea.cfm>

¹² <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/ada.cfm>

¹³ <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-21/subchapter-I>

¹⁴ <https://www.dol.gov/whd/nursingmothers/>

¹⁵ <http://webapps.dol.gov/elaws/vets/userra/userra.asp>

The National Labor Relations Act (NLRA) makes it illegal to discriminate against an individual applicant or employee because of his or her union affiliation or because of “*concerted activity*” engaged in with other employees.¹⁶ The First Amendment to the U.S. Constitution prohibits public employers from discriminating against employees based on statements made that are a “*matter of public concern.*” Nearly all of the acts mentioned above have provisions that make it illegal for an employer to retaliate against an individual for opposing “*any practice made an unlawful employment practice*” or “*because he has made a charge, testified, assisted, or participated in any manner in an investigation, proceeding, or hearing under this title.*”

Title VII creates a cause of action for indirect discrimination (disparate impact) as well as direct discrimination. An employer is liable for neutral policies or practices that have a disparate impact on women and other protected groups unless the employer proves that the policy or practice is job-related and “*consistent with business necessity.*” Many of the other statutes mentioned above have disparate impact provisions, except the EPA and 42 U.S.C. § 1981.

Many state statutes also have anti-discrimination provisions, some of which provide protections that go beyond those of the federal law.

2. What is the legal consequence of discrimination on grounds of sex or other circumstances? Specifically, what is the legal consequence of an unfair dismissal of a pregnant worker or a worker exercising work-life balance rights?

Under Title VII and the other statutes and constitutional provisions listed above, the employer may be responsible in an intentional (direct) discrimination case for compensatory and punitive damages to be paid to the plaintiff and for relief such as back pay, front pay, hiring or reinstatement of the individual. The compensatory and punitive damages available are limited in Title VII and Title I of the ADA by the size of the employer. Under 42 U.S.C. § 1981, however, which applies exclusively to race and not to sex discrimination, the statute does not limit the damages. In most cases a successful plaintiff can collect the entire amount of compensatory damages and punitive damages up to nine times the amount of the compensatory damages. Thus, there is a great disparity between the available compensation for sex and race discrimination. The ADEA permits recovery of back pay and front pay or reinstatement but not compensatory or punitive damages. If the violation was “willful,” the plaintiff can recover double the amount of the back pay. All of the federal anti-discrimination statutes also permit recovery of reasonable

¹⁶ Available at:

<https://search.usa.gov/search?query=national+labor+relations+act&utf8=√&affiliate=u.s.departmentoflab>
or

attorneys' fees and costs. In a disparate impact case brought under Title VII, there is no right to compensatory and punitive damages, but employees have the right to back pay, front pay, or reinstatement.

There are few rights to work-life balance in U.S. law. Most employers have a right to dismiss an employee who is a parent for her failure to work full-time or to work hours beyond full-time. For non-managerial employees, the issue may be covered by a collective bargaining agreement, but for managerial employees, there will likely be no rights to a work-life balance. Collective bargaining agreements are negotiated between the individual employer and the union for the employees in a particular job classification or between a group of employers in a sector of employment and the union representing the employees in a particular job classification (such as hospital workers). Given that there is very low density of unions especially in the private sector in the U.S., most employees will not be covered by a collective bargaining agreement.

The only exceptions in federal law potentially related to work-life balance are the new ACA, which gives female employees the right to express milk at work for one year after the baby's birth, and Title I of the ADA, which requires that an employer grant a reasonable accommodation to an applicant's or employee's disability unless the employer can show that doing so would create an undue hardship. Upon proof of a violation of the ACA, the employer will be responsible for unpaid wages or overtime and an additional equal amount in liquidated damages, reasonable attorneys' fees and costs. An employer who fails to grant a reasonable accommodation to a person with a disability in an ADA claim will be liable in damages if the employer did not act in good faith when it refused to grant the employee the accommodation; the employer may also be subject to injunctive relief and attorneys' fees and costs. The ADA does not generally, however, consider pregnancy a disability, but Title VII prohibits discrimination based on pregnancy, and new guidance interpreting the ADA states that an employer must give an accommodation to a pregnant woman who has a lifting restriction because of her pregnancy.

3. Are there examples of wage discrimination, access to employment and/or promotion development between men and women? What treatment do these cases receive by the legislation and case law? What measures does the legislation regulate to promote equal treatment between men and women in the workplace?

Cases for wage discrimination based on sex brought pursuant to the EPA have had limited success. Many of these cases are dismissed in response to procedural motions before trial; many courts conclude that employers have proved that the pay differential exists for a reason other than sex. Many courts permit employers to rely on "market factors" to explain the differential; market factors, however, may be implicitly based on sex.

