

La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical*

Professional promotion for women at Spanish labour market.
Proposals to reduce vertical and horizontal segregation

PATRICIA NIETO ROJAS

*Profesora Ayudante Doctora Derecho Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid
Orcid id: 0000-0003-3734-3392*

Recibido: 07/03/2019

Aceptado: 28/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4766>

Resumen. Las mujeres ocupan en menor medida puestos directivos y se enfrentan a un suelo pegajoso que dificulta su promoción en el trabajo (por existencia de estereotipos, criterios de ascenso sexistas, redes formales e informales que facilitan la promoción de los hombres, etc.). Para revertir esta situación, es preciso adoptar medidas ambiciosas, entre las que destacan las acciones positivas que pudiesen establecerse en la negociación colectiva o en los planes de igualdad para permitir el acceso de más mujeres a puestos de responsabilidad en aquellas empresas donde estén subrepresentadas. De igual modo, se insta a aprobar una reforma normativa que garantice un mayor número de mujeres consejeras en las empresas cotizadas. Ahora bien, en el caso de las mujeres de responsabilidades familiares, la asunción de labores de cuidado y la repercusión de esta función en sus trayectorias laborales es sobradamente contrastada no solo en materia de brecha salarial sino en el acceso a categorías o grupos profesionales de mayor responsabilidad. Para mitigar este efecto, se ha de abogar por una modificación normativa que permita conciliar la vida personal y familiar mediante una gestión flexible del tiempo de trabajo.

Palabras clave: promoción profesional, igualdad, mujeres, responsabilidades familiares, acciones positivas.

Abstract. Women occupy to a lesser extent managerial and responsible positions, and face a sticky floor that hinders their promotion at work (due to the existence of stereotypes, sexist promotion criteria, formal and informal networks that facilitate the promotion of men, etc.). At the same time, women may be compelled to leave the labor market or look for part-time work, which carry negative consequences for their earnings, skill development and rights to voice and social protection. Policies and measures by governments and social partners to help workers reconcile work and family can make a difference. To reverse this situation, it is necessary to adopt ambitious measures, among which stand out the affirmative actions that could be established in collective bargaining or equality plans to allow more women to access positions of responsibility in those companies where they are underrepresented. In the same way, more

* patricia.nieto@uc3m.es

Este artículo es una versión extendida de la ponencia presentada en el Acto Institucional del 8 de marzo "Igualdad de las mujeres", celebrada en el Consejo Económico y Social y organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. La autora fue seleccionada en representación de la Sección Juvenil de la referida asociación.

interventionist reform must be advocated to guarantee a greater number of female advisors in listed companies. In this paper, we analyze the arguments for increasing gender diversity on boards of directors through quotas.

Keywords: equality, affirmative actions, women, professional promotion, family responsibilities.

1. A modo de introducción: la feminización de los cuidados y los efectos de este rol en las trayectorias laborales de las mujeres con responsabilidades familiares

Las cuestiones relacionadas con el cuidado de personas dependientes se hacen cada vez más visibles en el discurso público¹, siendo un hecho indiscutible que la vida de las mujeres está mucho más marcada por las responsabilidades en el cuidado de la familia que la de los hombres. La dificultad para conciliar trabajo y familia, unida al hecho de la distribución desigual de las responsabilidades domésticas y familiares, lleva con frecuencia a muchas mujeres a tener una trayectoria profesional caracterizada por un mayor uso de contratos a tiempo parcial e interrupciones durante su carrera profesional. Este cúmulo de factores tiene un impacto negativo no solo en el desarrollo profesional y en sus perspectivas de promoción sino en sus carreras de cotización². Ahora bien, como el cuidado puede transformarse, pero no suprimirse, cada sociedad tiene que encontrar el mejor modo posible de conciliar los derechos y obligaciones de quienes necesitan los cuidados y de quienes, de un modo u otro, han de proporcionárselos³. En el fondo, el vínculo entre la conciliación de la vida laboral y familiar y la desigualdad de la mujer en el mercado de trabajo deriva de que esta última se convierte en una segregación hacia la madre o más bien hacia la cuidadora⁴.

La incorporación de las mujeres al mercado laboral se ha visto acompañada de una cierta resistencia al cambio de los varones con respecto a su rol productivo, por lo que las responsabilidades domésticas siguen recayendo mayoritariamente en las mujeres. Es más, el tiempo que dedican los hombres al trabajo remunerado determina el tiempo que pueden dedicar a la familia mientras que en el caso de las mujeres se produce el efecto inverso⁵, pues aun habiendo habido progresos en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres, y este es uno de los principales frenos para la consecución de una sociedad desde el punto de vista del género más equitativa. Por todo lo expuesto, convendremos que la maternidad –tanto el hecho

¹ A. STEWART; S. NICCOLAI; C. HOSKYNS, “Disability Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?”, *Social & Legal Studies*, vol. 20, 2, 2011, p. 179.

² GARCÍA ROMERO, B., “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional”, *Revista de derecho social*, vol. 74, 2016, p. 115.

³ ILO, *Care work and care jobs for the future of decent work*, ILO, Geneva, 2018.

⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 10.

⁵ NUÑO GÓMEZ, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Icaria, Barcelona, 2010, p. 165.

biológico como su repercusión sobre la ética de los cuidados- ha de considerarse como elemento estructural del desigual desenvolvimiento del hombre y la mujer en el mercado de trabajo⁶. O, dicho de otro modo, la atención a las personas dependientes, aunque ciertamente no pueda explicar en toda su extensión la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo⁷, es el factor que con más relevancia afecta no solo a su inserción sino a su mantenimiento en términos de igualdad.

Con el objetivo último de permitir que la asunción de este cuidado no penalice a las mujeres con responsabilidades familiares en sus posibilidades de promoción profesional, convendremos en la importancia de idear nuevas estrategias que actúen desde múltiples perspectivas concéntricas. No se puede obviar que la inactividad femenina presenta rasgos diferenciadores con los varones⁸, y así, en el año 2016, el 93,5% de los inactivos que no buscan empleo por dedicarse al cuidado de niños o de adultos dependientes o para atender otras obligaciones familiares eran mujeres⁹. Estos datos evidencian que la inactividad de las mujeres, asociada al trabajo dentro del hogar, está presente en toda su trayectoria laboral, es decir, desde que se produce su emancipación e incorporación a la vida adulta hasta las edades próximas a la jubilación, bien debido a los hijos y su crianza, bien al cuidado de dependientes mayores¹⁰. Y aunque la normativa en materia de conciliación hace referencia a los artículos 14 CE (igualdad ante la ley), 39 CE (protección social, económica y jurídica de la familia) y al art. 9.2 CE (deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas) como principios inspiradores, los datos referidos evidencian que el cuidado tiene para las mujeres un importante coste en términos de oportunidad tanto en el ingreso al mercado de trabajo como en sus oportunidades de promoción profesional¹¹, no tanto por su condición biológica sino, especialmente, en relación al rol social que tradicionalmente les ha sido asignado¹².

⁶ PERÁN QUESADA, S., "Género y políticas de empleo", en Monereo Pérez, J. L. (ed.) *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 784.

⁷ BALLESTER PASTOR, M. A.; J. CABEZA PEREIRO, J., "Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades", en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, p. 107.

⁸ Rasgo común en todas las economías desarrolladas y en países en subdesarrollo, ILO, *Care work and care jobs for the future of decent work*, cit., p. XXX.

⁹ El número de mujeres en esa situación ha descendido en un -46,6% desde entonces entre las mujeres a medida que se han ido incorporando paulatinamente al mercado laboral. SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO, *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, Subdirección General de Análisis del Mercado de Trabajo Secretaría de Estado de Empleo Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 24.

¹⁰ MORENO, G.; CEBRIÁN, I., "Desigualdades de género en el mercado laboral", *Prisma Social*, vol. 27, 2018, p. 50.

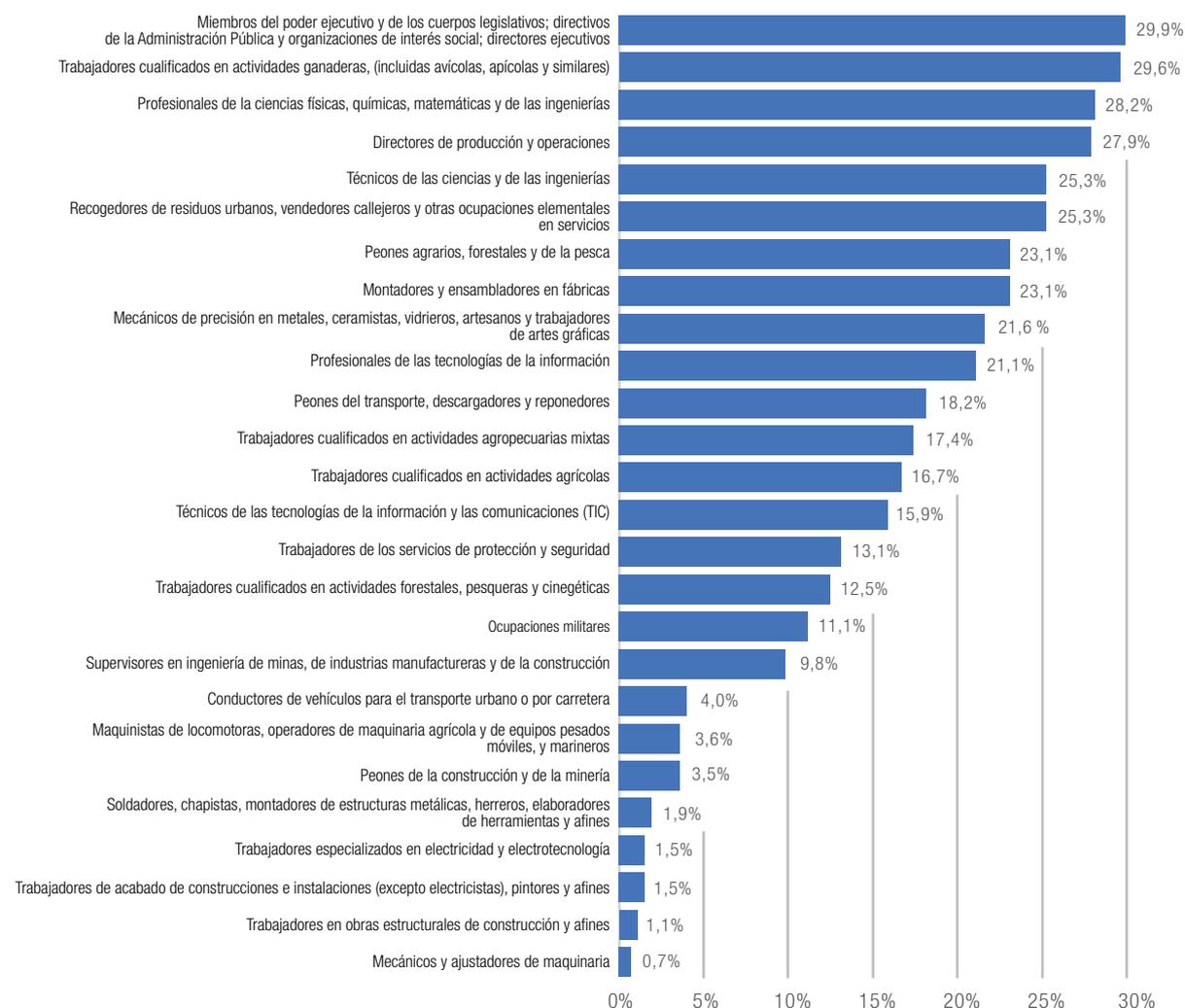
¹¹ ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., *Estudio sobre las necesidades de las familias con personas con discapacidad*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015, p. 51.

¹² RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., "Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE", *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 28, 2011, p. 230.

