

Femeris

Revista Multidisciplinar de Estudios de Género



Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género
www.uc3m.es/femeris

Equipo editorial números monográficos

Los números monográficos se editan en colaboración con la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS

Directora

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO, Universidad Carlos III de Madrid

Secretarios de Redacción

PATRICIA NIETO ROJAS, Universidad Carlos III de Madrid, España
DANIEL PÉREZ DEL PRADO, Universidad Carlos III de Madrid

Comité Editorial

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Universidad de Cádiz
EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO, Universidad Carlos III de Madrid
MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, Universidad de Valencia
RICARD ESTEBAN LEGARRETA, Universidad Autónoma Barcelona
FERNANDO LOUSADA AROCHENA, Tribunal Superior de Justicia de Galicia
BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO, Universidad Complutense de Madrid

Comité Científico

LOURDES ARASTEY, Tribunal Supremo
MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, Universidad de Valencia
MARZIA BARBERA, Universidad Brescia
CATHERINE BARNARD, Universidad Cambridge
JAIME CABEZA PEREIRO, Universidad de Vigo
ADRIANA LETICIA CAMPUZANO GALLEGU, Magistrada Poder Judicial México
JUDITH CARRERAS GARCÍA, Oficina de la OIT para España
M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, Universidad Complutense
M^a ENRIQUETA FERNÁNDEZ HAGGAR, Magistrada Poder Judicial México
SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Universidad Cagliari
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, Universidad de Huelva
JEAN JACQMAIN, Universidad Libre Bruselas
RISA LIEBERWITZ, Universidad de Cornell
CARMEN LÓPEZ ANIORTE, Universidad de Murcia
LILIA MÓNICA LÓPEZ BENÍTEZ, Magistrada Poder Judicial México
LOURDES LÓPEZ CUMBRE, Universidad Cantabria
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, Universidad de Oviedo
LOURDES MELLA MÉNDEZ, Universidad Santiago Compostela
MARÍA LUISA MOLERO, Universidad Rey Juan Carlos
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, Universidad de Jaén
TERESA PÉREZ DEL RÍO, Universidad de Cádiz
NURIA RAMOS, Universidad Ámsterdam
MARÍA REGINA REDINHA, Universidad Porto
GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN, Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)
CARMEN SÁEZ LARA, Universidad Córdoba
CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, Universidad de Murcia
MARÍA LUISA SEGOVIANO, Tribunal Supremo
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Universidad León
ROSA VIROLÉS, Tribunal Supremo

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS DE GÉNERO
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid 126
28903 Getafe (Madrid) SPAIN

ÍNDICE

Editorial

- 5 **Igualdad de género y Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable**
María Emilia Casas Baamonde

Presentación

- 9 **Sobre los números extraordinarios en materia de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social**
Eva María Blázquez Agudo

Artículos

- 14 **El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol**
The Royal Decree 6/2019 for the guarantee of equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation: God and the devil in the land of the sun
María Amparo Ballester Pastor
- 39 **Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género**
Agreements and disagreements between ECHR and CJEU in matters of gender equality
José Fernando Lousada Arochena
- 50 **Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE**
Concept and legal basis of the positive actions and the professional promotion of women in the jurisprudence of the CJEU
Carmen Sánchez Trigueros
- 70 **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
- 105 **Medidas de protección laboral y de seguridad social para víctimas de violencia de género**
Labour and Social Security protection measures for victims of gender violence
Concepción Sanz Sáez
- 132 **La discriminación por maternidad y conciliación en el ámbito universitario**
Discrimination for maternity and conciliation in university
Alejandra Selma Penalva
- 154 **Sobre las proyecciones convencionales de la igualdad en la clasificación y promoción profesionales: luces y sombras**
On the conventional repercussion of equality in job classification and professional promotion: pros and cons
Gratiela-Florentina Moraru

Miscelánea

- 177 **Discriminación en el trabajo en razón de la orientación sexual en el ordenamiento italiano**
Discrimination at work due to sexual orientation in the Italian legal system
Loredana Ferluga

Crónicas jurisprudenciales

- 192 **Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)**
Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2017 to 31/8/2018)
Jean Jacqmain
- 217 **Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2018)**
Chronicle of the Spanish Constitutional Court case on equality rights (year 2018)
Ricardo Pedro Ron Latas

Referencias bibliográficas

- 226 Patricia Espajo Megías. *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral*. (Francisco Xabiere Gómez García)
- 229 Huston N. *Vosotras bellas, vosotros fuertes*. (Macarena Ángel Quiroga)
- 231 López Anierte M.C. y Rubio Fernández, E. (Dir.); Ortiz González-Conde, F.M. y Rodríguez Egío, M.M. (Coord.). *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres*. (Francisco Miguel Ortiz González-Conde)

Varia

- 236 **Acto Institucional 8 de marzo. Igualdad de las mujeres**
Bárbara Martínez González
- 242 **Promoción profesional de las mujeres en la negociación colectiva**
Esmeralda Sanz Berzal

Igualdad de género y Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

Presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4761>

La decisión de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de dotarse de una Comisión de Igualdad expresa su firme compromiso con la realización efectiva de la igualdad y la lucha contra las discriminaciones por cualquier causa “en el mundo de las relaciones laborales y de la Seguridad Social”.

Conforme al artículo 2 de su Reglamento de funcionamiento, aprobado por la asamblea de la Asociación reunida el 31 de mayo de 2018 en la Universidad de Santiago de Compostela en el marco de su XVIII Congreso anual, son fines de la Comisión de Igualdad profundizar en la doctrina académica y en la renovación y divulgación del estudio y análisis sobre todas las formas de discriminación prohibidas en el ordenamiento interno, europeo e internacional, desempeñar una función divulgativa y formativa destinada a incrementar la conciencia social y el conocimiento acerca de las causas de discriminación prohibidas y los instrumentos jurídicos para combatirla, y proteger los derechos profesionales de las personas asociadas en materia de no discriminación. De acuerdo con el principio de transversalidad, ordena su Reglamento a la Comisión de Igualdad impulsar en las actividades de la Asociación la toma en consideración de la igualdad y de la no discriminación por causa del sexo y del género.

Se trata de promover la cultura de la igualdad con la convicción de que hoy no es posible abordar ningún proyecto, ni asociativo, ni investigador-docente, ni profesional de cualquier tipo, ni vital naturalmente, sin que en su realización se inserte el valor de la igualdad. Sin igualdad la Asociación no podría desempeñar sus cometidos de promover y difundir el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en sus muy distintos ámbitos (académicos y profesionales; nacionales e internacionales), facilitar y promover la cooperación científica, así como colaborar en la defensa de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras universalmente reconocidos; y no podría hacer suyas las necesidades de las personas a ella asociadas y de la sociedad.

El trabajo de la Comisión Gestora de la Comisión de Igualdad a lo largo de este primer año de funcionamiento merece ser destacado y reconocido. La Junta Directiva de la Asociación desea hacerlo formalmente en estas páginas y expresar su agradecimiento a quienes la han integrado: Eva Blázquez Agudo, Fernando Lousada Arochena, Beatriz Quintanilla Navarro, Ricardo Esteban Legarreta, María Amparo Ballester Pastor, Antonio Álvarez del Cuvillo y Josefina Galindo Sánchez. En la página web de la Asociación pueden encontrar los lectores su carta de presentación.

La Comisión Gestora de la Comisión de Igualdad ha cumplido, entre otras, con su tarea de dotarse de instrumentos de divulgación de estudios y análisis en materia de igualdad. Promotora de una práctica de y en igualdad, sabe bien que esa práctica debe estar permanentemente orientada por una teoría avanzada animada en el análisis penetrante y crítico de la realidad y en la búsqueda de mecanismos adecuados y eficaces para corregir las desigualdades y lograr la equiparación sustancial de las personas y de los grupos en que se integran en sociedades diversas, y al tiempo cohesionadas, en que la igualdad no esté reñida con el respeto de las diferencias.

Gracias a la generosa iniciativa de la profesora Eva María Blázquez Agudo la Asociación ha celebrado un convenio de colaboración con la Universidad Carlos III de Madrid para publicar trabajos sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con perspectiva de género en un número extraordinario anual de la Revista FEMERIS, Revista Multidisciplinar de Estudios de Género que edita el Instituto Universitario de Estudios de Género de la citada Universidad. Lo ha expuesto perfectamente la profesora Blázquez, directora de la Revista y Vicedecana de Promoción, Orientación, Igualdad y Cooperación de su Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, en su editorial "Sobre nuestra revista: un número extraordinario en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" de su volumen 4, nº 1, de 2019. La Junta Directiva de la Asociación quiere agradecer a la profesora Blázquez su resuelta determinación en llevar a término esta iniciativa, que ofrece un valioso instrumento para la difusión de las investigaciones de género y del debate científico de nuestra disciplina, y que es hoy una feliz realidad.

La Revista FEMERIS tiene por objeto divulgar estudios doctrinales y rigurosos sobre género en el ámbito de todas las disciplinas jurídicas, sin perjuicio de ocuparse en general de la igualdad y la prohibición de discriminaciones. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que tiene en su origen la desigualdad básica entre los trabajadores y los empresarios y en su finalidad su corrección, no puede concebirse en la actualidad de los Estados sociales y democráticos de Derecho sino como un proyecto global de construcción de la igualdad y, desde luego, de la género, sin la que no es posible el ejercicio de la libertad por las mujeres como personas y ciudadanas.

La división entre el trabajo remunerado y no remunerado por sexo conformó la disciplina que configura jurídicamente la realidad de aquel trabajo como un orden normativo autónomo, que en esa configuración respondió, como el ordenamiento jurídico en que se inserta, a relaciones sociales patriarcales y económicas basadas en el "hombre económico", provocando el "natural" aislamiento e invisibilidad de las mujeres en ambos tipos de trabajo, aunque relegadas al reproductivo y familiar no remunerado por disposición

natural, en un mundo “naturalmente desigual”. Si el “trabajador” estuvo ausente de las codificaciones civiles de la libertad e igualdad contractual, apenas aludido en los servicios que se pueden arrendar, las mujeres lo han estado de la construcción originaria de nuestra disciplina, dirigida a regular el intercambio patrimonial de trabajo por cuenta ajena y subordinado prestado por hombres y remunerado por hombres, titulares del poder económico y de los órganos de administración y decisión de las sociedades de capital. Las instituciones del Derecho colectivo se constituyeron sobre el mismo patrón antropológico masculino que ha dominado su funcionamiento durante demasiado tiempo.

La incorporación masiva de las mujeres al trabajo remunerado, hecho determinante e irreversible del pasado siglo, cambió decisivamente las cosas, exigiendo mecanismos de adecuación de las categorías jurídicas y de los dispositivos técnicos a la nueva realidad, que se han abierto paso con la lucha de las mujeres, graves dificultades conceptuales y resultados de discriminación e injusticia notorios. El cambio se convirtió en imparable cuando afectó a la percepción misma de la realidad sobre la que opera, demandado su reconstrucción a partir de la igualdad de género, referente objetivo de las transformaciones sociales. En su realización el Derecho en los distintos ámbitos en que se desenvuelve la actividad de las personas, y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el suyo propio, se encuentran comprometidos, siendo la igualdad del género humano el fundamento mismo de su legitimación política democrática.

La ciencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y las políticas que han de plasmar sus soluciones al servicio del trabajo decente y del fortalecimiento de la protección social, han de partir de que la igualdad de género no puede ser una dimensión aislada, añadida desde fuera a su construcción nuclear y de sus instituciones propias, todavía sostenidas en la desigualdad de trato y de oportunidades y en la discriminación sistémica de las mujeres; al contrario, ha de ser un elemento definitorio desde dentro de esa construcción científica y política en un mundo global en el que han de ponerse a punto instrumentos normativos de igual alcance, hoy por hoy inexistentes, para el logro de la igualdad. En todo caso, han de darse por superados los tiempos del igualitarismo formal y de los valores abstractos, debiendo pasarse con decisión al logro de la igualdad real o sustancial de las personas, mujeres y hombres. En ello estamos, sin resignarnos a aceptar la predicción reciente del Fondo Monetario Internacional de que se precisará que pasen cien años para superar la brecha retributiva de género. Es lacerante el presagio de lentitud en la superación de una discriminación tan básica.

Este número de FEMERIS sirve a la elaboración del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde una teoría de la igualdad de género, que no puede perderse de vista salvo que la comprensión de la regulación de las relaciones laborales y de protección social se sitúe al margen de los procesos históricos de transformación, en la irrealidad más absoluta. Observación, razón crítica, sistematización, prospección y proposición van de la mano en los excelentes estudios que lo componen de la profesora María Amparo Ballester Pastor, del magistrado y profesor Fernando Lousada Arochena, y de las profesoras Carmen Sánchez Trigueros, Patricia Nieto Rojas, Concepción San Sáenz, Alejandra Selma Penalva, Gratiela-Florentina Moraru, y Loredana Ferluga. Siguen dos útiles crónicas de la

jurisprudencia sobre igualdad, constitucional y europea, de los profesores Jean Jacqmain y Ron Latas, y a éstas provechosas reseñas de libros especializados de actualidad, en las que se comprueba la calidad y la pujanza de los profesores e investigadores que integran Sección Juvenil de la Asociación; en concreto, de Francisco Xabiere Gómez García, Macarena Ángel Quiroga y Francisco Miguel Ortiz González-Conde. Informa también FEMERIS de la segunda edición de la Jornada 8 Marzo de Igualdad de las Mujeres organizada por la Asociación el pasado 7 de marzo en colaboración con el Consejo Económico y Social y en su sede, en la que, junto con las contribuciones de las profesoras Sánchez Trigueros y Nieto Rojas, expuso su ponencia Esmeralda Sanz Berzal, sobre la promoción profesional de las mujeres en la negociación colectiva, como expresión del compromiso de los sindicatos y de las asociaciones empresariales con la igualdad de género y con la Asociación.

La lectura de este primer número extraordinario de FEMERIS hace evidente su ambición que augura el éxito de la iniciativa al servicio de la igualdad. Esto es lo que en verdad importa.

PRESENTACIÓN

Sobre los números extraordinarios en materia de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

*Directora de Femeris. Universidad Carlos III de Madrid
orcid id: 0000-0002-8214-1960*

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4762>

La revista Femeris nació con vocación de colaborar en la difusión de los estudios académicos con perspectiva de género en todas las áreas de conocimiento. Dirigidos por tal objetivo, desde 2016 se han venido publicando dos números anuales que han incluido trabajos en la materia des de una visión multidisciplinar.

Como ya se puso en evidencia en la Editorial el número anterior, a partir de 2019 se amplía a tres el número de volúmenes que se van a publicar anualmente en la revista. Dos serán generales con una visión multidisciplinar y se publicarán en el mes de enero y septiembre. El otro número, que verá la luz en mayo, versará sobre el tema de la igualdad en el ámbito concreto del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Recientemente, en el Congreso Anual celebrado en Santiago en mayo de 2018, la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante, AEDTSS) ha nombrado una la Comisión Gestora de Igualdad, que tiene por objeto poner en funcionamiento lo que será la Comisión Gestora de Igualdad, un organismo que nace con la vocación de desarrollar una actuación de defensa de los derechos a la igualdad y a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Como una de sus funciones es la acción divulgativa con el fin de favorecer el debate y el estudio sobre este ámbito, se asumió la necesidad de organizar una publicación, donde incluir estos estudios.

En este marco, se ha formado un Convenio entre la Universidad Carlos III y la AEDTSS que busca el apoyo a la difusión de trabajos en materia de igualdad, cuyo cauce serán los números especiales de Femeris. Como la función de la mencionada Comisión de Igualdad va más allá de la discriminación por razón de género, sino que también incluye en otras tales como discriminación por razón de edad, raza o etnia, discapacidad u orien-

*evamaria.blazquez@uc3m.es

tación sexual, el campo de la revista también se extenderá a esta pretensión en dichos números especiales.

La Comisión de Igualdad de la AEDTSS conformará el Consejo Editorial del número anual especial que se publique cada mayo, coincidiendo con el Congreso Anual de la Asociación. También se ha conformado una Comité Científico diferente para este número especial que está integrado por prestigiosas especialistas en materia de igualdad en el ámbito académico, judicial y social.

La división de la Revista tiene sus peculiaridades en estos números especiales. Se mantendrán dos secciones (artículos y misceláneas) sometidas a revisión por pares. En la sección de artículos, además, se publicará cada año el *Premio 8 de marzo a la mejor investigación sobre Igualdad de Mujeres* que se concede cada año por la AEDTSS. El premio citado es concedido de acuerdo con la revisión por pares realizada por la Comisión de Igualdad. Por otra parte, bajo la rúbrica de *Misceláneas* se publicarán los artículos que versen sobre materias distintas a la igualdad de género.

Se añade una nueva sección, que solo se incluirá en los números especiales, que se denominada *Crónicas Jurisprudenciales*. Esta parte, en general, constará de tres aportaciones en materia de igualdad. La primera una crónica sobre la jurisprudencia europea a cargo de Jean Jacqmain, profesor jubilado de la Universidad Libre de Bruselas; otra sobre jurisprudencia del Tribunal Constitucional a cargo de Ricardo Ron Latas, Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidade da Coruña y Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del TSJ Galicia; y, por último, una sobre la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, a cargo de la sección juvenil de la AEDTSS.

Por último, se mantienen las secciones sobre *Referencias bibliográficas* en la materia y *Varia*. Estas últimas no son sometidas a revisión por pares. En la primera se aceptan reseñas sobre trabajos en la materia (libros o artículos) y en la segunda se incluyen otras cuestiones como conclusiones sobre jornadas o estudios multidisciplinarios más allá del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ya centrándonos en este primer número especial, se incluyen como artículos, en primer lugar, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. Bajo este sugerente título, la catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, María Amparo Ballester Pastor, ilumina el camino del análisis de las novedades en materia de igualdad, realizando un profundo examen de las nuevas instituciones y adelantando los problemas jurídicos que se van a plantear en su puesta en marcha. En segundo lugar, el magistrado del TSJ de Galicia, sala de lo social, Fernando Lousada Arochena examina los vaivenes de la jurisprudencia más reciente en el ámbito de la igualdad de género con su artículo “Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género”.

Del siguiente artículo es autora Carmen Sánchez Triguero, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, cuyo título es “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, donde con gran destreza nos dirige por el iter de la

jurisprudencia europea en la materia. Patricia Nieto Rojas, profesora doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III, aporta otro sugerente artículo, cuyo título es “La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español: propuestas para reducir la segregación”. Ambos trabajos tienen su base en sendas ponencias que se presentaron en la Jornada anual sobre Igualdad de Mujeres de la AEDTSS, que este año se celebró el 7 de marzo de 2019 en el CES.

Concepción Sanz Sáez, profesora Asociada Doctora Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la UCLM de Ciudad Real, es la autora del artículo titulado “Medidas de protección laboral y de seguridad social para víctimas de violencia de género”, donde realiza un estudio en profundidad sobre todos los instrumentos jurídico-laborales de los que disponen las víctimas de violencia de género. Por otra parte, “La discriminación por maternidad y conciliación en el ámbito universitario” es el título del artículo de Alejandra Selma Penalva, profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, que refiere el arduo camino de las profesoras en el ámbito académico cuando son madres. Se complementa esta sección con el artículo de Gratiela Moraru, profesora Asociada de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Doctoranda de la Universidad de Castilla-La Mancha, que bajo el título “Sobre las proyecciones convencionales de la igualdad en la clasificación y promoción profesionales: luces y sombras”, presentó como comunicación a la Jornada anual sobre Igualdad de Mujeres de la AEDTSS, que este año se celebró el 7 de marzo de 2019, siendo galardonada con el Premio 8 de Marzo sobre Igualdad de Mujeres de la AEDTSS en 2019.

En la sección Misceláneas se publicarán en los números especiales sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social las investigaciones que propongan temas de igualdad más allá de la discriminación por razón de sexo. Se inaugura esta sección con el artículo titulado “La discriminación en el trabajo en razón de la orientación sexual en el ordenamiento italiano”, cuya autora es Loredana Ferluga, profesora del departamento de derecho de la universidad de Messina.

Como ya se adelantó, completan este número las crónicas de jurisprudencia europea y constitucional y las referencias bibliográficas sobre los libros: “Hacia una reformulación de la violencia de género en el entorno laboral”; “Vosotras bellas, vosotras fuertes” y “Visiones multidisciplinares de la igualdad entre mujeres y hombres”. Se cierra el número con la sección Varia, donde se incluye una Crónica sobre la Jornada 8 Marzo de Igualdad de las Mujeres de la AEDTSS, que se celebró el 7 de marzo de 2019 en el CES y el artículo Promoción profesional de las mujeres en la Negociación Colectiva de Esmeralda Sanz Berzal, socióloga de la Secretaría de Acción Sindical de CCOO y vocal por representación de este sindicato de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos, que aporta un riguroso análisis estadístico en la materia que fue base de su ponencia en las Jornadas ya citadas sobre Igualdad de las Mujeres de la AEDTSS en 2019.

En definitiva, en estos números especiales en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que ahora se presentan, Femeris sigue apostando por contribuir al avance en la igualdad a través de la difusión de trabajo académicos. Así, que esperamos vuestras colaboraciones también en este ámbito.

Solamente queda agradecer a la AEDTSS y, en especial, a su presidenta Doña María Emilia Casas Baamonde, su apoyo en la puesta en marcha de estos nuevos números en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde el mismo momento que le comenté por primera vez la existencia de este proyecto. De otra manera no hubiese podido culminar esta colaboración, que posteriormente hizo suya el resto de la Junta Directiva y la Comisión Gestora de Igualdad. Es un honor para Femeris poder recoger los trabajos de los miembros de la AEDTSS.

ARTÍCULOS

El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol

The Royal Decree 6/2019 for the guarantee of equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation: God and the devil in the land of the sun

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia
orcid id: 0000-0002-3555-2003

Recibido: 11/03/2019

Aceptado: 15/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763>

Resumen. El artículo es un comentario crítico del contenido y alcance del recientemente aprobado RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. La valoración positiva que, en general, la norma merece, se basa simplemente en su mera aprobación, que refuerza la idea de que la cuestión de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el trabajo requiere medidas específicas. Sin embargo, el análisis detallado de los preceptos del RDL 6/2019 que se realiza en el trabajo conduce a la autora a la conclusión de que la mayoría de sus contenidos son insuficientes y que queda pendiente una reforma global y efectivamente transversal susceptible de avanzar efectivamente en el ámbito laboral entre mujeres y hombres. Las insuficiencias se hacen evidentes en el tratamiento que la norma otorga a los planes de igualdad, el permiso para el cuidado del lactante, los permisos parentales, la adaptación de la jornada o el fondo de apoyo a la dependencia. El aspecto más interesante de la norma es la protección que configura frente al despido sin causa, aunque constituye fundamentalmente la transposición al ordenamiento español de la doctrina del TJUE. El permiso de nacimiento que crea el RDL 6/2019 unificando los antiguos permisos de maternidad y paternidad es objeto de especial atención en el artículo, en el que se destaca la necesidad de que el ordenamiento español establezca medidas más comprometidas para avanzar en la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

Palabras clave: discriminación laboral, discriminación por género, legislación antidiscriminatoria.

Abstract. This paper is a critical commentary on the content and scope of the recently approved Royal Decree 6/2019 for the guarantee of equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation. The positive assessment that, in gen-

*amparo.ballester@uv.es

eral, the Royal Decree deserves, is based simply on its mere approval, which reinforces the idea that the issue of effective equality between men and women at work requires specific measures. However, the detailed analysis of the articles of the RDL 6/2019 that is carried out in the work leads the author to the conclusion that the majority of its contents are insufficient and that a global and effectively transversal reform is still pending, capable of effectively advancing in the workplace equality between women and men. The insufficiencies are evident in the treatment that the Royal Decree grants to the equality plans, the permission for the nursing care, the parental leave, the adaptation of the working day or the dependency support fund. The most interesting aspect of the Royal Decree is the protection it sets against dismissal without cause, although it is fundamentally the transposition to the Spanish legal system of the doctrine of the CJEU. The birth permit created by RDL 6/2019 unifying the old maternity and paternity leaves is given special attention in the article, which highlights the need for the Spanish legal system to establish more committed measures to advance in the co-responsibility between men and women.

Keywords: labour discrimination, gender discrimination, non-discriminatory legislation.

Las sensaciones que genera el RDL 6/2019 son bastante contradictorias. Por eso he tomado prestado de Glauber Rocha el título de su película de 1964, aun a riesgo de que parezca tremendista hacer referencia a Dios y al diablo para comentar un simple Real Decreto-Ley sometido no solo a ratificación parlamentaria sino también, de hecho, a ratificación electoral. De un lado, merece una valoración muy positiva que en esta recta final de la legislatura la corrección de la desigualdad por razón de género en el trabajo sea una de las materias sociales de “urgente” tratamiento que forma parte de la batería de decretos aprobados y anunciados por el Gobierno. De otro lado, sin embargo, tanto desde el punto de vista estrictamente técnico formal, como desde la perspectiva jurídico material, la norma aparece como un texto muy mejorable. A continuación se presenta un estudio crítico del RDL que, inevitablemente, destacará sus deficiencias, pero que ante todo pretende plantear mejoras y sugerencias en clave proactiva, con el objetivo de que las normas futuras vayan avanzando en lo que queda pendiente, que lamentablemente sigue siendo demasiado.

El RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, es una norma que podría calificarse de precipitada e insuficiente pero que difícilmente puede calificarse de innecesaria o banal. El preámbulo del RDL comienza exponiendo que la LO 3/2007 de 22 de marzo de 2007 (LOIE) fue un texto de notable relevancia, que pretendía conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres, pero que tuvo problemas de efectividad en el ámbito de las relaciones laborales, donde los avances han sido modestos. El RDL nace, pues, como una especie de complemento o actualización de la LOIE. Se presenta en el preámbulo como un texto dirigido a avanzar en la promoción de la igualdad laboral pendiente entre mujeres y hombres, señalando la necesidad de que ello se haga con la misma dimensión integral y transversal que inspiró la LOIE. Y es en este punto donde el preámbulo establece unas expectativas que no se cumplen en el articulado del RDL. En efecto, el texto que se presenta es, en general, correcto y adecuado en el plano de los objetivos generales, aunque insuficiente en algunos aspectos y demasiado puntual en otros. El objetivo de la transversalidad que pretende es, por tanto, bastante cuestionable. Por ejemplo,

el RDL carece de una dimensión procesal que establezca garantías para el cumplimiento de las medidas que se proponen, ni siquiera para corregir los defectos en la tutela contra la discriminación por razón de sexo que desde la LOIE y hasta la fecha se han detectado. Falta claramente una reforma del procedimiento especial de conciliación en el art. 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, como también falta una revisión del procedimiento de oficio o de los sujetos legitimados. Son aspectos instrumentales pero fundamentales, que carecen de la fuerza mediática de otras medidas más vistosas pero que resultan, si cabe, más necesarias para garantizar la efectividad que se pretende. Tampoco la parte correspondiente a la reforma de la Ley General de Seguridad Social es lo extensa que debiera, dado que se limita a regular los nuevos permisos de nacimiento y de cuidado del lactante, prometiendo extensiones de duración de dudosa efectividad (la reciente historia está llena de estas promesas). No se soluciona en el RDL el problema de las lagunas de cotización, que bajo la regulación actual perjudica fundamentalmente a las carreras profesionales más precarias, o sea a las carreras profesionales de las mujeres. Tampoco se regula en el RDL 6/2019 de modo unificado y coherente la seguridad social de los trabajadores/as a tiempo parcial que, a fuerza de sentencias del TJUE en las que se destaca su carácter discriminatorio por razón de sexo, constituye actualmente un espacio complejo y parcheado, que sigue planteando problemas de adecuación a la normativa comunitaria¹. De hecho la reforma operada por el RDL en materia de trabajo a tiempo parcial se limita a una modestísima e innecesaria referencia en el art. 12.4.d a que debe “garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”, como si esta obligación no naciera directamente de la Constitución y como si el trabajo a tiempo parcial en su configuración actual no fuera una figura defectuosa en nuestro ordenamiento. Ni siquiera la reforma de la LISOS en materia sancionadora (que se limita en el RDL 6/2019 a una corrección puntual menor en materia de planes de igualdad) tiene la suficiente entidad como para terminar con la sensación de impunidad en materia discriminatoria que se advierte en el mundo laboral. Particularmente llamativo es que no se haya abordado siquiera el trabajo al servicio del hogar familiar. En fin, el RDL 6/2019 es una norma precipitada e insuficiente, que corrige aspectos bastante evidentes y que, previsiblemente, no será capaz de asegurar la efectividad en la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo que pretende. Su mayor interés es su mera existencia, no por lo que altera efectivamente, sino por la llamada de atención que realiza respecto a la necesidad de que dicha alteración normativa se realice en algún momento.