Although the Equal Employment Opportunity Commission requires certain large employers and government contractors to report numbers of employees by sex and race or ethnicity in certain job categories, there are no federal requirements for affirmative action or quotas in most employment settings. Such racial and/or gender requirements would apply only to situations where the federal government is contracting with a private firm for government business or where the President issues an executive order that applies to the federal government or its agencies.

Generally, quotas and affirmative action plans that favor one group of employees over another are disfavored in the U.S., even where the employees aided by an affirmative action plan are from historically disadvantaged groups. The U.S. Supreme Court has held that it is legal under Title VII for an employer to take sex into account pursuant to a valid affirmative action plan in determining that it will promote a female employee over a male employee only if there is a showing that there was a history of manifest imbalance between male and female employees, the affirmative action plan “*does not unnecessarily trammel the interests*” of the male employees, and the plan is temporary.¹⁷

4. What rights of work-life balance are recognized in your labor regulation? Specifically, does the labor regulation recognize workers the right to adapt their working time (distribution and/or reduction of working hours)? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

There is no general right to achieve work-life balance in the U.S. One exception is the FMLA which grants to covered employees of covered employers the right to take up to 12 weeks a year, intermittently or continuously, of unpaid leave for the purposes of healing from a “*serious medical condition*” or to care for a family member with a serious medical condition, or to care for a baby born to or adopted by the employee. Only 60% of workers are covered by the FMLA, and *only 20% of new mothers* are covered by the Act. Individual employers may, and some do, substitute paid leave for unpaid leave if the employer has a paid leave policy, but one study shows that only 12% of workers in the private sector have access to paid leave through their employer.¹⁸ Under the ADA, employers are forbidden from discriminating against an employee or applicant because of the person’s association with a person with a disability, but the employer is *not* required to grant the employee who has a relative with a disability a reasonable accommodation.

¹⁷ Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara, 480 U.S. 616 (1987).

¹⁸ <https://www.dol.gov/featured/paidleave/cost-of-doing-nothing-report.pdf>

5. Are part-time contracts used as an instrument to achieve work-life balance? If so, is the legal regime of part-time work adequate for this purpose?

There is no legal right for an employee to receive a part-time contract to achieve work-life balance. It is up to the union, if there is one representing the employee, or the individual employee if there is no union, to negotiate a contract with the employer regarding part-time employment. Some non-union employers have policies permitting part-time work to achieve work-life balance, but this is more a matter of remaining competitive as an employer than of legal regulation. In fact, some studies have shown that workplaces with higher union density have less flexibility of work scheduling than those with lower union density. A few studies show that where unions have negotiated for higher pay and benefits, there is less access to flexible schedules, but where the unions negotiate for flexible schedules, unionized workers have more access to flexible schedules.¹⁹

6. Can the employer alter working hours of workers exercising work-life balance rights through overtime and/or irregular distribution of working time?

Ordinarily, the answer to this question depends on the individual contract between the employer and the employee or the collective bargaining agreement between the union and the employer. An employer will not be permitted to change a leave taken under the FMLA, if that leave has already been approved by the employer.

7. Do workers have permits or the right to suspend the employment contract (leave of absence) due to family and personal circumstances? If so, are they paid leave of absences? Do workers maintain the right to return to their previous job post? What capacity does the employer have to oppose or limit the exercise of these rights?

Under the FMLA, *covered* workers have the right to return to their previous positions. The employee should, if possible, notify the employer of the employee's need for the leave, and get the employer's agreement to the leave. Because the statute requires notice, if possible, the employer ordinarily would not have the right to change the employee's leave once it has been approved.

¹⁹ Peter Berg, et al., *Work-life Flexibility Policies: Do Unions Affect Employee Access and Use?* 67 ILR Rev. 111 (2014). Peter Berg & Matthew M. Piszczek, *The Limits of Equality Bargaining in the USA*, 56 JIR 170 (2014).

8. Is there maternity leave? If so, what is its duration? Who hold the right to maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

The only legal right to maternity leave is unpaid permitted by the FMLA (please see answer to question 4 above). Some employers, especially state and local government employers, permit the employee to take FMLA leave as paid leave, if the employee has accrued sufficient time for personal and vacation leave. Some employers have paid disability and maternity leave policies, but these policies are more common for management and higher salaried employees than for hourly employees. Many employers lacking maternity leave policies permit employees to use vacation time and personal and sick time for maternity leave, but in the U.S. many employees, especially hourly employees not represented by a union, have few days in vacation, sick, and personal leave. These employer-based policies are sometimes paid and sometimes unpaid.

Studies of paid maternity and paternity leaves vary in their results. One study states that about 35% of employees work for companies that offer some paid maternity leave, but few offer the full 12 weeks paid. Employees in low-paying positions are less likely to have paid maternity leave.²⁰ Another study states that 58% of U.S. employers offered “at least some” replacement pay for maternity leave.²¹ Another found that 21% of women who take parental leave got a paid leave, while 13% of men did.