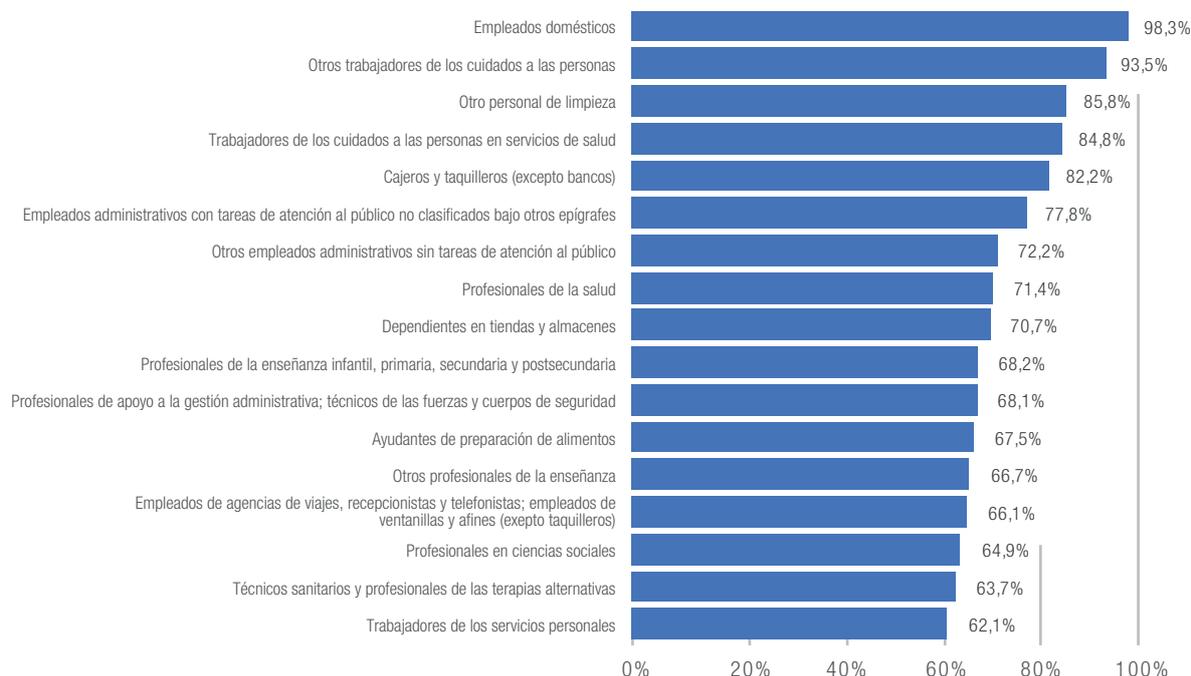
2. La segregación ocupacional como elemento distorsionador de la promoción profesional de las mujeres

Como señala la evidencia empírica, existe una aversión empresarial generalizada –en forma de discriminación estructural– en relación a la promoción profesional de las mujeres, derivada de convenciones sociales anacrónicas basadas, por un lado, en costes de la (potencial) maternidad y, por otro, en el rol tradicional en cuanto al reparto de cuidados. Sobre estas dinámicas descansa en buena medida no solo sus peores trayectorias laborales¹³ sino sus menores posibilidades de promoción profesional. Estos datos sugieren bien que los procesos de selección y promoción profesional no son suficientemente meritocráticos, bien que hay razones que hacen que los empresarios prefieran a los hombres sobre las mujeres cuando ambos se encuentran preparados para asumir el puesto en

Gráfico 1. Ocupaciones con menos del 30% de mujeres (CNO a 2 dígitos).



¹³ GÓMEZ RUFÍAN, L., “La penalización de la mujer en el mercado de trabajo desde la perspectiva de las transiciones laborales”, *Información Laboral*, vol. 4, 2018, p. 244.

Gráfico 2. Ocupaciones con más del 60% de mujeres (CNO a 2 dígitos).

consideración. Aunque también existe la posibilidad de que muchas mujeres que podrían optar por posiciones de responsabilidad y prestigio por su experiencia y formación prefieran no hacerlo porque creen que no podrían compaginar las responsabilidades familiares que tienen o que quieren (o creen que necesitarán) asumir.

Desde la perspectiva de los empresarios, este argumento podría explicar la tendencia a cometer la discriminación estadística, entendida esta como la preferencia a elegir a un hombre en vez de una mujer porque estas en su conjunto tienen más posibilidades de pedir bajas por maternidad y de ejercer otros derechos de conciliación para atender las responsabilidades familiares¹⁴. Y este hecho no puede desligarse de la segregación ocupacional que define la distribución de la ocupación en el mercado de trabajo español, caracterizada por una división claramente sesgada del empleo, pues como evidencian los Gráficos 1 y 2¹⁵ se pueden distinguir actividades claramente feminizadas o masculinizadas.

Con la intención decidida de revertir esta situación, la LO 3/2007¹⁶ hizo una notable apuesta por las medidas de acción positivas como herramienta prioritaria para “corregir estructuras arraigadas en la sociedad más allá de la igualdad formal reconocida en la norma”¹⁷, pues la premisa en la que se funda toda medida de acción positiva es la existencia de una si-

¹⁴ DUBIN, K. A., “¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales”, en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 338.

¹⁵ Elaboración propia a partir de microdatos del INE. Datos promedio del año 2017.

¹⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23.3.2007).

¹⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187.

tuación fáctica de desigualdad. Sin la concurrencia de este requisito, esta intervención se convertiría, simple y llanamente, en una discriminación con respecto al colectivo al que se exige un sacrificio en beneficio de la sociedad. Estamos, por tanto, ante una medida de carácter absolutamente excepcional, cuya adopción solo es admisible de manera temporal y cuando no se pueda lograr la igualdad real mediante un sistema que no implique un trato desigual.

La acción positiva, al presentar una naturaleza esencialmente colectiva, busca el equilibrio de magnitudes estadísticas y, en consecuencia, responde a situaciones de discriminación social o colectiva¹⁸. Para la consecución de este propósito, el legislador acometió una delegación de poder hacia la autonomía colectiva, y así, el art. 17.4 ET, en la redacción dada por la Ley de Igualdad, admite el establecimiento de “medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate”. Por su propia naturaleza, la preferencia implica un derecho de prelación respecto a otras candidaturas que acrediten igualdad de méritos¹⁹, no admitiéndose, sin embargo, este trato de favor si los méritos evaluados no son idénticos²⁰, garantizando así a los candidatos varones la objetividad de la evaluación²¹.

Seguidamente el art. 24 ET señala que “los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario. Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación”. La llamada que hace este precepto a la regulación convencional en relación al diseño de sistemas de promoción profesional exige abordar el tratamiento negocial a este respecto, debiendo anticipar su insuficiencia en el ámbito sectorial; inacción que puede justificarse en la dificultad que plantea el establecimiento de cláusulas preferentistas en esta unidad de negociación. Obviamente un convenio en este ámbito sí que podría regular preferencias en la contratación siempre, claro está, que para la valoración de la hipotética “subrepresentación” se tome en consideración la empresa en la que se efectuará la contratación. O, dicho de otro modo, aunque la negociación sectorial establezca esta preferencia, serán las empresas las que finalmente ejecutarán la medida de acción positiva paccionada, con fórmulas tan pautadas como las que siguen:

¹⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C., “Mujer y acceso al mercado de trabajo”, *Adapt*, vol. 4, 2018, p. 62.

¹⁹ ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi; Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 115.

²⁰ STSJ Asturias 20.12.2010 (R^o 2655/2010).

²¹ ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, cit., p. 126.

“La contratación de personal se ajustará a las normas legales generales existentes sobre colocación y empleo vigentes en cada momento, y en las específicas que figuran a continuación, comprometiéndose las empresas a la utilización de los distintos modos de contratación laboral previstos en la Ley, de acuerdo con la finalidad de cada uno de los contratos, procurando que en igualdad de condiciones de idoneidad, tendrán preferencia para ser contratadas las personas de sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”²².

Un desarrollo mayor se observa en los convenios de empresa y en los planes de igualdad²³, los cuales suelen protocolizar el procedimiento de selección mediante una definición neutra del puesto, estableciendo la obligatoriedad de eliminar imágenes estereotipadas en la redacción de la oferta, así como suprimir de los formularios de solicitud cualquier referencia relacionada con la vida personal que puedan denotar preferencia hacia uno u otro sexo. Centrando la atención en el proceso selectivo propiamente considerado, también cabe referir la importancia de exigir requisitos de acceso que se correspondan con las funciones del puesto de trabajo, evitando que la disponibilidad horaria o la experiencia previa sean factores valorados en las pruebas de selección. Con un alcance mayor, es frecuente que algunos protocolos de selección insten a ampliar los canales de comunicación y difusión para que la oferta de empleo llegue a candidatos de ambos sexos.

No se puede concluir este epígrafe sin aplaudir el proyecto impulsado por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, el cual parte de una evidencia ya señalada en el presente ensayo, cual es la existencia de sesgos discriminatorios –en muchos casos inconscientes- en los procesos de selección de personal; sesgos que, como veremos, también se dan en los procesos de promoción profesional. Cuando ello ocurre, se descartan con mayor frecuencia a mujeres o a personas que tienen nombres con connotaciones extranjeras, o con edades consideradas no idóneas por la razón que fuere. Para evitar o minimizar el efecto de estos sesgos se ha iniciado una campaña dirigida a la implantación de procesos despersonalizados de selección, lo que comúnmente se conoce como currículum anónimo o ciego, así como un proceso de formación e información centrado en sensibilizar a empresas y organizaciones sobre la existencia de estos sesgos, a veces inconscientes, y de cómo detectarlos y combatirlos. De esta manera, los procesos selectivos se han de centrar exclusivamente en las capacidades de la persona candidata al puesto de trabajo a cubrir y, por tanto, se han de suprimir a lo largo del proceso referencias personales irrelevantes para el puesto, tales como: nombre, sexo, edad, fotografía u otras circunstancias personales²⁴.

²² CC Industria química (BOE 8.8.2018), CC del sector del Estacionamiento regulado de superficie (BOE 7.3.2017).

²³ Véanse los planes referidos en las notas 41 a 46 en ARAGÓN GÓMEZ, C., “Mujer y acceso al mercado de trabajo”, cit., p. 66 y 67.

²⁴ En la actualidad, 92 entidades ya están trabajando en el proyecto. Sobre el mismo puede consultarse el siguiente enlace (fecha de consulta: 20/2/2019): <https://www.mscbs.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/cvanonimo/cvanonimol.htm>

2.1. Las medidas de acción positiva en el marco de la promoción profesional y su recepción por la negociación colectiva

Aunque el art. 5 de la Ley de Igualdad, con un evidente ánimo omnicompreensivo, señalaba que el “principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”, las mujeres ocupan en menor medida puestos directivos y de responsabilidad, y se enfrentan a un suelo pegajoso o techo de cristal que dificulta su promoción en el trabajo (por existencia de estereotipos, creencias que asocian los dotes de mando a los hombres, falta de reconocimiento de la autoridad de las mujeres, criterios de ascenso sexistas, redes formales e informales que facilitan la promoción de los hombres, etc.)²⁵.

Para incrementar la presencia de mujeres en todos los niveles de la organización, nuevamente el art. 17.4 ET señala que “la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate”.

La inclusión de este tipo de cláusulas tiene una evidente finalidad correctora de la situación de desigualdad, toda vez que su objetivo es lograr la paridad o equilibrio en las posibilidades de promoción profesional de las mujeres y en los indicadores de segregación ocupacional ya analizados. Lamentablemente la inclusión de este tipo de cláusulas no es muy frecuente en la negociación colectiva o, al menos, esta es la conclusión que se puede alcanzar tras el análisis de la estadística de convenios colectivos del año 2017²⁶, el cual señala que este tipo de cláusulas solo se contiene en el 28% de los convenios, muchos de ellos reproduciendo la redacción del art. 5 de la Ley de Empleo. Obviamente sí que existen buenas prácticas que merecen ser reseñadas; tal es el caso de la previsión contenida en el art. 33.3 CC Hertz España²⁷, el cual señala que, “en igualdad de condiciones de idoneidad, tendrán preferencia para ser ascendidas las personas de sexo menos representado en el grupo o nivel profesional de que se trate siempre que se refiera a procesos de ascensos relativos a posiciones incluidas en el ámbito del presente convenio” lo que evidentemente deja fuera algunas posiciones que, en la cúspide de la organización, son excluidas del ámbito personal del referido texto convencional. En algún otro convenio, con una redacción ciertamente

²⁵ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV. (ed.) *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección social*, Laborum, Murcia, 2018, p. 124.