El RDL 6/2019 parece surgido de la nada, pero en realidad cuenta con antecedentes de notable interés que en su gran mayoría se encuentran en el Registro de las Cortes Generales bajo la forma de proposiciones de ley para la igualdad entre mujeres y hombres, y a las que el RDL lamentablemente no ha prestado toda la atención necesaria. Algunas de ellas son las siguientes: (i) Proposición de ley para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres registrada en el Congreso el 24 de octubre de 2017 (BOCG de 10 de no-

¹ Por medio de Auto del TSJ de Castilla León de 18 de enero de 2018 se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE cuestionando la legalidad comunitaria del sistema de coeficiente de parcialidad que actualmente se aplica para el acceso a pensiones por parte de los trabajadores a tiempo parcial.

viembre de 2017) por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG 11 de diciembre de 2018); (ii) Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva registrada en el Congreso el 27 de febrero de 2018 (BOCG de 2 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista; (iii) Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación registrada en el Congreso el 7 de marzo de 2018 (BOCG de 16 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG de 17 de enero de 2019); (iv) Proposición de ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento registrada en el Congreso el 3 de mayo de 2018 (BOCG de 7 de mayo de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem (v) Proposición de ley de tiempo de trabajo corresponsable registrada en el Congreso el 13 de noviembre de 2018 (BOCG de 16 de noviembre de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. Estas numerosas proposiciones han ido planteando detalladamente interesantes soluciones a la desigualdad laboral entre mujeres y hombres. Respecto de algunas materias se han abierto incluso interesantes debates a partir de las enmiendas presentadas. Sin embargo, aunque en algunos aspectos el RDL 6/2019 recoge algunas materias de estas proposiciones, lo cierto es que ha adoptado las menos comprometidas y más evidentes. No se sabe bien si la modestia de algunos tratamientos en el RDL es fruto de que no correspondía hacer otra cosa por vía de RDL (hay que recordar que solo puede regular lo urgente y extraordinario de acuerdo con el art. 86 de la Constitución) o es más bien fruto de una hoja de ruta demasiado precipitada. En todo caso, dadas las expectativas creadas y dado el extenso material pre-legislativo existente, el RDL deja cierta sensación de frustración. Incluso preocupa que, en el hipotético caso de que tras las elecciones se configurara un Gobierno favorable a la promoción de la igualdad de las mujeres y los hombres en el trabajo, se considerara ya cumplida por medio de este RDL la obligación que compete a los Poderes Públicos de promover la igualdad real entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE). El RDL 6/2019 crea cierta desesperanza en quien lo lee porque da la sensación de que las numerosas propuestas realizadas en las proposiciones de ley han sido una especie de espejismo. La precipitación del RDL, sus inexactitudes, imprecisiones y defectos, degradan de nuevo el tratamiento de la discriminación por razón de sexo. Da la sensación de que la preocupación por la efectividad no es real, y que no existen más iniciativas que las dirigidas a seguir en el ámbito de los grandes conceptos. Y, sobre todo, da la sensación de que esto es todo lo que cabe esperar.

Pero el contenido, insuficiente y precipitado del RDL 6/2019, no es el mayor de sus problemas. El principal reto al que se enfrenta es que resulta bastante difícil encontrar razones de extraordinaria y urgente necesidad susceptibles de justificar la utilización del RDL en los términos exigidos por el art. 86 de la Constitución Española. El párrafo tercero del preámbulo del RDL 6/2019 hace referencia a que la actuación por vía de RDL resulta necesaria y urgente porque "la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación

y está viendo afectados sus derechos fundamentales”, como si la discriminación laboral por razón de sexo hubiera surgido o se hubiera detectado en los últimos días. Acto seguido, el preámbulo señala que una sociedad “moderna” como la española, enfrentada al reto de la “Revolución Industrial 4.0” no puede asumir más retrasos, sobre todo dada la infrarrepresentación femenina en las profesiones tecnológicas, por lo que las políticas públicas de igualdad “deben remover los obstáculos que impiden el acceso y desarrollo de los mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología”. Llama la atención esta referencia a la ciencia y tecnología en relación a la inserción laboral de las mujeres que hace el preámbulo porque el RDL 6/2019 en su articulado no hace, lamentablemente, ninguna referencia a la lucha contra la segregación laboral, ni en general, ni referida específicamente al fomento de la inserción laboral femenina en los puestos de naturaleza tecnológica. Da la sensación de que la justificación de concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad en el preámbulo ha sido realizada por alguien que desconocía el contenido del RDL. Otros argumentos que se presentan también en el preámbulo son tan generales que resultan difícilmente admisibles y refuerzan la idea de que la justificación de extraordinaria y urgente necesidad se ha rellenado como si fuera una plantilla: se refiere en el cuarto párrafo del preámbulo que la persistencia de una situación no es óbice a que pueda regularse por medio de legislación de urgencia y que el carácter estructural de una situación no impide que constituya un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad. No se sabe bien si esta redacción es fruto de la resignación de quien no puede justificar lo imposible o si es mera consecuencia (otra vez) de la precipitación (tal vez de ambas). Y no solo la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad amenaza la pervivencia de este RDL, sino también la inminencia de una nueva composición del Parlamento que pueda conducir a que el RDL sea derogado o, más sencillamente, a que no se ponga en marcha el desarrollo de sus medidas más novedosas (planes de igualdad y permiso por nacimiento del padre, que tienen establecida una aplicación gradual).

En fin, las argumentaciones del preámbulo reflejan bastante bien el espíritu del RDL: el Gobierno con este texto muestra buena voluntad (si puede entenderse por tal la simple identificación de la existencia de discriminación por razón de sexo y la intención de hacer lo posible por erradicarla), aunque sin atreverse a establecer las medidas adecuadas y definitivas para luchar efectivamente contra la discriminación. La experiencia de casi doce años transcurridos desde la aprobación de la LOIE y de cinco proposiciones de ley registradas (dos de ellas con fase de presentación de enmiendas ya concluida) podía haber dado mucho más de sí. Hay, asimismo, una gran diferencia en la intensidad reguladora de los diferentes temas que se tratan: el permiso de nacimiento (en su versión de permiso del otro progenitor -o permiso de paternidad-) es la principal innovación, en volumen y detalle de tratamiento. Se diluyen en el RDL, sin embargo, temas de enorme importancia como la adaptación de jornada o los permisos parentales. Otros temas quedan en un espacio intermedio y algo decepcionante, como la discriminación retributiva, los planes de igualdad o incluso el llamado permiso para el cuidado del lactante (antiguo permiso de lactancia). Muchos temas relevantes, lamentablemente, son sencillamente inexistentes (tiempo parcial, organización del tiempo de trabajo, tratamiento procesal racional de los conflictos por conciliación de responsabilidades...)

Seguidamente se presenta un comentario crítico del contenido y alcance del RDL 6/2019. No es un estudio doctrinal al uso sino un comentario inmediato, lo que explica la fórmula expositiva y su estructura. Se presentan en epígrafes diferenciados los temas fundamentales del RDL: 1. Los planes de igualdad (art. 1 y 6 RDL 6/2019); 2. La discriminación retributiva (art. 2 RDL 6/2019); 3. El permiso por nacimiento de hijo (art. 2, 3, 4, 7 y DA única RDL 6/2019); 4. El permiso para el cuidado del lactante (art. 2, 3, 4 y 7 RDL 6/2019); 5. Otros permisos parentales (art. 2 y 3 RDL 6/2019); 6. El derecho a la adaptación de la jornada (art. 2 RDL 6/019); 7. La protección frente al despido (art. 2 RDL 6/2019); 8. La protección de la dependencia (art. 4 y 5 RDL 6/2019)

1. Los planes de igualdad

La primera de las medidas que acomete el RDL es la reforma de los planes de igualdad. Un sumario de las nuevas medidas que establece es el siguiente: (i) La obligación de elaborar planes de igualdad se amplía a mayor número de empresas, porque deja de referirse solo a aquellas de más de 250 trabajadores para aplicarse a todas las que tienen más de 50 (art. 45 LOIE). Se establece un periodo transitorio para las empresas que hasta el momento no tenían esta obligación (un año desde la publicación de la ley para las empresas entre 150 y 250 trabajadores; dos años para las empresas entre 100 y 150 trabajadores; y tres años para las empresas entre 50 y 100 personas); (ii) Se crea un registro de planes de igualdad, como parte de los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (art. 46.4 LOIE), en el que las empresas deberán inscribir sus planes de igualdad (art. 46.5 LOIE); (iii) Se establecen una serie de materias que tienen que ser objeto obligatorio de diagnóstico, teniendo este diagnóstico que ser negociado con la representación de los trabajadores en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad, para lo cual la empresa tendrá que facilitar la información documental necesaria (incluido el registro salarial al que se refiere el nuevo art. 28.2 ET). Estas materias que obligatoriamente deben formar parte del diagnóstico son las siguientes (art. 46.2 LOIE): *Proceso de selección y contratación; Clasificación profesional; Formación; Promoción profesional; Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; Infrarrepresentación femenina; Retribuciones; Prevención del acoso sexual y por razón de sexo;* (iv) La forma de los planes de igualdad queda inalterada porque se mantiene tal cual la redacción del actual art. 46.1 LOE, en el que se establece que los planes son un conjunto ordenado de medidas posterior a un diagnóstico, que debe contener objetivos concretos, estrategias, prácticas a adoptar así como sistemas eficaces de seguimiento y evaluación. La única diferencia es que el nuevo art. 46.2 LOIE establece que debe ser un conjunto ordenado de medidas “evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de mujeres y hombres”; (v) Se establece el desarrollo reglamentario del *diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución,*

características y condiciones para la inscripción y acceso; (vi) Se establece una corrección en el art. 7.13 LISOS a efectos de que se considere infracción grave el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad establecidos no solo en el ET y en los convenios (como establecía este precepto hasta ahora), sino también en la LOIE.

La ampliación del ámbito aplicativo de los planes de igualdad (al pasar la referencia de 250 a 50 trabajadores) que realiza el RDL 6/2019 parece una medida de interés, puesto que amplía el ámbito de los sujetos obligados y protegidos por la acción de los planes de igualdad. Y sin duda sería así si los planes de igualdad fueran efectivamente mecanismos efectivos para la identificación y corrección de la discriminación en las empresas. Sucede, sin embargo, que los planes de igualdad son, en demasiadas ocasiones, textos no adaptados a la situación concreta de cada empresa. Lamentablemente son demasiado frecuentes los planes de igualdad estandarizados, demasiado parecidos unos a otros, no solo en relación a empresas de similares características, sino en relación a la empresa contratada para realizarlos. En principio, la necesidad de que los planes de igualdad sean negociados (como ha recordado el TS, por todas, en STS de 13 de septiembre de 2018, Rec. 213/2017) debiera servir para reforzar el carácter específico y concreto de los planes de igualdad, pero lo cierto es que las similitudes entre planes surgen incluso entre los planes negociados.

El nuevo art. 46.2 LOIE establece que los planes deben contener medidas “evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, con lo que añade poco a lo que ya establece el inalterado art. 46.1 LOIE² respecto a cuales deben ser los criterios para la elaboración de un plan de igualdad. Para reforzar la necesidad de que los planes diagnostiquen bien, establezcan medidas concretas y tengan mecanismos de monitorización hubiera sido más efectivo que se estableciera de modo más claro y rotundo. Ciertamente, el actualmente vigente art. 46.1 LOIE ya está formulado en modo imperativo pero sus referencias están realizadas de modo no demasiado comprometido.

Un aspecto interesante del RDL 6/2019 en relación con los planes de igualdad es que establece los contenidos obligatorios que todos deben contener (art. 46.2 LOIE). De este modo se pretende evitar que los planes terminen funcionando como una especie de bufet libre en el que se escogen los temas más convenientes, sin que necesariamente coincidan con los más necesarios. Sucede, sin embargo, que algunas de las referencias a estas materias de tratamiento obligatorio en los planes de igualdad resultan demasiado ambiguas e imprecisas. Así, por ejemplo, en lugar de “Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres”, debiera haberse establecido un apartado separado para la igualdad retributiva, y no una simple referencia a la auditoría salarial (aunque ésta sea su expresión). Asimismo, en lugar de “Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral” debiera haberse establecido otra fórmula más clara y concre-

² Art. 46.1 LOIE: 1. *Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo./ Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.*

ta, que incluyera expresamente la adaptación del puesto de trabajo y de las condiciones del mismo. Habrá que esperar al desarrollo reglamentario al que hace referencia el art. 46.6 de la LOIE según redacción dada por el RDL 6/2019 para saber el alcance que deben tener los planes de igualdad en relación con el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación.

El registro de los planes de igualdad que prevé el RDL 6/2019 es un mecanismo interesante para la publicidad y conocimiento general de los planes de igualdad, pero es improbable que el registro pueda cumplir una función de garantía de la correcta ejecución de los planes de igualdad. Sería necesario que se estableciera algún mecanismo de control de su adecuación, ya fuera en el momento del registro o en algún otro anterior o posterior. El control de calidad anterior al registro podría producirse durante la elaboración del plan de igualdad, si durante su elaboración se contara con la intervención de organismos públicos como el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. Es innecesario señalar que esta opción requeriría un nivel de implicación mayor por parte de tales organismos, cuya actuación debiera venir facilitada por una legislación que estableciera competencias más concretas y también por un mayor volumen de inversión. Por cierto, queda pendiente una reforma normativa del Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades que refuerce sus competencias, que asegure su neutralidad respecto al Gobierno y que incremente la calidad técnica de sus actuaciones. Podría también establecerse un sistema de control de calidad del plan de igualdad simultáneo al registro, por parte de la Autoridad Laboral encargada del mismo o por derivación a órganos especializados como el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, aunque en este caso probablemente nos encontraríamos con similares problemas a los que se acaban de describir. La intervención en el control de los planes de igualdad por parte de la Autoridad Laboral encargada del registro de los convenios y acuerdos colectivos³ sería tan improbable como el control de legalidad básico que teóricamente debieran realizar y que, de hecho, nunca se produce. La previsión que establece actualmente el art. 90.6 ET de que en caso de duda acerca de posibles contenidos discriminatorios en los convenios colectivos se solicite asesoramiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades tampoco suele utilizarse, por lo que es improbable que empiece a utilizarse para el caso del registro de los planes de igualdad. Otra posibilidad sería que la Inspección de Trabajo pudiera detectar planes de igualdad inadecuados. Sucede, sin embargo, que no se prevé ninguna sanción en la LISOS para el caso de incorrecta realización de un plan de igualdad por lo que la Inspección de Trabajo no tiene capacidad para levantar acta de infracción cuando algún plan de igualdad no se adecua a la realidad de la empresa. Ninguna de estas posibilidades ha sido incorporada por el RDL 6/2019, por lo que previsiblemente los planes de igualdad seguirán siendo un espacio liberado del control de adecuación y, por tanto, en buena parte inefectivos.

³ Art. 90.5 ET. Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Otra cuestión de gran importancia que queda sin resolver en el RDL 6/2019 es el de las sanciones efectivas en materia de planes de igualdad. El actual marco sancionador es notablemente impreciso. Poco resuelve la reforma que establece el RDL 6/2019 del art. 7.13 LISOS incorporando una referencia expresa a la LOIE. Debiera establecerse un marco coherente de sanciones en el que se diferenciara entre incorrecta elaboración de un plan de igualdad (cuando no se adecuara a la realidad de la empresa o no se regularan adecuadamente los contenidos mínimos), incorrecto cumplimiento de lo establecido en la norma o convenio respecto a los planes de igualdad (cuando concurrieran defectos formales o de procedimiento en la elaboración del plan de igualdad, incluyendo la falta de registro), y falta de cumplimiento de lo establecido en los planes de igualdad (cuando no se cumplieran los compromisos, los plazos, los seguimientos y las adaptaciones). Las referencias actuales en el art. 7.13 LISOS⁴ y en el art. 8.17 LISOS⁵ resultan claramente imprecisas.

En el RDL 6/2019 se intenta incorporar la obligación de que los planes de igualdad sean negociados, pero no se hace con la suficiente contundencia, de modo que al final da la sensación de que la negociación se refiere tan solo al diagnóstico. En efecto, en la redacción que se propone en el RDL 6/2019 del art. 46 (en dos ocasiones) parece que solo debe negociarse el diagnóstico cuando debiera ser objeto de negociación todo el plan de igualdad (incluyendo medidas concretas y, sobre todo, medidas de monitorización y control). Estas menciones del art. 46.2 LOIE conforme al RDL 6/2019 de que solo debe ser objeto de negociación la fase de diagnóstico podría legitimar que el resto de actuaciones (medidas y sistemas de seguimiento y monitorización) fueran consideradas de competencia empresarial exclusiva, lo que claramente ni promovería la corrección de la desigualdad en las empresas ni favorecería la implicación de los representantes de los trabajadores en la configuración de las políticas de igualdad en la empresa.

2. La discriminación retributiva

El RDL 6/2019 realiza pocas modificaciones normativas con relación a la igualdad retributiva, lo que resulta llamativo porque en este ámbito existen dos extensas proposiciones de ley registradas, una de ellas (la registrada el 24 de octubre de 2017 por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem) con la fase de presentación de enmiendas ya concluida. Lo más llamativo de ambas proposiciones era su transversalidad real. Tenían como principal objetivo la efectividad de la igualdad retributiva y, al efecto, se detenían en aspectos instrumentales y complementarios dirigidos a asegurar su eficacia. La transversalidad del RDL 6/2019 es, sin embargo, bastante limitada en esta materia. Sus contenidos son los siguientes: (i) El RDL establece la reforma del art. 9.3 ET a efectos de

⁴ Art. 7.13.LISOS:(Constituye infracción grave) *No cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.*

⁵ Art. 8.17.LISOS (Constituye infracción muy grave) *No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.*

que, en caso de nulidad por discriminación “salarial” (sic) el trabajador tenga derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor; (ii) Se modifica el art. 22.3 ET que incorpora una referencia expresa a la necesidad de que la definición de grupos profesionales se base “en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”; (iii) Se establece asimismo una definición de trabajo de igual valor. El art. 28.2 ET conforme a la redacción aportada por el RDL 6/2019 establece lo siguiente: *Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.* (iv) Se establece el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir informes anuales sobre el registro salarial previsto en el art. 28.2 ET (art. 64.3 ET) y se incluye una expresa referencia a que entre las tareas de vigilancia de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que corresponde a los representantes de los trabajadores se incluya la materia “salarial” (sic) (art. 64.7.a ET) (v) se establece la obligación de que todos los empresarios lleven un registro con los valores medios de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. El acceso a este registro por parte de los trabajadores se puede hacer por medio de la representación legal de los trabajadores; (vi) Se establece la presunción de existencia de discriminación retributiva cuando en las empresas con al menos cincuenta trabajadores el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25% o más, tomando como referencia el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas. El empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que la eventual diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de la persona trabajadora.

Lo más llamativo del nuevo artículo 28 ET es la insistencia en utilizar como referencia las percepciones estrictamente salariales, olvidando que la igualdad retributiva entre mujeres y hombres se refiere a todo tipo de percepciones. Así se establece expresamente en el art. 28.1 ET primer párrafo (inalterado por el RDL 6/2019) y en el art. 4 de la Directiva 2006/54. En el RDL 6/2019 se hace referencia a que este registro “salarial” debe contener valores medios de los salarios, de complementos salariales y de percepciones extrasalariales, lo que solo en parte sirve para corregir el defecto de su denominación, porque una referencia extensiva a cualquier tipo de retribución, en los términos establecidos en el art. 28.1 primer párrafo ET y en el art. 4 de la Directiva 2006/54 hubiera sido, sin duda, más adecuada. De cualquier modo resulta interesante que por medio de este registro, finalmente la normativa española se acomoda a la recomendación de transparencia retributiva de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014. Debe señalarse, sin embargo, que el RDL 6/2019 en esta materia no va a situar a España, precisamente, entre los países más avanzados en materia de transparencia retributiva. De hecho el RDL 6/2019 ha optado por un sistema relativamente cómodo de información a los representantes de los trabajadores por medio de su acceso a un registro. Pero los trabajadores no pueden acceder directamente

a dicho registro, sino solo a través de sus representantes, lo que hace que la transparencia desaparezca en las empresas sin representantes y, por tanto, en todas las que tienen menos de diez trabajadores (que son las que mayoritariamente dan empleo en nuestro país). De otro lado, el sistema de información a los representantes incluso en las empresas en las que éstos existan, no garantiza suficientemente que los datos lleguen a los trabajadores/as afectados. En definitiva, el sistema de transparencia retributiva configurado presenta deficiencias importantes. En la proposición de ley para la igualdad retributiva registrada el 24 de octubre de 2017 se establecía un sistema de información retributiva desglosada que debía estar en las nóminas de los trabajadores y que por tanto era inmediatamente accesible para estos. Debe recordarse que la transparencia plena en los datos promediados es un elemento fundamental porque permite establecer los indicios que permiten invertir la carga de la prueba y hacer que sea el empresario el que justifique la diferencia.

El registro salarial que se establece por el RDL 6/2018 tiene un problema adicional de no escasa trascendencia: no se ha previsto ninguna sanción específica para el caso de incumplimiento, por lo que la falta de existencia del mismo o su elaboración defectuosa no tiene más sanción que la correspondiente a las infracciones leves conforme a lo establecido en el art. 6.7 LISOS⁶. Se echa en falta, asimismo, la previsión de un desarrollo reglamentario para la determinación del contenido exacto de la obligación de registro porque es demasiado general e imprecisa la información de los “valores medios” (¿medias o medianas?) que debe contener. Tampoco se entienden bien los parámetros de referencia para dicho promedio, que el RDL 6/2019 refiere a “grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”. Ciertamente el sistema de acotamiento es complicado dada la variedad de sistemas de clasificación profesional, pero pretender que el asunto se solucione por medio de una referencia general a los trabajos de igual valor no es demasiado realista. La complejidad de los parámetros de comparación requería de un desarrollo reglamentario que el RDL no ha querido contemplar, con lo que está legitimando cualquier opción empresarial en su realización lo que presumiblemente conllevará que se consideren como trabajos de igual valor a efectos del registro salarial aquellos más favorables a la empresa. Teniendo en cuenta que no se han configurado sanciones efectivas, y que no se prevén mecanismos para controlar la corrección de los datos, el registro más que un beneficio para los trabajadores puede ser un obstáculo difícil de salvar en las reclamaciones por discriminación retributiva.

También puede originar problemas la redacción que incorpora el RDL 6/2019 del art. 9.3 ET, en tanto en cuanto señala que en caso de nulidad por discriminación salarial el trabajador tendrá derecho a la “retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor”. Probablemente lo que pretendía el RDL era garantizar la retribución más alta a quien ganaba un proceso por discriminación retributiva, pero con la formulación utilizada no se consigue necesariamente este efecto porque parece legitimarse también la posibilidad de condenas a la equiparación a la baja.

⁶ Art. 6.7 LISOS: (Son infracciones leves) *Cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales.*

Salvo los defectos señalados y aunque se echa de menos una batería de medidas efectivamente transversal e intensa en todos los ámbitos (particularmente en materia procesal y sancionadora) lo cierto es que muchas de las alteraciones que propone el RDL 6/2019 en materia de lucha contra la discriminación retributiva son interesantes: el concepto de trabajo de igual valor que se propone es adecuado, como también lo es la referencia expresa a la necesidad de que la definición de grupos profesionales se base “en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”. Con esta compleja expresión parece que la norma está requiriendo, al menos, que los convenios contengan los criterios necesarios para que opere la valoración de puestos, aunque hubiera sido más operativa una formulación más sencilla. También hubiera sido conveniente que estos criterios de valoración se refirieran a todos los niveles de la clasificación profesional y no solo a los grupos profesionales. También es de notable interés la presunción de existencia de discriminación retributiva (a efectos de determinación de indicios) cuando el porcentaje diferencial de las retribuciones percibidas sea superior al 25%, aunque se queda corto de nuevo en lo que guarda relación con el parámetro de referencia porque aplica esta presunción tan solo al conjunto de la masa salarial o a la media de las percepciones satisfechas. La presunción hubiera sido de mayor utilidad si se hubiera referido también a las percepciones dentro de grupos profesionales o de otros niveles inferiores en la clasificación profesional. Pero ello requería una mayor implicación normativa en la determinación de los parámetros de referencia que el RDL no ha querido asumir ni en este momento ni por vía de desarrollo reglamentario.

3. El permiso por nacimiento de hijo

El permiso por nacimiento de hijo es uno de los aspectos del RDL 6/2019 que ha suscitado mayor interés mediático. Dentro del nuevo concepto de permiso de nacimiento se encuentra el antiguo permiso de paternidad (o del otro progenitor), cuya ampliación hasta tener la misma duración que el antiguo permiso de maternidad (16 semanas con carácter general) ha sido destacado como el principal contenido del RD 6/2019, al menos en los medios de comunicación. Debe decirse, en todo caso, que la equiparación a 16 semanas que opera el RDL entre los antiguos permisos de maternidad y paternidad no se hará efectiva hasta 2021, aplicándose hasta entonces un complejo entramado de aumento progresivo que diferencia entre el tramo obligatorio de seis semanas y el restante⁷, y que también establece peculiaridades para el permiso de adopción⁸. El efecto inmediato es

⁷ Desde la entrada en vigor del RDL 6/2019 el permiso de nacimiento diferente a la madre biológica será de 8 semanas, dos de ellas obligatorias; A partir de 2020 la duración total será de doce semanas, siendo las cuatro primeras obligatorias; en 2021 se producirá la equiparación total por medio del reconocimiento de dieciséis semanas total, seis de ellas obligatorias (DT 13 ET y DT 9 EBEP). La DT 13 ET establece precisiones transitorias particulares para el caso de fallecimiento de la madre y transferencia al padre que, sin embargo, no se contemplan en la DT 9 EBEP.

⁸ Para el permiso de adopción la DT 13 ET establece un sistema de ampliación gradual del mismo que también daría lugar a la equiparación en 2021, pero que hasta entonces se disfrutaría en torno a periodos obligatorios de seis semanas para cada sujeto beneficiario, y a un periodo restante global que podría ser distribuido libremente por estos, e incluso acumulado en uno solo de ellos. De este modo el objetivo de la intransferibilidad quiebra ostensiblemente en el régimen

que, a partir de la entrada en vigor del RDL 6/2019 el permiso para el otro progenitor asciende a ocho semanas, aumentándose en tres respecto a las cinco hasta ahora establecidas. Ahorraré al lector la exposición detallada de este periodo transitorio, particularmente porque recuerda demasiado el compromiso de ampliación a cuatro semanas del permiso de paternidad que contenía la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIE) y que tardó diez años en hacerse efectivo (el permiso de paternidad de cuatro semanas se estableció con efectos desde el 1 de enero de 2017).