9. Is there paternity leave? If so, what is its duration? Who can exercise this maternity leave? Are workers entitled to compensation or Social Security benefits during this time?

Like maternity leave, the only legal right to paternity leave is that permitted by the FMLA (please see answer to question 4 above). As noted above, these are usually unpaid leaves unless the employer has a policy for paid leave. Fewer employers have policies for paternity leaves than for maternity leaves. A study in California, one of the only states whose laws mandate paid paternity leave, found that men are less likely to take unpaid leave than paid leave, and if they take an unpaid leave, they cut it very short.²² About 20% of workers work for employers that offer some paid paternity leave, but often the paid leave is less than the 12 weeks of FMLA leave.²³

²⁰ <http://www.iwpr.org/publications/pubs/maternity-paternity-and-adoption-leave-in-the-united-states-1>

²¹ <http://www.statista.com/statistics/323527/us-employers-offering-replacement-pay-during-parental-leave>

²² <https://www.dol.gov/featured/paidleave/cost-of-doing-nothing-report.pdf>.

²³ <http://www.iwpr.org/publications/pubs/maternity-paternity-and-adoption-leave-in-the-united-states-1>

10. What is the role of collective bargaining in promoting equality between men and women in the workplace and work-life balance? Does collective bargaining often improve the legal regulation in this matter? Or does it limit the exercise of work-life balance rights?

Traditionally, collective bargaining agreements have focused more on raising the wages of working employees than on bargaining for work-life benefits. One issue that creates tension between union members is the unions' position on flexible work time and overtime pay. Historically, the unions have bargained for any hours over 40 hours per week to be paid at the rate of "time and one-half." This arrangement has come under fire, especially in recent years as women have entered the workforce at greater rates. However, unions have been concerned that if the unions were to support flex-time, their members who need to work overtime in order to support their families would lose their rights to time and one-half pay. While some unions continue to take this position, many unions have begun to bargain over alternative work schedules.²⁴

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding equality, non-discrimination and work-life balance

Title VII of the 1964 Civil Rights Act, combined with Title IX of the Education Act of 1972, which made it illegal to discriminate against women in employment and education, have made a drastic change in women's work and educational opportunities. In fact, recently, women in the U.S. are bypassing their male counterparts in their educational attainment. Unfortunately, however, Title VII focuses on intentional discrimination against individual women, and, because much discrimination now is not intentional but implicit, many courts find that no discrimination has occurred. Moreover, these laws are inadequate to deal with the key problem for women who continue to do a much larger percentage of child and family caregiving than men. There is no federal right to paid maternity or paternity leave (and only a right in 3 states to paid leave), no right to flexible scheduling for parents, which means that mothers often work in lower paying part-time jobs that have few opportunities for advancement, in order to try to make things work for their families. Poor families and single mothers suffer because their jobs offer few benefits and the scheduling, especially of part-time jobs, is erratic.

One positive development for female workers is that the U.S. Supreme Court interprets Title VII to prohibit harassment that creates a hostile working environment. If an employee (female or male) can prove that a supervisor or coworker engages in

²⁴ *Control over Work Hours and Alternative Work Schedules*

<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=laborunions> (detailing union negotiations for alternative work schedules).

unwelcome harassment, that is sufficiently severe or pervasive to alter the plaintiff's working conditions, and that the behavior occurred "because of sex" the behavior is illegal. The employer is liable for harassment accomplished by a supervisor, a co-worker or a customer or client, under varying standards.

One serious concern has been how the courts have interpreted the Pregnancy Discrimination Act. Most courts have held that women who are pregnant have no special rights to reasonable accommodation of their pregnancies. Courts have nearly uniformly held that a pregnant woman is entitled to an accommodation only if a man, with a similarly restricting condition, would be accommodated by the employer. A recent U.S. Supreme Court case seems to be at least a partial victory for pregnant employees, and combined with the ADA, it appears that employers will be more likely to grant accommodations to pregnant employees in the future.²⁵

References and judicial decisions

Ann C. MCGINLEY, *Masculinity at Work: Employment Discrimination through a Different Lens* (2016).

Joan C. WILLIAMS, *Reshaping the Work-Family Debate: Why Men and Class Matter* (2012).

Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986); <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/477/57.html>.

Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. (2011); www.supremecourt.gov/opinions/.../10-277.pdf

Young v United Parcel Services Inc., 575 U.S. (2014); www.supremecourt.gov/.../12-1226_k5fl.pdf.

²⁵ Ann MCGINLEY, *Young v. UPS: A Victory for Pregnant Employees?* <http://hamilton-griffin.com/guest-blog-ann-mcginley-young-v-ups-inc-a-victory-for-pregnant-employees/>; *Young v United Parcel Services Inc.*, 575 U.S. ___ (2014); www.supremecourt.gov/.../12-1226_k5fl.pdf.