²⁶ Accesible en: <https://expinterweb.empleo.gob.es/series/>

²⁷ BOE 17.11.2016.

mejorable, se señala que “de producirse vacantes en la empresa, en las que se considere la capacitación del personal de la misma, se procederá a la promoción profesional. En igualdad de idoneidad de condiciones, se fomentará la promoción y progreso del colectivo femenino frente al masculino, si este es el menos representado. De esta manera, se pretende estimular y favorecer el acceso y promoción de la mujer a puestos de mayor responsabilidad”²⁸.

Un mayor interés presenta la regulación de algunos planes de igualdad que han optado por incorporar medidas de acción positiva, otorgando la preferencia al sexo menos representado en condiciones equivalentes de idoneidad. En algún plan de igualdad se contempla un compromiso, jurídicamente muy poco coercitivo, dirigido a animar o promover a las mujeres a la participación en los procesos de habilitación y promoción, En otros se adopta la siguiente medida de acción positiva: “a igualdad de mérito y capacidad, tendrán preferencia las mujeres en el ascenso a puestos de trabajo en los que estén subrepresentadas, esto es, cuando el porcentaje de su presencia no alcance el 30%”²⁹ mientras que en algún otro se establece la obligatoriedad de incluir en los avisos iniciales de todos los procesos de promoción que la convocatoria tiene en cuenta el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres. En el caso de que alguna empresa externa colabore en la realización de las pruebas deberá certificar que dichas pruebas cumplen el principio de igualdad. Además, en la solicitud de vocales que formarán parte de los tribunales y órganos de selección se recordará la necesidad de fomentar la participación de la mujer en los mismos³⁰.

Como se podrá inferir, la igualdad de condiciones de idoneidad será fácil de comprobar ante requisitos objetivos (formación, experiencia) y su acreditación será más complicada cuando entran en juego circunstancias menos objetivables³¹. La idoneidad es un requisito legal imperativo, de modo que la negociación colectiva no puede disponer sobre él y este matiz es importante, pues aporta objetividad a un juicio de idoneidad que, de otro modo, podría tornarse absolutamente subjetivo, “dependiente de la voluntad empresarial de fijar circunstancias para su enjuiciamiento”³².

Sentado lo anterior, es evidente la dificultad que plantea enjuiciar la legalidad de la actuación empresarial en materia de promoción profesional, significadamente por la confidencialidad que define a muchas de estas políticas. Ahora bien, en función de cómo se haya diseñado el proceso de promoción, su aplicación puede generar una discriminación indirecta respecto a las mujeres y, a este respecto, ya la STC 253/2004 recordaba que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un colectivo», en el supuesto analizado en este ensayo, a las mujeres en sus legítimas aspiraciones de promoción profesional. Algún pronunciamiento judicial recordaba, en este sentido, que no puede estimarse que el sistema de promoción profesional

²⁸ CC Enersur Siglo XXI (BOE 9.5.2018).

²⁹ Plan de Igualdad Paradores (BOE 8.6.2016). Esta misma previsión se introduce en el Plan de Igualdad de la Fábrica de Moneda y Timbre (BOE 10.5.2018).

³⁰ Plan de Igualdad de la Fábrica de Moneda y Timbre (BOE 10.5.2018).

³¹ ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, cit., p. 133.

³² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, cit., p. 203.

sea neutro porque, aunque tenga apariencia de tal, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva. Los datos numéricos son siempre fríos y admiten varias lecturas, pero la cuestión no está en examinar el ascenso a categoría ordinaria, como la de profesional sino el pase a la categoría de coordinador y a la de mando.

Es en el ascenso a estas categorías donde se produce una desproporción adversa para las mujeres, porque esos puestos son ocupados, principalmente, por los hombres en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres, dado el número de personas de uno y otro sexo que emplea la empresa. “Estos resultados se ven favorecidos por el sistema de selección: el ascenso a técnicos y mandos es por libre designación y el pase a coordinador es el resultado de la evaluación continuada del superior inmediato. Así mismo, facilita estos resultados desproporcionados el secretismo y la falta de publicidad con la que los ascensos se llevan a cabo, sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa”³³.

La consecuencia de ese comportamiento, anómalamente, desproporcionado en perjuicio de las mujeres no es bastante para fundar objetivamente el proceder de la empresa, pues que la misma condicione para ser mando el requisito de trabajar a jornada completa impide de facto el ascenso de las mujeres porque, mayoritariamente, tienen contratos a tiempo parcial, y es reiterada la doctrina jurisprudencial que ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas. Esta misma conclusión se alcanza en la STS 1 de junio de 1999³⁴ pues la misma, aun considerando que, en los procesos de promoción profesional impulsados por una empresa, no se “produce desigualdad en el momento de la selección para el cargo a los solicitantes” (en base a la casi pareja participación de hombres y mujeres en el proceso -95 hombres peticionarios, tasa de éxito del 42,1%, 32 mujeres, tasa de éxito 38,7%-), considera que la discriminación se produce porque la práctica empresarial (carente de reglamentación) es solo permitir participar en el proceso de promoción a quienes previamente se ha instado a hacerlo y como “el puesto de referencia conlleva no solo una mayor responsabilidad sino también una superior retribución que hace variar sustancialmente los ingresos respecto a los subdelegados (hecho probado duodécimo), resulta que la discriminación en el plano laboral comporta asimismo otra en el estrictamente salarial”³⁵.

Estas sentencias ejemplifican una práctica habitual en materia de ascensos: estos procesos son opacos, discrecionales, insuficientemente formalizados lo que produce “que el porcentaje de mujeres se desplome en las categorías superiores”³⁶. Aunque la ley de Igualdad ofrecía a los empresarios una oportunidad excepcional para avanzar en la implan-

³³ Véase las acertadas referencias al “secretismo” del proceso referido en la STS 18.7.2011 (R^o 133/2010).

³⁴ (R^o 4521/1998).

³⁵ Véase nota 81, FERNÁNDEZ GARCÍA, A.; UREÑA MARTÍN, A., “La igualdad en el acceso al empleo, la clasificación, la formación y la promoción profesional”, en Romero Burillo, A., Moreno Gené, J. (eds.) *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombre*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 54.

³⁶ CABEZA PEREIRO, J., “Igualdad efectiva de mujeres y hombres en la negociación colectiva”, en García Campa, S., Ventura Franch, A. (eds.) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2000*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 690.

tación de políticas de recursos humanos regidas por criterios meritocráticos, todavía hoy el mercado de trabajo español se caracteriza por la persistencia de altas tasas de segregación, las cuales son fruto de un cúmulo de factores, siendo el más relevante para este ensayo el derivado de la falta de claridad en los criterios de ascensos aplicados por un grupo de gestores mayoritariamente masculino. Estas dinámicas no solamente perjudican a las mujeres, sino que tienen repercusiones nefastas para la productividad de las empresas españolas.

Para revertir esta situación solo cabe una mayor formalización de los procesos de promoción profesional, tratando de consensuar protocolos de acceso y de evaluación del desempeño, toda vez que el resultado de esta acción sería una empresa con mayor capacidad para identificar y aprovechar al máximo las capacidades, conocimientos y potencial de cada miembro de la organización. A fin de cuentas, una organización sustancialmente más productiva³⁷. Hasta dicho momento, convendremos en la idoneidad de medidas de acción positiva en materia de promoción profesional no solo porque a través de ella se reducirían los niveles de segregación laboral vertical respecto al ya referido “suelo pegajoso”, con las decisivas proyecciones sociales y culturales, sino por el impacto de esta política en la brecha salarial³⁸.

2.2. La tutela antidiscriminatoria en el acceso a la promoción profesional

El sexo no puede determinar diferencias de trato ni en el momento de la contratación ni en el desarrollo de la relación laboral, de modo que incumbe al empresario la obligación de adoptar decisiones organizativas no discriminatorias. Para ello, se habrá de adoptar no solo un comportamiento que evite discriminaciones, directas o indirectas, sino también la toma de decisiones organizativas razonables y proporcionadas que tiendan a suprimir la desigualdad de oportunidades que, de hecho, existe en el mercado de trabajo³⁹.

Cuando la doctrina judicial ha tenido que enjuiciar la legalidad de algunos criterios de selección contenidos en ofertas de empleo formuladas de manera supuestamente neutra se ha planteado si los mismos suponían una discriminación indirecta, entendiendo que así sucedía cuando se exigía una experiencia previa (no estrictamente necesaria) en un sector de actividad en el que la mujer esta infrarrepresentada⁴⁰, o si, por ejemplo, se requería un título de formación desproporcionado que afecta mucho más restrictivamente⁴¹ a las mujeres que a los hombres.

³⁷ DUBIN, K. A., “¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales”, cit., p. 358.

³⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, cit., p. 201.

³⁹ ALONSO BRAVO, M., “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades”, *Iustel. RGSS*, vol. 28, 2012, p. 160.

⁴⁰ STSJ País Vasco 30.1.2001, R^o 3009/2000.

⁴¹ Entre otras, STS 4.5.2000, R^o 3708/1999 ó STSJ Cantabria 14.11.2005, R^o 905/2005 y 23.5.2007, R^o 417/2007.

En relación a la promoción profesional, siempre que una mujer pueda acreditar que en este proceso existen indicios de discriminación, el empresario tendrá que probar la objetividad de los criterios de selección utilizados, así como acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de las pruebas selectivas, habiéndose admitido que tales indicios se deriven de pruebas estadísticas en los términos ya referidos.

A este respecto, se ha considerado que es una discriminación indirecta la medida adoptada por una empresa, consistente en la decisión de consolidar la categoría de 7 trabajadores hombres que venían desempeñando funciones efectivas de jefes de sector, pues aunque es una medida aparentemente objetiva, conforme al convenio colectivo de aplicación, la empresa “no debió haber consolidado las plazas indicadas, que debieron haber sido ofertadas en concurso oposición o promoción interna, dando así la posibilidad a las mujeres trabajadoras a optar a las mismas”. La conducta empresarial situó a “las mujeres en la empresa en desventaja particular con respecto a los hombres, toda vez que los cargos consolidados ya no fueron ocupados temporalmente por mujeres, y siendo así, la empresa debió convocar un sistema de acceso que ofreciera las mismas oportunidades a las mujeres. Al no hacerlo, se ha vulnerado indirectamente el derecho de las trabajadoras de la empresa a no ser discriminadas por razón de sexo. Por ello, debe estimarse la demanda, dejando sin efecto la medida controvertida⁴²”.

La protección privilegiada de la que son objeto los derechos fundamentales y las libertades públicas en el orden social se manifiesta con notable intensidad en la modalidad especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177-184 LRJS), dotada de las máximas garantías procesales y, de entre ellas, destaca el complejo contenido de la sentencia estimatoria de la pretensión de tutela que no solo declarará (o no) la existencia de la lesión y el derecho o libertad infringidos sino también la nulidad radical de la conducta lesiva, ordenando su cese inmediato o, en su caso, prohibirá la interrupción de una conducta u obligará a realizar una actividad omitida⁴³. En suma, un procedimiento dotado en la LRJS no solo de preferencia y sumariedad sino de otras peculiaridades con las que se refuerza la protección de los derechos fundamentales por encima de ese mínimo fijado por el constituyente. En él, no solo se plantean ciertas particularidades en la carga probatoria del demandante (art. 96.1 LRJS) sino que se atribuye legitimación activa a sujetos colectivos para la tutela de intereses difusos (art. 11.bis.2 LEC) y se otorga a un sujeto público la tutela de un interés privado (art. 148.c) LJRS), exigiendo la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 177.3 LJRS). Para reforzar esta protección, el art. 182 LRJS otorga el afectado una cuádruple tutela en el caso de que su demanda sea estimada, y así el fallo de la sentencia deberá, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

- a) Declarar la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y la nulidad radical de la conducta (tutela declarativa); b) ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales (tutela inhibito-

⁴² SJS N°. 1 de Palma de Mallorca, 11.6.2018 (Rec. 623/2017).