Curiosamente, el cambio de nombre a “permiso de nacimiento”, que es lo que más llama la atención desde una perspectiva estrictamente jurídica, apenas ha trascendido en las informaciones difundidas por los medios, que, por cierto, en sus crónicas han seguido haciendo referencia al permiso de paternidad. La equiparación en la duración de los antiguos permisos de maternidad y paternidad tiene, como se sabe, una función estricta de fomento del reparto de responsabilidades. Por ello si no se disfruta se pierde. Esta es la razón por la que no tiene carácter transferible. Bajo esta concepción, que es la única que justifica la figura, la función del cuidado del menor es secundaria. El cambio de nombre a “permiso de nacimiento” que realiza el RDL 6/2019 es discutible precisamente por esta razón: si se hiciera expresa referencia al permiso de “paternidad” (que, por cierto, es la terminología mayoritaria en los países de la Unión Europea y es también la terminología usada en la propuesta de Directiva de 2017) se reforzaría su función de promoción de la corresponsabilidad. El cambio terminológico a “permiso de nacimiento” del RDL da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término “paternidad” nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin planteárselo la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el “permiso de nacimiento” terminaría siendo “disfrutado” en su totalidad por las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual. La terminología usada en el ámbito de la prestación de seguridad social es, si cabe, más criticable: el capítulo VI del título II LGSS que contiene las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad tras el RDL 6/2019 se llama “Nacimiento y cuidado de menor”.

La unificación conceptual en el nuevo permiso de nacimiento se refleja en el art. 48.4 ET; en el art. 49. a, b, c y d del RDL 5/2015, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); y en el art. 4.3 (y otros) de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA). Las diferencias entre ellos son pocas y de escasa trascendencia en el fondo. Por ejemplo, el permiso de nacimiento del otro progenitor en el EBEP se trata en el mismo apartado de la adopción; y en LET el permiso de nacimiento opera a modo de remisión

transitorio del permiso de nacimiento por adopción, dado que es más que previsible que esta bolsa de horas de libre distribución entre adoptantes termine recayendo en la mujer si se trata de una unidad familiar heterosexual.

y es considerablemente más breve. Dadas las similitudes en las páginas que siguen se hará referencia preferentemente al art. 48.4. ET en el bien entendido de que, salvo que se señale lo contrario y con las lógicas salvedades motivadas por la diferente estructura de los textos de referencia, el RDL 6/2019 establece básicamente lo mismo para EBEP y LETA. El art. 48.4 ET regula en su primer párrafo el permiso de nacimiento para la madre biológica con una duración de 16 semanas, seis de ellas obligatorias post parto. En su segundo párrafo el art. 48.4 establece el permiso de nacimiento para el progenitor distinto de la madre biológica con una duración total también de dieciséis semanas e incluso con un periodo de disfrute obligatorio similar durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. La equiparación en la denominación tiene como objetivo reforzar el objetivo de la corresponsabilidad, eliminando el título por el que se ejerce (madre o padre). El permiso de nacimiento del RDL 6/2019 surge, pues, con relación al hecho físico del parto, constituyendo un derecho de igual configuración para la madre biológica y para el otro progenitor. Es una configuración en principio interesante, pero que presenta algunas fisuras importantes, como más abajo se expone. Con relación a la adopción el RDL 6/2019 establece una regulación diferenciada del permiso de nacimiento, que se regula en el art. 48.5 ET y que se extiende, como hasta ahora, a la guarda con fines de adopción y al acogimiento. También para el supuesto del art. 48.5 ET se prevé una suspensión o permiso de dieciséis semanas para cada adoptante (o ejercitante de guarda o acogimiento), de las cuales seis resultan de disfrute obligatorio.

La estructura y forma de disfrute del permiso de nacimiento es lo más relevante en el RDL 6/2019 porque se configura como un permiso fraccionable (art. 48.4 ET): el permiso de nacimiento de la madre biológica debe disfrutarse por ésta durante las seis semanas obligatorias post parto. El resto del tiempo puede disfrutarse o bien durante cuatro semanas anteriores al parto o bien durante semanas completas de modo continuado o discontinuo con posterioridad al cumplimiento de las seis semanas obligatorias y hasta el cumplimiento de doce meses de edad del menor. El disfrute de cada periodo debe comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. Las mismas características tiene el permiso de nacimiento cuando es titularidad del otro progenitor. En el caso de adopción, guarda y acogimiento también se configura la misma posibilidad de disfrute fraccionado por semanas completas desde el cumplimiento de las seis semanas obligatorias inmediatamente posteriores a la resolución judicial o administrativa hasta el cumplimiento de doce meses posteriores a la fecha de dicha resolución (art. 48.5 ET). Se mantiene la posibilidad de anticipación de cuatro semanas en las adopciones internacionales (art. 48.5 ET), y también la ampliación en la duración de la suspensión, tanto en nacimiento como en adopción, guarda y acogimiento en caso de menor discapacitado o parto, adopción, acogimiento o guarda múltiple (en similares términos a los actuales).

Lo más relevante en el nuevo permiso por nacimiento es la posibilidad de fraccionamiento por semanas completas que establece el RDL a partir del cumplimiento de las seis semanas obligatorias posteriores al parto (la misma regulación se extiende al permiso de adopción, guarda y acogimiento) tanto en el caso de disfrute por parte de la madre como en el caso del otro progenitor. Es un sistema complejo que requerirá de alteraciones im-

portantes en los sistemas de control y, a tales efectos, el RDL 6/2019 añade una nueva DT, la 32, al texto de la LGSS para establecer su abono a posteriori en tanto en cuanto se lleven a cabo los correspondientes desarrollos informáticos. Pero ese, seguramente, es el menor de sus eventuales problemas aplicativos, como seguidamente se expone. En todo caso, es, sin duda, una innovación de gran relevancia pero que puede presentar un importante problema de adecuación a la Directiva 92/85. Dado que con relación al padre (o al otro progenitor) no existe hoy por hoy regulación por parte de la Unión Europea⁹ su aplicación no presenta dudas de acomodación. Pero con relación a las madres el art. 8 de la Directiva 92/85 establece que el permiso de maternidad correspondiente a la madre debe consistir en, al menos, catorce semanas “ininterrumpidas”. La redacción del art. 8.1 de la Directiva 92/85 es la siguiente: *1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.* La cuestión que se plantea es si la posibilidad de fraccionar el permiso de nacimiento de disfrute materno a partir de las seis semanas obligatorias post parto que permite el RDL 6/2019 cumple o no con lo establecido en el art. 8 de la Directiva 92/85.

En principio, el único país europeo que actualmente admite la posibilidad de fraccionamiento del permiso de maternidad antes de que se cumpla el periodo mínimo de catorce semanas establecido en el art. 8 de la Directiva 92/85 es Islandia¹⁰ que, por cierto, no está obligada por la Directiva 92/85 porque no forma parte de la Unión Europea. Ningún otro país de la Unión Europea tiene establecidos mecanismos de interrupción del permiso de maternidad similares al que ha introducido España por medio del RDL 6/2019¹¹. España tiene otro mecanismo de interrupción del permiso de maternidad: en caso de nacimiento de hijo prematuro o que debe ser hospitalizado con posterioridad al parto se admite también la interrupción del permiso de maternidad una vez transcurrido el plazo obligatorio de las seis semanas obligatorias post parto. Podría entenderse que la posibilidad de fraccionamiento en semanas completas del RDL 6/2019 no vulnera el art. 8 de la Directiva 92/85 porque el fraccionamiento es una mera posibilidad y la trabajadora no pierde su derecho al disfrute continuado si esa es su voluntad. Desde esta perspectiva la posibilidad de fraccionamiento establecida por el RDL 6/2019 parecería una mejora respecto a lo establecido en la Directiva 92/85. Y aunque ciertamente esta interpretación es plausible, no puede obviarse el hecho de que la formulación del RDL 6/2019 podría conducir a que la trabajadora fuera compelida a retornar anticipadamente al trabajo y a colocar el resto del permiso en las fechas que mejor convinieran a la empresa. Adicionalmente, la posibilidad de disfrute interrumpido del RDL 6/2019 puede dificultar el control por parte de la Inspección de Trabajo de que se respeta el derecho al disfrute de todo el

⁹ El permiso de paternidad se encuentra tan solo en una propuesta de Directiva de conciliación de responsabilidades presentada por la Comisión Europea y por el Parlamento Europeo el 26 de Abril de 2017. COM(2017) 253 final.

¹⁰ EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN GENDER EQUALITY AND NON DISCRIMINATION, *Measures to address the challenges of work-life balance in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, 2015*, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/3631-reconciliation>, pág. 63

¹¹ Vid supra pág. 59 ss

permiso de maternidad. En definitiva, la garantía del carácter ininterrumpido del permiso de maternidad que establece el art. 8 de la Directiva 92/85 no es un requisito caprichoso, incomprensible y rígido, sino una prescripción justificada dirigida a que la trabajadora no se encuentre forzada a renunciar a su permiso de maternidad. En un contexto de alta precarización del trabajo de las mujeres y de cierta estigmatización de los trabajadores que ejercitan sus derechos de conciliación por parte no solo de la empresa sino también del resto de compañeros/as, la posibilidad de fraccionamiento del permiso de maternidad entendida como “libre elección” de la trabajadora puede no ser tal. En el caso de interrupción del permiso de maternidad por ingreso hospitalario del menor con posterioridad al parto la posibilidad de interrupción forzada del permiso de maternidad por parte del empresario es menor porque requiere un supuesto de hecho muy concreto, pero si el fraccionamiento se configura como una posibilidad supuestamente libre e incondicionada para la trabajadora puede terminar suponiendo un recorte de derechos.

El sistema flexible que el RDL 6/2019 establece de seis semanas obligatorias post parto (o post resolución) y diez semanas posteriores con posibilidad de fraccionamiento por semanas completas hasta que el menor cumple doce meses se completa con la posibilidad de disfrute a tiempo parcial del permiso de nacimiento (tanto de madre como de otro progenitor, y también en caso de adopción, guarda y acogimiento). El gran problema es que la posibilidad de disfrute del permiso de nacimiento a tiempo parcial (lo que posibilita que se mantenga el contacto con la empresa y viene a suponer en la práctica una reducción de jornada retribuida al 100% al complementarse el salario parcial con la prestación de maternidad parcial) no constituye un derecho de padre/madre sino una mera posibilidad condicionada al acuerdo con el empresario. Si en lugar de haberse establecido en el RDL 6/2019 el cuestionable sistema de permiso fraccionado se hubiera establecido el derecho de la trabajadora o trabajador al disfrute parcial del permiso de nacimiento (tal y como sucede en buena parte de países europeos) sin necesidad de que llegara a acuerdo con el empresario se hubiera evitado el problema suscitado por la interrupción del permiso de maternidad. Y ello porque nada impediría un permiso combinado con trabajo a tiempo parcial en cómputo anual. Por supuesto, también admitiría el tiempo parcial en cómputo diario, semanal o mensual. Todo ello incrementaría la flexibilidad en su disfrute y evitaría los problemas de adecuación a la Directiva 92/85 que se han descrito más arriba.

De gran interés es la obligatoriedad que establece el RDL 6/2019 de que todos los sujetos que acceden al permiso de nacimiento (madre y otro progenitor), de adopción, de guarda y acogimiento disfruten obligatoriamente de seis semanas post parto o post resolución de adopción, guarda o acogimiento. Es difícil, sin embargo, que esta obligación se cumpla si no es la voluntad del sujeto supuestamente obligado, dado que tampoco hay prevista ninguna sanción. También es criticable el hecho de que se haya generalizado la rigidez que, por motivos estrictamente sanitarios, opera en caso de maternidad biológica. Y ello porque la obligatoriedad simultánea de las seis semanas difícilmente servirá para implicar al otro progenitor en el cuidado efectivo ni repercutirá en un cuidado del menor por la entidad familiar de mayor duración global. En todo caso, es previsible que aumente

el volumen de sujetos hombres que disfruten del antiguamente llamado permiso de paternidad, y no precisamente por el hecho del carácter obligatorio de las seis semanas sino porque la ampliación en la duración del permiso puede hacer que valga la pena solicitarlo.

El nuevo sistema configurado por el RDL 6/2019 tiene otras consecuencias: de un lado, desaparece la posibilidad de que tras las primeras seis semanas la madre pueda transferir al padre el resto de su permiso de maternidad. Hace bien la norma en insistir en la intransferibilidad del padre a la madre, pero no se acaba de entender demasiado que se prohíba con la misma determinación la transferencia de la madre al padre, que era una peculiaridad del sistema español que, a mi entender, favorecía la corresponsabilidad y el fomento de la alteración de roles. De otro lado, el cambio de nombre va a requerir ajustes de todo tipo en todas las partes de ordenamiento. El RDL lo intenta, y por ello está plagado de ajustes puntuales cuya única finalidad es la sustitución terminológica de los permisos de maternidad y paternidad por los nuevos permiso de nacimiento y de adopción. Estos cambios terminológicos cruzados son muy numerosos en el RDL, que termina dando una falsa sensación de gran volumen de cambios normativos. Los cambios puramente terminológicos son los siguientes: art. 11.1 y 2 –ampliación en la duración de los contratos formativos-; art. 37.3.b ET –desaparición del antiguo permiso de nacimiento de dos días-; art. 45.1.d ET –causas de suspensión-; art. 53.4 y art- 55.5 ET –causas de nulidad automática del despido-; DA 22 ET y art. 7 EBEP –aplicación al personal laboral en las Administraciones Públicas-; art. 49 a, b y c EBEP –aplicación en la Administración Pública-; art. 42.1.c LGSS –elenco de prestaciones de seguridad social-; art. 177, 178, 179, 180, 181 y 182 –prestación de maternidad del régimen general-; art. 318 LGSS –prestación de maternidad del RETA-; DA primera LGSS –prestación de maternidad en regímenes especiales-; art. 4.3 g y h, art. 11. 2 y 5, 16.1.d, 16.3, 26.1.b, 38 y 38.bis LETA. En este listado hay carencias evidentes (por ejemplo, nada se corrige en el art 108 LRJS con relación a la nulidad del despido), que teóricamente debieran quedar resueltas por la DA única del RDL 6/2019, que establece que todos los permisos y prestaciones de maternidad y paternidad quedan equiparados a “los permisos y prestaciones por nacimiento”. Es evidente, pese a este precepto, que los problemas que van a plantearse son numerosos porque hasta ahora el permiso de maternidad y el de paternidad han tenido un tratamiento sustancialmente diferente. Lo más claro es que el permiso de nacimiento va a ser difícil de coherencia con el RD 295/2009, de 6 de marzo que hasta ahora ha sido el desarrollo reglamentario de maternidad y paternidad, por lo que en tanto en cuanto surja un nuevo desarrollo reglamentario la situación puede ser complicada. La suspensión/prestación por maternidad es una situación antigua, con numerosas referencias cruzadas en todo tipo de normativas (por ejemplo, en la ley de prevención de riesgos laborales) y con una doctrina jurisprudencial voluminosa que va a ser difícil de reconducir al nuevo permiso/prestación de nacimiento. Innecesario resulta señalar asimismo las dificultades que se van a generar cuando se trate de conectar el permiso de nacimiento español con lo establecido en la Directiva 92/85, cuya finalidad estrictamente preventiva de la mujer choca con la finalidad mixta del nuevo permiso de nacimiento.

4. El permiso para el cuidado del lactante

Otro cambio importante que acomete el RDL 6/2019 es el del antiguo permiso de lactancia que ahora pasa a llamarse “para el cuidado del lactante” en el 37.4 ET. Una regulación similar (con algunas precisiones que se señalan a continuación) se contiene en el art. 48.f EBEP. La regulación que hace de esta situación el RDL 6/2019 es la siguiente: (i) El permiso (o reducción, ver *infra*) para el cuidado del lactante se configura como un derecho totalmente individual correspondiente a cada uno de los beneficiarios, por lo que puede duplicarse en atención al mismo menor causante. Se establece la misma posibilidad de limitación de su ejercicio por parte de la empresa si dos trabajadores de la misma acceden por el mismo sujeto causante que existe para la excedencia.; (ii) Se mantiene su duración hasta la edad de nueve meses del hijo y su contenido (media hora de reducción o una hora de interrupción), aunque si se disfruta por ambos puede ampliarse en tres meses más de reducción de jornada (hasta el decimosegundo) en cuyo caso uno de los progenitores tendrá derecho a una prestación que compense la reducción de jornada. El otro podría mantener el derecho a la reducción de jornada desde los nueve meses hasta los doce de edad del hijo pero ésta no sería retribuida. En el art. Art. 48 f EBEP la duración el permiso para el cuidado del lactante es de doce meses por lo que no se aplica el mecanismo de diferenciación en dos fases (permiso primero; y prestación después) del art. 37.4 ET.

El cambio de nombre del antiguo permiso de lactancia al actual permiso para el cuidado del lactante del RDL 6/2019 tiene gran interés porque reconoce la naturaleza de permiso parental de esta situación, tal y como en su momento estableció el TJUE en su sentencia de 30 de septiembre de 2010, C-104/09 (Asunto Roca Alvarez). Habría sido de agradecer, sin embargo, que el RDL 6/2019 hubiera sido más riguroso en la utilización del nuevo nombre porque aparecen diferentes conceptos a lo largo de todo su articulado, como si hubieran sido diferentes las personas encargadas de la redacción: por ejemplo, en el art. 48.f EBEP se hace referencia a un permiso “por lactancia de un hijo menor” (no para el cuidado del lactante); el capítulo VII del título II LGSS que regula la nueva prestación que da cobertura al nuevo permiso se llama “Corresponsabilidad en el cuidado del lactante” y su primer artículo (el art. 183 LGSS) hace referencia a una “prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”. De otro lado, el art. 4.3.g LETA menciona el “ejercicio corresponsable del cuidado del lactante” para hacer referencia a esta situación. Las diferencias terminológicas confunden todavía más un marco normativo que ya es, de por sí, bastante complejo. La propia naturaleza de la situación de lactancia es muy confusa en el art. 37.4 porque el término “reducción de jornada” en ocasiones aparece como una opción opuesta a la interrupción o ausencia de una hora y en otras ocasiones aparece como la definición general que engloba tanto la reducción de media hora como la interrupción de una hora. Así, el art. 37.4 ET señala en su tercer párrafo que *La “reducción de jornada”¹² contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras....* Más adelante la DA 19 ET conforme a la redacción dada por el RDL

¹² El entrecomillado es mío

6/2019 establece que el salario relevante a efectos de determinación de la indemnización por despido se refiera a todos los supuestos de “reducción de jornada” por conciliación, incluyendo el del art. 37.4 ET. La naturaleza jurídica de esta figura podía haberse resuelto de modo expreso y hubiera evitado este tipo de confusiones.

La titularidad estrictamente individual del permiso para el cuidado del lactante es un cambio de notable interés porque de este modo el permiso deja de ser transferible, como lo era hasta ahora. Efectivamente, bajo la regulación anterior del art. 37.4 ET, era solo uno el progenitor que podía disfrutarlo por el mismo sujeto causante, lo que provocaba el efecto de que lo disfrutara mayoritariamente la madre. No ayudaba demasiado el hecho de que no fuera admisible ni siquiera el reparto del mismo entre los dos posibles beneficiarios. La sentencia dictada en el asunto Roca Alvarez obligó a España a hacer que este permiso dejara de ser de titularidad prioritariamente femenina por cuanto ello perpetuaba roles de cuidado, pero la transposición de dicha sentencia al ordenamiento español por medio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no fue demasiado afortunada porque hizo el permiso accesible para cualquiera de los dos progenitores pero requiriendo, aparentemente al menos, que ambos trabajaran. Ello motivó que se presentara una cuestión prejudicial por eventual concurrencia de discriminación indirecta por razón de sexo, dado que es más probable que las mujeres sean las que no trabajen e impidan con ello el acceso del padre¹³. Redacción tan defectuosa motivó diferentes interpretaciones judiciales en torno a su alcance cuando uno de los progenitores no trabajaba, aunque solo en pocas ocasiones se reconoció que el derecho al permiso existía aunque el otro no trabajara¹⁴. El RDL termina con esta situación y establece permisos para el cuidado del lactante iguales, individuales e intransferibles, lo que merece una valoración positiva.

Lo más novedoso del permiso para el cuidado del lactante es que da lugar a una prestación de seguridad social (solo para uno de los progenitores) entre el mes noveno y el duodécimo de edad del hijo, si ambos progenitores lo han disfrutado hasta entonces “con la misma duración y régimen” (art. 183 LGSS). Se configura por tanto como un premio por la corresponsabilidad. Esta prestación del mes noveno al duodécimo solo admite la reducción de jornada de media hora y no la interrupción de la jornada por una hora que también prevé el art. 37.4 ET para el cuidado del lactante hasta nueve meses. La prestación consiste en la percepción proporcional correspondiente a la reducción tomando como referencia el 100% de la base reguladora (art. 185 LGSS). La prestación no tendrá gran relevancia para sus eventuales beneficiarios porque media hora diaria durante tres meses se asimila aproximadamente a la retribución correspondiente a 33 horas de trabajo, algo menos de una semana de trabajo. Sin embargo es un coste que, en términos globales, tiene su importancia, sobre todo en el contexto actual de déficit, por lo que plantea el dilema de

¹³ El Auto del TJUE de 21 de marzo de 2018, C-252/17, asunto Vadillo González, inadmitió la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo social número 2 de Cádiz porque consideró que no quedaba probada la mayor afectación femenina en el caso planteado, pero no entró a resolver si, en el caso de que dicha prueba se hubiera presentado, la norma hubiera sido constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

¹⁴ STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2018, Rec. 7001/17

si su coste (aunque sea bajo) justifica su existencia. Es muy probable que el permiso para el cuidado del lactante no requiera de los mecanismos de promoción que requieren otros permisos de ausencia total, como por ejemplo el antiguo permiso de paternidad. A fin de cuentas es una reducción o interrupción diaria de aplicación sencilla y que plantea escasa resistencia. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que es muy probable que la adición de tres meses sea disfrutada por la madre ya que solo da lugar a una prestación, con lo que la finalidad del reparto se difumina.

En fin, lo que se plantea es si no hubiera sido más adecuado sencillamente aumentar a doce meses la edad del hijo que da derecho al permiso para el cuidado del lactante (como ya se establece en el EBEP), puesto que el carácter retribuido del mismo nunca hasta ahora ha sido planteado como un coste inasumible por el empresariado, dado que básicamente requiere ajustes de organización pero no genera incremento de costes. Ello permitiría permisos iguales de verdad, hasta los doce meses de edad del hijo, y no permisos hasta nueve meses de edad del hijo para uno (generalmente el padre) y hasta los doce meses del hijo para la otra (generalmente la madre). De otro lado, había problemas de fácil solución en la regulación del permiso para el cuidado del lactante que quedan sin resolver: no se comprende por qué el permiso diario se reduce a la mitad cuando se toma al principio o al final de la jornada (reducción de jornada), lo que implica una penalización en su ejercicio difícilmente justificable. También es muy cuestionable que el RDL 6/2019 no haya establecido la posibilidad de acumulación del permiso para el cuidado del lactante como un derecho del beneficiario, y no como una mera posibilidad condicionada al convenio o al acuerdo con el empresario. En definitiva, y a salvo el cambio de nombre, la corrección de los defectos del actual permiso de lactancia hubiera sido probablemente más efectiva y considerablemente menos costosa (no solo en términos de coste de la prestación sino también en términos de coste de la gestión) que el actual permiso/prestación para el cuidado del lactante.

5. Otros permisos parentales

Los cambios que el RDL 6/2019 opera en otros permisos parentales son de muy escasa entidad: Efectivamente, permanecen inalterados en el fondo tanto el art. 37.5 ET (permiso y reducción de jornada por hospitalización del neonato) como el art. 37.7 ET (derecho a la determinación horaria de permiso para el cuidado del lactante, permiso o reducción por hospitalización del neonato y reducción de jornada), produciéndose tan solo por medio del RDL 6/2019 la introducción del lenguaje inclusivo por medio de la referencia a “personas trabajadoras”. El cambio terminológico hubiera tenido su importancia si se hubiera aprovechado la ocasión para introducir el lenguaje inclusivo en todo el texto del ET y del EBEP, o al menos en los artículos que modifica el RDL 6/2019, pero al no ser así, la simpleza de la alteración en los artículos 37.5 y 37.7 hace pensar en todo lo que podía haberse hecho y que sigue sin hacerse. Se echa en falta, por ejemplo, que se elimine la referencia a la reducción de jornada “diaria”, que se introdujo por medio de la Ley 3/2012 de reforma del mercado

de trabajo y que redujo ostensiblemente la capacidad del trabajador para escoger su forma de disfrute. Resulta sorprendente, asimismo, que no se haya eliminado (o al menos corregido o suavizado) la referencia que también introdujo la Ley 3/2012 a que los convenios colectivos pudieran establecer criterios para la concreción de la reducción de jornada. La normativa debiera haber sido particularmente meticulosa con la regulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos o dependientes porque es una posibilidad de ajuste más conveniente que los permisos en tanto en cuanto no produce la exclusión del trabajo y, si no se otorga la suficiente flexibilidad a los trabajadores en su configuración y disfrute, se puede producir el efecto de que tengan que recurrir a las ausencias.

Con relación a la excedencia por cuidado de hijos y familiares el RDL 6/2019 modifica la redacción del art. 46.3 ET de una manera sorprendente: Se amplía la duración de la reserva del puesto de trabajo hasta los 18 meses si son los dos progenitores los que disfrutaban de la excedencia “con la misma duración y régimen”. Pretende ser una medida para el fomento de la corresponsabilidad y termina siendo una medida casi absurda: la excedencia, que supone la pérdida de la retribución, no se reparte entre hombres y mujeres por medidas como ésta, sino fundamentalmente por razones económicas (la menor retribución femenina es la causante de su disfrute feminizado). Es muy cuestionable que el reparto se produzca por un incremento en la duración de la reserva del puesto de trabajo cuando, además, el TS ha reconocido que el derecho efectivo y directo al reingreso, sin necesidad de que deba esperarse a que exista vacante adecuada, se mantiene durante todo el tiempo de la excedencia por cuidado de hijos y familiares¹⁵.

6. El derecho a la adaptación de la jornada

El nuevo art. 34.8 ET que introduce el RDL 6/2019 es tan interesante como inquietante. Debe valorarse positivamente que se haya realizado una regulación tan minuciosa, que menciona muchas posibilidades de adaptación y que las configura como un derecho de las personas trabajadoras con hijos de hasta doce años solo condicionadas, al menos en principio, a su carácter razonable y proporcionado en relación con las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas o productivas de la empresa. El derecho al retorno a la situación original puede producirse de modo anticipado al momento inicialmente previsto si existe causa justificada. Son todos ellos contenidos muy positivos.