⁴³ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical: sentencia TC 247/2006, de 24 de julio.”, 22, 2013, p. 246.

ria); c) reponer la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (tutela restitutoria); y d) reparar las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (tutela resarcitoria)⁴⁴. El problema se plantea cuando estamos ante un daño moral provocado por la vulneración de un derecho fundamental pues, en muchos casos, puede resultar difícil su estimación detallada⁴⁵, de ahí que el art. 183.2 LRJS establezca que: «El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad del daño». Una regulación que, según parte de la doctrina⁴⁶, vendría a instaurar el criterio de la presunción de existencia de daño moral ante una violación de un derecho fundamental, activándose la automaticidad de la condena. De hecho, el propio TS parece compartir esta opinión, pues ha sostenido que la finalidad de la indemnización prevista en el art. 183 LRJS es doble: resarcir a la víctima y contribuir a la prevención del daño. De esta forma, aunque el daño no pudiera ser acreditado, restaría la satisfacción del otro aspecto⁴⁷.

Los escasos pronunciamientos judiciales que han abordado el alcance de la tutela resarcitoria, normalmente en fase de acceso al empleo, o bien han obligado bien a repetir el proceso de selección tomando en consideración los candidatos inicialmente descartados⁴⁸ o bien han reconocido al candidato discriminado un derecho preferente a ser contratado en las siguientes vacantes que surjan en la empresa⁴⁹ aunque, a nuestro juicio, la medida más efectiva es la dirigida a exigir la contratación del candidato víctima de la discriminación⁵⁰. La reciente STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2018 reconoce a una trabajadora, postergada en su promoción profesional por el hecho de ser madre de tres hijos, una indemnización de 50.000 euros, una vez confirmada la vulneración del derecho fundamental. Sentado lo anterior, la tutela antidiscriminatoria repara los efectos de discriminaciones pasadas, pero no asegura la remoción definitiva de cara al futuro, ni repara los efectos de conductas discriminatorias omisivas y tampoco resulta válida frente a fenómenos colectivos de discriminación.

Aunque referíamos la aligeración de la carga probatoria si existen indicios de que la conducta empresarial es lesiva de los derechos fundamentales de los candidatos prete-

⁴⁴ ARAGÓN GÓMEZ, “El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo: comentario a la SSTS 10-1-2017, R.º 283/2015 y 24-1-2017, R.º 1902/2015”, *Revista de información laboral*, vol. 6, 2017, p. 124.

⁴⁵ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical: sentencia TC 247/2006, de 24 de julio.”, cit., p. 248.

⁴⁶ FOLGUERA CRESPO, J. Y OTROS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 689.

⁴⁷ STS 16.2.2017, R.º 90/2016.

⁴⁸ STSJ Andalucía (CA) 16.11.2015, R.º 417/2007.

⁴⁹ SSTSJ Cantabria 14.11.2005, R.º 905/2005 y 23.5.2007, R.º 417/2007.

⁵⁰ STSJ Islas Canarias 22.12.2008, R.º 980/2007.

ridos, hay que recordar que la célebre STJUE de 19.4.2012, Asunto Meister, entendió que el Derecho comunitario “no reconoce al candidato de un proceso de selección (que no ha sido contratado a pesar de reunir las condiciones enunciadas en la oferta de empleo) el derecho a saber cuál ha sido el candidato finalmente contratado y su contrato expediente. No obstante, el Tribunal advierte que, ante la existencia de indicios de discriminación, es necesario garantizar que no se frustren los objetivos pretendidos por la Directiva. Y entiende, a este respecto, que la negativa de la empresa a dar información puede constituir un factor a tener en cuenta a la hora de acreditar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación”⁵¹.

La mejor fórmula para eliminar conductas discriminatorias en los procesos selectivos o de promoción profesional pasa por hacer transparentes los criterios de selección utilizados, así como la obligación de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de las pruebas selectivas utilizadas durante el proceso.

La empresa también podrá ser sancionada por este comportamiento, habida cuenta que el art. 8.12 LISOS tipifica como infracción muy grave “Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo”. Sin embargo, y tomando como fuente la memoria del Plan de Actuación de la Inspección de Trabajo del año 2017⁵², se constata que solo han sido veintidós las sanciones impuestas en base a este incumplimiento.

2.3. Sobre la conveniencia de medidas correctas para incrementar el número de mujeres en los Consejos de Administración

El artículo 75 de la Ley de Igualdad al regular la participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles entendió que las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada “procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”. A fecha de cierre de este ensayo, en España el peso de las mujeres en los consejos de administración está encallado en el 17% de media sin que las empresas cotizadas estén cumpliendo tampoco las recomendaciones de *soft law* que aconsejan la paridad en estos órganos de gobierno de las empresas.

Esta escasa presencia no es solo un problema nacional sino que se da en la mayor parte de los Estados de la UE, y buena prueba de ello es que la propuesta de Directiva

⁵¹ ARAGÓN GÓMEZ, C., “Mujer y acceso al mercado de trabajo”, cit., p. 58.

⁵² http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/index.html (p. 73).

destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas⁵³ recuerda que “durante varias décadas, los Estados miembros y las instituciones de la UE han realizado numerosos intentos de promover la igualdad de género en la toma de decisiones económicas, en particular para aumentar la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas, adoptando recomendaciones y fomentando la autorregulación.” Ya dos antiguas Recomendaciones del Consejo (hechas públicas en los años 1984 y 1996) instaban a que el sector privado aumentase la presencia de mujeres en todos los niveles de la toma de decisiones, en particular mediante programas de acción positiva, al tiempo que urgía a la Comisión a adoptar medidas para alcanzar un equilibrio de la participación de género en ese ámbito.

Las iniciativas nacionales de autorregulación y de gobernanza de las empresas pretendían incitar a estas a nombrar un mayor número de mujeres en puestos de alto nivel pero lo cierto es que el aumento de la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas ha avanzado muy lentamente, dándose los avances más importantes en aquellos Estados miembros en los que se han adoptado medidas vinculantes, como ha ocurrido en el ordenamiento italiano, o en Noruega donde en el año 2003 se estableció legalmente un sistema de cuotas, con un régimen transitorio de aplicación⁵⁴. Al igual que ocurría en relación a la promoción profesional, uno de los rasgos comunes en la elección de los integrantes de los consejos de administración deriva de su generalizada falta de transparencia, aunque es evidente que la infrautilización de las competencias de las mujeres altamente cualificadas constituye una pérdida de potencial de crecimiento económico. La reticencia a designar candidatas tiene a menudo sus raíces en estereotipos de género, especialmente en una cultura empresarial dominada por hombres y socavan el óptimo funcionamiento del mercado de trabajo de los puestos para altos directivos en toda la UE. Como era de prever, la propuesta de Directiva se ha encontrado con oposiciones formales y resistencias encubiertas de diversa índole⁵⁵, que han ralentizado al máximo el procedimiento de aprobación⁵⁶, el cual todavía no se ha producido. En el presente ensayo se aboga decididamente por una modificación normativa que garantice, a través de un sistema de cuotas, una mayor presencia de mujeres en los consejos de administración, especialmente tras el escaso éxito obtenido por un sistema basado en la voluntariedad.

El mandato efectuado por el legislador español a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada de procurar “alcanzar una presencia de mujeres en sus órganos de administración que suponga al menos el 40% de sus miembros” no se ha cumplido, y aunque actualmente se exige una información de esta inacción (véase la Recomendación número 15 del Código de Buen Gobierno aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el año 2006 y la Orden ECC/461/2013,

⁵³ COM/2012/0614 final - 2012/0299 (COD).

⁵⁴ SENENT VIDAL, M. J., “Igualdad efectiva en la responsabilidad social de las empresas”, en García Campa, S., Ventura Franch, A. (eds.) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 894.

⁵⁵ Sobre la postura adoptada por diferentes Estados Miembro, OLARTE TOBIAS, E., “Tan cerca, tan lejos: Equilibrio en los consejos de administración de las empresas europeas”, 2017, Universitat Jaume I, p. 38.

⁵⁶ SENENT VIDAL, M. J., “Igualdad efectiva en la responsabilidad social de las empresas”, cit., p. 897.

de 20 de marzo, “por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual del gobierno corporativo”), habiendo sido “descafeinada” esta obligación informativa en el último documento de la CNMV⁵⁷ -recuérdese que la recomendación número 14 se limita ahora a aconsejar que “el Consejo de Administración apruebe una política de selección que (...) favorezca la diversidad y que promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras represente, al menos, al 30% del total de miembros del consejo de Administración”, un diez por ciento menos que el objetivo previsto en el año 2007-, solo cabe una reforma legal que introduzca un sistema gradual y progresivo de cuotas.

Una modificación normativa que establezca un sistema de cuotas es la única fórmula para conseguir aumentar la representación de las mujeres, y aunque sus detractores argumentan que las mismas implican reconocer que estas son incapaces de alcanzar estas posiciones por su propio talento sino únicamente debido a la imposición de una ley, en este ensayo se defiende su utilización, toda vez que con ellas se busca la igualdad de resultados. Por su propia naturaleza, las cuotas representan una medida muy útil para acabar con el monopolio masculino y romper el “techo de cristal” pero es que, además, sería un grave error pensar que las cuotas solo resultan beneficiosas para las mujeres, pues los beneficios para la sociedad son rápidamente constatables. En aquellos consejos en los que predomina uno de los géneros es mucho más probable que el «pensamiento de grupo» sea limitado, y esto puede contribuir a que la discusión sobre las decisiones de la dirección de la empresa sea menos eficaz, ya que la falta de puntos de vista, valores y competencias diferentes puede dar lugar a que los debates, intercambios de ideas y controversias en el consejo de administración sean más limitados.

La insuficiente diversidad de los consejos está principalmente ligada a la insuficiencia de las prácticas de contratación que contribuyen a perpetuar la selección de miembros con características similares; con frecuencia, la selección se nutre de un grupo de personas demasiado restringido: los administradores no ejecutivos se siguen contratando a menudo a través de un «círculo de viejos amigos» entre los contactos personales y empresariales de los miembros del consejo. La falta de transparencia en los nombramientos aumenta el problema, pues “no es la falta de talento de las mujeres el motivo de no acceder a los altos cargos directivos”⁵⁸. Es más, es este un planteamiento reduccionista pues detrás de esta preterición hay un cúmulo de obstáculos, personales y de cultura corporativa, englobados en el denominado “techo de cristal” que impide a las mujeres, pese a su capacidad, promocionarse a niveles superiores.

En el caso de los consejos de administración, los elementos como disponibilidad o experiencia son cuestiones que inciden en la promoción profesional de las mujeres y están detrás de la preterición en las posibilidades de promoción de las mujeres. De todo lo expuesto, es evidente que existe un cierto “sesgo de género” en el acceso de mujeres a puestos de poder, de manera que se produce una relegación de estas en favor de hombres que se encuentran en igualdad –e incluso en inferioridad– de méritos y capacidades. Esta

⁵⁷ Consultable las diferentes versiones en (fecha de acceso: 20/2/2019): https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf

⁵⁸ OLARTE TOBÍAS, E., “Tan cerca, tan lejos”, cit., p. 48.

preterición, más o menos inconsciente, se suele producir en sistemas de nombramiento basados en la selección por quienes ya están dentro del modelo (esto es, sistemas de cooptación que también tienen en cuenta relaciones extraprofesionales de electores y elegidos, relaciones estas en las que se suelen ver excluidas las candidatas femeninas⁵⁹).

Este efecto no está siendo mitigado por la inteligencia artificial, toda vez que “la propia construcción del algoritmo requiere de datos que están sesgados por parámetros discriminatorios”, habida cuenta que el mismo toma la realidad como factor de aprendizaje a la hora de procesar datos, lo que implica que los resultados obtenidos de esos datos vendrán a perpetuar sesgos existentes en nuestra sociedad. Por ejemplo, dado que actualmente 9 de cada 10 consejeros en empresas del IBEX 35 son hombres, un algoritmo entenderá que es “más probable” que un hombre encaje mejor como consejero en estas empresas –porque así lo “confirma” estadísticamente los datos que posee-⁶⁰.

Respecto a cómo podría articularse esta reforma normativa, un buen punto de partida lo ofrece la proposición de ley, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias⁶¹, que propone dar una modificación al art. 75 LOIEMH en el siguiente: “las sociedades mercantiles de más de cien trabajadores deberán establecer objetivos concretos de participación de mujeres en sus consejos de administración, con el objetivo de promover una composición equilibrada de mujeres y hombres. Estos objetivos, así como las medidas para alcanzarlos se recogerán en el plan de igualdad que elabore y aplique la empresa. A efectos del cumplimiento de estos objetivos de representación se tendrán en cuenta tanto los nombramientos que se realicen coincidiendo con la renovación del consejo de administración que se produzcan tras la entrada en vigor de esta Ley como con ocasión del cese por cualquier causa de los consejeros designados ante la entrada en vigor de la misma”.

Finalmente ha sido la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, la que ha dado una redacción al art. 529 bis 2 de la LSC, señalando que “El Consejo de administración deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad respecto a cuestiones, como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres”. Para que ese proceso sea eficaz, se ha entendido que “las sociedades deberán renunciar a su inclinación tradicional a exigir que los candidatos “tengan experiencia previa como

⁵⁹ Véase la ponencia de la fiscal Virginia García Aller (p. 19) “Mujer y Jefatura. Paridad y nombramientos” accesible en: [https://www.fiscal.es/.../Ponencia%20García%20Aller,%20Virginia%20\(2017\).pdf](https://www.fiscal.es/.../Ponencia%20García%20Aller,%20Virginia%20(2017).pdf) (Fecha de consulta: 14/2/2019).

⁶⁰ TODOLÍ SÍGNES, A. La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos. *Revista de Derecho Social*, vol. 84, 2018, p. 74.

⁶¹ BOCG 22.6.2018

consejeros en una sociedad de igual o mayor tamaño", pernicioso exigencia que favorece el reclutamiento de hombres, pues son ellos quienes tradicionalmente ocupaban los consejos de administración"⁶².

3. Los efectos de la conciliación laboral en la trayectoria laboral de las mujeres con responsabilidades familiares

Aunque en su génesis, las políticas europeas de conciliación se impulsaron desde un compromiso claro con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en la última década estas medidas se han desarrollado principalmente en el marco de la política europea de empleo. Es curioso comprobar que, al final, ha sido el Tratado de Ámsterdam el que, por motivos diversos, ha acabado de integrar la conciliación como una política comunitaria importante: Primero, por la vía de incorporar el Acuerdo de Política Social al Tratado. Y segundo, y mucho más importante, a través del Título VIII, del cual surge la posterior Estrategia de Luxemburgo y de Lisboa⁶³. Puede concluirse, pues, que dicha política sólo ha obtenido centralidad cuando ha sido prolijada por la más amplia de empleo.

"Ha sucedido, en este sentido, un fenómeno de coaptación de la misma, que deja de ser fundamentalmente una política familiar, y mucho menos una de igualdad, para convertirse, de modo muy desnudo, en una de empleo"⁶⁴, aunque nadie cuestiona la evidente conexión de todas estas decisiones con la política antidiscriminatoria, habida cuenta que la causa última de la situación de preterición de la mujer en el mercado de trabajo es el género, en particular de las mujeres adultas con responsabilidades familiares⁶⁵. El objetivo de estas políticas se ha convertido así en la creación de una sociedad de "dos sustentadores", esto es, una sociedad de pleno empleo en la que tanto los varones como las mujeres se dediquen al trabajo remunerado. Dada la diversidad de países que conforman la Unión Europea, este objetivo político no representa lo mismo para todos, sino que exige un esfuerzo mayor para los regímenes de bienestar mediterráneos, caracterizados habitualmente por el subdesarrollo de sus políticas del bienestar, por su "familiarismo" y por sus bajas tasas de empleo femenino.

Los países del Sur de Europa, entre los que se encuentra España, son comúnmente etiquetados por la literatura especializada como sistemas "familiaristas" en los que las familias, y dentro de ellas, las mujeres asumen los cuidados⁶⁶. En la práctica, este rasgo viene a traducirse en un bajo nivel de gasto en política de familia, un escaso desarrollo de

⁶² Véanse las sugerentes reflexiones del expresidente de la CNMV, Manuel Conthe, a este respecto en <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2019/02/24/diversidad-de-genero-y-buen-gobierno.html>

⁶³ RODRÍGUEZ COPE, M. L., "Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad", en Sáez Lara, C. (ed.) *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, Murcia, 2016, p. 71.

⁶⁴ CABEZA PEREIRO, J., "Conciliación de la vida laboral y familiar", *Temas Laborales*, vol. 103, 2010, p. 61.

⁶⁵ MARTÍN ARTILES, A.; CARRASQUER OTO, P., "La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negación colectiva: un aspecto de la estrategia europea de empleo", *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 23, 1, 2005, p. 136.

⁶⁶ ESPING-ANDERSEN, G., *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Alfons el Magnànim [etc.], Valencia, 1993.

servicios dedicados al cuidado tanto a la infancia como de personas adultas dependientes, e insuficientes medidas para la conciliación entre la vida profesional y familiar⁶⁷. Esta carencia acaba teniendo un efecto sobre aquellos miembros de la familia que asumen el papel de cuidadores principales: las mujeres, las cuales terminan, en demasiadas ocasiones, por renunciar a su vida profesional, sufriendo en mayor medida las consecuencias de dicho abandono tanto en términos de generación de ingresos y acceso al mercado laboral, como en costes de oportunidad ya que sacrifican, en cierta medida, su carrera profesional. Tras pasar una etapa en la que se intenta continuar con la vida laboral, los requisitos de atención hacen que la mujer decida dejar de trabajar, puesto que su horario de trabajo es incompatible con los horarios que demanda su familia⁶⁸.

Ya en el Consejo Europeo de Barcelona, celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002, se instaba a los Estados miembros a “suprimir los elementos que desincentivan la participación de la mano de obra femenina y, teniendo en cuenta la demanda de servicios de cuidado de niños y en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, esforzarse en prestar para 2010 servicios de cuidado de niños al menos al 90 por ciento de los niños de edad comprendida entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria, y al menos al 33 por ciento de los niños de menos de tres años”. Esta misma exigencia se reitera en el Pilar Social⁶⁹, tanto en el principio número 9 como en el 18 de los que parece deducirse una preocupación real de la UE por fomentar el acceso a servicios de cuidado asequibles y calidad, máxime si tenemos en cuenta que en aquellos Estados miembros donde rige una amplia red de estas características, los beneficios advertidos son variados⁷⁰, significadamente en relación al mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo, incidiendo en sus posibilidades de promoción profesional.

También en España, una amplia mayoría de la ciudadanía prefiere “una familia en la que los dos miembros de la pareja tienen un trabajo remunerado con parecida dedicación y ambos se reparten las tareas del hogar y el cuidado de los hijos/as, si los hay” (Barómetro del CIS, septiembre de 2010). Sin embargo, la insuficiencia de servicios públicos de cuidado ha conllevado el tránsito de muchas mujeres con responsabilidades familiares a la inactividad y, al tiempo, a la preterición de sus posibilidades de promoción profesional.

Pocas dudas caben acerca de que la conciliación como herramienta de primer orden que permite hacer «real y efectivo» el macro principio-derecho fundamental de igualdad por razón de sexo y que tiende a la consecución del principio rector de protección a la familia contenido en el art. 39 CE, ha ganado notable importancia y complejidad técnico-jurídica en los últimos años⁷¹. En este ensayo, con una evidente dimensión propositiva,

⁶⁷ RODRÍGUEZ COPE, M. L., “Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad”, cit., p. 72.

⁶⁸ ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., *Estudio sobre las necesidades de las familias con personas con discapacidad*, cit., p. 49.

⁶⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1006_es.htm (fecha de consulta: 20/2/2019)

⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 25.

⁷¹ TASCÓN LÓPEZ, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)”, *Trabajo y Derecho*, vol. 41, p. 12.

plantaremos si la solución a la peor situación laboral de las mujeres pudiese lograrse mediante una flexibilización del tiempo de trabajo, es decir, mediante la racionalización de horarios laborales y la adaptación de la jornada a las necesidades familiares y personales de los trabajadores, centrando buena parte de este análisis en el tratamiento dado por la negociación colectiva a esta problemática. Como veremos, la implantación de medidas de flexibilidad horaria⁷² tiene un evidente impacto en el acceso y promoción de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo.

3.1. Mecanismos de flexibilidad en el tiempo de trabajo como alternativa a permisos, excedencias y reducciones de jornada que acaban penalizando a las mujeres en su promoción profesional

La comunicación “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores” recuerda que “la existencia de fórmulas de trabajo flexible puede evitar que los trabajadores acepten trabajos por debajo de su potencial profesional pleno y de su nivel de capacidades o bien que abandonen el mercado de trabajo cuando asuman responsabilidades familiares”⁷³. Sin embargo, la mayor parte de los trabajadores de Europa todavía tiene unos horarios de trabajo fijos y no se han acogido a fórmulas de trabajo flexible como el trabajo a distancia o la jornada de trabajo reducida (trabajo a tiempo parcial).

Para modificar esta situación, la propuesta de Directiva, actualmente en tramitación, contempla un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores con hijos o con otros familiares dependientes. De prosperar esta propuesta, el ordenamiento comunitario podrá ayudar significativamente a mejorar la conciliación de la vida familiar y vida profesional y tendrá un impacto positivo en la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, toda vez que la previsión comunitaria se tendría que materializar en acuerdos dirigidos tanto a trabajadores con hijos menores de doce años como a trabajadores con hijos con discapacidad. Entre las posibilidades para materializar este derecho, la propia propuesta de Directiva destaca las siguientes medidas: reducción de horas de trabajo, horario flexible, trabajo en remoto (teletrabajo) y en lo que hace a su ejercicio, el empresario deberá justificar una respuesta negativa, manteniéndose durante todo el tiempo de duración de este acuerdo los derechos adquiridos, así como los que estén en proceso de adquisición.

Esta propuesta recibió un notable impulso con la resolución aprobada el día 4 de abril de 2019 que recuerda en relación a este aspecto, que “al examinar las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible reguladas en el art. 11, los empleadores deben poder tener en cuenta, entre otras cosas, la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recur-

⁷² Sugerentes reflexiones en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, cit., p. 57.

⁷³ COM 2017 (252) Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cit, p. 12.

tos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas. El empleador debe poder decidir si acepta o rechaza la petición de un trabajador de acogerse a fórmulas de trabajo flexible. Las circunstancias específicas subyacentes a la necesidad de acogerse a estas fórmulas pueden cambiar. Por tanto, los trabajadores deben tener derecho no solo a volver a su modelo de trabajo original al término de un periodo acordado mutuamente, sino también a hacerlo antes de que este periodo finalice, siempre que algún cambio en las circunstancias subyacentes así lo requiera”.