El tercer párrafo es el que suscita inquietud cuando establece un procedimiento metuloso de concesión que parece más desconfiado que garantista y que refuerza la malévol pero generalizada percepción de que los beneficios por cuidado de dependientes serán previsiblemente objeto de abuso en perjuicio de la empresa y del resto de trabajadores por parte de trabajadores (generalmente trabajadoras) sin demasiados escrúpulos. La evitación de la estigmatización de quien hace uso de sus derechos, olvidando la máxima de que *qui suo iure utitur neminem laedit* (quien hace uso de su derecho no daña

¹⁵ STS de 21 de febrero de 2013, Rec. 740/2012

a nadie), debiera haber sido el eje fundamental en la configuración de una nueva cultura del cuidado pero el actual art 34.8 ET no lo ha hecho así. En lugar de sospechas y preven- ciones debiera haberse establecido con claridad que si el ejercicio de los derechos de con- ciliación de los trabajadores afecta a la situación de otros trabajadores la responsabilidad no debe ser de quien los ejercita sino de la empresa, que es responsable de la organización del tiempo de trabajo.

El procedimiento para la adaptación que establece el art. 34.8 ET es el siguiente: pri- mero, los “términos de su ejercicio” se establecerán, en primer lugar, en el convenio colec- tivo de modo que se garantice “la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo”. No hay nada que objetar al hecho de que los convenios fijen cauces para la determinación de las soluciones proporcionadas y razo- nables a las que hace referencia el propio art. 34.8 ET, pero la ausencia de discriminación (que, por cierto, obliga a todos los sujetos sin necesidad de que se mencione expresamen- te) no es lo único que debe respetar el convenio colectivo. El derecho a la conciliación es un derecho de dimensión constitucional de las personas (por todas, STC 26/2011, de 14 de marzo) y, por tanto no puede quedar eliminado o distorsionado por la negociación co- lectiva. Quiere decirse que la persona trabajadora debe tener derecho a la adaptación en términos de derecho individual si es razonable y proporcionada, en relación con sus nece- sidades y las de la empresa. Por ello no pueden ser admisibles condicionantes que de modo general, y sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, pudieran establecer los convenios colectivos. Piénsese, por ejemplo, en que el convenio estableciera plazos que impidan la cobertura en situaciones de fuerza mayor; o que estableciera cambios de turno u horario estrictos y cerrados; o que prohibiera que se afecten determinados servicios o tramos horarios. Segundo, el art. 34.8 ET establece que en defecto de convenio la empresa negociará con la persona durante un periodo máximo de treinta días, al término de los cuales, aceptará la propuesta, presentará una alternativa o se negará a ella. Solo en este último caso de negativa (y no en el caso de que el empresario aporte una alternativa “que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora”) deberá el empresario presentar por escrito las razones objetivas en que se basa su decisión.

El RDL hubiera establecido una mejor regulación del derecho a la adaptación de la jornada si sencillamente hubiera establecido que las personas con dependientes tienen derecho a solicitar adaptaciones razonables y proporcionadas teniendo en cuenta sus ne- cesidades y las de la empresa y que el empresario debiera “tomarlas en consideración” (terminología usada en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales) debiendo justificar la no aceptación y ofreciendo alternativas en un plazo no superior, por ejemplo, a quince días. No era necesario, entiendo, que se mencionara ni el convenio colectivo (que siempre puede tratar el tema de la conciliación si lo desea) ni un plazo de “negociación” con el empresario de 30 días (al término de los cuales probablemente la persona trabajadora ya no necesita la adaptación). Mucho más relevante hubiera sido una referencia a la necesidad de que la organización del tiempo (y los tiempos) de la empresa y de las personas trabajadoras se realizara con carácter global, teniendo en cuenta no solo las necesidades de conciliación sino también las necesidades formativas (por cierto,

también esta cuestión necesita de una reforma coherente en el texto estatutario) y tomando en consideración que la organización del tiempo de trabajo de todas las personas trabajadoras es una materia de prevención de riesgos laborales (esta naturaleza tiene la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de ordenación del tiempo de trabajo) que obliga a la consideración de los riesgos psicosociales, las necesidades de los trabajadores sensibles y, por cierto, también la situación especial de las madres en situación de embarazo, maternidad y lactancia (la Directiva 92/85, de 19 de octubre, de maternidad también es una Directiva preventiva). El carácter de comentario de norma del presente trabajo no permite en este momento entrar en la obligada transposición que, en materia de protección de la lactancia, queda pendiente después de las sentencias del TJUE dictadas en los asuntos Otero Ramos (STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/17) y González Castro (STJUE de 19 de septiembre de 2018, C-41/17). Por cierto, está pendiente de resolución por el TJUE una cuestión prejudicial remitida por Auto del Juzgado de lo Social 33 de Madrid de 29 de mayo de 2018 por la que se planteaba que la regulación española que no reconoce un verdadero derecho de adaptación podría contravenir la normativa de la UE. Tal vez la reforma operada por el RDL 6/2019 la haga ya innecesaria porque, con todos sus defectos, lo cierto es que la regulación propuesta por el RDL 6/2019 configura un derecho de adaptación a favor de la persona trabajadora. En todo caso, la organización del tiempo de trabajo no puede seguir tratándose en España con el mismo carácter puntual y estigmatizante de antaño, sino que requiere una visión dinámica y flexible de carácter bidireccional.

7. La protección frente al despido

El RDL 6/2019 hace dos referencias a la protección frente al despido discriminatorio: (i) El RDL incorpora un segundo párrafo en el art. 14.2 ET en el que establece que el despido sin causa de la trabajadora embarazada será nulo desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de permiso de nacimiento; (ii) Se establece mediante la corrección del art. 53.4.c ET y del art. 55.5.c ET que la calificación de despido nulo procede en el caso de despido sin causa con carácter automático hasta los doce meses desde el nacimiento del hijo (si no hubiera otra causa de nulidad automática de mayor duración). Con anterioridad el periodo cubierto por la nulidad automática duraba hasta los nueve meses desde el nacimiento; (iii) El RDL incorpora una nueva frase en el quinto párrafo del art. 53.4 ET en la que se establece que *Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.*

La reforma operada por el RDL en esta concreta materia de protección frente al despido tiene claramente el carácter de urgencia que justifica la utilización del RDL y es de notable trascendencia. Efectivamente, tras la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/2016, dictada en el asunto Porrás Guisado, el ordenamiento español (o al menos la interpretación que del mismo había hecho el TS) requería de una reforma urgente para acomodarse al ordenamiento de la UE. Como se sabe, en Porrás Guisado se estableció que en caso de

despido de embarazada debe constar la razón por la que el concreto puesto de trabajo de la misma es el que debe ser objeto de amortización en un despido colectivo¹⁶. La cuestión prejudicial que condujo a esta STJUE se planteó porque, tras la STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 2507/2014 (ratificada por numerosas sentencias posteriores) el TS estableció que en la carta de despido individual posterior al despido colectivo no era necesario que constara más causa que la general que justificaba el despido colectivo. Si los motivos de la amortización concreta del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada no constan, se vulnera la prohibición de despido sin causa de la trabajadora embarazada establecido en el art. 10 de la Directiva 92/85. Esto es lo que señaló el TJUE en la sentencia dictada en el asunto Porras Guisado. Con posterioridad a la misma, el TS estableció que, en caso de despido de embarazada debía constar la causa de la amortización de su puesto de trabajo¹⁷, aunque lo hizo solamente con relación a los puestos de trabajo de las trabajadoras embarazadas y sin derogar la doctrina establecida en la STS de 15 de marzo de 2016 sobre el contenido de las cartas de despido. La reforma operada por el RDL en el art. 53.4 ET es de gran trascendencia porque establece la necesidad de que en todos los despidos individuales (y no solo de las trabajadoras embarazadas) se especifique la causa de la amortización concreta del puesto ocupado por la persona afectada. Es un precepto general y neutralizador de la doctrina establecida por la STS de 15 de marzo de 2016 que no solo sirve para trasponer la STJUE dictada en el asunto Porras Guisado para el despido de las trabajadoras embarazadas, sino que termina con los problemas de indefensión (y por ello de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) que se produjeron con la nefasta doctrina del TS.

Otra reforma interesante operada por el RDL 6/2019 es la que se refleja en el art. 14.2 ET, que establece la aplicación de la calificación de nulidad automática a la rescisión contractual sin causa de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba desde el inicio de su embarazo. De esta manera se neutraliza la doctrina del TC y del TS que, hasta el momento, había establecido que la protección automática de la calificación de nulidad establecida en el art. 55.5.a. ET no se aplica a la rescisión contractual durante el periodo de prueba¹⁸. Con esta interesante reforma normativa el RDL 6/2019 establece que a partir de ahora el empresario deberá tener causa justificada para rescindir el contrato de la embarazada durante el periodo de prueba, sin que sea relevante la falta de conocimiento de la gestación que pudiera alegar.

La valoración que merecen las reformas introducidas por el RDL en materia de protección contra el despido es la más positiva de todo el texto. También el incremento en la duración del periodo de protección automática por medio del despido nulo de los nueve hasta los doce meses desde el nacimiento que establece resulta de gran interés porque incrementa el periodo de tiempo de protección.

¹⁶ En el segundo apartado del fallo de la sentencia dictada por el TJUE en el asunto Porras Guisado se establece lo siguiente: *El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, "siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido"* (el entrecomillado es mío)

¹⁷ SSTs de 3 de abril de 2018, Rec. 762/2017; y de 26 de junio de 2018, Rec. 1398/2016

¹⁸ STC 3773/2011, de 10 de octubre; y STS de 18 de abril de 2011, Rec. 2893/2010

8. La protección de la dependencia

Los contenidos que el RDL 6/2019 dedica a las situaciones de dependencia son los siguientes: (i) Se modifica la DA 14 LGSS a efectos de que se recupere el convenio especial que otorga protección de seguridad social a los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia en los términos establecidos en el RD 615/2007, de 11 de mayo. Ello significa que la cuota del convenio especial del cuidador no profesional es a cargo del Estado. El nuevo convenio financiado por el Estado tendrá vigencia desde el 1 de abril de 2019 (DT 31 LGSS). (ii) Se prorroga por diez años más el Fondo de Apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia, añadiéndose a su largo nombre “y de los servicios sociales”. Este Fondo se creó por medio de la DA 61 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 con una vigencia de diez años. El RDL se limita a establecerlo de nuevo, una vez concluida su vigencia, por otro periodo de diez años. Hay otros cambios menores en dicho Fondo, como la referencia específica a las entidades que pueden percibirlos (“entidades del tercer sector de acción social, empresas de economía social y cualesquiera otras entidades y empresas”), que en realidad ya estaban comprendidas en el concepto anterior de empresas establecido en la norma que lo creó. Por lo demás, no se establecen compromisos de dotación de dicho Fondo diferentes de los que se puedan establecer por medio de Ley de Presupuestos, por lo que su virtualidad queda bastante reducida.

La protección de la dependencia operada por el RDL 6/2019 se limita, pues, a restablecer los derechos e instituciones que regían con anterioridad a los recortes lo que merece ciertamente una valoración positiva, aunque resulte inevitable echar en falta un paso más en la implicación de los Poderes Públicos. Es tanto lo que queda pendiente que sería imposible exponerlo en este momento, pero al menos existe la esperanza de que una norma posterior, más meditada y menos precipitada, otorgue un tratamiento completo y coherente a la cuestión de la dependencia. Con relación a la efectividad de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo es difícil desprenderse del miedo que suscita el hecho de que el modesto RDL 6/2019 haya dado un precipitado carpetazo a una igualdad entre mujeres y hombres que requiere de un compromiso mucho mayor por parte de los Poderes Públicos para ser verdaderamente efectiva.

Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género

Agreements and disagreements between ECHR and CJEU in matters of gender equality

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

*Magistrado especialista de lo social – TSJ / Galicia
Doctor en Derecho / Graduado Social
Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad
de A Coruña*

Recibido: 21/02/2019

Aceptado: 01/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4764>

Resumen. El estudio analiza las coincidencias y las discrepancias existentes entre la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en relación con dos cuestiones concretas en las cuales está implicada la igualdad de género: la conciliación masculina y la discriminación múltiple. La existencia de las discrepancias obedece a las diferentes características de los ordenamientos jurídicos que cada tribunal debe aplicar. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es un texto sobre derechos humanos y habilita ampliamente al TEDH para su aplicación. Mientras que el Derecho de la Unión Europea, aunque tiene unos objetivos de integración más ambiciosos que el CEDH, presenta carencias en materia de derechos humanos, lo que limita en no pocas ocasiones la actuación del TJUE. La solución estaría en la deseable integración de ambos ordenamientos jurídicos a través de la adhesión de la Unión Europea al CEDH.

Palabras clave: igualdad de género, TEDH, TJUE.

Abstract. The study analyzes the coincidences and discrepancies between the jurisprudence of the ECHR and the CJEU in relation to two specific issues in which gender equality is involved: male conciliation and multiple discrimination. The existence of the discrepancies is due to the different characteristics of the legal systems that each court must apply. The European Convention on Human Rights is a text on human rights and enables the ECHR to apply it broadly. While the European Union Law, although it has more ambitious integration objectives than the ECHR, it has many lacks about human rights, which limits the CJEU's decisions on many occasions. The solution would be the desirable integration of both legal systems through the accession of the European Union to the ECHR.

Keywords: gender equality, ECHR, CJEU.

*fernando.lousada@udc.es

I. La igualdad de género en el derecho multinivel europeo y el diálogo entre tribunales

Desde hace unos años hay dos tópicos en el mundo del Derecho que han tomado protagonismo en los estudios doctrinales: el derecho multinivel y el diálogo entre tribunales. Ambos son consecuencia de la pluralidad de fuentes del Derecho que actualmente confluyen en un mismo ordenamiento jurídico –y aquí utilizo la expresión con el significado de fuente material del Derecho esto es como poder legitimado para crear Derecho–. Cada una de esas fuentes se dota de un orden jurídico basado en unos principios propios –de ahí el surgimiento del llamado derecho multinivel– y de un poder judicial que garantice su debida aplicación –lo que conduce al diálogo entre tribunales–.

Nos proponemos realizar algunas reflexiones personales acerca del diálogo sobre igualdad de género entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, radicado en Estrasburgo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, radicado en Luxemburgo.

A veces ese diálogo ha creado puntos de encuentro que han permitido avances significativos apoyándose un tribunal en la doctrina del otro, y viceversa. Ha ocurrido con la conciliación masculina, que examinaremos como ejemplo de punto de encuentro.

Pero otras veces el TEDH ha ido por delante del TJUE, llegando aquel a donde este no podía lastrado por los límites del ordenamiento comunitario. Ha ocurrido con la discriminación múltiple, que examinaremos como ejemplo de punto de desencuentro.

II. Un encuentro entre estrasburgo y luxemburgo: la conciliación masculina

a) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El planteamiento histórico de la jurisprudencia luxemburguesa con relación a los derechos masculinos de conciliación es hijo de un tiempo en el cual la atribución a las mujeres de las labores de cuidado de hijos/as recién nacidos aparentaba natural. Desde la perspectiva del derecho comunitario, la cuestión se reconduce al alcance de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y, más específicamente, al alcance de la exclusión que se contempla en su artículo 2, apartado 3: *“la presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”*.

Interpretando esta norma, la STJUE de 12.7.1984, Hofmann, C-184/83, admite la atribución a la trabajadora de un descanso retribuido por el Estado tras la expiración del plazo legal de protección de la maternidad, sin que se obligue al Estado a permitir su concesión al padre, ni siquiera si hubiera acuerdo entre ambos progenitores, porque el citado artículo 2.3 contempla, *“por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a este, hasta el momento en que se normalizan sus*

funciones fisiológicas y psíquicas después del parto y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.

Ya antes del Caso Hofmann –aunque a decir verdad no con tanta contundencia– se había considerado conforme a la normativa comunitaria la existencia de un permiso a favor de la madre adoptiva –STJUE de 26.10.1983, Comisión contra Italia, C-163/82–.

Tal entendimiento amplio de la excepción de maternidad se ha criticado en la doctrina porque “*perpetúa la clásica responsabilidad femenina a cargo del cuidado de hijos y contribuye a mantener indeseables estereotipos*”¹. Acaso por ello, la normativa comunitaria ha evolucionado en un sentido divergente a la doctrina Hofmann, y acaso por ello también el TJUE no ha vuelto a aplicarla aunque ha tenido ocasión de hacerlo.

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha desarrollado –como se deriva de su propia denominación– solamente el aspecto de “*la protección de la condición biológica*”, pero no el aspecto de “*la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo*”. Y la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificativa de la Directiva 76/207/CEE, ha eliminado el artículo 2.3, que tampoco aparece en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, refundidora –entre otras directivas de igualdad de mujeres y hombres– de las anteriores.

Tampoco con posterioridad se ha aplicado la doctrina Hofmann, y las ocasiones en que acaso se podría aplicar, no se aplicó. A estos efectos, hay dos “*leading-case*”.

- (1) El primero de esos “*leading-case*” es la STJUE de 29.11.2001, Caso Griesmar, C-366/99, que consideró contrario al principio de igualdad la exclusión a los funcionarios que acrediten haber cuidado a sus hijos/as de una bonificación a efectos de la pensión de jubilación que se concede a las funcionarias. Dada la torpeza de la República francesa en corregir adecuadamente el defecto legislativo, ello ha dado lugar a un tortuoso íter judicial ante las instancias judiciales europeas de otros afectados. Y es que la modificación realizada a raíz del Caso Griesmar establecía unos beneficios para la jubilación aplicables a ambos sexos, pero con la condición de haber interrumpido los servicios durante al menos dos meses al amparo de ciertos permisos para el cuidado de hijos, entre ellos el de maternidad. Aquí saltó una esquirola que impactó con el TEDH: un funcionario varón denuncia ante Estrasburgo que la reforma legislativa se le aplica de manera retroactiva, y la STEDH de 11.2.2010, Caso Javaugue vs. Francia, constata una violación del derecho a un juicio justo (reconocido en el artículo 6.1 del CEDH).

¹ María Amparo BALLESTER PASTOR, quien al efecto ha destacado que el TJUE “*(da) un paso atrás respecto a (su) postura en torno al alcance de la legislación protectora*”, “Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 164.

Pero lo peor estaba por llegar², y vino de la mano de la STJUE de 17.7.2014, M. y B. Leone, C-173/13. Otro funcionario, acompañado de su esposa (que invoca el perjuicio personal que sufriría, en caso de fallecimiento de su marido, en el cálculo de la pensión de supervivencia), denuncia la existencia de una discriminación indirecta. Considerando que un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres pueden cumplir las condiciones para la jubilación anticipada, el TJUE admite la posibilidad de una discriminación indirecta bajo la reserva de justificación, por parte de la República francesa, de un interés social legítimo que la medida impugnada debe atender efectivamente, a examinar por la jurisdicción nacional. En cuanto a la invocación de una acción positiva, el TJUE no ve en qué medida la anticipación de la jubilación ayudaría a los interesados a superar las dificultades existentes a lo largo de la carrera profesional.

(2) El segundo de esos “*leading-case*” es la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, procedente de España, donde, en consonancia con un anhelo de la doctrina laboral española³, se consideró discriminatorio el permiso español de lactancia que, si bien con posibilidad de traspaso al padre, era de titularidad en principio femenina. Sin dar por finiquitada la doctrina Hofmann⁴, el TJUE se distancia de las consecuencias a que conduciría su aplicación porque “(el) permiso (de lactancia) se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores ... (no para) asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo”⁵.

Se reitera la doctrina Roca Álvarez en la STJUE de 16.7.2015, Caso Maïstrellis, C-222/14. De conformidad con el estatuto del personal judicial griego, mientras que una jueza tenía derecho incondicional a una licencia después de un nacimiento o adopción, un juez solo podía reclamarlo si su esposa tenía una actividad profesional. El Tribunal considera ello contrario al Acuerdo Marco, pues con el mismo se pretende garantizar ese permiso a todo progenitor, y a las directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, pues se establecen condiciones de trabajo que son diferentes para los hombres y las mujeres. Además, la normativa griega suponía claramente una perpetuación de los roles tradicionales de género que atribuyen a las mujeres el cuidado de los hijos/as.

² Con anterioridad al Caso M. y B. Leone, se había planteado otra cuestión prejudicial por impacto adverso sobre los hombres, Caso Amédée, C-572/10. Pero la cuestión fue retirada antes del dictado de la Sentencia. Sobre esta escaramuza judicial véase Jean JACQMAIN, “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2011 a 31/8/2012)”, Aequalitas, número 31, 2012, páginas 16-17.

³ Véase en este sentido, y ya en el año 1996, José Fernando LOUSADA AROCHENA: “*la parificación absoluta (de la titularidad del permiso de lactancia), permitiendo, incluso, el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores trabajadores, parece más acorde con el principio de igualdad entre ambos sexos*”, “El permiso de lactancia”, Relaciones Laborales, número 14, 1996, página 163.

⁴ Lo que critica Jean JACQMAIN: “*no se entiende, en 2010, el interés en mantener esa jurisprudencia, dejando escapar la posibilidad de considerarla definitivamente obsoleta*”, “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, Aequalitas, número 29, 2011, página 9.

⁵ Sobre el Caso Roca Álvarez, y sus consecuencias en el derecho español interno, me permito remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (A propósito de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez)”, Diario La Ley, núm. 7536, 2010.

Para dar cumplimiento al Caso Roca Álvarez, España modificó el artículo 37.4 del ET para que, donde decía “la trabajadora”, se diga “los trabajadores”, añadiendo que “este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”. El problema surge porque se agrega que “solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”, de manera que, si la madre no trabaja, el padre no puede disfrutarlo. Precisamente en un caso en el cual la madre estaba en desempleo, se planteó una cuestión prejudicial que el TJUE inadmite en ATJUE de 21.3.2018, Caso Vadillo González, C-252/17: una inadmisión formal sustentada en la supuesta defectuosa argumentación de la cuestión que solo se explica porque el TJUE se ha querido poner una venda para no apreciar la dimensión de género.

b) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha evolucionado en términos semejantes al TJUE, aunque –como veremos– la evolución no se encuentra tan acabada en el TEDH como en el TJUE.

A finales del Siglo XX –la primera vez que conoció un caso de derechos de conciliación masculina–, la posición del TEDH fue reticente, pues aunque –en palabras del propio TEDH– se detectaba una tendencia en los Estados miembros a la extensión de los derechos de conciliación a los progenitores varones, se entendía que esa tendencia no estaba consolidada. De ahí que en la STEDH de 27.3.1998, Caso Petrovic vs. Austria, no se consideró discriminatorio limitar a las madres una prestación por nacimiento de hijo. El TEDH ya estaba anticipando un cambio en su jurisprudencia.

Y el cambio se produjo con la STEDH de 7.10.2010, Caso Konstantin Markin vs. Rusia, confirmada a 22.3.2012 por la Gran Sala, donde se examinaba la adecuación al CEDH de un permiso parental para el personal militar solo concedido a las soldados. La Gran Sala examina en primer lugar, como factores contextuales, las directivas europeas sobre el permiso parental (la antigua 96/34/CE y la nueva 2010/18/EU), y dos Sentencias del TJUE relativas al reparto de responsabilidades familiares entre el padre y la madre: Griesmar y Roca Álvarez. Hecha esta aproximación, la Corte confirma que, si bien el artículo 8 del CEDH no exige la regulación de un permiso parental, en cuanto este contribuye a la calidad de la vida familiar entra dentro del ámbito de la disposición. En cuanto al artículo 14, el Tribunal confirma que el padre y la madre están en relación con el permiso parental en situaciones comparables, rechazándose los argumentos expuestos por Rusia para justificar la diferencia de trato: la invocación de una acción positiva para las mujeres es desacertada porque, por el contrario, la norma impugnada se basa en estereotipos acerca de la distribución de roles en la familia; y en cuanto al argumento de que la concesión del permiso parental a los hombres socavaría la eficacia operativa de las fuerzas armadas, se encuentra falto de toda demostración. Por ello, la Gran Sala concluye que el derecho a un permiso parental incluido dentro del derecho a la vida familiar y la exclusión de su disfrute a soldados varones es una vulneración acumulativa de los artículos 8 (vida familiar) + 14 (principio de igualdad) del CEDH.

La Sentencia de 2.10.2012, Caso Hulea vs. Rumanía, reitera sin mucho problema la doctrina Markin pues se trataba de un caso similar de discriminación de género en el acceso al permiso parental en el ámbito castrense por unos hechos anteriores a la adhesión de

Rumanía a la Unión Europea. En esa época, y en contra de la legislación general rumana, a los militares varones se les excluía del derecho al permiso parental. Aunque el Tribunal Constitucional de Rumanía decidió la existencia de discriminación, y ello provocó una corrección legislativa, el interesado no obtuvo reparación. Trayendo a colación –como no podía ser de otro modo– la doctrina *Markin vs. Rusia*, el Tribunal Europeo consideró la violación de los artículos 14 y 8 del CEDH.

Sin embargo, hay algunos signos de preocupación en orden al asentamiento definitivo de esta doctrina a favor de la conciliación masculina. En la STEDH de 17.2.2011, *Andrle vs Chequia*, sobre anticipación de la jubilación derivada del cuidado de hijos/as no aplicable a los varones, se considera que son acciones positivas a favor de las mujeres, lo que supone una divergencia con la normativa comunitaria porque “*la Directiva 79/7/CEE, sobre la igualdad de género en la Seguridad Social obligatoria, no prevé, en principio, excepciones para justificar el principio de no discriminación*”⁶. Y en la STEDH de 3 octubre 2017, *Enache vs. Rumanía*, se desestima la demanda de un recluso rumano que pretendía la aplicación a su favor de una disposición legal que permite a una madre solicitar el aplazamiento de la ejecución de la sentencia hasta el primer cumpleaños del hijo recién nacido; el TEDH argumenta que la diferencia de trato tiene una justificación objetiva en el mejor interés del niño, aunque hay votos disidentes que subrayan que la posición mayoritaria contradice claramente la doctrina *Markin*.

IV. Un desencuentro entre estrasburgo y luxemburgo: la discriminación múltiple

a) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) se muestra muy abierto a recibir el concepto de discriminación múltiple –acumulativa e interseccional–⁷ dada la amplitud de la cláusula de igualdad que contiene su artículo 14 al prohibir distinciones “*por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”. No es así de extrañar que el TEDH, ciertamente después de alguna oportunidad perdida, ya haya aludido en alguna ocasión de gran interés doctrinal al concepto de la discriminación múltiple, y, en todo caso, aplique con completa naturalidad en el enjuiciamiento la confluencia de distintas causas de discriminación.

Un primer asunto donde el TEDH pudo ya utilizar el concepto de la discriminación múltiple, pero no lo utilizó –con lo cual se puede hablar de una oportunidad perdida–, fue en la Sentencia de 8 de diciembre de 2009, *Caso Muñoz Díaz contra España*. La Nena –so-

⁶ En este sentido se manifiesta Jean JACQMAIN, quien –y así lo afirma explícitamente– “*se queda con las ganas de saber si sería igual la respuesta que, con el derecho comunitario en la mano, daría actualmente el Tribunal de Luxemburgo*”, “Crónica ... (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, citada, página 8.

⁷ Sobre la discriminación múltiple, véase José Fernando LOUSADA AROCHENA, “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social*, número 81, 2018.

brenombre de la actora– se había casado por el rito gitano con un varón gitano que, como albañil, había cotizado 20 años a la Seguridad Social. Tuvieron 6 hijos. Disponían de Libro de Familia, tenían la condición de familia numerosa y toda la familia constaba en la cartilla de la Seguridad Social. Los tribunales españoles denegaron la pensión de viudedad de la actora al entender que ni se la había discriminado por razón de sexo, ni por razón de raza, pero analizando por separado ambas causas de discriminación. El Caso de La Nena fue fallado a su favor en la citada STEDH, pero no argumentando sobre la base de una discriminación interseccional –como había sostenido alguna atinada doctrina⁸–, sino sobre la cláusula genérica de igualdad, pues en otros casos donde mediaba buena fe de los esposos la jurisprudencia española había flexibilizado la exigencia de la forma matrimonial, trayendo a colación para subrayar esa diferencia de trato la prohibición de discriminación de origen racial⁹.