3.2. El derecho a la adaptación de jornada como alternativa preferente al ejercicio de derechos de conciliación que impliquen la ausencia

La ordenación del tiempo de trabajo constituye un factor esencial para la conciliación y con esta intención el art. 34.8 ET reconoce el “derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”. Con acierto, se ha criticado que el segundo apartado del art. 34.8 ET se introdujo en la reforma sin determinar a quien se dirige⁷⁴, es decir, si al empresario o a la negociación colectiva. Y aunque la intención del precepto es clara: que el tiempo de trabajo y su distribución se puedan adaptar en interés del trabajador para atender a sus necesidades familiares, lo cierto es que el desarrollo de este derecho apenas ha tenido recorrido. Es más, aunque la tipología de pactos que se podrían alcanzar a este respecto es amplísima: reducción de la jornada en determinadas épocas del año, pactar horarios flexibles de entrada y salida, la acumulación de horas, etc.; es un hecho bien conocido, incluso a nivel internacional, que España exhibe un patrón de horarios laborales, escolares, comerciales y de ocio poco compatibles con la conciliación de la vida familiar y laboral. La típica jornada laboral en España empieza entre las 8:00 y las 9:00 de la mañana, con una larga pausa al mediodía, y una gran parte (el 28%) de la población aún está en el trabajo a las 7 de la tarde.

Los problemas en términos de conciliación propiciados por la peculiar jornada laboral española se refuerzan con la falta de flexibilidad empresarial⁷⁵, teniendo un decisivo impacto en la promoción profesional de las mujeres. Frente al derecho a la reducción de jornada que penaliza a las mujeres en su promoción profesional, el art. 34.8 ET permite al trabajador mantener su actividad laboral sin reducir su salario ni sus expectativas de

⁷⁴ CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Las reformas de la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, vol. 15-18, 2012, p. 17.

⁷⁵ Exposición de Motivos de la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos sobre las políticas de igualdad y conciliación entre vida familiar y laboral, BOCG 7.10.2016.

promoción profesional⁷⁶ lo que plantea un especial interés para las mujeres, pues son ellas quienes, de facto, ejercen estos derechos. Pero comoquiera que el derecho contenido en el art. 34.8 ET no es absoluto sino que está condicionado al acuerdo⁷⁷, cabe plantearnos qué sucede si no se llega a un acuerdo con el empresario. Con buen criterio, se ha entendido que, en la interpretación de estos derechos, deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma⁷⁸; evidentemente la negociación colectiva habría de desarrollar un gran papel en este sentido, pues la organización del tiempo de trabajo es un tema delicado y al tiempo conflictivo, en el que confluyen intereses del trabajador derivados de sus necesidades de conciliación de vida laboral, familiar y personal, e intereses del empresario, derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas. En la medida que ambas partes demandan flexibilidad: una parte para ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades de la empresa mientras que la otra requiere flexibilidad para ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades personales y familiares, es evidente que el choque es inevitable, con una casuística tan amplia que resulta imposible que la misma pueda ser abarcada por vía legislativa. Es más, aunque la ley contenga múltiples disposiciones regulando el régimen de ejercicio tanto de los derechos de conciliación como del poder de dirección y organización del empresario, la solución más eficaz y práctica va a pasar siempre por la vía del consenso, tanto a través de pactos colectivos como de acuerdos individuales⁷⁹. Partiendo de ello, convendremos en que la negociación colectiva debiese de jugar un papel fundamental, pues a través de ella podrán articularse mecanismos que permitan la adecuación de los intereses de una y otra parte.

Dada la evidente generosidad del legislador en favorecer la flexibilidad empresarial a través de la distribución irregular de la jornada, el convenio tendría que concretar las garantías ante la utilización empresarial de esta posibilidad. Como es lógico, el problema aparece cuando el convenio nada regula sobre esta cuestión o cuando no se ha alcanzado pacto alguno sobre la distribución irregular, en cuyo caso, el empresario dispone de la capacidad de distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada anual sin más limitación que la establecida por la regulación legal. En tal caso, cabe plantearse qué ocurre si un trabajador (seguramente una trabajadora) ya está disfrutando de derechos de conciliación que entran en conflicto con dicha distribución. Ante esta problemática, hay dos tesis confrontadas:

Por un parte, si el legislador hubiese querido restringir o prohibir la distribución irregular de la jornada cuando el trabajador se encontrará disfrutando de alguno de estos derechos, así lo hubiera reflejado expresamente aunque, al tiempo, resulta evidente que

⁷⁶ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L., "Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada", *Temas Laborales*, vol. 140, 2017, p. 302.

⁷⁷ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., "Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador", *Revista de derecho social*, vol. 78, 2017, p. 122.

⁷⁸ CRISTÓBAL RONCERO, R., "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, vol. 133, 2017, p. 131.

⁷⁹ VELASCO PORTERO, T., "El tiempo de trabajo y su organización", en Sánchez Trigueros, C. (ed.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 194.

esta facultad no podrá suponer, en ningún caso, un vaciamiento o anulación del derecho que la ley reconoce al trabajador⁸⁰.

Frente a esta tesis, otros autores⁸¹ sostienen que los trabajadores con jornada reducida habrán efectuado la concreción de la prestación de servicios, teniendo presente las obligaciones familiares (adaptando, por ejemplo, al horario escolar, o a al horario de la persona que cuida del familiar dependiente), con lo que la alteración de jornada, aun preavisada con cinco días de antelación, rompería el equilibrio conseguido con tales derechos, que además, al menos respecto de la reducción implica una disminución de salario. Ante el silencio legal, consideramos que, concretada la jornada en función de las necesidades de conciliación y mientras estas perduran, la activación de la distribución irregular produciría un vaciamiento del fin último que tales derechos persiguen. En esta misma dirección, se ha defendido que, “ante la ausencia de regulación en el convenio, dado que el disfrute del trabajador de su derecho ya se está realizando, las alteraciones de jornada que pudieran suponer una distribución irregular no deberían afectarle. Se trata de un mero criterio temporal en el acceso al derecho, pero, además, los trabajadores que acceden a estos derechos habrán adaptado las necesidades de atención a sus responsabilidades en función del derecho obtenido, por lo que la alteración del derecho repercutiría directamente en la dificultad de cumplir con el objetivo de las medidas de conciliación”⁸².

Llegados a este punto, cabría plantearse si un convenio podría disponer sobre la distribución irregular reconocida al empresario para los trabajadores con jornadas reducidas por cuidado de hijos o de otros familiares. A la luz del bien jurídico protegido, debiese admitirse esta posibilidad, de modo que tanto el acuerdo individual como colectivo⁸³ puedan disponer sobre este mecanismo de flexibilidad; es más, algunos convenios ya están limitando el uso de esta facultad empresarial a quienes han hecho uso de la reducción de jornada⁸⁴.

Respecto a cómo han acogido los convenios colectivos estas previsiones⁸⁵, podemos destacar su escaso interés aunque obviamente sí que existen prácticas que merecen ser reseñadas, debiendo, al tiempo, criticar aquellas previsiones convencionales que solo establecen declaraciones programáticas sin ningún tipo de concreción jurídica, con fórmulas tan imprecisas como la siguiente: «las direcciones de las empresas ayudarán a las perso-

⁸⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, cit., p. 124.

⁸¹ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L., “Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada”, cit., p. 304.

⁸² GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, en AAVV (ed.) *Tiempo de trabajo y jornada de trabajo. XXIX Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 122.

⁸³ En relación a los convenios que limitan la distribución irregular a trabajadores con jornada reducida por cuidado de hijos, véase convenios citados en la nota 117 y 119, VELASCO PORTERO, T., “El tiempo de trabajo y su organización”, cit., p. 225.

⁸⁴ Véase los convenios citados en la nota 107, RIDAURA LÓPEZ, M. M., “La eficacia de los derechos de conciliación que afectan a la jornada de trabajo”, 2015, Universidad de Córdoba. ETEA, p. 97.

⁸⁵ Véanse las referencias convencionales contenidas en las notas 150, 151 y 152 en DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L., “Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada”, cit., p. 302.

nas que trabajan en las mismas a conseguir un equilibrio adecuado entre la vida familiar y laboral»⁸⁶. Tampoco parece muy vinculante la regulación del CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad: «desde la dirección de la empresas y centros de trabajo se facilitaran las medidas conducentes a favorecer la conciliación entre la vida laboral y personal, posibilitando acuerdos que salvando las necesidades del servicio flexibilicen la jornada de trabajo a quienes tengan a su cargo hijos menores o familiares con alguna discapacidad o mayores de 65 años que no pueden valerse por sí mismos»⁸⁷. Una mayor concreción en el ejercicio de este derecho, habiendo sido calificado como un mecanismo “conciso y contundente”⁸⁸, se observa en algún convenio de empresa⁸⁹ que prevé que «los trabajadores de oficina con régimen de trabajo de jornada normal que por razones de guarda legal tengan a su exclusivo cargo y cuidado directo algún menor de hasta 14 años o familiares a su cargo dependientes o discapacitados (en los términos definidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia) hasta el segundo grado de consanguinidad y que no realicen trabajo retribuido alguno podrán flexibilizar su horario de entrada y salida al trabajo en treinta minutos más que los restantes trabajadores. Para hacer uso de este ejercicio, los trabajadores deberán comunicar a la dirección de la empresa con una antelación de 15 días su intención de acogerse al presente sistema de flexibilidad horaria”. Algún otro convenio, que siempre ha sido vanguardista o pionero en la regulación en él contenida⁹⁰, contempla varias medidas conciliatorias: la primera, en relación a los turnos, previendo que en las empresas en los que la jornada se distribuya en el régimen de trabajo a turno “tendrán prioridad en la elección de turno las personas que tengan menores o discapacitados a su exclusivo cargo y los estudiantes, cuando la solicitud tenga carácter permanente, exista puesto de trabajo y lo permitan las necesidades del servicio”, y una segunda, que merece una especial mención, es “la bolsa individual de tiempo disponible” que, conforme a lo dispuesto en el art. 46 del referido convenio, se “conforma con todas las horas de descanso obligatorio, ya sean las derivadas de la recuperación, ya sean las derivadas de las compensaciones por horas flexibles, horas extraordinarias o prolongaciones de jornada acordadas. En el supuesto de que en la empresa se tengan pactados días de libre disposición o surgiesen de la elaboración del calendario laboral anual, estos pasaran a formar parte de la bolsa, para su disfrute individual, salvo que por acuerdo se pacte el disfrute colectivo de todos los días o parte de ellos. Este sistema de bolsa de horas flexibles individualizadas también operará para los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo determinado”. También el CC Industria Textil⁹¹ regula una bolsa de horas que se activará si, por decisión empresarial se procede a una distribución irregular de la jornada, en cuyo caso, el exceso de horas conformará “una bolsa individual de tiempo dispo-

⁸⁶ CC despachos de Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales (BOE 31.10.2013).

⁸⁷ BOE 9.10.2012.

⁸⁸ VELASCO PORTERO, T., “El tiempo de trabajo y su organización”, cit., p. 235.

⁸⁹ BOE 23.5.2002.

⁹⁰ CC Industria Química (BOE 8.8.2018).

⁹¹ BOE 21.8.2015.

nible y se podrá disfrutar de esta bolsa para necesidades de carácter personal y/o familiar siempre en días completos, fijándose por acuerdo entre las partes”.

De todo lo expuesto se deduce que la ordenación jurídica en relación al binomio conciliación/tiempo de trabajo se caracteriza por haber desarrollado dos regulaciones jurídicas: De un lado, la prevista para las personas que pretenden una reducción de jornada por razón de guarda legal al tener a su cuidado un menor, persona con discapacidad, o familiar directo que no pueda valerse por sí mismo, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. De otro, la que permite adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, situaciones más amplias en cuanto que incluyen también la vida personal, y que queda sujeta a “la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en su caso lo previsto en aquélla”, razón que ha permitido a la doctrina judicial defender que con esta regulación no existe un derecho efectivo, tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva bien al acuerdo individual, comporta que, hasta que el acuerdo no se alcance, estamos ante un derecho carente de todo contenido eficaz.

El verdadero problema aplicativo del art. 34.8 ET es determinar el grado de efectividad si no existe un acuerdo, toda vez que el precepto reconoce el derecho en “los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto con aquella”. Aun conociendo la dimensión constitucional de los derechos de conciliación⁹², el derecho legal exige una actuación promocional por los negociadores sociales en aras a la regulación de este derecho pues, en caso contrario, el derecho de adaptación quedará vacío de contenido⁹³.

Esta decisión legal es, una vez más, una clara manifestación del retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva en la lógica de que esta es el instrumento idóneo para la gestión consensuada de las condiciones de prestación laboral en el ámbito de las relaciones laborales. Como hemos analizado, el tratamiento dispensado por la negociación colectiva a esta materia es francamente parco, siendo muy poco relevantes las previsiones convencionales que “atemperan el impacto de la jornada irregular sobre la vida familiar y personal de los trabajadores”⁹⁴. Por ello, es de aplaudir que el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva⁹⁵ inste al desarrollo de medidas integrales para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres mediante cláusulas de flexibilidad del tiempo de trabajo que posibiliten que la actividad profesional de las mujeres con responsabilidades familiares (y, derivada de ella, sus legítimas aspiraciones de promoción profesional) no se vea penalizada y, de otro, mediante la inclusión de cláusulas dirigidas a incrementar la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación, por

⁹² GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, cit.

⁹³ GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, cit., p. 88.

⁹⁴ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L., “Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada”, cit., p. 301.

⁹⁵ BOE 18.7.2018.

ejemplo, contemplando la minoración de la duración de las excedencias si no se opta por la transferibilidad de una parte.

La reciente aprobación del RD Ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁹⁶ plantea, a los efectos aquí analizados, una importante novedad, pues la nueva redacción dada al art. 34.8 ET reconoce a todas las personas trabajadoras “el derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años lo que parece una limitación respecto a la regulación anterior”.

El legislador nuevamente hace una llamada a la negociación colectiva para la concreción del ejercicio de este derecho de adaptación, requiriendo a los convenios o planes de igualdad pactar los términos de su ejercicio, regulación que se acomodará a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo.

De manera muy sugerente, se ha planteado que el convenio que guardase silencio respecto al mandato contenido en el art. 34.8 ET podría llegar incluso a ser considerado indirectamente discriminatorio por no abordar estos extremos⁹⁷, especialmente a la luz de la feminización de estos permisos. Apoyaría esta argumentación no solo la evidente conexión entre igualdad y conciliación sino que el art. 85.1 ET establece que «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades», de modo que la igualdad es, en nuestro ordenamiento, contenido de obligada negociación en cualquier convenio estatutario⁹⁸. Quienes se han manifestado en contra de esta posibilidad, lo han hecho arguyendo una interpretación literal del precepto, de modo que consideran que no es estrictamente necesario que el convenio dote de un contenido específico al derecho de adaptación de jornada pues ello no forma parte del contenido mínimo que impone el art. 85 ET, sino que, simplemente, se encuentra dentro del deber general de negociar de buena fe impuesto en el art. 89 ET⁹⁹.

A pesar de que nadie cuestiona que el papel que habría de desempeñar la negociación colectiva en la adaptación y distribución de la jornada, los resultados de esta no son

⁹⁶ BOE 7.3.2019.

⁹⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos”, *Aranzadi Social*, vol. 3, 10, 2010, p. 19.

⁹⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Empleo y conciliación: la flexibilización del tiempo de trabajo”, en Mora Cabello de Alba, L. (ed.) *Trabajar en femenino. Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 136.

⁹⁹ LAHERA FORTEZA, J., “Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar”, *Documentación Laboral*, vol. 100, 2004, p. 41.

los esperados¹⁰⁰, pues frente a la gran mayoría de convenios que establecen márgenes de distribución irregular de la jornada a favor de la empresa¹⁰¹, son anecdóticos los convenios que disponen, por ejemplo, la jornada continuada como medio de fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral.

Hasta el momento, el tratamiento convencional “escasamente avanza en medidas de ejercicio flexible de esos derechos”¹⁰² y ello a pesar de que muchas fórmulas que, en la práctica, ayudan a los trabajadores a compaginar sus responsabilidades laborales y personales no implican un coste económico añadido para la empresa. Así pues, admitir la jornada intensiva, elevar el periodo de reserva cualificada del puesto de trabajo en los casos de excedencia por cuidado de hijos de un año hasta los 18 meses, ampliar la edad del hijo que da derecho a disfrutar de la reducción de jornada, extender el grado de parentesco en virtud del cual se podría solicitar una excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos, o facilitar que los trabajadores con cargas familiares hagan coincidir su turno de vacaciones con el periodo estival, podrían ser algunas de las alternativas, sin un coste añadido para la empresa¹⁰³.

Habida cuenta que el reconocimiento legal del principio de igualdad y no discriminación no ha bastado para que este alcance efectividad, es preciso que todas las partes implicadas adopten un papel activo, especialmente cuando se trata del ejercicio de derechos laborales diseñados para la asunción de derechos/deberes familiares, tradicionalmente asumidos por mujeres¹⁰⁴. Entre las razones que se han referido para justificar esta apatía negociadora, aparte del insuficiente reconocimiento jurídico del precepto frente a la imperatividad con la que el art. 34.2 ET reconoce al empresario la facultad de distribución irregular de la jornada¹⁰⁵, está la propia composición negociadora del banco social en muchos convenios, siendo la presencia de mujeres en estas mesas todavía marginal¹⁰⁶.

Como novedad del RD Ley 6/2019, plantea dos posibles escenarios ante el habitual silencio convencional: en primer lugar, que habiendo transcurrido treinta días de la solicitud de la persona trabajadora –en la nueva terminología contenida en el RD Ley 6/2019–,

¹⁰⁰ Constatando el escaso tratamiento de la negociación colectiva, DILLA CATALÁ, M. J., “Derechos y políticas de conciliación en los cuidados de personas dependientes”, en Molero Marañón, M. L. (ed.) *Dependencia (Long Term Care) y empleo en el Estado del Bienestar*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 489.

¹⁰¹ GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., “La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa”, en Mercader Uguina, J. R., García-Perrote Escartín, I. (eds.) *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Thomson; Aranzadi, Navarra, 2015.

¹⁰² MARTÍNEZ MORENO, C., “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, en Mercader Uguina, J. R., García-Perrote Escartín, I. (eds.) *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Thomson; Aranzadi, Navarra, 2015, p. 413.

¹⁰³ LUJÁN ALCARAZ, J.; SELMA PENALVA, A., “Planes de igualdad”, en Sánchez Trigueros, C. (ed.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 480.

¹⁰⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Principio de igualdad y configuración convencional de las reducciones de jornada y los permisos específicos de conciliación de la vida laboral y familiar”, en Borrajo Dacruz, E. (ed.) *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2004, p. 631.

¹⁰⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, cit., p. 14.

¹⁰⁶ SANZ BERZAL, E., “Análisis de los convenios colectivos estatales a través de la Hoja Estadística de convenios: Una perspectiva de género”, *Secretaría Acción Sindical CCCO*, 2013.

la empresa plantee una alternativa a la propuesta no aceptada, siempre, claro está, que esta iniciativa empresarial permita la conciliación del solicitante. O, en segundo lugar, cabe que la empresa se niegue a la propuesta, en cuyo caso, tendrá que alegar razones objetivas para denegar esta solicitud sin especificar qué tipo de causas podrán ser esgrimidas para fundamentar esta negativa. En tal caso, la persona trabajadora podrá demandar a través de la modalidad especial prevista en el art.139 LRJS, de modo que “el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador. El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia”. Prosigue el apartado b) del referido art. 139 LRJS señalando que “el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y la sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia”.

Otra de las novedades en la nueva redacción dada al art. 34.8 ET es la explícita referencia al “trabajo a distancia” como fórmula para la adaptación de la jornada por motivos de conciliación. Llama la atención que en la redacción actual del precepto se eliminan todas las referencias a otros mecanismos de adaptación, pues ya no se hace ninguna referencia ni a “la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”.

Respecto al ámbito subjetivo que da origen al ejercicio de este derecho, la redacción del vigente art. 34.8 ET es más limitante, habida cuenta que en la anterior regulación se reconocía el derecho al trabajador “a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla” mientras que en la redacción vigente, en el caso de que la solicitud se articule para el cuidado de hijos, solo se reconoce a quienes tengan hijos menores de doce años (debiendo lamentar que no exista ninguna referencia a quienes tengan hijos de mayor edad, pero que puedan valerse por sí mismos, en cuyo caso, tendrían que poder ejercer el derecho de adaptación), al igual que se ha de contemplar el ejercicio de este derecho para el cuidado de otros familiares

dependientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad si bien en este caso la necesidad de cuidado no se presume (como ocurre con los hijos menores de doce años) sino que la necesidad de cuidado habrá de ser acreditada por la persona solicitante.

De todo lo expuesto es evidente la importancia que tiene la inclusión de previsiones convencionales que incrementen el poder de autoorganización de los trabajadores sobre su propia jornada de trabajo¹⁰⁷. Esta delegación de poder a la autonomía colectiva tendría que armonizarse con una modificación normativa que superase un sistema claramente periclitado de permisos.

Para materializar esta propuesta, muy sugerentemente se ha planteado¹⁰⁸ la creación de una nueva figura legal, cuyos precedentes se encuentran en la negociación colectiva, consistente en un crédito de horas para la conciliación. Esta nueva figura tomaría como referencia a algunos de los convenios estudiados en el apartado anterior que utilizan modos abiertos y flexibles de concesión de un tiempo retribuido con finalidad conciliatoria mediante expresiones como la concesión “del tiempo necesario”. Este crédito para la conciliación consistiría en el derecho genérico reconocido en sede normativa de la persona trabajadora a ausentarse del trabajo sin pérdida de retribución para conciliar. Las ausencias que darían lugar a este derecho habrían de ser avisadas y justificadas, con anterioridad o con posterioridad al hecho causante, y para su aprobación se tomaría como punto de partida los permisos vinculados al cuidado de familiares previstos en el art. 37.3 ET.

De manera muy ambiciosa, la propuesta contempla la socialización de este coste, de modo que el mismo no sería asumido por las empresas sino por el Estado, debiendo garantizarse que este disfrute de este derecho no suponga que la prestación laboral dejada de hacer recaiga sobre los otros trabajadores, lo cual, además, de limitar su propia conciliación puede generar un clima laboral inadecuado¹⁰⁹. Conscientes de la dificultad del empeño, en el presente ensayo se propone por la reunificación de los permisos en un único subtipo, vinculado a las necesidades de conciliación, superando el listado actualmente vigente, pues siendo cierto que la actual regulación presenta ventajas desde el punto de vista de la seguridad jurídica, también lo es que la misma no siempre se acomoda de una manera flexible a las situaciones reales y a las necesidades familiares que son cambiantes a lo largo de la vida laboral. De prosperar la misma, se mitigaría o que algunos estudios denominan absentismo por razones familiares –expresión más precisa que la más extendida “absentismo por género”, pues estas ausencias lo que, en realidad, encubren son necesidades de conciliación familiar no resueltas¹¹⁰, superando, además, un esquema de permisos, totalmente ineficaz, que penaliza a las mujeres en su promoción profesional.

En suma, se trataría de crear un “permiso anual retribuido para asuntos propios que permitiera dar cobertura a situaciones imprevisibles, de modo que evitaría el uso irregular

¹⁰⁷ NÚÑEZ CONTRERAS, P., “Eficacia de los «permisos por acontecimientos familiares» desde la perspectiva de las personas trabajadoras: una propuesta de mejora normativa”, *Temas Laborales*, vol. 132, 2016, p. 166.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 174.

¹⁰⁹ BLÁZQUEZ AGUDO, E., “Marco jurídico”, en *VII Informe Sobre Absentismo*, Fundación Adecco, Madrid, 2018, p. 102.