Otro asunto relativo a España donde, de manera ciertamente escueta, el TEDH introdujo el concepto de discriminación múltiple fue en la STEDH de 25.07.2012, B. S. contra España. Se trataba de una mujer de origen nigeriano, con residencia regular en España, que ejercía la prostitución, y que sostuvo que unos agentes de policía la llamaron “puta nigeriana” y la agredieron con ocasión de una serie de acciones de identificación en una céntrica calle de Palma de Mallorca. Rechaza el TEDH la denuncia de la demandante por trato policial inhumano o degradante al no estar los hechos suficientemente acreditados, pero sí considera la existencia de discriminación al no haberse investigado judicialmente los hechos con la suficiente seriedad. El TEDH entiende que los tribunales no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución, faltando con ello a la obligación que les incumbía en virtud del artículo 14 de adoptar todas las medias posibles para determinar si una actitud discriminatoria ha podido desempeñar algún papel en los sucesos. Ahora bien, esta Sentencia alude al término de discriminación múltiple, introduciendo así una categoría jurídica que hasta entonces nunca antes había utilizado, pero no explica si ello tiene con-

⁸ Fernando REY MARTÍNEZ argumentó, en tal sentido, que *“a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se le impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo con los usos gitanos (por ser mujer gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de este (por ser mujer y gitana), pero se le negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácticamente aplicable a un varón gitano) –es evidente que su experiencia de discriminación no la hubiera podido haber sufrido ni una mujer paya ni tampoco un varón gitano– es específica –es una discriminación múltiple– discriminación que no ha sido judicialmente reparada”*, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 84, 2008.

⁹ Aunque considera *“el fallo razonable”*, Fernando REY MARTÍNEZ se lamenta de que *“la interpretación elegida limita enormemente las posibilidades futuras de aplicación de su argumentación”*, “La discriminación racial en la Jurisprudencia del TEDH”, accesible en www.procuradorageneral.es, y “La Sentencia del TEDH de 8.12.2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, Diario La Ley, número 7344, 2010. Parecidamente, Alicia CATALÁ PELLÓN, limita a los casos de buena fe la aplicación de la doctrina del Caso de La Nena, “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, Aequalitas, número 26, 2010, página 15. Y Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, concluye que *“difícilmente el Caso Muñoz Díaz podrá ser extrapolado a futuras demandas”*, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, Aranzadi Social, volumen II, número 18, 2010, BIB 2009 2052. Véase un magnífico análisis de este Caso, y el impacto del mismo en la doctrina judicial, en el reciente estudio de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, “La costumbre matrimonial gitana y el derecho a pensión contributiva de viudedad. Una reinterpretación del tema, a la luz de la historia y la interdisciplinariedad jurídicas”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, número 17, 2018.

secuencias jurídicas distintas a las de una discriminación por un solo motivo, ni delimita cuál es su alcance¹⁰.

Más moderna es la STEDH de 25 de julio de 2017, Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal. Se trata de una ciudadana portuguesa, nacida en 1945, sometida en 1995 a una operación quirúrgica para la extracción de las glándulas de Bartolín, en la cual, por un error médico, se le inutilizó el nervio pudendo. A partir de entonces, sufre incontinencia urinaria, dolor al andar y sentarse e imposibilidad de tener relaciones sexuales. El Tribunal Supremo redujo dos partidas indemnizatorias: de 16.000 € a 6.000 € la relativa a la necesidad de contratar una empleada de hogar para las tareas domésticas porque –entre otras razones– la demandante, dada la edad de sus dos hijos, “solo debe cuidar de su esposo”, no siendo necesario en consecuencia contratar a una empleada de hogar a tiempo completo; de 80.000 € a 50.000 € porque –entre otras razones– la demandante, que tiene ya 50 años y dos hijos, “tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad”. Considera el TEDH la existencia de una discriminación por sexo y edad porque, cuando el tribunal nacional afirma que la sexualidad no es importante para una mujer quincuagenaria con dos hijos como lo es para una joven, está asumiendo la tradicional idea de que la sexualidad femenina esta ligada al propósito de tener hijos, ignorando la relevancia física y psicológica de la sexualidad en la realización de la mujer como persona, y omitiendo tomar en consideración las dimensiones que la sexualidad tenía para la demandante en el caso concreto. La existencia de prejuicios en el razonamiento judicial se corrobora con la frase “solo debe cuidar de su esposo”. Además, el TEDH trae a colación dos asuntos decididos asimismo por el Tribunal Supremo de Portugal en los cuales, en indemnizaciones por errores médicos en que los demandantes eran varones quincuagenarios, se dieron indemnizaciones superiores por las dificultades en el acto sexual, a la vez que ello se consideraba un “tremendo shock”.

Con independencia de los otros factores concurrentes –origen racial o étnico en el Caso de la Nena, origen racial o étnico y nacionalidad en el Caso B. S., o edad en el Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais–, los tres casos tienen el denominador común de la discriminación por sexo/género, demostrando su fácil acumulabilidad a otras causas.

b) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La situación es totalmente diferente en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque la doctrina científica se ha afanado en buscar casos de discriminación múltiple en su jurisprudencia, lo cierto es que nunca ha admitido el concepto de discriminación múltiple ni sus eventuales consecuencias jurídicas. Quizás, hasta el Caso Parris –al que se hará mención de inmediato y que, como veremos, sienta una doctrina restrictiva–, el caso donde más de cerca había aparecido la discriminación

¹⁰ En este sentido véase el análisis, y en particular las conclusiones, de Ruth ABRIL STOFFELS, “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo (TEDH – Sentencia de 25 de julio de 2012, B. S. contra España, 47159/08 – arts. 3 y 14 CEDH – tratos inhumanos o degradantes – prohibición de discriminación – deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía)”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 44, enero/abril 2013, páginas 309-326.

múltiple fue en la STJUE de 19 de abril de 2012, Caso Meister, C-415/2010. La trabajadora demandante alegaba la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple por su sexo, su edad y su origen étnico. Sin embargo, la cuestión resuelta por el TJUE no tenía que ver con el concepto de discriminación múltiple, ni con sus consecuencias jurídicas, sino con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba que, de manera idéntica, se contienen en las tres directivas referidas a esas causas de discriminación –a saber, el artículo 8 de la 2000/43/CE, el artículo 10 de la 2000/78/CE, y el artículo 19 de la 2006/54/CE–.

En la STJUE de 24 de noviembre de 2016, Caso Parris, C-443/15, se enjuició si era discriminatorio por razón de orientación sexual, o por razón de edad, o por ambas razones conjuntamente, un plan de pensiones de empleo que supeditaba el derecho de las parejas registradas supervivientes de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, cuando es que el derecho irlandés no le ha permitido a dicho afiliado –por tratarse de una pareja de homosexuales varones– celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar esa edad. El TJUE rechaza la existencia de discriminación primero por orientación sexual y luego por edad, para acabar concluyendo que –en contra de criterio de la Abogada General Sra. J. Kokott– tampoco hay discriminación combinada. Según el TJUE, *“aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado”*. Y el fallo consiguiente no puede ser más claro: *“los artículos 2 y 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no puede crear una discriminación basada en el efecto combinado de la orientación sexual y de la edad cuando dicha normativa no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ni en razón de la edad consideradas por separado”*. El TJUE está aquí aplicando una objeción hecha por alguna doctrina científica: si la interseccionalidad obliga a identificar un colectivo discriminado, estaríamos entonces ante una nueva causa de discriminación diferente a la suma de las causas de discriminación conjugadas que debería ser recogida legalmente para poder ser aplicada judicialmente. Otra solución diferente –según esta objeción– supondría –utilizando un símil beisbolístico– batear dos veces: una atendiendo a las causas de discriminación contempladas en la ley, y otra atendiendo a otra causa de discriminación.

¿Aplicaría el TJUE los mismos argumentos si una de las discriminaciones a considerar fuera la de sexo? No debemos olvidar que el artículo 8 del TFUE establece que *“en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”* –principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres–. Quizás esta norma actúe como una palanca argumental válida para concluir que una discriminación interseccional con componente de género siempre debe ser judicialmente tutelada sin necesidad de ninguna intervención legislativa en orden a reconocer protección al colectivo de mujeres multi-

discriminado. Una solución en sentido contrario negativo sería admitir que las directivas sobre raza y sobre otras discriminaciones se pueden aplicar sin tomar en consideración el objetivo de conseguir la igualdad de los sexos.

IV. ¿Qué hacer para la necesaria confluencia entre estrasburgo y luxemburgo?

Si algo se deduce de los dos anteriores ejemplos, uno de encuentro y otro de desencuentro entre el TEDH y el TJUE, es que cuando los ordenamientos jurídicos que aplican (el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de la Unión Europea, respectivamente) les confieren competencias paralelas la tendencia es a confluir, como efectivamente ha ocurrido con la conciliación masculina, mientras que los desencuentros se producen cuando los mimbres normativos que uno y otro manejan difieren, como efectivamente ha ocurrido con la discriminación múltiple. Y es que ambos ordenamientos jurídicos, si bien nacidos en el mismo momento histórico –la postguerra de la Segunda Guerra Mundial– y con una misma intención –la creación de instancias supranacionales a nivel regional europeo para evitar en el futuro nuevas confrontaciones bélicas creando un espacio de paz y prosperidad–, obedecen a un diseño muy diferente.

Uno sustentado en la idea de un federalismo regional, que fue promocionado en especial por el Reino Unido, pretendía la creación de una organización supranacional de defensa de derechos humanos. Cristaliza en la Constitución del Consejo de Europa y en la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 4 de noviembre de 1950.

Se trata de un proyecto estático, lo que no quiere decir que no haya evolucionado la protección de derechos humanos en Europa desde 1950, pues lo ha hecho y mucho merced a la labor del Consejo de Europa y del TEDH; lo que se quiere decir es que el ámbito de actuación de estas instituciones sigue siendo el mismo: la protección de derechos humanos. Y ello incluye la igualdad de género, al principio como prohibición de discriminación de los demás derechos contemplados en el CEDH –artículo 14 del CEDH–; posteriormente en relación con cualquier derecho –Protocolo 12 del CEDH–.

El otro, promocionado por Francia y Alemania, se sustentó en la teoría neofuncionalista según la cual la integración de los Estados se debe iniciar en un sector concreto para acabar construyendo una comunidad política a través de un derramamiento de integración de un sector sobre los demás (“*spillover*”). La célebre afirmación de la Declaración de Robert Schuman, inspirada por Jean Monet, lo expresa muy bien: “*Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho*”.

Se trata de un proyecto más ambicioso y de carácter dinámico progresivo. Había que elegir entonces por dónde se empezaba. Y se empezó por la integración en el sector energético, sin duda para detraer del control nacional un sector tan trascendental a los efectos de un eventual rearme bélico. Así es como se aprueba el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, firmado en París el 9 de mayo de 1950, y los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Eu-

ropea de la Energía Atómica, firmados en Roma el 27 de marzo de 1957. Ni se empezó en consecuencia por la protección de derechos humanos –acaso en el sobreentendido de que de eso ya se ocupaba el Consejo de Europa–, ni la protección de derechos humanos es una competencia transferida en su integridad por los Estados miembros a la Unión Europea –como se pretendió con la fallida Constitución europea–. Sin perjuicio de que sí lo ha sido la protección de determinados derechos humanos, como precisamente la igualdad de género en ámbitos progresivamente ampliados: empleo y trabajo; protección social; autónomos; y bienes y servicios y su suministro.

Tal diferente concepción de la integración europea, y la forma concreta en la cual se ha plasmado, si bien permite ciertos fructíferos encuentros –vg. la conciliación masculina– determina la existencia de desencuentros –vg. la discriminación múltiple–: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una instancia judicial especializada con competencias plenas en la protección de los derechos humanos, y, entre ellos, el derecho a la igualdad de género; mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no está especializado en derechos humanos, ni tiene competencias plenas en la materia, sin perjuicio de que sea competente en relación con algunos derechos humanos sobre los cuales los Estados miembros han transferido competencias a la Unión Europea, como precisamente ocurre con el derecho a la igualdad de género en determinados ámbitos.

¿Qué hacer, pues, para la necesaria confluencia entre Estrasburgo y Luxemburgo? La solución se encuentra en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, en la versión derivada del Tratado de Lisboa: *“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”*. Sin embargo, las negociaciones consiguientes a este mandato no están dando sus frutos, ni parece que los vayan a dar de una manera inmediata, a pesar de que ya han transcurrido algo más de dos lustros desde el Tratado de Lisboa.

Ciertamente no se nos escapan las dificultades de encajar una organización internacional como es la Unión Europea dentro del Consejo de Europa, ni las dificultades subsiguientes para coordinar las competencias de sus respectivas instituciones; dificultades que se aprecian claramente cuando hablamos de las instancias judiciales dadas las diferentes competencias del TJUE, principalmente derivadas de cuestiones prejudiciales, y el TEDH, principalmente derivadas de demandas individuales. Pero ello no debería conducir a un abandono en el esfuerzo negociador.

En tanto, nos quedará lo que dice el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea, también en la versión del Tratado de Lisboa: *“Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”*. No con ello se garantiza la homogeneización jurisprudencial. De hecho, el TJUE viene reconociendo desde siempre el papel interpretativo del CEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE. Con todo, se trata de una norma que, sin garantizar la homogeneización jurisprudencial, ayudará a ella.

Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE

Concept and legal basis of the positive actions and the professional promotion of women in the jurisprudence of the CJEU

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

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

Recibido: 07/03/2019

Aceptado: 29/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4765>

Resumen. El Derecho originario de la UE no reconoce expresamente las medidas de acción positiva, pero permite que los Estados las implementen para corregir la desigualdad de género en el ámbito sociolaboral. Lo mismo puede afirmarse de las Directivas sobre no discriminación.

Dada esa premisa, el papel del TJUE ha sido el de analizar la compatibilidad de las medidas de acción positiva adoptada por los Estados con el Derecho Comunitario.

Las sentencias Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsson, Briheche, Lommers, Roca Álvarez, Maïstrellis, entre otras, muestran un panorama de cierta complicación y, desde luego, de muchos condicionantes para admitir la validez de la acción positiva de referencia, porque abordan la materia desde un puro enfoque anti discriminatorio.

El presente trabajo repasa sucesivamente esos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo. De su estudio deriva toda una serie de requisitos para que pueda entenderse legítima la acción positiva en favor de la mujer: 1) Debe acreditarse la infrarrepresentación femenina en el correspondiente ámbito profesional. 2) No se trata de reservar empleos, sino de facilitar la compatibilidad con la vida familiar o de establecer prioridades. 3) Cuando lo que está en juego es el disfrute de un beneficio (como las guarderías para los hijos o el acceso a una formación profesional) no debe estar monopolizado por el Estado, de manera que pueda accederse a ellos en todo caso. 4) Es importante comprobar que se permita tener en cuenta las situaciones especiales de empleados varones. 5) La acción positiva debe respetar la proporcionalidad. 6) En caso de compararse méritos, el trato de favor solo debe activarse cuando existe igualdad sustancial de los mismos.

Palabras clave: acciones positivas, promoción profesional, mujeres, jurisprudencia del TJUE.

Abstract. The original EU law does not expressly recognize positive action measures, but it allows States to implement them to correct gender inequality in the social and labor sphere. The same can be said of the Directives on non-discrimination.

*carmenst@um.es

Given this premise, the role of the CJEU has been to analyze the compatibility of the positive action measures adopted by the States with Community Law.

The judgments of Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsson, Briheche, Lommers, Roca Álvarez, Maïstrellis, among others, show a panorama of certain complications and, of course, of many conditions to admit the validity of the positive action of reference, because they address the matter from a pure anti-discriminatory approach.

The present work reviews successively those pronouncements of the Court of Luxembourg. From their study derives a whole series of requirements so that positive action in favor of women can be understood as legitimate: 1) Female underrepresentation in the corresponding professional field must be accredited. 2) It is not about reserving jobs, but about facilitating compatibility with family life or establishing priorities. 3) When what is at stake is the enjoyment of a benefit (such as nurseries for children or access to professional training) should not be monopolized by the State, so that they can be accessed in any case. 4) It is important to check that the special situations of male employees are allowed to be taken into account. 5) Positive action must respect proportionality. 6) In case of comparing merits, the favorable treatment should only be activated when there is substantial equality of the same.

Keywords: positive action, professional promotion, women, jurisprudence of the CJEU.

I. La promoción profesional femenina en las normas de la UE

Aunque, como el propio título de esta colaboración advierte, aquí se trata de examinar el alcance de cierta doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la mejor comprensión de lo expuesto aconseja un repaso de las normas sobre las que se edifica.

1. Derecho originario

En el “Derecho originario” es fácil identificar el alcance de los preceptos prohibiendo la discriminación, pero no sucede lo mismo en relación con la acción positiva¹.

El Tratado de la Unión² consagra la igualdad como uno de los valores básicos de obligado cumplimiento (art. 2 TUE); declara que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación (art. 3.3 TUE), que respetará la igualdad de los ciudadanos (art. 9) o que luchará contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 10 TUE). Su artículo 141 prescribe que cada Estado garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. En el apartado 4 aparece la acción positiva en los siguientes términos: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesional”.

¹ SIERRA HERNÁNIZ, Elisa: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, 1999, *passim*.

² Su texto puede verse en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf> (DOCE 30 marzo 2000).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³ persigue la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer (art. 8 TFUE) y faculta a la Unión para adoptar acciones adecuadas de cara a erradicar la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 19 TFUE), pudiendo dictar normas para armonizar las legislaciones nacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral (art. 153.1 i TFUE), en materia de retribución (art. 157.1 TFUE) o en asuntos de empleo y ocupación (art. 157.3 TFUE). Por cuanto ahora interesa, admite la actividad promocional pero remitida a los Estados. Su artículo 157.4 prescribe que *“Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”* (art. 157.4 TFUE).

Desde esta perspectiva, por tanto, estamos en la tolerancia hacia las medidas de acción positiva, no en su promoción o, mucho menos, imperatividad. Con todo, esas redacciones poco comprometidas sí traslucen la voluntad de admitir medidas reequilibradoras en favor de la mujer, como grupo tradicionalmente postergado o marginado laboralmente. Destaquemos la premisa de esa hipótesis (una concreta situación de infrarrepresentación en determinado ámbito), su consecuencia restrictiva (imposibilidad de medidas universales), su formal neutralidad (no excluyen decisiones favorables al hombre en ámbito donde esté infrarrepresentado) y la exclusiva atención al género (silenciando otras circunstancias potencialmente generadoras de desigualdad).

Como se observa, de esos preceptos no deriva un reconocimiento expreso de las medidas de acción positiva en el ámbito eurounitario. Lo que encontramos es 1º) La compatibilidad de los preceptos reseñados con las reglas prohibitivas de todo tipo de discriminación. 2º) La atribución de una competencia genérica para armonizar legislaciones en materias como condiciones de trabajo, integración de las personas excluidas del mercado laboral, igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, así como a la lucha contra la exclusión social (art. 153.1 b, h, i y j TFUE). 3º) La licitud de las medidas compensadoras, pero remitidas a lo que cada Estado apruebe. 4º) La limitación de las medidas compensadoras a la corrección de desigualdades por razón de género.

2. Carta de Derechos Fundamentales

Las cosas no son muy distintas si nos referimos a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, situada más en el enfoque tradicional (igualdad formal) que

³ Su versión consolidada puede consultarse en el lugar indicado en la nota anterior.

⁴ Su texto puede verse en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (DOCE 18 diciembre 2000).

en el promocional (prescribir las acciones positivas). Algunos pasajes muestran una tolerancia hacia las medidas promocionales, como cuando la Carta prescribe que *“el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”* (art. 23 CDFUE).

Hay que advertir que la contemplación de medidas de acción positiva en el campo de la Política Social Comunitaria también aparece de modo expreso respecto de otros colectivos:

- “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad” (art. 26 CDFUE).
- “Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación” (art. 32).
- “Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño” (art. 33.2 CDFUE).

Estas previsiones, pese a su consideración como Derecho originario, no amplían el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de sus competencias. Ahora bien, en la medida en que la UE posee competencias propias (como las reseñadas antes), puede pensarse que no hay obstáculos jurídicos para que se avance por el camino de la acción positiva, de la promoción o reequilibrio a favor de los colectivos identificados como más débiles o vulnerables.

Podemos concluir que la adopción de medidas de acción positiva en relación con el sexo, discapacitados, jóvenes y personas con responsabilidades familiares no es un imperativo, pero sí una posibilidad con suficiente soporte normativo.

3. Derecho derivado

Como previsión representativa del Derecho derivado vale la pena aludir a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Conforme a su artículo 2.4, su texto “no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁵ contiene una formulación diversa de esa actitud: “el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas” (art. 7.1).

La Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico contiene una formulación más avanzada y técnicamente preferible. Según su tenor, “Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto” (art. 5).

La Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, dedica su artículo 3º a la acción positiva, pero opta por una fórmula poco comprometida de reenvío. De este modo, “Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”.

4. *Derecho nacional*

La traslación al ordenamiento interno español de esas previsiones se lleva a cabo mediante su práctica reproducción.

Recordemos el tenor del artículo 17.4 ET: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer 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. Asimismo, 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” (art. 17.4 ET).

Para el resto de las causas de discriminación el art. 35 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social contiene una regla similar: “Medidas de acción positiva. Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten me-

⁵ Tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

didadas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”.

II. Las acciones positivas y el papel del Tribunal

Puesto que las medidas de acción positiva no aparecen impuestas por el Derecho de la UE, sino tan solo toleradas, es lógico que su génesis haya venido de la mano de las normas nacionales.

Eso explica que el Tribunal de Justicia (primero “de las Comunidades” y luego “de la Unión Europea”) haya intervenido para precisar la compatibilidad de las medidas nacionales de acción positiva con el Derecho comunitario. Es como si se le hubiera obligado a “jugar a la contra”, a la defensiva, no para estimular sino para frenar.

La cuestión prejudicial planteada en la materia suele consistir en preguntar sobre la compatibilidad de las medidas nacionales de acción positiva con la igualdad formal entre hombres y mujeres, que sí garantiza de forma contundente el Derecho de la UE.

Por lo tanto, desde una perspectiva procesal práctica, puesto que las medidas de acción positiva nacionales van en la línea de favorecer al colectivo femenino, como grupo social desfavorecido, se trata de analizar si ello comportaba un tratamiento discriminatorio lesivo para el grupo masculino.

Consecuencia de esta metodología es que la jurisprudencia comunitaria en unos casos limite la intensidad de las medidas nacionales reequilibradoras y en otros las admita en sus propios términos.

III. Análisis de los primeros asuntos resueltos por el TJUE

Corresponde ya abordar frontalmente el alcance de los casos resueltos por el TJUE en materia de promoción profesional de las mujeres. Por considerar que es más claro que cualquier otro, va a seguirse un orden cronológico, procurando más la crónica que la creación aunque sin renunciar a una mínima valoración.

1. *El caso Kalanke (1995)*

La emblemática sentencia del caso Kalanke⁶ contiene la primera toma de posición del Tribunal y sobre ella existe una abundante bibliografía⁷. Sin exageración, puede afir-

⁶ STJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, caso Kalanke.

⁷ MENDOZA NAVAS, Natividad: “Acciones positivas: instrumento para eliminar las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales”, Actas del IV Congreso de la Red Española de Política Social (REPS). “Las políticas sociales entre crisis y post-crisis” celebrado el 6 y 7 de junio en la Universidad de Alcalá/

marse que actualmente se sigue polemizando acerca del verdadero alcance de la doctrina sentada.

a) El caso

El señor Kalanke y la señora Glissman concursan a la Jefatura del servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Bremen.

La dirección del servicio propone al candidato masculino, mientras que el Comité de Conciliación propone a la señora Glissman atendiendo a lo dispuesto por la Ley del Land de Bremen. Esta norma da preferencia a las candidatas femeninas en los puestos de la Administración en los que las mujeres tuviesen menor representación (inferior al 50%), siempre que demostraran idéntica cualificación.

b) El problema

El señor Kalanke impugna la ley del Land de Bremen alegando que le impide acceder al puesto de jefe del servicio de jardines, pese a tener méritos similares a los de su compañera.

c) La doctrina

La STJUE considera que la Ley alemana entrañaba una discriminación por razón de sexo al establecer que en una promoción las mujeres que tenían la misma capacitación que sus competidores masculinos gozaban automáticamente de preferencia en los sectores que estuvieran infrarrepresentadas.

Lo que más nos interesa ahora: la sentencia examina la Ley alemana desde la óptica de la acción positiva, por considerar que las “medidas de promoción de la igualdad de oportunidades, para corregir las desigualdades” pueden ser válidas. Ahora bien, advierte que esta licitud se limita a los casos en que poseen una “finalidad precisa y limitada”. Eso permitiría reglas destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho en la vida social, como serían, por ejemplo, medidas para mejorar la capacidad de competir y desarrollar una carrera profesional.

Pero las excepciones se deben interpretar restrictivamente, por lo que “una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento y sobrepasa los límites

coord. por Alessandro Gentile, 2013; MILLÁN MORO, Lucía: “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998; QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso “Kalanke versus Glissmann”, *Actualidad laboral*, núm. 1, 1996; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *Relaciones Laborales* 1995 (II); SASTRE IBARRECHE, Rafael: “La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004; SIERRA HERNÁIZ, Elisa: “Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de derecho social*, núm. 12, 2000.

de la excepción". En consecuencia, considera que el sistema establecido por la legislación de Bremen es contrario a los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE.

d) Apunte

Es comprensible que esta primera toma de posición viniera acompañada de la polémica, porque aparece como un importante freno a las medidas de reequilibrio. La propia Comisión ya advirtió de la incertidumbre que esta resolución generaba sobre la legitimidad de las cuotas y otros sistemas de acción positiva para las mujeres (*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, de 27 de marzo de 1996, COM (96) 88 final). En parte, dicha incertidumbre ha de ser achacada a la escueta argumentación del propio Tribunal, en cuyo planteamiento pesa una rígida forma de entender la excepción sobre acciones positivas⁸.

El paso del tiempo y el tenor de los pronunciamientos posteriores del propio TJUE han permitido relativizar esa valoración. Y es que la sentencia no profundiza suficientemente en los mecanismos previstos por la Ley de Bremen, pues en ella no aparece una preferencia tan absoluta e incondicional como parece entender el TJUE. Además, deja inédito el tema de la acreditación de la realidad, que tan importante será en otros muchos asuntos posteriores; la sentencia obvia casi por completo el examen de la marginación o inferioridad femenina y la adecuación de la medida impugnada para contrarrestarla.

2. El caso Marschall (1997)

La postura inicial del TJCE no puede comprenderse sin examinar de inmediato la sentencia Marschall, igualmente analizada con profusión, por lo general a la búsqueda de diferencias entre los casos y de cierta evolución doctrinal⁹.

a) El caso

En este supuesto, de nuevo se pone en cuestión la previsión contenida en una Ley regional alemana. De forma similar al caso precedente, el candidato varón que aspira a una promoción en un centro escolar, Sr. Marschall, resulta preterido a favor de la candidata femenina en aplicación de la mencionada norma.

⁸ SASTRE IBARRECHE, Rafael: "La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004, pág. 15.