¹¹⁰ LAHERA FORTEZA, J.; GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 112.

de otras clases de permisos al tiempo que “mejoraría notablemente el clima de trabajo, la motivación del personal contratado y la calidad de vida de los empleados”¹¹¹. Esta regulación debiese de armonizarse con el permiso de cinco días para la atención de necesidades urgentes del trabajador con responsabilidades familiares previsto en el art. 8 de la propuesta de Directiva de permisos parentales, pues aunque en dicha propuesta, que finalmente fue aprobada el día 4 de abril de 2019, se insta a los Estados Miembros a garantizar que, cuando se haga uso de este permiso de cuidadores, el trabajador reciba una remuneración o prestación económica adecuada equivalente al menos al que recibirían en caso de baja enfermedad, la regulación comunitaria deja en manos de los Estados Miembros la determinación del obligado al pago del permiso. Y aunque convendremos que lo ideal sería socializar este coste, “lo cómodo y fácil”¹¹² será cargar (el mismo) a las empresas. El RD Ley 6/2019 apenas ha avanzado en esta posibilidad ya que se ha centrado en modificar parcialmente el listado de permisos contenidos en el art. 37.3 ET.

4. La apuesta por la meritocracia como factor inescindible para la reducción de la segregación vertical

Como hemos tratado de argumentar en este ensayo, frente a la discriminación de las mujeres en su promoción profesional no basta la tutela antidiscriminatoria sino que es preciso adoptar medidas ambiciosas, entre las que destacan las acciones positivas que pudiesen establecerse en la negociación colectiva o en los planes de igualdad para permitir el acceso de más mujeres a puestos de responsabilidad en aquellas empresas donde estén subrepresentadas al tiempo que se apuesta por una reforma que garantice un mayor número de mujeres consejeras en las empresas cotizadas. Ahora bien, en el caso de las mujeres con responsabilidades familiares, la asunción de labores de cuidado y la repercusión de esta función en sus trayectorias laborales es sobradamente contrastada no solo en materia de brecha salarial sino en el acceso a categorías o grupos profesionales de mayor responsabilidad. Como recientemente ha señalado la profesora Casas¹¹³, la “brecha maternal” penaliza a las mujeres y ahonda su brecha retributiva y de protección social. En ella influyen decisivamente los roles socioculturales, los prejuicios de género arraigados, el “suelo pegajoso” en una sociedad que sigue manteniendo una comprensión inadecuada de la “maternidad como función social”, siendo este hecho el que mayor incidencia tiene en su promoción profesional. Para mitigar este efecto, se ha de aprobar una regulación legal que permita conciliar la vida personal y familiar mediante una gestión flexible del tiempo de trabajo, avanzando en la regulación de dere-

¹¹¹ MERCADER UGUINA, J. R.; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Políticas de preservación y de reparto del empleo”, en Monereo Pérez, J. L. (ed.) *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 806.

¹¹² DILLA CATALÁ, M. J., “Derechos y políticas de conciliación en los cuidados de personas dependientes”, cit., p. 496.

¹¹³ CASAS BAAMONDE, M. E., “Familia y derechos de conciliación en la Constitución”, en AA.VV. (ed.) *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección social*, Laborum, Murcia, 2018, p. 51.

chos de “presencia”¹¹⁴. Dos son las razones que, a nuestro juicio, justifican la necesidad de esta actuación promocional:

- 1) Los instrumentos de flexibilidad temporal, cobijados al amparo del art. 34.8 ET, son mucho más neutros, siendo ejercidos indistintamente por hombres y mujeres. Frente al ejercicio de este derecho, los tradicionales roles sociales tienen un efecto en la feminización de las instituciones de conciliación, penalizando la trayectoria laboral de las mujeres, significadamente a efectos de promoción profesional¹¹⁵.
- 2) La segunda, es que la peor situación de las mujeres en el mercado de trabajo obedece a múltiples factores (la influencia nefasta de normas supuestamente proteccionistas, la asunción de las labores de cuidado de manera preminente o la existencia, difícilmente medible, de perjuicios empresariales en la contratación o promoción profesional de las mujeres) y esta situación solo podrá mitigarse si se apuesta decididamente por medidas de acción positiva que den preferencia a las mujeres, de modo que, a igualdad de méritos, se potenciará la incorporación de las mujeres en los puestos de trabajo en los que se encuentran subrepresentadas. Esta acción es la única capaz de conseguir una igualdad material (no solo formal), al menos hasta que se elimine la desventaja de las mujeres en el mercado de trabajo, especialmente en lo que se refiere a su progresión profesional. Para lograr esta igualdad, se han de protocolizar los procesos de acceso y de promoción profesional, garantizando que las candidaturas se evalúen en base a los requisitos del puesto, con objetividad, transparencia y respetando el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Para ello, los ítems evaluables serán determinados de manera previa al inicio del proceso, basándose en el mérito y en las competencias del puesto, no en el sexo, edad u otras circunstancias personales o familiares. De igual modo, debiera elaborarse un informe de resultados del proceso, desagregando los datos en cada fase del procedimiento, pues esta actuación permitirá comprobar si existe algún factor no controlado que provoque una situación de discriminación indirecta.

5. Bibliografía citada

ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi; Thomson Reuters, Navarra, 2013.

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

¹¹⁴ IGARTUA MIRÓ, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 241; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 143.

¹¹⁵ A este respecto, véanse las atinadas reflexiones de los profesores Rodríguez y Pérez del Prado en el informe “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica”. Barcelona, Fundación Diálogo Social, 2017, p. 15. Accesible en:

- corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades”, *Iustel. RGSS*, vol. 28, 2012.
- ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., *Estudio sobre las necesidades de las familias con personas con discapacidad*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015.
- ARAGÓN GÓMEZ, “El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo: comentario a la SSTS 10-1-2017, R.º 283/2015 y 24-1-2017, R.º 1902/2015”, *Revista de información laboral*, vol. 6, 2017, pp. 119-157.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV. (ed.) *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección social*, Laborum, Murcia, 2018.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Mujer y acceso al mercado de trabajo”, *Adapt*, vol. 4, 2018.
- BALLESTER PASTOR, M. A.; CABEZA PEREIRO, J., J., “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pp. 103-138.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de derecho social*, vol. 78, 2017, pp. 97-126.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E., “Marco jurídico”, en *VII Informe Sobre Absentismo*, Fundación Adecco, Madrid, 2018.
- CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida laboral y familiar”, *Temas Laborales*, vol. 103, 2010, pp. 45-65.
- CABEZA PEREIRO, J., “Igualdad efectiva de mujeres y hombres en la negociación colectiva”, en García Campa, S., Ventura Franch, A. (eds.) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2000*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 683-702.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “Familia y derechos de conciliación en la Constitución”, en AA.VV. (ed.) *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección social*, Laborum, Murcia, 2018.
- CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Las reformas de la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, vol. 15-18, 2012.
- CRISTÓBAL RONCERO, R., “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, vol. 133, 2017.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, pp. 5-26.
- DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L., “Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada”, *Temas Laborales*, vol. 140, 2017.

- DILLA CATALÁ, M. J., "Derechos y políticas de conciliación en los cuidados de personas dependientes", en Molero Marañón, M. L. (ed.) *Dependencia (Long Term Care) y empleo en el Estado del Bienestar*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- DUBIN, K. A., "¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales", en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ESPING-ANDERSEN, G., *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Alfons el Magnànim [etc.], Valencia, 1993.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A.; UREÑA MARTÍN, A., "La igualdad en el acceso al empleo, la clasificación, la formación y la promoción profesional", en Romero Burillo, A., Moreno Gené, J. (eds.) *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombre*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 23-64.
- FOLGUERA CRESPO, J.; SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.; AGUSTÍ JULIÁ, J.; ALARCÓN CARACUEL, M. R.; ARASTEY SAHUN, M. L.; GONZÁLEZ, A.; Y OTROS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GARCÍA ROMERO, B., "Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional", *Revista de derecho social*, vol. 74, 2016, pp. 113-138.
- GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Abdón Pedrajas, Valencia, 2012.
- GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., "La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa", en Mercader Uguina, J. R., García-Perrote Escartín, I. (eds.) *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Thomson; Aranzadi, Navarra, 2015.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de hombres y mujeres", en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ RUFÍAN, L., "La penalización de la mujer en el mercado de trabajo desde la perspectiva de las transiciones laborales", *Información Laboral*, vol. 4, 2018.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva", en AAVV (ed.) *Tiempo de trabajo y jornada de trabajo. XXIX Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- IGARTUA MIRÓ, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- ILO, *Care work and care jobs for the future of decent work*, ILO, Geneva, 2018.
- LAHERA FORTEZA, J., "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", *Documentación Laboral*, vol. 100, 2004.
- LAHERA FORTEZA, J.; GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bormarzo, Albacete, 2008.

- LUJÁN ALCARAZ, J.; SELMA PENALVA, A., "Planes de igualdad", en Sánchez Trigueros, C. (ed.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical: sentencia TC 247/2006, de 24 de julio.", 22, 2013.
- MARTÍN ARTELES, A.; CARRASQUER OTO, P., "La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva: un aspecto de la estrategia europea de empleo", *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 23, n.º 1, 2005, pp. 131-150.
- MARTÍNEZ MORENO, C., "Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres", en Mercader Uguina, J. R., García-Perrote Escartín, I. (eds.) *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Thomson; Aranzadi, Navarra, 2015.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Principio de igualdad y configuración convencional de las reducciones de jornada y los permisos específicos de conciliación de la vida laboral y familiar", en Borrajo Dacruz, E. (ed.) *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2004, pp. 615-628.
- MERCADER UGUINA, J. R.; DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Políticas de preservación y de reparto del empleo", en Monereo Pérez, J. L. (ed.) *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- MORENO, G.; CEBRIÁN, I., "Desigualdades de género en el mercado laboral", *Prisma Social*, vol. 27, 2018.
- NUÑEZ CONTRERAS, P., "Eficacia de los «permisos por acontecimientos familiares» desde la perspectiva de las personas trabajadoras: una propuesta de mejora normativa", *Temas Laborales*, vol. 132, 2016, pp. 153-189.
- NUÑO GÓMEZ, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Icaria, Barcelona, 2010.
- OLARTE TOBIÁS, E., "Tan cerca, tan lejos: Equilibrio en los consejos de administración de las empresas europeas", 2017, Universitat Jaume I.
- PERÁN QUESADA, S., "Género y políticas de empleo", en Monereo Pérez, J. L. (ed.) *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- RIDAURA LÓPEZ, M. M., "La eficacia de los derechos de conciliación que afectan a la jornada de trabajo", 2015, Universidad de Córdoba. ETEA.
- RODRÍGUEZ COPE, M. L., "Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad", en Sáez Lara, C. (ed.) *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, Murcia, 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., "Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE", *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 28, 2011, pp. 227-249.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "Empleo y conciliación: la flexibilización del tiempo de trabajo", en Mora Cabello de Alba, L. (ed.) *Trabajar en femenino. Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, Albacete, 2010.
- SANZ BERZAL, E., "Análisis de los convenios colectivos estatales a través de la Hoja Estadística de convenios: Una perspectiva de género", *Secretaría Acción Sindical CCCO*, 2013.
- SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO, *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, Subdirección General de Análisis del Mercado de Trabajo Secretaría de Estado de Empleo Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- SENENT VIDAL, M. J., "Igualdad efectiva en la responsabilidad social de las empresas", en García Campa, S., Ventura Franch, A. (eds.) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 885-918.
- STEWART, A.; NICCOLAI, S.; HOSKYNS, C., "Disability Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?", *Social & Legal Studies*, vol. 20, n.º 2, 2011, pp. 173-190.
- TASCÓN LÓPEZ, R., "El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)", *Trabajo y Derecho*, vol. 41.
- TODOLÍ SIGNES, A., La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: "big data", creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos. *Revista de derecho social*, vol. 84, 2018, págs. 69-88.
- VELASCO PORTERO, T., "El tiempo de trabajo y su organización", en Sánchez Trigueros, C. (ed.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., "Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos", *Aranzadi Social*, vol. 3, n.º 10, 2010.