⁹ STJCE de 11 de noviembre de 1997, as. C.409/95, caso Marschall. Sobre dicha sentencia, vid. MARTÍN VIDA, María Angeles: "Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall»", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53 (Mayo/Agosto 1998); MILLÁN MORO, Lucía: "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998; MORENO DE TORO, Carmen: La sentencia Marshall: una nueva perspectiva del TJUE sobre las medidas de acción positiva, *Derecho y opinión*, núm. 6, 1998; SASTRE IBARRECHE, Rafael: "La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004; SIERRA HERNÁIZ, Elisa: "La sentencia Marschall: ¿Un avance de la acción positiva en el derecho comunitario?: Comentario a la sentencia del T.J.U.E. de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95", *Actualidad laboral*, núm. 2, 1998.

Aunque pudiera pensarse que se trata de un supuesto sustancialmente idéntico al que da origen al caso Kalanke, hay diferencias relevantes¹⁰:

- El Sr. Kalanke acreditaba méritos superiores a los de su competidora; aquí, en cambio, parece que sí existe igualdad de partida.
- La Ley regional aplicada al primer caso (la de Bremen), aun estableciendo un sistema de cuotas flexibles y exigiendo ponderar la equidad para el caso de circunstancias especiales de un candidato masculino, no incorpora una excepción expresa, como sí lo hace la Ley de Renania-Westfalia, cuando concurren motivos que inclinen la balanza a favor de aquél.
- Los criterios para determinar si hay infrarrepresentación son distintos en los dos casos.

b) La doctrina

Para el TJCE, el mero reconocimiento de la igualdad de oportunidades formal no siempre asegura la supresión de las discriminaciones y el logro de una igualdad material. Ello justifica las acciones positivas, admitidas por la Directiva sobre no discriminación. A efectos de promoción en el empleo considera admisible la preferencia de la mujer siempre que: 1º) estemos en un ámbito donde concorra infrarrepresentación; 2º) los méritos de quienes concurren al puesto sean similares.

La conclusión es que la norma de Renania-Westfalia resulta compatible con la Directiva si garantiza a los candidatos masculinos que sus méritos serán valorados objetivamente y que decae la preferencia femenina cuando eso desemboque en la mejor valoración del candidato masculino. La sentencia advierte que los criterios de valoración no podrán ser discriminatorios para las candidatas femeninas, quizá queriendo conjurar el peligro que su doctrina podría implicar para la consecución de una efectiva igualdad para la mujer.

c) Apunte

En esta segunda sentencia el TJUE sigue manteniendo una tímida concepción de lo que puede ser una acción positiva, “un entendimiento del principio de igualdad más desde el punto de vista formal que desde la perspectiva material”¹¹. Pero ya reconoce que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo posean la misma capacitación no significa que disfruten de las mismas oportunidades, en la práctica. Muy relevante resulta, en ese sentido, que no se esté concediendo una preferencia general y automática.

Por otro lado, invita a cierta normalización de las acciones positivas si se cumplen las premisas que, aunque un tanto desordenadamente, establece: a) igualdad de criterios valorativos; b) constatación de que las mujeres se hallan infrarrepresentadas; c) garantía

¹⁰ SASTRE IBARRECHE, Rafael: “La acción positiva...”, cit., pág. 16.

¹¹ *Ibidem*, pág. 17.

de que siempre vencerá la persona más cualificada; d) limitación de la acción positiva a los casos en que haya empate de méritos.

IV. Sentencias tras el Tratado de Ámsterdam

Pese a su timidez, el reconocimiento de la acción positiva no formaba parte del Derecho originario inicial, sino que es solo en 1999 (Tratado de Ámsterdam) cuando se incorpora. De ahí que sea relevante comprobar si la acción legislativa repercutió en el enfoque jurisprudencial de la materia.

1. El caso *Badeck* (2000)

La sentencia *Badeck*¹², aborda nuevamente un supuesto de acción positiva surgido en Alemania y es la primera dictada tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam¹³. Responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal del Estado de Hesse, en el marco de un proceso de control de legalidad interpuesto por varios parlamentarios en torno a la validez de una Ley de dicho Estado, de 1993, sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública.

a) El caso

A juicio de los demandantes, la Ley regional sería contraria a la Constitución del Estado de Hesse y a la Directiva 76/207/CEE. En la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional formula cinco preguntas relativas a la admisibilidad, requisitos y límites de la acción positiva en el Derecho comunitario¹⁴.

b) La doctrina

Sobre las premisas sentadas en las dos sentencias anteriores, el Tribunal va a consagrar la validez de la norma promocional. Concluye que el Derecho de la UE es compatible con las cinco medidas examinadas:

- En los sectores de la función pública donde las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación, tiene preferencia la mujer, garantizándose que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

¹² STJCE de 28 de marzo de 2000, as. C.158/97, caso *Badeck*.

¹³ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: "La Sentencia "Badeck" en el proceso de consolidación de las medidas de acción positiva", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 195, 2001.

¹⁴ SASTRE IBARRECHE, Rafael: "La acción positiva...", cit., pág. 18.

- Entre los objetivos del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos debe preverse un porcentaje de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad.
- Se reserva a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación para las profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no posea el monopolio, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes.
- En caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, se garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que están infrarrepresentadas.
- Respecto de los órganos de representación de los trabajadores, de gestión y de control, las disposiciones de desarrollo deben tomar como objetivo que la participación de la mujer sea al menos igual.

c) Apunte acerca de su doctrina sobre acción positiva en contratación y promoción

Estamos ante una extensa y muy estudiada sentencia. Debemos destacar cuatro aspectos sobre la doctrina sentada en materia de acción positiva para la contratación o promoción profesional.

Primero.- Considera la acción positiva como una excepción legítima al principio de igualdad de trato. De ahí deriva la lucha contra la segregación laboral y social de las mujeres (infrarrepresentación) así como el método para desarrollarla (distribución desigual de los empleos para corregir los resultados desiguales que son fruto de la discriminación social).

Segundo.- Configura la acción positiva como un acto exigible a los sujetos concernidos, pero sin legitimar preferencias absolutas e incondicionales. De ahí la necesidad de examinar la situación de partida en cada ámbito o sector en el que se quiera actuar.

Tercero.- Exige que la aplicación de la preferencia no choque con un motivo o bien de rango jurídico superior.

Cuarto.- Exige asimismo que la acción positiva respete las situaciones particulares de todos los candidatos (desempleo prolongado, discapacidad, etc.), como contrapeso que permite salvaguardar el derecho a la igualdad de trato.

d) Apunte sobre su doctrina acerca de la acción positiva en materia de formación para el empleo

La reserva de plazas en los cursos de formación especializada para oficios en que las mujeres estén infrarrepresentadas persigue mejorar la capacidad competitiva de las mujeres en el mercado de trabajo, paliando sus déficits formativos.

Se trata de remover los obstáculos que impiden la incorporación de la mujer al mercado de trabajo a fin de permitirles desarrollar una carrera profesional en condiciones de igualdad con los hombres.

La validez de la acción positiva se condiciona a que no exista monopolio estatal en los cursos de formación (garantizando a los hombres la posibilidad de recurrir al sector privado para su formación) y a que se abra a los hombres la matrícula en las plazas vacantes.

2. El caso *Abrahamsson* (2000)

La STJCE de 6 de julio de 2000 (C-407/98), asunto *Abrahamsson*, se enfrenta a un caso similar a los de la primera época. La peculiaridad radica en que la norma nacional otorga preferencia a la persona del sexo infrarrepresentado aunque no tenga los mismos méritos que la del sexo opuesto¹⁵.

a) El caso

Para la provisión de un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo (Suecia) fue seleccionada una candidata femenina, suficientemente capacitada pero con méritos inferiores a los del Sr. *Abrahamsson*.

Esta decisión fue adoptada al amparo del Reglamento sueco 1995:936, sobre determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación creados para promover la igualdad de oportunidades, y del plan de igualdad entre hombres y mujeres de la Universidad de Gotemburgo, que contempla la elección del candidato que presente las aptitudes suficientes para desempeñar el puesto en cuestión y pertenezca al sexo infrarrepresentado, siempre y cuando no haya una notoria diferencia en las capacidades de los candidatos que suponga una vulneración de la exigencia de objetividad en la contratación.

Precisamente, el nombramiento, por parte del Rector de la Universidad, de la candidata femenina tomó en cuenta que la diferencia en los méritos no era de tal relieve que pudiera producir dicho resultado contrario a la objetividad.

b) La doctrina

La extensa exposición que realiza la sentencia aboca a una doble y dispar conclusión:

- El Derecho de la UE no se opone a que una persona del sexo infrarrepresentado tenga preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

¹⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. Paz: "Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial (comentario a la sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson*)", *La Ley*, núm. 7, 2000.

- Pero sí choca con el Derecho de la UE una normativa que concede automáticamente la preferencia a los candidatos del sexo infrarrepresentado, siempre que estén suficientemente capacitados, con el único requisito de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.

c) Apunte

Como se observa, el Tribunal sigue exigiendo la sustancial equivalencia de méritos como presupuesto de la acción positiva admisible. Se trata de una versión sectorial del conocido principio de proporcionalidad.

Se considera incompatible con el Derecho de la UE el aspecto de la norma sueca porque “resulta ser desproporcionado en relación con el objeto perseguido”. Dicha incompatibilidad se mantiene aunque la norma contemple solo puestos que se crean en el marco de un programa específico de una Escuela Superior.

La jurisprudencia rechaza nuevamente fórmulas de acción positiva de resultado automáticas, pues sigue exigiendo de partida, para admitir como posible la medida de acción positiva, que se trate de comparación de trabajadores con identidad de capacitación. En definitiva, las cuotas de reserva absolutas como tales no pueden ser introducidas por la legislación nacional, por ser contrarias al principio de igualdad de trato y a la prohibición de discriminación conforme al Derecho europeo¹⁶.

3. El caso Briheche (2004)

La STJUE de 30 de septiembre de 2004 (C-319/03), caso Briheche, vuelve a la carga sobre la validez de restricciones a los varones que quieren trabajar.

a) El caso

Se discute sobre la validez de una norma (francesa) referida a la edad máxima de acceso al empleo público. En concreto, la que permite optar a esos empleos a las viudas con necesidad de trabajar, pero no a los viudos que se encuentren en la misma situación.

b) La doctrina

El TJUE considera contrario al principio de no discriminación la norma nacional que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Las medidas de acción positiva” (cap. 9), en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, pág. 243.

c) Apunte

Nuevamente Luxemburgo advierte que la acción positiva no puede amparar ese doble rasero, porque acaba resultando contrario al principio de proporcionalidad. Sorprende que omita consideraciones de calado acerca de la situación real sobre la mayor o menor dificultad de acceso al empleo por parte de los colectivos masculino y femenino comparados.

V. Conciliación de la vida familiar y laboral mediante acciones positivas

1. El caso *Lommers* (2002)

La STJCE de 19 marzo de 2002 (C-476/99), caso *Lommers*, estudia si cabe restringir a las mujeres el acceso al servicio de guardería infantil para sus hijos¹⁷.

a) El caso

El Ministerio de Agricultura holandés deniega al Sr. *Lommers*, funcionario del mismo, la reserva de plaza de guardería para su hijo. La esposa de este funcionario prestaba servicios para otro empleador y el Ministerio argumentó que, dada la reserva prevista para el personal femenino, los hijos de los funcionarios varones sólo podían acceder a los servicios de guardería en casos de urgencia.

El marco normativo lo constituía la Ley holandesa relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de 1 de marzo de 1980. De acuerdo con ella, el empleador reserva exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador únicamente puede disfrutar si se encuentra en una situación de urgencia (aspecto cuya apreciación corresponde al empleador).

b) La doctrina

Considerando el beneficio en cuestión como una “condición de trabajo”, el TJUE sienta la siguiente doctrina:

- El Derecho de la UE no se opone a que un Ministerio donde las mujeres son minoría en la plantilla, en un contexto de insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserve a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de necesidad que corresponde apreciar al empleador.

¹⁷ SASTRE IBARRECHE, Rafael: “La acción positiva...”, cit., págs. 23-25.

- Pero debe permitirse el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos.

A esa conclusión se llega, como en los casos ya vistos, aplicando el canon de proporcionalidad. La reserva de plazas permite contribuir a la disminución de dificultades e incertidumbres, eliminando, en parte, un obstáculo importante en el acceso y conservación del puesto de trabajo en condiciones de igualdad respecto de los trabajadores del sexo masculino.

c) Apunte

La sentencia admite la acción positiva porque: 1) Se acredita la infrarrepresentación en el ámbito profesional. 2) No se trata de reservar empleos, sino de facilitar la compatibilidad con la vida familiar. 3) Generalmente las mujeres asumen más responsabilidades sobre la crianza de los hijos. 4) Se trata de un beneficio que no está monopolizado por el Estado (hay guarderías privadas). 5) Se permite tener en cuenta las situaciones especiales de empleados varones.

Pese a todas las cautelas, lo cierto es que este pronunciamiento prosigue la evolución, lenta pero innegable, tendente a legitimar acciones positivas a favor de la mujer trabajadora como colectivo genérico¹⁸. El Tribunal se encuentra cómodo, por así decirlo con una acción positiva cuando la contempla en abstracto, sin descender a casos concretos; sus dudas aparecen en el momento en que una persona (trabajador) reclama el mismo trato que quienes aparecen promocionados. Resultado de ello acaba siendo la necesidad de examinar cada caso en concreto, sin legitimar (ni tampoco censurar) la medida al margen de esas circunstancias concurrentes.

2. El caso Roca Álvarez (2010)

La STJUE de 30 septiembre 2010 (C-104/09), caso *Roca Álvarez*, examina la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al hilo de la demanda presentada por D. Pedro Manuel Roca Álvarez contra su empleadora, una ETT¹⁹.

¹⁸ Aunque queda al margen de estas notas, véase la STC 128/1987 de 16 julio.

¹⁹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo L.: "La sentencia Roca Álvarez: un nuevo punto de inflexión en materia de conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos europeos", en *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: (2008-2011)*, coord. por Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez Navarro, Javier Frutos Miranda, *La Ley*, 2012; FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09; Roca Álvarez)", *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 23, Julio 2010; LOUSADA AROCHENA, José F.: "El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/asa propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez", *Diario La Ley*, núm. 7536, 2010; MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: "La titularidad indiferente del permiso de lactancia: el caso Roca Álvarez", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.

a) El caso

Cuando se suscita el caso resulta aplicable una versión del permiso de lactancia (art. 37.4 ET) mucho más escueta que la actual. Conforme a la misma “las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”.

El supuesto es muy sencillo. El trabajador solicita el permiso contemplado en el artículo 37.4 ET y la empresa lo deniega debido a que la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez no era trabajadora por cuenta ajena sino por cuenta propia.

b) La doctrina

Es contraria al Derecho de la UE la Ley española con arreglo a la cual las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades (es de lactancia pero se asemeja al parental), durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

c) Un apunte

Es llamativo que también se haya considerado discriminatoria una medida que favorece a la mujer trabajadora (no al varón). Se trata de medidas complejas, en las que, de un lado, se encuentra la diferencia de trato entre mujeres y hombres, pues se declaran contrarias al Derecho de la Unión, en la medida en que se trata de manera desigual e injustificada a hombres y mujeres con idénticas responsabilidades familiares. La faceta de medidas de acción positiva a favor de la mujer, que es quien aparece mayoritariamente desempeñando el papel de cuidadora familiar, queda relegada por un enfoque anti discriminatorio con que se aborda la cuestión (tanto por el demandante cuanto por el TSJ de Galicia y el TJUE).

En todo caso, con posterioridad nuestro legislador ha abandonado la óptica feminizadora del permiso en cuestión, abriendo su titularidad a los dos progenitores²⁰.

²⁰ Tras las reformas de 2019, la norma dispone que “La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito”.

3. El caso *Maïstrellis* (2015)

La STJUE de 16 julio 2015 (C-222/14), *Maïstrellis*, se mueve en la misma línea que la recién expuesta²¹ y constituye el último pronunciamiento relevante sobre la materia.

a) El caso

El Sr. *Maïstrellis*, juez en Grecia, solicitó un permiso parental remunerado de nueve meses para el cuidado de su hijo, pese a que conforme a la Ley nacional sólo las juezas que sean madres pueden obtener dicho permiso parental.

b) Doctrina

El Tribunal considera contrario al Derecho de la UE la norma nacional que priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional (salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo).

Que se prive al padre de la posibilidad de acogerse a un permiso parental como consecuencia de la situación laboral de la esposa no constituye en modo alguno una medida que tenga por objeto promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Frente a quienes piensan que se trata de beneficios promocionales, de acción positiva, el TJUE considera que se trata de medida perpetuadora de la sumisión femenina. Lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental.

c) Apunte

La clave de esta doctrina vuelve a estar en una cuestión metodológica, o axiológica si se prefiere: el papel que desempeña la medida solicitada. Como se ha puesto de relieve en nuestro propio Tribunal Constitucional, la diversa respuesta a estos temas pasa por considerar que, dada su diversa aportación biológica en el nacimiento de un bebé, la mujer y el varón no están en situaciones iguales (por tanto huelga la comparación) pero ello no impide que pueda preconizarse que el cuidado al hijo es comparable para ambos.

²¹ CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús M.: "El permiso de lactancia como un derecho individual del funcionario y la consiguiente intrascendencia de la situación laboral del otro progenitor (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de septiembre de 2015 y del caso *Maïstrellis*, C-222/14, *Actualidad administrativa*, núm. 3, 2016.

VI. Cierre

La preferencia profesional en supuestos de identidad o equivalencia de méritos se ha puesto en juego, hasta el momento presente, para permitir un reequilibrio que favorezca a un género (el femenino, de manera paradigmática) respecto del otro. Por ello, no sabemos qué valoración o qué criterio se acogería respecto de otras causas de diferencia de tratamiento para las que las Directivas sobre discriminación admiten la licitud de las medidas de acción positiva: edad, discapacidad, convicciones religiosas u opinión, orientación sexual, etnia o raza. En principio, por la forma en que argumentan las sentencias expuestas, y tomando en consideración que la redacción de las Directivas cuando admiten las medidas de acción positiva es prácticamente idéntica para esas causas de trato diferenciado, se podría entender extensible analógicamente a esas otras causas²².

En esa línea parece situarse la doctrina del poco conocido Auto TJUE de 7 de febrero de 2018 (C-142 y 143/17), caso Maturi, que aborda la queja de una trabajadora, jubilada a la fuerza a edad inferior a la de los hombres.

1. El caso Maturi (2018)

a) El caso

Tras rebajarse la edad de jubilación para artistas en espectáculos públicos de baile a los 45 años (común a hombres y mujeres) se permite, de modo transitorio, seguir prestando actividad hasta el anterior tope de edad, que era distinto para mujeres (47) y hombres (52).

Manuela Maturi es bailarina jubilada forzosamente a los 47 años y considera que ha sido despedida de forma discriminatoria, porque desea proseguir hasta los 52.

b) La doctrina

El TJUE considera opuesto al Derecho de la UE una norma conforme a la cual los trabajadores que alcancen la edad límite para mantenerse en activo pueden, durante un período transitorio, ejercer una opción que les permita continuar su actividad profesional, cuando la edad a la que el contrato de trabajo se extingue definitivamente es diferente dependiendo de si el trabajador en cuestión es un hombre o una mujer.

c) Apunte

En realidad la sentencia viene a aplicar la consolidada doctrina conforme a la cual una política general de despido que implique el despido de una trabajadora por la única

²² CRUZ VILLALÓN, Jesús: "Las medidas de acción positiva" (cap. 9), en *Derecho Social de la Unión Europea* (Bibl. cit.), pág. 246.

razón de haber alcanzado o sobrepasado ésta la edad a la que tiene derecho a pensión de jubilación, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional, constituye una discriminación por razón de sexo.

No se contempla como medida de acción positiva o reequilibradora, sino contraria a la igualdad. Eso se debe a que no puede identificarse ninguna circunstancia que pueda singularizar la situación de las trabajadoras de sexo femenino respecto de la de los trabajadores de sexo masculino.

2. Reflexión final

El balance de la doctrina comunitaria sobre acciones positivas a favor de la mujer arroja un paradójico resultado: los varones han acabado consiguiendo acceder a beneficios que se habían configurado como promocionales a favor de la mujer. El Tribunal de Luxemburgo, por tanto, actúa aquí más como un freno que como un estímulo; no se trata de censurar negativamente, sino de constatar la realidad de lo acaecido.

Las acciones positivas, por tanto, poseen un recorrido bastante limitado desde la perspectiva del Derecho de la UE. No solo porque se remite su adopción a los Estados, sino porque se establece un límite que la jurisprudencia aplica de manera decidida. Contrasta esto último con el modo en que se aproxima el Tribunal a los casos de discriminación indirecta en perjuicio del colectivo femenino (por ejemplo, en trabajos a tiempo parcial). Es como si Luxemburgo se encontrase más cómodo eliminando discriminaciones que legitimando desigualdades, aunque sea a favor de la igualdad real.

Bibliografía

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: "La Sentencia "Badeck" en el proceso de consolidación de las medidas de acción positiva", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 195, 2001.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. Paz: "Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial (comentario a la sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson)", *La Ley*, núm. 7, 2000. BARRIOS BAUDOR, Guillermo L.: "La sentencia Roca Álvarez: un nuevo punto de inflexión en materia de conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos europeos", en *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: (2008-2011)*, coord. por Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez Navarro, Javier Frutos Miranda, *La Ley*, 2012.

CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús M.: "El permiso de lactancia como un derecho individual del funcionario y la consiguiente intrascendencia de la situación laboral del otro progenitor (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de septiembre de 2015 y del caso Maïstrellis, C-222/14, *Actualidad administrativa*, núm. 3, 2016.

- CRUZ VILLALÓN, Jesús: "Las medidas de acción positiva" (cap. 9), en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, pág. 243.
- FOTINOPOULOU BASURKO, Olga: "El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09; Roca Álvarez)", *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 23, Julio 2010.
- LOUSADA AROCHENA, José F.: "El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/asa propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez", *Diario La Ley*, núm. 7536, 2010.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: "La titularidad indiferente del permiso de lactancia: el caso Roca Alvarez", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- MARTÍN VIDA, María Angeles: "Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall»", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53 (Mayo/Agosto 1998).
- MENDOZA NAVAS, Natividad: "Acciones positivas: instrumento para eliminar las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales", Actas del IV Congreso de la Red Española de Política Social (REPS). "Las políticas sociales entre crisis y post-crisis" celebrado el 6 y 7 de junio en la Universidad de Alcalá/coord. por Alessandro Gentile, 2013.
- MILLÁN MORO, Lucía: "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998.
- MORENO DE TORO, Carmen: "La sentencia Marshall: una nueva perspectiva del TJUE sobre las medidas de acción positiva", *Derecho y opinión*, núm. 6, 1998.
- PÉREZ DEL RIO, Teresa, "Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario", *Lan Harremanak* nº 13 (2005).
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso "Kalanke versus Glissmann", *Actualidad laboral*, núm. 1, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", *Relaciones Laborales* 1995 (II).
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva", *Persona y Derecho* nº 44, 2001.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael: "La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004.
- SIERRA HERNÁIZ, Elisa: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, 1999.
- SIERRA HERNÁIZ, Elisa: "Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de derecho social*, núm. 12, 2000.

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.

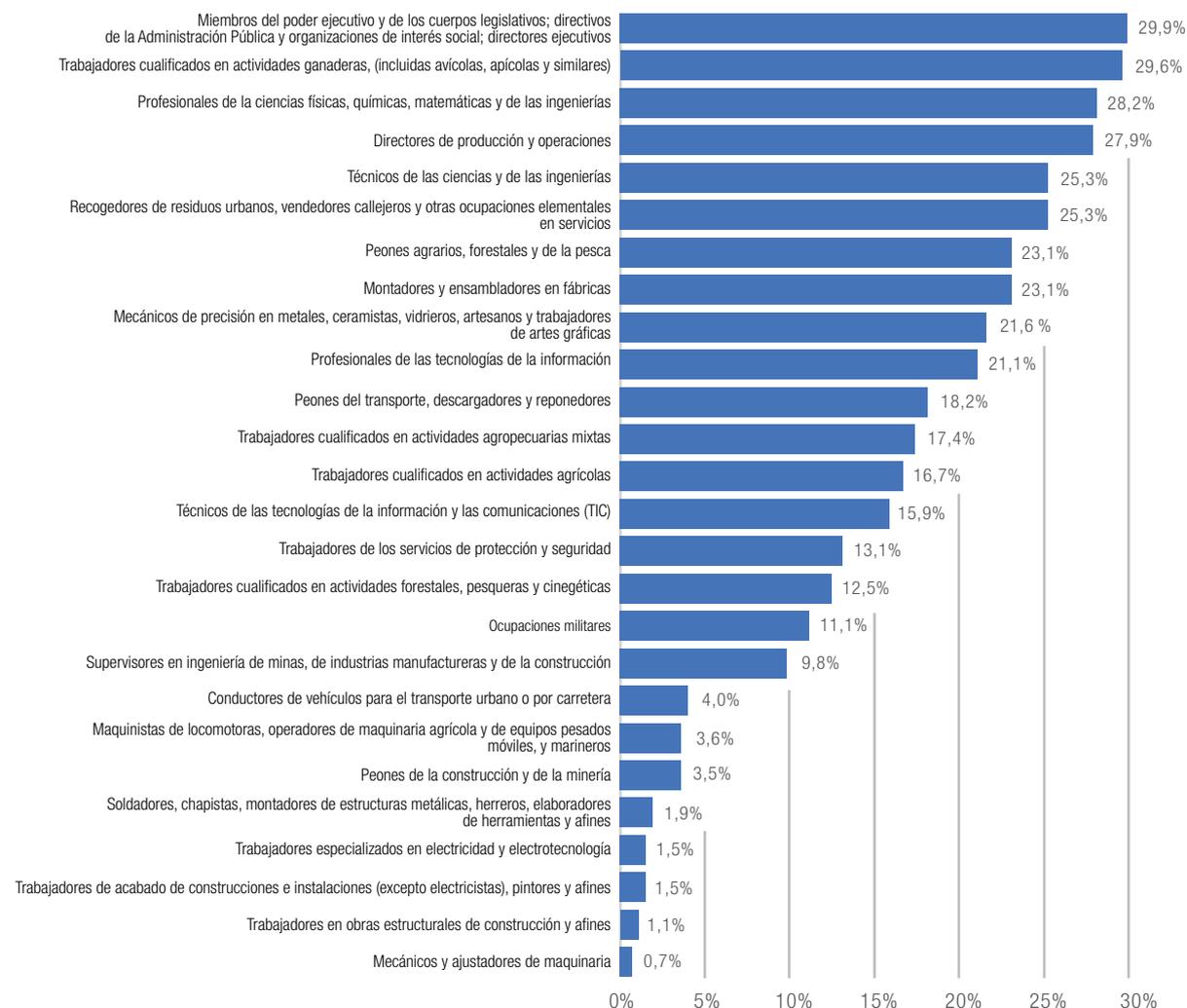
¹¹ ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., *Estudio sobre las necesidades de las familias con personas con discapacidad*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015, p. 51.

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.

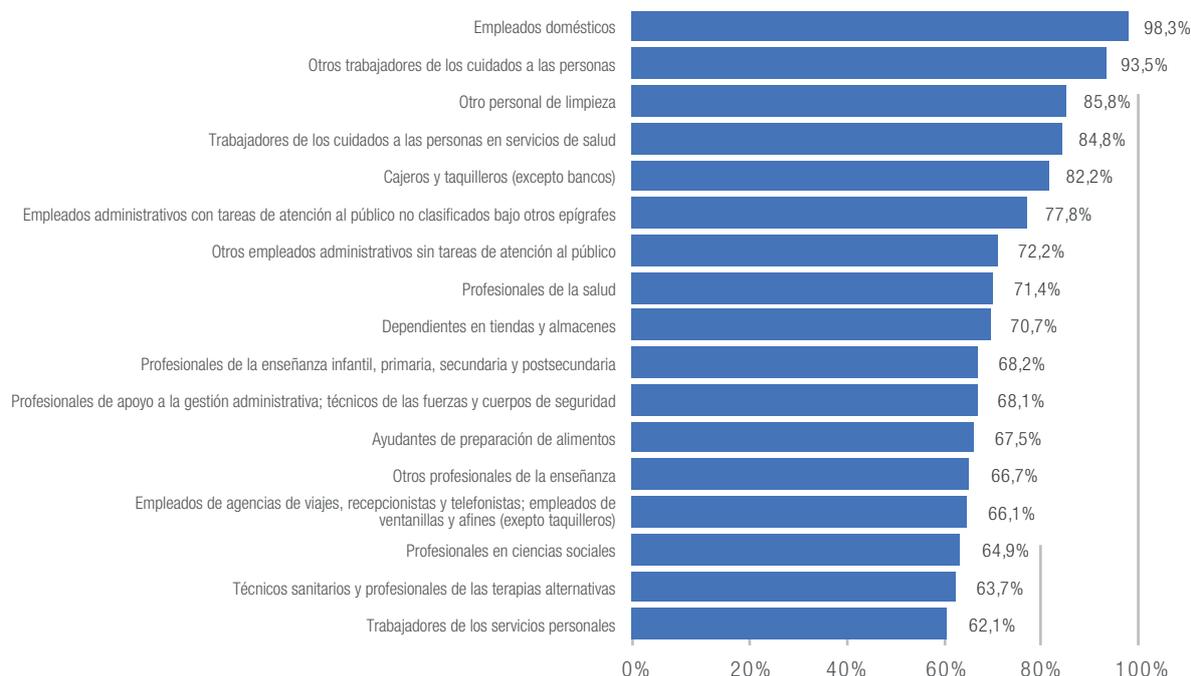
2. La segregación ocupacional como elemento distorsionador de la promoción profesional de las mujeres

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 TOBÍAS, 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 3/200*, 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.

Medidas de protección laboral y de seguridad social para víctimas de violencia de género

Labour and Social Security protection measures for victims of gender violence

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

Profesora Asociada Doctora Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la UCLM (Ciudad Real)

Recibido: 12/11/2018

Aceptado: 6/12/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4767>

Resumen. La violencia de género es uno de los mayores conflictos que tiene la sociedad hoy en día, es habitual lamentar la pérdida de la vida de alguna mujer por esta causa muy frecuentemente, lo que permite imaginar la terrible magnitud oculta del drama que, a diario, sufren miles de mujeres y sus familiares por esta causa.

Para intentar mejorar esta cuestión, el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, modifica algunos preceptos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, que no tienen dicho rango de ley orgánica, así como la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y el Código Civil, con el objetivo de dar una respuesta efectiva a la asistencia a las víctimas y a sus hijos e hijas menores.

Con ocasión de lo anterior, el presente artículo tiene como objeto el análisis de los aspectos laborales y de seguridad social incluidos en la Ley integral sobre la violencia de género, en cuanto manifestación básica y fundamental para la mujer maltratada al poder disponer de una independencia económica, que se logra habitualmente, a través del desempeño de un puesto de trabajo, siendo reforzado debidamente con la protección de la seguridad social.

Palabras clave: violencia de género, derechos laborales, protección de la seguridad social.

Abstract. Gender violence is one of the greatest conflicts that society has today. It is common to regret the loss of a women's lives owed to this cause, which allows to imagine the terrible hidden magnitude of the drama that, every day, thousands of women and their families suffer.

To try to improve this situation, the Royal Decree-Law 9/2018, of 3 August, of urgent measures for the development of the Pact of State against the gender violence, modifies some rules of the organic Law 1/2004, of 28 December, on comprehensive measures of protection against gender violence, which do not have this nature of organic law, as well as law 7/1985, of 2 April, regulating the Bases of the Local Regime and the Civil Code, with the aim of giving an effective response to the assistance of the victims and their children and their daughter s minors.

Within this framework, this article focuses on analyzing the labour and social security fields included in the comprehensive Law on gender violence, as a basic and fundamental tool for battered women in order to have of economic independence, which is usually achieved through the performance of a job, hat strengthen the protection of social security.

Keywords: gender violence, labor rights, social security protection.

*concepcion.sanz@uclm.es

1. Introducción

Partiendo de que las diferencias entre hombres y mujeres no obedecen tan sólo a razones biológicas¹, entendemos que esta socialización tan distinta se ha podido construir en el contexto de la relación entre el género y las tareas que a hombres y mujeres se les supone en el ámbito tanto público como privado. Y todo ello porque a las mujeres se las ha colectivizado tradicionalmente para permanecer en el ámbito privado, se les orienta hacia la intimidad y la dependencia económica. Por el contrario, a los hombres se les socializa para prosperar en el ámbito público, se les orienta a lo exterior, la independencia económica, afectiva, entre otras².

De acuerdo con esto, es evidente que la violencia que se ejerce contra las mujeres por el hecho de serlo –por el rol social que cumplen– entraña un problema estructural y con hondas raíces culturales. Podrá discutirse si la principal causa de dicho problema radica en el histórico desequilibrio de poder entre hombres y mujeres y la consecuente subordinación a la que éstas se han visto sometidas, pero resulta innegable que violencia sexista constituye un fenómeno social específico que hay que afrontar como tal.

De todo lo anterior se deriva que hasta hace relativamente poco tiempo, las agresiones que las mujeres sufrían en sus casas se entendían como un problema privado de la pareja, en la que la ciudadanía no debía entrometerse³. Por esta razón, el intento de prevención institucional por la violencia contra las mujeres es, de entrada, bastante nuevo, si bien desafortunadamente, concurre esta manifestación de desigualdad aún en nuestra sociedad.

Como consecuencia, coexiste con la idea de que la igualdad entre los géneros es un derecho básico, y alcanzarlo tendría enormes beneficios sociales, jurídicos, culturales y económicos, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de Naciones Unidas, al incidir en que *“la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”*⁴.

En el mismo sentido se ha pronunciado la resolución del Parlamento Europeo sobre Tolerancia Cero de 1997, que señala en su apartado E que *“Considerando que la violencia contra las mujeres está sin duda alguna vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder*

¹ Los estudios sobre el género constatan que el prejuicio social que considera a la mujer física e intelectualmente inferior al hombre ha producido una distribución desequilibrada de roles sociales, ofreciendo papeles diferentes para mujeres y hombres. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/N96/273/04/PDF/N9627304.pdf?OpenElement> (consultada el 19/10/2018)

² POAL MARCET, G., “Reflexiones en torno a la socialización diferencial de mujeres y hombres”. RTS nº. 140, 1995, págs. 40-53.

³ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de violencia de género”. RDSS Nº 11. 2017, págs. 13-22,

⁴ La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>. Apartado 6. (consultado el 03/11/2018).

*entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad*⁵.

Es una realidad, por tanto, que la violencia de género es una grave manifestación de la desigualdad existente entre hombres y mujeres, por lo que una vez se reconoce por parte de los Estados que persisten estas desigualdades entre mujeres y hombres, es inexcusable que se establezcan medidas legales de carácter preventivo y protectoras de las víctimas para combatir las formas de discriminación y prevenir la violencia contra las mujeres⁶. Desgraciadamente, aunque estas regulaciones han contribuido a hacerla visible, extrayéndola del ámbito de la intimidad familiar en la que desde siempre había permanecido, no han conseguido la desaparición de la violencia de género.

2. Las medidas de protección en el ámbito social: protección de las trabajadoras víctimas de la violencia de género

Los poderes públicos, con las particularidades que les concede la cláusula del Estado social y democrático de Derecho de la Constitución Española⁷, que empuja al mandato dirigido a impulsar las condiciones de igualdad⁸, choca por tanto, con la exigencia de adoptar medidas de acción positiva que especifiquen las previsiones constitucionales ante la situación de especial abandono, ya que las mujeres sufren un grave atentado contra buena parte de los derechos más fundamentales al ser víctimas de violencia de género⁹, como es el derecho a la igualdad y a la prohibición de toda clase de discriminación¹⁰, el derecho a la vida y a la integridad física y moral¹¹, el derecho a la libertad y a la seguridad¹², entre otros. Igualmente se ven perturbados otros derechos que conectan con el bienestar de la persona y su familia, como es el derecho al trabajo, el derecho a la protección social de la familia y de los hijos, el derecho a prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 35, art. 39 y art. 41 CE respectivamente), etc.¹³.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51997IP0250:ES:HTML> (consultado el 02/11/2018). MONEREO ATIENZA, C., *Hacia un concepto complejo de igualdad: la igualdad formal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: igualdad ante la ley y principio de no discriminación (artículos 20 y 21 de la CDFEU), especial referencia a la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 23 de la CDFEU)*. Madrid. Ed. Dykinson. 2012. pág 92.

⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*. Albacete. Ed. Bomarzo, 2016. pág. 138.

⁷ Art. 1.1 CE. BALAGUER CALLEJÓN, M. L. "Mujer y Constitución Española". *Crítica*, Año 62, Nº. 979, 2012 (Ejemplar dedicado a: ¿La constitución de todos?), págs. 33-37.

⁸ Art. 9.2 CE. SALAZAR BENÍTEZ, O. "Mujer y Constitución en España". *Revista de estudios políticos*, Nº 111, 2001, págs. 284-293.

⁹ MARTÍN VIDA, M.ª A.: *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002. págs. 137-143; VENTURA FRANCH, A.: *Las mujeres en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1999. pág. 284.

¹⁰ Art. 14 CE. FIGUERUELO BURRIEZA, A., "Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios de homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino". Valencia. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · primer semestre 2014. págs. 203-205.

¹¹ Art. 15 CE

¹² Art. 17 CE

¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; FERNANDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*. Madrid: Ed. Tecnos, 1986. págs. 287-293.

2.1. Aspectos generales de la ley para la protección integral contra la violencia de género

Para resolver los complicados problemas a los que se deben enfrentar las víctimas de la violencia de género, fundamentalmente en lo referido a la asistencia y protección social a las que tienen derecho, a finales de enero de 2005 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOIVG)¹⁴. Sin duda, supuso un hito, un punto de inflexión, en la medida en que reconoce que la principal causa de la violencia de género es la discriminación histórica hacia las mujeres y, en consecuencia, enmarca la lucha contra esa lacra social en el avance hacia la igualdad, incorporándose a las normas legales en materia de protección social. Esta Ley Orgánica, de forma desafortunada, se caracteriza por la complejidad de sus normas, en concreto las relacionadas con las competencias, los sujetos e incluso, las instituciones que se encuentra implicadas¹⁵, todo ello consideramos que por ser la primera vez que una normativa abordaba de un modo integral, la protección de las víctimas de violencia de género¹⁶.

En su Preámbulo ya indica claramente que se considera un fenómeno que ya existía pero que ahora se ha dejado de tolerar, *“Las agresiones sobre las mujeres tienen una incidencia especial, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta”*, por lo que su aprobación supuso la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una norma con inspiración multidisciplinar y con mira a proporcionar instrumentos jurídicos para hacer frente al problema de la violencia contra las mujeres¹⁷, como declaración de la desigualdad¹⁸. Por todo ello, entre los principios rectores de la LOIVG se proclama el de *“garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género”* así, como *“el de garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social”*¹⁹.

La finalidad por tanto de esta norma fue atajar y erradicar la violencia de género, afrontando esta cuestión de un modo integral, partiendo de la premisa de que la violencia de género no se combate centrándose únicamente en la tipificación y sanción de la violencia sobre las mujeres, sino que trata de ofrecer un conjunto protector que abarca distintos aspectos de la vida, desde la óptica preventiva y desde la óptica protectora²⁰.

¹⁴ GARCÍA NINET, J.I., “Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (Consideraciones previas)”. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N° 169, 2005, págs. 5-8

¹⁵ ALONSO OLEA, M., “La descentralización de las políticas de protección social en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía”. *Foro Social* 8-9, 2003. págs. 4-7.

¹⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Revista del Poder Judicial* n° 88, 2009, pág. 268.

¹⁷ FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: “Avances, reflexiones y nuevas propuestas en torno a la protección social frente a la violencia de género: acreditación, intervención en el ámbito sanitario y salvaguarda de la actividad laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 3 (Igualdad de oportunidades para todos), 2007, pág. 154.

¹⁸ AÑÓN ROIG/MESTRE i MESTRE, “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en AAVV, coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCIA, *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 31 y ss.

¹⁹ Art. 2.d y e) LOIVG.

²⁰ GARCIA TESTAL, E., *Derechos de las Trabajadoras Víctimas de la Violencia de Género*. 2014. Tirant lo Blanch. Págs. 35-39.

Llegados a este punto, deducimos que la LOIVG opta por identificar específicamente esa forma de violencia con un perfil diferenciado de la violencia doméstica. Sin negar que este tipo de conductas agresivas o abusivas en el seno de la familia constituya un grave problema social, parece claro que sus características, causas y consecuencias son diferentes de las de la violencia sexista, por lo que, siendo ambos fenómenos absolutamente rechazables, se deduce que deben abordarse separadamente, ya que el concepto de violencia de género al que se refiere la LOIVG es sólo la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Por tanto la norma viene a ocuparse de la violencia que se ejerce en el seno de esas relaciones, ya se trate de relaciones presentes como ya pasadas²¹.

Por lo expuesto hasta el momento, queda patente, que esta delimitación dejan fuera del concepto muchísimas manifestaciones de la violencia patriarcal, que también prueban la situación de desigualdad social y de las relaciones de poder entre hombres y mujeres²². Así mismo, quedan fuera del ámbito de protección de la ley las parejas homosexuales, por lo menos las de hombres. La cuestión no es tan evidente para las parejas de lesbianas, puesto que el núcleo del concepto radica en la víctima: mujer que sufre la violencia por parte de su pareja. Por ello, la Ley integral contra la violencia de género ofrece una perspectiva limitada²³, pues está claro que el concepto de violencia de género que utiliza la Ley es mucho más restrictivo que el utilizado por los textos internacionales en los que se apoya, siendo algunas leyes autonómicas, que no van a ser objeto de este estudio, las que incluyen otros modos de violencia doméstica, posiblemente porque lo “doméstico” tradicionalmente hace referencia a lo privado, para distinguirlo de lo público, que es el ámbito al que se debe reconducir el problema de la violencia patriarcal. Por otro lado, “doméstico” sugiere también algo cotidiano o poco importante, matiz opuesto a la dimensión estructural y política que tiene el fenómeno del maltrato sexista²⁴.

Aclarado lo anterior, y centrándonos en nuestro tema a tratar, indicar que en lo que respecta a las disposiciones con incidencia directa en las relaciones laborales por cuenta ajena, la LOIVG introduce los derechos de “*la trabajadora víctima de violencia de género*”, “*en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo,*

²¹ AÑÓN ROIG, M. J., en AAVV, (Dir. MARTÍNEZ GARCÍA, E.) *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. Navarra, 2012, pág. 31.

²² GARCÍA TESTAL, E., *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014. págs. 13 y ss. y 118 y ss.

²³ El concepto de violencia de género recogido en la Ley Orgánica 1/2004 está limitado al ejercicio de estos actos de violencia en un contexto determinado, como es el de la existencia de una relación actual o anterior de carácter afectivo entre víctima y agresor. Esto debería incluir también los supuestos de violencia ejercida sobre menores o incapaces pero, como se ha señalado, la Ley Orgánica 1/2004 ha querido establecer un concepto bastante más restringido de violencia de género.

²⁴ DURÁN HERAS, M.A., *De puertas adentro*. Madrid. Instituto de la Mujer, 1988. págs. 51-82. Existen opiniones contrarias al uso del término “doméstico”. Dos son fundamentalmente los argumentos que se suelen esgrimir: uno, que el adjetivo “doméstico” sugiere connotaciones de problema banal o poco importante y, el otro, que puede dar a entender que la raíz de esta violencia es de ámbito intrafamiliar y no social.

a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo²⁵ y a la extinción del contrato de trabajo²⁶. Asimismo declara justificadas “las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género cuando así lo determinen los servicios sociales o servicios de salud”²⁷. Estos derechos podrán ser ejercidos por las trabajadoras “con independencia del tipo de contrato que tengan y la duración de su jornada de trabajo”²⁸.

Con la misma técnica, la LOIVG regula parcialmente los efectos de Seguridad Social de algunas, que no de todas, de las medidas laborales a las que me referiré en el apartado siguiente, incrementando particularmente la protección por desempleo. La concreción de dichos efectos se realiza incorporando nuevas disposiciones a la LGSS²⁹.

3. Medidas laborales y de Seguridad Social al alcance de la trabajadora víctima de violencia de género

Entre las ineludibles medidas sobre protección social de la trabajadora víctima de violencia de género contempladas en la LOIVG, concurren las socio-laborales, que se ajustan para que la mujer afectada conserve su puesto de trabajo³⁰, permitiéndole adaptar algunas de las condiciones de su relación laboral a su difícil situación personal (reduciendo su jornada, reordenando el tiempo de trabajo o permitiendo su cambio de centro de trabajo o la movilidad geográfica...). No obstante, si la víctima considera que si por la violencia no puede continuar con su trabajo (nos ocuparemos de este tema en un epígrafe posterior), la Ley le permite suspenderla o incluso extinguirla en mejores condiciones que al resto de trabajadores, protegiéndola de posible represalia empresarial por el ejercicio de sus específicos derechos laborales.

De entrada, las prerrogativas de la víctima involucran de forma paralela a ciertas obligaciones por parte de la empresa que, como resultado de las situaciones personales por las que atraviesa la trabajadora, deberá esforzarse en conseguir la reorganización, y

²⁵ VELASCO PORTERO, M. T., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, Estudios Financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 271, 2005. págs. 3 a 64.

²⁶ Exceptúa de este supuesto de extinción del contrato la obligación general de preaviso por baja voluntaria del trabajador en la empresa, en otro caso penalizadas por incumplimiento.

²⁷ Art. 21.1 y 4, y disp. ad. 7ª LOIVG. La concreción de dichos derechos se realiza añadiendo al ET nuevos apartados: 37.7; 40.3 bis; 45.1.n; 48.6; 49.1.m; y modificando sus arts. 52.d) párr. 2º y 55.5.b). BARRIOS BAUDOR, G., “Baja voluntaria en la empresa como consecuencia de ser víctima de violencia de género versus dimisión” (STSJ de Castilla y León de 10.08.2006), *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, págs. 31-40. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. Fda., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Ed. Bomarzo, 2005, págs. 33 A 68.

²⁸ GALA DURÁN, C., “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas” *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 2005, págs. 477-506.

²⁹ Art. 21.2 y 3, art. 22 y disp. ad. 8ª LOIVG. BLASCO RASERO, C., “La Ley de protección integral contra la violencia de género: perspectiva social”, *Cívitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128, 2005, págs. 491-531. GARCÍA NINET, J. I., “Medidas en materia de Seguridad Social previstas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en *Tribuna Social*, núm. 171, 2005, págs. 5-8; y ss.

³⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F. “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”. *Revista del Poder Judicial CGPJ* nº 88/primer trimestre 2009 pág. 268.

todo esto, le puede suponer ciertos costes adicionales. En este sentido, considerando que la protección de las víctimas es un objetivo de interés público que no debe recaer de forma exclusiva sobre la empresa, el legislador asocia a los derechos laborales señalados, medidas de Seguridad Social que colectivizan su coste entre los empresarios y trabajadores cotizantes. Así, por un lado, se posibilita la sustitución de la víctima por otro trabajador, bonificando completamente las cuotas empresariales por contingencias comunes de dichos contratos, siempre que se realicen para sustituir a las víctimas. Y por otro lado, también se pretende fomentar el ejercicio de tales derechos laborales concediendo excepcionalmente a las víctimas ciertas prestaciones de Seguridad Social, como las de desempleo contributivo, a pesar de que el cese en el trabajo o la suspensión de la relación laboral sucediera de forma voluntaria por parte de la empleada. Por último, también se le reconoce a la víctima como cotizado el período de suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo previsto para las trabajadoras por cuenta ajena, que tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave³¹, de manera que no sufra detrimento en su cobertura futura³². Igualmente, se suspende la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un período de seis meses para las trabajadoras por cuenta propia o autónomas que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral³³.

3.1. Derechos laborales. Instrumentos para el mantenimiento del empleo

Respecto de las medidas laborales que ya se han avanzado, la LOIVG establece el ejercicio de tales derechos laborales para *“hacer efectiva su protección o derecho a la asistencia integral”* (reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo) o que como consecuencia de ser víctima *“se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo”* (para el caso de suspensión de la relación laboral).

La víctima posee una protección frente al despido objetivo³⁴ y disciplinario siempre y cuando además haya ejercitado alguno de los siguientes derechos laborales que la LOIVG

³¹ Artículo 165.5 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; Disposición adicional única del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

³² CERVILLA GARZÓN, M.J., “Efectos no regulados de la violencia de género en el derecho a prestaciones por incapacidad: un análisis de jurisprudencia”. Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social / coord. por Erick Fernando Aristizábal Rodríguez, 2017, págs. 931-937.

³³ Artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; art. 329 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. BARRIOS BAUDOR, G.L.: “Violencia de género y trabajadoras autónomas: período de cotización ficticia y situación asimilada al alta por violencia de género”, MELLA MÉNDEZ, L. (directora): Violencia de género y Derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos, La Ley, Madrid, 2012, pág. 569.

³⁴ A partir de la modificación operada por la LO 3/2007 de igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el art. 53.4.b) ET.

le concede, como la reducción, reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral (art. 45.4.b) y 55.5.b ET). Por lo tanto, gracias a esa garantía de esa prerrogativa por el ejercicio de tales derechos, se evita que puedan ser resarcidas, de manera que en cuanto a la protección frente al despido disciplinario, sólo podrá declararse la procedencia del despido, si el empresario cumple rigurosamente los requisitos de fondo y forma establecidos en la Ley para el despido y demuestra las causas en las que se basa debiendo, en caso contrario, calificarse de nula la decisión adoptada³⁵.

3.1.1. Carácter justificado de las ausencias y faltas de puntualidad al trabajo

Las faltas de asistencia o faltas de puntualidad que tengan su origen en la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se consideran justificadas³⁶, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, sin detrimento de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa “*a la mayor brevedad*”³⁷.

Por su parte, el párr. 2º del art. 52.d ET, tras la modificación del despido objetivo por absentismo respaldada por lo que establece la LOIVG, las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género³⁸, acreditadas por los servicios sociales de atención o servicios de salud, no se computan ni para el despido objetivo por absentismo de la propia víctima, ni tampoco para calcular el índice de absentismo de toda la plantilla³⁹. De manera que se trata no sólo de proteger a la víctima del despido objetivo por absentismo, sino también de que no tenga consecuencias negativas para el resto de la plantilla el hecho de que en ella haya víctimas por violencia de género⁴⁰.

De la lectura de ambos preceptos, en relación con el art. 23 de la misma LOIVG⁴¹, trasciende una duda interpretativa, si es o no preciso contar con la orden de protección, además de la oportuna certificación a cargo de los servicios sociales o de salud para que

³⁵ STSJ Castilla La Mancha de 2 de noviembre de 2007, Rec. 1117/2007. SSTSJ Cataluña de 3 de octubre de 2008, Rec. nº. 587/2007 y Rec. nº. 3968/2008.

³⁶ SELMA PENALVA, A., “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, Estudios, 2011-1, pág. 1042.

³⁷ El art. 21.4 de la LOIVG establece textualmente que “*las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda*”.

³⁸ ET art. 52.d-modif L 35/2010 disp. adic.20ª disp. ad. 7ª seis LOIVG “*no se computarán como faltas de asistencia*”, entre otras, “*las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda*”.

³⁹ STS de 23 de enero de 2007, Rec. nº. 4465/2005, señalaba que las ausencias recogidas en ese párrafo segundo del art. 52.d ET debían quedar también excluidas a la hora de fijar el “*índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo*” referido en su párrafo primero, pues el término “*absentismo total*” contenido en el mismo «no se refiere a todas las ausencias laborales que se hayan producido, sino a todos los trabajadores del centro de trabajo, ya que “*el cómputo de dicho índice se ha de efectuar en relación con todos ellos*” (FJ. 3º).

⁴⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2009, pág. 58.

⁴¹ Artículo 23 redactado por el número dos del artículo único del R.D.-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género («B.O.E.» 4 agosto), con vigencia desde el 5 de agosto de 2018.

la ausencia o el retraso concreto estén justificados En el caso de que lo fuese, esta interpretación endurecería el acceso a este beneficio, al exigir una “doble” acreditación y excluiría las ausencias o faltas que puedan tener lugar antes de que la trabajadora denuncie la situación de violencia que padece y, por tanto, de que obtenga la orden de protección⁴², aun cuando tengan su causa real en dicha situación⁴³. Igualmente, excluiría de su ámbito de aplicación las faltas cometidas por mujeres cuando no se llega a decretar la orden de protección lo que, en definitiva, se opone a los principios rectores o fines manifestados por la propia LOIVG en los apartados d) y e) de su art. 2⁴⁴.

Deducimos que por esta causa, se procedió mediante el art. único.2 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto⁴⁵, a realizar una interpretación más acorde a la medida que centra la atención en la formulación textual del derecho que fue incorporada al párr. 2º del art. 52.d ET, a omitir toda referencia a la orden de protección, requiriendo únicamente que “*la situación física o psicológica derivada de violencia de género (sea) acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda*”⁴⁶.

En este mismo sentido, como ya advirtió la doctrina, “*siempre será posible que se declaren judicialmente justificadas las ausencias o las faltas de puntualidad si la trabajadora consigue acreditar las causas de aquéllas por cualesquiera otros medios de prueba, ante el empresario primero, y ante el Juez en última instancia*”⁴⁷. Asimismo, cabe entender que se trata, en cualquier caso, de ausencias de corta duración pues, en tanto deben estar “*motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género*”. En caso de que superen los tres días de duración la trabajadora podrá acceder, previa baja médica del Servicio Público de Salud, a la situación de incapacidad temporal con la posibilidad de acceder a la correspondiente prestación económica (RD 53/1980, de 11 de enero).

Por tanto, conforme al art. 21.4 LOIVG y al párr. 2º del art. 52.d ET, las faltas de puntualidad y las ausencias de corta duración justificadas por el servicio social o sanitario (se disponga o no de orden de protección, como ya se ha indicado), no podrán fundamentar la extinción del contrato de trabajo por dicha causa⁴⁸. Tampoco podrán fundamentar medi-

⁴² VILA TIERNÓ, F.: “Medidas de mantenimiento de empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Dir. y PERÁN QUESADA, S., Coord.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Ed. Comares, 2009, pág. 262.

⁴³ FARALDO CABANA, C.: “La acreditación de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 29, 2011, pág. 45.

⁴⁴ QUESADA SEGURA, R.: “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 3 (Igualdad de oportunidades para todos), 2007, pág. 66.

⁴⁵ Art. único.2 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto que modifica el artículo 23, Acreditación de las situaciones de violencia de género.

⁴⁶ Art. 49.d Ley 7/2007, de 12 de abril.

⁴⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *La dimensión laboral...*, op. cit., págs. 36 y 37, añade que existiendo esta orden o estando ésta en trámite, “ésta y la declaración de los servicios sociales o sanitarios... eluden toda necesidad probatoria adicional..., y eliminan también toda posibilidad alternativa de valoración de la suficiencia de los motivos alegados por parte del empresario o del Juez, en su caso”.

⁴⁸ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La incidencia de la situación de violencia de género en las distintas vías de extinción del contrato de la trabajadora”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.): *La extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson Reuters), 2011, pág. 1217.

das disciplinarias, incluida la de despido (arts. 54.2.a y 58 ET), precisamente por tratarse de incumplimientos “justificados”⁴⁹.

En otro orden de cosas, para no computar las ausencias mencionadas, resulta evidente que la víctima debe poner en conocimiento del empresario la situación por la que pasa y, en definitiva, la razón de las faltas que también se podría hacer constar, si así lo solicitara, en el parte médico o informe de los servicios sociales, lo que podría vulnerar su derecho a la intimidad, con todas las consecuencias que ello conllevaría respecto al derecho a la intimidad de la propia trabajadora.

En cualquier caso, el carácter justificado de las faltas no obliga al empresario, salvo que el Convenio Colectivo establezca otra cosa, o así lo reconozca el propio empresario, a remunerarlas o cotizar por ellas, porque ni la LOIVG ni el ET establece cosa alguna, con lo cual, dada la predilección por la figura suspensiva, el art.45.2 ET establece expresamente que “la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”.

Por otro lado, mencionar, que estas ausencias o faltas de puntualidad no son catalogadas ni como los permisos del art. 37, apartado 3 y ss. ET, ni como causas de suspensión del contrato enumeradas en lista cerrada en el art. 45.1 ET, sin que quepa su equiparación a la circunstancia prevista en el art. 45.1.n ET como causa de suspensión del contrato por violencia de género, pues ésta requiere el “abandono” del puesto de trabajo.

Todo lo anterior nos plantea de nuevas dudas, sobre la remuneración la trabajadora y la cotización a la Seguridad Social, pues ¿qué ocurre cuando no exista previsión en el Convenio Colectivo aplicable? ¿cómo dilucidar entonces los efectos remuneratorios de las faltas de puntualidad y las ausencias de corta duración que no desemboquen en una situación de incapacidad temporal?. Entiendo que debe partirse del fin de garantía de derechos en el ámbito laboral que la LOIVG manifiesta en su art. 2.d⁵⁰, pues en principio no existe base normativa que autorice en este caso la disminución proporcional de remuneración. Ahora bien, en el caso de que se admita la disminución proporcional de la remuneración conforme al principio general de salario por trabajo prestado, la medida producirá la consiguiente minoración de la cuantía de las bases de cotización, manteniéndose invariable el número de días en alta y cotizados.

3.1.2. Reducción de jornada o reordenación de la jornada laboral

3.1.2.1. Consideraciones comunes. De acuerdo con el art. 37.7 ET, para “hacer efectiva su protección o derecho a la asistencia integral” la víctima puede reducir jornada o reordenar el tiempo de trabajo, derecho que permite reducir entre un octavo y un máximo de la mitad su jornada laboral concretando la víctima su nuevo horario.

⁴⁹ Aunque no entendemos porque la LOIVG no modificó el art. 54 ET, ya que la consecuencia jurídica es la imposibilidad de proceder al despido disciplinario de la víctima como consecuencia de faltas o retrasos con origen en la situación psicológica o/y física derivada de la violencia, sugiere estola preferencia del legislador hacia soluciones que hagan posible la continuidad del contrato frente a las irregularidades que pueden derivarse del hecho sobrevenido de la violencia de género, recurriendo a la suspensión laboral para evitar la extinción contractual por faltas de asistencia prevista en el ET.

⁵⁰ Art. 2 d) LOIVG: “Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género”.

Esta reducción no supone que el contrato de la víctima se vaya a convertir en un contrato a tiempo parcial. Además en caso de extinción la indemnización se fijará considerándose el salario completo previo a la reducción. Por último, también se computarán sus bases de cotización al 100% para calcular, en su caso, la prestación de desempleo⁵¹.

No obstante, la Ley no determina que las víctimas gocen de preferencia en el ejercicio de este derecho o respecto de la concreción horaria que, en principio, ellas mismas fijarían. Esta circunstancia puede suscitar problemas de concurrencia cuando lo ejercitan simultáneamente otros trabajadores de la misma empresa, por ejemplo, por motivos como la guarda legal, aunque parece razonable que debiera primar la integridad y la propia vida de la víctima, sobre el derecho de cuidado de un familiar.

En cuanto a su duración, a falta de limitación en el ET, se entenderá sujeta a la persistencia de la condición de víctima de violencia de género acreditada⁵². A diferencia de la reducción de jornada del art. 37.5, conforme al párr. 2º del art. 37.7 ET, la reordenación o la reducción de jornada por violencia de género podrán ejercerse *“en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada”*. Asimismo, la norma prevé que, *“en su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior (art. 37.6), incluidas las relativas a la resolución de discrepancias”*. Debemos prestar atención a que dicho precepto emplea la conjunción disyuntiva *“o”* para ordenar las distintas fuentes reguladoras de este derecho.

En este caso, si el acuerdo entre empresa y trabajadora no llega a alcanzarse, la cuestión se resolverá conforme al último inciso del párrafo 2º del art. 37.7 ET: *“en defecto de acuerdo, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior (art. 37.6) incluidas las relativas a la resolución de discrepancias”*.

Así, en caso de discrepancia sobre *“la concreción horaria y la determinación del período de disfrute”* de la reordenación o reducción de jornada por violencia de género (que no los problemas de concurrencia como ya hemos comprobado), se remite a las partes al procedimiento especial previsto en el art. 138 bis LPL, de carácter urgente y de tramitación preferente (pero inadecuado en caso de que la empresa se oponga al derecho mismo a la reordenación o reducción de jornada, en cuyo caso la trabajadora deberá acudir al proceso ordinario).

Por todo ello, dada la grave situación que vive la trabajadora, normalmente ya enfrentada judicialmente por la violencia de género, tener que demandar además a su empresa con la inevitable dilación e incertidumbre sobre si verá o no materializada la medida propuesta, puede tener una consecuencia disuasoria, inclinándose la trabajadora por otra medida con menos posibilidades de oposición empresarial y sin pérdida de su puesto de trabajo, como es la suspensión del contrato de trabajo.

⁵¹ Se considera también al 100% esas cotizaciones, los dos primeros años de reducción, para el cálculo de ciertas prestaciones, como son las de maternidad, paternidad, jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

⁵² VELASCO PORTERO, M.T.: *“La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de la protección laboral”*, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, núm. 9, 2010, pág. 37.

En todo caso, dada la relativa similitud en el régimen jurídico de los supuesto regulados en los apartados 6 y 7 del art. 37 ET y, en particular, habida cuenta de que el apartado 7 remite expresamente a las reglas contenidas en el apartado 6 para la resolución de las discrepancias sobre la concreción horaria que puedan darse entre la empresa y la trabajadora, se deberá tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina judicial⁵³, a cuyo tenor la adecuación de la medida solicitada y de su concreción horaria a la finalidad legal que la justifica serán determinantes para su licitud y prevalencia sobre el poder de dirección y organización del empresario (art. 20 ET), sin que éste pueda oponerse a su ejercicio, salvo quizás cuando le ocasione un quebranto extraordinario, desproporcionado e insalvable que a él correspondería acreditar.

No obstante, como ha subrayado la doctrina, los derechos laborales y de Seguridad Social de la LOIVG *“buscan soluciones a situaciones trágicas donde está en juego la vida e integridad física y/o moral de las mujeres”* por lo que *“no se trata de derechos conciliables en su ejercicio con otros derechos e intereses opuestos pues éstos no pueden oponer unas razones justificativas de superior rango a las que la víctima pueda esgrimir”*⁵⁴.

Por último, insistir que es nulo el despido disciplinario y la extinción del contrato por causas objetivas por el ejercicio del derecho a la reordenación o reducción del tiempo de trabajo a causa de la violencia de género, salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con los mismos⁵⁵.

3.1.2.2. La reordenación de la jornada. En particular, por lo que respecta a la medida prevista en el art. 37.7 ET de *“reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo”*, la opción de la trabajadora se limita, según el texto de la disposición legal, a las fórmulas *“que se utilicen en la empresa”*, con la dificultad que conlleva, que no exista ninguna previsión al respecto. Una fórmula ya empleada para salvar esta limitación es el acuerdo convencional de que la concreción de la reordenación del tiempo de trabajo *“mediante la adaptación de su horario”* tenga lugar conforme *“establezcan de mutuo acuerdo la empresa y la trabajadora afectada”*.

Asimismo, con independencia de la modalidad contractual que tenga la víctima, lo habitual es que tenga efectos en su remuneración y, por consiguiente, en sus bases de cotización, sirva de ejemplo la reordenación del tiempo de trabajo que implique la adscripción de la trabajadora a un turno distinto al suyo, con pérdida de los complementos salariales vinculados al trabajo realizado en las anteriores condiciones, salvo disposición convencional, acuerdo individual o decisión empresarial en contrario.

⁵³ STS 120/2018, 7 de Marzo de 2018, Rec. nº. 1172/2017.

⁵⁴ ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P., *“Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”*. RDS. nº 30/2005, pág. 59, para quien *“el juicio que deba realizarse en estos casos no es de equidad entre intereses iguales en rango pero antagónicos, sino de preeminencia a favor del interés de la víctima una vez acreditada la existencia de título habilitante”, lo que no significa que el Juez deba vigilar el ejercicio arbitrario o abusivo de estos derechos”*.

⁵⁵ MEDINA CASTILLO, J.E.: *“El régimen extintivo del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género. Aspectos procesales”*, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Dir. y PERÁN QUESADA, S., Coord.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada. Ed. Comares, 2009, pág. 161.

En cuanto a las “*otras formas de ordenación del tiempo de trabajo*” deducimos que se refieren a que cabe la posibilidad de que la trabajadora se convierta en una trabajadora a domicilio o tele-trabajadora, siempre y cuando la empresa o el convenio colectivo lo prevean. Con lo cual, aunque la Ley permite a la trabajadora hacer uso de estas “*otras formas de ordenación*”, como no hace mención alguna de esas formas, cabe la posibilidad de que la trabajadora no pueda reclamar su utilización, si la empresa o el convenio colectivo no las prevén⁵⁶.

En cualquier caso, tanto la reducción como la reordenación, sobre todo esta última, representan medidas que para poder aplicarse requieren una cierta compatibilidad con la organización productiva de la empresa, lo que implica, por ejemplo, que si en el centro de trabajo de la víctima no hay un régimen de trabajo a turnos, difícilmente la trabajadora podrá solicitar un cambio de turno⁵⁷. Con lo cual, el ejercicio de estos derechos no será siempre posible. En todo caso, el hecho de que el legislador no haya establecido un mínimo indisponible en cuanto a la regulación de estos derechos, hace que los convenios colectivos jueguen un papel principal en la especificación de los mismos⁵⁸.

3.1.2.3. La reducción de la jornada. Por lo que respecta en concreto a la “*reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario*”, corresponde valorar aquí su utilidad, al permitir a la víctima disponer de movilidad y tiempo para la búsqueda de una salida a su situación conservando parte de sus ingresos y la permanencia en su puesto de trabajo, y, por consiguiente, cierta “*normalidad*” en el progreso de su vida diaria. Pero la medida nos sugiere nuevos interrogantes, como, ¿cuál es el impacto en las condiciones laborales distintas de las salariales?, para las que se prevé expresamente “*su reducción proporcional*”, y sus efectos en la Seguridad Social, particularmente en la cotización y en la acción protectora.

La contestación a esta cuestión entendemos que puede partir de que el art. 37.7 ET no incorpora una novación de la modalidad contractual convirtiendo el contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, pues conforme al 12.4.e ET, para que tenga lugar dicha transformación, además de la voluntad del trabajador o trabajadora, hace falta el acuerdo entre aquélla y la empresa, a quien únicamente se le impone la obligación de “*informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de vacantes*” y ello a fin de “*posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial*”, en tanto que en este caso nos encontramos ante un “*derecho*” que nace, no por ese acuerdo entre la empresa y la trabajadora, sino de la voluntad de ésta, siempre y cuando documente su situación de víctima de violencia de género, y la medida lo que persigue es “*hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral*”, pudiendo la empresa únicamente cuestionar la concreción de su ejercicio en cuyo caso deberá probar el perjuicio fatal que dicha concreción le ocasiona.

Es, precisamente, la introducción de este derecho específico a la reducción de jornada en el ámbito de los permisos el mecanismo que evita a la trabajadora tener que acudir,

⁵⁶ MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. y VELASCO PORTERO, T., *La incidencia de la Violencia de Género en el Contrato de Trabajo*. Madrid. 2006. Ed. Cinca. pág. 75.

⁵⁷ MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. y VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género...* op. cit., pág. 143.

⁵⁸ SOBRINO GONZÁLEZ. *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*. Valencia. 2013, Ed. Tirant lo Blanch. págs. 101 y 102.

si lo precisara, a pactar la conversión de su contrato a jornada completa en un contrato a tiempo parcial y, de no alcanzar dicho acuerdo, a otras medidas más gravosas (traslado a otro centro de trabajo donde exista una vacante, o cese, temporal o definitivo, en su actividad). Por ello, puesto que no entraña novación en la modalidad contractual y se trata de una medida sobre la que no se autoriza otra consecuencia más allá de la reducción proporcional del salario, carecería, por tanto, de base legal la eventual reducción proporcional de otros derechos de la mujer (descansos remunerados, remuneraciones no salariales, etc.).

Respecto a la “ayuda económica” de naturaleza asistencial consignada para “facilitar la integración social” de la víctima, prevista en los arts. 2.e y 27 LOIVG y en el RD 1452/2005, aun concebido como un intento de evitar la exclusión social a favor de las víctimas de violencia de género que, acreditada tal condición a través de los medios ya indicados, carezcan de las rentas establecidas y tengan especiales dificultades para obtener un empleo⁵⁹, parece que pueda ser incompatible con el mantenimiento del puesto de trabajo con jornada reducida.

En este sentido, aunque dicha ayuda si es compatible con “las rentas derivadas del trabajo de las que disponga o pueda disponer”, si se supera la cuantía de ingresos establecida como límite, entendemos que no procede su reconocimiento⁶⁰, pues como hemos avanzado, es requisito para ello es la presunción de que la mujer tenga especiales dificultades para obtener empleo (debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales), lo que la exime de participar en los programas de empleo dirigidos a la inserción profesional⁶¹. Dicha dificultad, es contraria como señalamos, con la permanencia en su puesto de trabajo, aun con jornada reducida. Por ello deducimos, que esta ayuda económica no está prevista para las mujeres trabajadoras que conserven su empleo, aun con reducción de jornada.

No queremos dejar de comentar aquí que no entendemos como el legislador no ha optado por asimilar esta situación a la de desempleo involuntario, ya que así lo hizo con el desarrollo de la protección por desempleo para los supuestos en los que la trabajadora suspenda su contrato de trabajo o abandone definitivamente su puesto a causa de la situación de violencia de género⁶². A fin de evitar este deterioro económico sobre esta situación, parcialmente subsanada por la LO 3/2007 en materia de indemnizaciones⁶³, se ha instado por la conveniencia de equiparar el tiempo de jornada reducido sin derecho a remuneración salarial del art. 37.7 ET, a una situación de desempleo parcial involuntaria y protegida siempre que se cumplan los demás requisitos generales⁶⁴.

⁵⁹ Lo que se acredita a través del Informe del SPEE dónde consta que la solicitante debido a su edad, falta de preparación y circunstancias sociales, no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad por su participación en los programas de empleo específicos establecidos para su inserción profesional.

⁶⁰ Art. único.3 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto.

⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 371.

⁶² Art. 21.2 LO 1/2004; y art. 208, apartados 1.e y 1.2 LGSS, en redacción introducida por LO 1/2004 (disp. ad. 8ª.2); y disp. ad. 42ª LGSS (introducida por LO 1/2004, disp. ad. 8ª cinco).

⁶³ disp. ad. 18ª ET incorporada por la LO 3/2007 (Disposición Adicional 11ª veintiuno).

⁶⁴ Informes del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/> (consultada el 10/10/2018). GARCÍA NINET, J. I., “Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de me-

Si se ampliara a este supuesto una protección equivalente a la concedida a la reducción de jornada por expediente de regulación de empleo, permitiría atenuar no sólo la pérdida de ingresos salariales, sino también la disminución de las bases reguladoras y, en su caso, de los días considerados cotizados, a los efectos de futuras prestaciones de Seguridad Social, al menos en los casos en los que la trabajadora cumpla todos los requisitos de acceso a la prestación contributiva.

Por ello, y si como se ha defendido, esta reducción no implica la novación del contrato de trabajo a la modalidad a tiempo parcial, tratándose de evitar las dificultades relacionadas con la regulación específica para esta modalidad en materia de Seguridad Social, tales como la determinación de la base mínima de cotización en función de las bases mínimas horarias normativamente previstas⁶⁵ (cobertura de lagunas a efectos de determinar las bases reguladoras de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación), así como el cómputo de cotizaciones en función de las horas trabajadas (que en principio dilata el tiempo necesario para poder completar los periodos de carencia requeridos por las prestaciones contributivas)⁶⁶, problemas que podrían suavizarse a costa de la propia víctima, por la vía de Convenio Especial específico para trabajadores con contrato a tiempo parcial⁶⁷.

En consecuencia, una vez comunicada la circunstancia a la TGSS, debe mantenerse la situación de alta a efectos de todas las contingencias y la cotización conforme a las reglas generales, sin más modificación que la determine en las bases de cotización la reducción estrictamente salarial, proporcional a la de la jornada, considerando como bases y topes mínimos los previstos para el grupo profesional que corresponda.

Respecto a ello, aunque con alcance limitado a determinadas contingencias, la LOI-VG incorporó la medida propuesta para el cómputo del periodo de suspensión del contrato a causa de la violencia de género durante el que se mantiene la ausencia total de actividad cada jornada de suspensión⁶⁸. Ahora bien, la previsible minoración de la cuantía de las bases de cotización determinará, con carácter general, menores bases reguladoras y, por tanto, prestaciones de menor cuantía a las que hubiesen correspondido de no haber reducido la jornada, sin que tampoco se haya extendido a este supuesto la opción de suscribir un Convenio Especial con la TGSS a cargo de la propia interesada⁶⁹. Probablemente, pensando en no penalizar a la trabajadora que, pese a haber optado por mantenerse en su puesto de trabajo aun con jornada reducida, pasado un tiempo en esta situación se ve finalmente obligada a cesar en su actividad, sea temporalmente o de forma definitiva, la LO 3/2007, de 22 de marzo, corrige este efecto negativo exclusivamente en relación a la

didadas de Protección integral contra la violencia de género (II)" *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N^o 170, 2005, pág. 6.

⁶⁵ Art. 35 Orden TAS/31/2007, de 16 de enero.

⁶⁶ Disposición Adicional 7^a LGSS de 1994 (en redacción incorporada por el Real Decreto-Ley 15/1998 y por Ley 12/2001), y art. 3, apartados 3 y 4, y art. 7.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre.

⁶⁷ Art. 22 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

⁶⁸ Apartado 5 del art. 165 LGSS, el periodo de suspensión del contrato en base a los arts. 45.1.n y 48.6 ET tiene la "consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo".

⁶⁹ Arts. 2.2.j, 3.2.3 y 21 de la Orden TAS/2865/2003, de 1 de octubre.

cuantía de la prestación por desempleo. Así, a los efectos de determinar su base reguladora, el cómputo de las bases de cotización se hará incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido de no haberse reducido la jornada⁷⁰.

3.1.2.4. Traslado a otro puesto de trabajo. Asiste a la víctima un derecho específico a la movilidad geográfica, de nuevo teóricamente supeditado a que el abandono del puesto de trabajo en la localidad dónde se prestaban servicios sea preciso para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral mediante el art. 21.1 LOIVG que proclama “*la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores,... a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo,...*”, entre otros, concretándose lo anterior en el apartado 3 bis del art. 40 ET conforme al que se otorga a la trabajadora un “*derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo*” y se ordenan los requisitos para su ejercicio. Precisamente, la ley otorga un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente que la empresa tenga vacante en cualquier otro centro de trabajo. En cambio, a falta de vacante, se pierde el derecho preferente a ocupar otro puesto en los términos del art. 40. 3 bis ET, y las otras opciones específicas de que dispone la trabajadora son la ya mencionada suspensión del contrato de trabajo o su rescisión voluntaria cuando la necesidad de abandono sea definitiva⁷¹.

Desde un enfoque técnico-jurídico el derecho de la víctima no se ajusta demasiado a la movilidad geográfica regulada en el art. 40 ET en los demás apartados, pues ni viene impuesta por el empresario, ni ha de conllevar el cambio de residencia de la víctima porque puede realizarse a un centro de trabajo de la misma localidad dónde está su domicilio⁷².

La inaplicación de esta norma, salvo disposición convencional que prevea lo contrario, tiene relevancia, pues priva a la víctima de los derechos económicos o abono de gastos a cuenta del empresario, previstos para el caso de traslado o desplazamiento. Para paliar, en la medida de lo posible esta carencia y fomentar la utilización de esta vía bien es cierto que desde el 11 de diciembre de 2008, en el artículo 10 del RD 1917/2008 por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género, se prevén ciertas subvenciones económicas a favor de la víctima que ejerce el derecho a la movilidad laboral mencionada, cuando cambia de residencia a una localidad situada a 50 Km o más de la de origen (o incluso distancias inferiores con destino u origen en Ceuta y Melilla o desplazamientos interinsulares)⁷³.

En definitiva, el derecho podrá ejercitarse cumpliendo los mismos requisitos generales que ya hemos examinado, es decir, por una trabajadora víctima de violencia de

⁷⁰ STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2006, Rec. nº. 2811/2005.

⁷¹ Arts. 45.1.n, 48.6, y 49.1.m ET.

⁷² QUESADA SEGURA, R., La violencia de género como discriminación por razón de género en *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*. coord. por Salvador Perán Quesada; Rosa Quesada Segura (dir.). Granada. Ed. Comares, 2009. págs. 3-40.

⁷³ Ya el Real Decreto-Ley 5/2002, de Reforma de la Protección por Desempleo, había introducido un Programa de fomento de la movilidad geográfica dirigido a trabajadores desempleados que se desplacen para ocupar puestos de trabajo de carácter indefinido, y comprenden los gastos de desplazamiento y de enseres y mobiliario, si bien en este caso se amplían las ayudas en función de diferentes situaciones.

género (acreditada en los términos del art. 23 LOIVG) que, además, “*se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios*”, y ello para hacer efectiva “*su protección o su derecho a la asistencia social integral*”, sin que se preestablezcan medios de prueba específicos sobre dichas circunstancias justificativas, por lo que serán procedentes todos los admisibles en derecho.

Del mismo modo, es preciso que la empresa cuente con al menos otro centro de trabajo en localidad distinta de aquélla en la que presta sus servicios la trabajadora y con un puesto de trabajo “*vacante*”. A tal fin se impone a la empresa la obligación de comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro, y, aunque la Ley nada dice acerca de los plazos en los que el empresario debe cumplir con su obligación de informar o de su duración, dada la finalidad de la medida de facilitar protección a la víctima, se entiende que la obligación reviste una cierta dosis de urgencia y eficiencia.

El cambio de centro de trabajo se realiza primero por un período de 6 meses, durante el cual se le reserva su puesto de trabajo original, sin que se precise si se trata de una duración mínima o máxima, o acerca de la posibilidad de prorrogar dicho periodo, deja claro que pasados los 6 meses, entendemos que excesivamente breve, la trabajadora tendrá que optar entre “*la continuidad en el nuevo*” puesto de trabajo o el “*regreso a su puesto de trabajo anterior*”, que por imperativo legal, ha estado reservado. En caso de que opte por la segunda opción, el derecho a la reserva del puesto de trabajo desaparece, desplegando los efectos ordinarios del nuevo puesto⁷⁴.

En el supuesto que la víctima quisiese continuar con la suspensión por períodos adicionales de 3 meses porque “*de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión*” (art.48.6 ET), ha de ser el Juez de Violencia sobre la Mujer o el de Instrucción que tenga atribuidas las competencias sobre esta materia, podrá “*prorrogar la suspensión por períodos de tres meses*”, hasta llegar a un “*máximo de dieciocho meses*”. Cuando este sea el supuesto, al finalizar la suspensión, cuyo tope máximo puede llegar a veinticuatro meses (el primer periodo de suspensión de 6 meses más la prórroga de 18 meses), la trabajadora también tendrá que elegir entre la reincorporación al puesto de trabajo que le ha sido reservado u optar por la extinción del contrato, supuesto que se analizará en el apartado siguiente.

Como ya sabemos, una de las cuestiones que el precepto estatutario no regula es el grado de preferencia para ocupar la vacante, esto es, si se aventaja a otros supuestos con derecho preferente o no. Esta cuestión también se ha resuelto considerando este supuesto, junto con otros, como “*traslado por causas justificadas*”, para los que se prevé expresamente que “*la no existencia de plazas en el centro de destino no será motivo de denegación del traslado cuando éste se encuentre debidamente justificado*”⁷⁵.

⁷⁴ FERNANDEZ LÓPEZ, M. F. *La dimensión laboral de la violencia de género: (comentario a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)*. Albacete. 2005. Ed. Bomarzo. pág. 56.

⁷⁵ Artículo 42. e). Resolución de 4 de abril de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IV Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea. “*Cuando lo solicite una trabajadora víctima de violencia de género, en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El traslado o el*

Sin embargo, a tenor del art. 40.3 bis ET, no es preciso que el puesto vacante ni las funciones a realizar sean idénticas a las anteriores; por el contrario, el cambio puede entrañar el desempeño de otras funciones dentro de los límites del grupo profesional o entre categorías profesionales equivalentes (conforme a la definición del art. 22.3 ET).

Ahora bien, fuera de estos límites, no existe derecho preferente de ocupar una vacante que se asigne a la empresa, por lo que el traslado a otro puesto de trabajo fuera del grupo profesional y de las categorías equivalentes, pero para el que la trabajadora interesada esté capacitada, requerirá o bien que así se haya previsto en el Convenio Colectivo aplicable o, en su defecto, a un acuerdo con la empresa⁷⁶.

Tampoco se exige que la trabajadora deba cambiar de residencia, aun cuando dicha circunstancia pueda darse, pues el art. 40.3 bis ET vincula el derecho únicamente a la necesidad de abandono del puesto por razón de la localidad en el que se encuentra, a diferencia de lo previsto para los supuestos ordinarios de desplazamiento temporal y traslado a instancia del empresario previstos en el mismo art. 40 ET.

Además en el artículo 12 del Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género, se establece que la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género⁷⁷, para facilitar la movilidad geográfica de las víctimas que tengan necesidad de trasladar su residencia con la garantía de un empleo, habrá de motivar la suscripción de convenios de colaboración con empresas para provocar la sensibilización sobre la violencia de género y la inserción laboral de las víctimas.

En consecuencia, si en el año posterior a la movilidad, necesariamente con cambio de residencia, la trabajadora fuera beneficiaria de la renta activa de inserción se establece una indemnización adicional de 3 mensualidades de la misma y, para que no recaiga sobre el empresario el coste de esta medida, se prevé que si contrata un trabajador interino en sustitución de la víctima, "como reparación" se otorga una bonificación del 100% de las cuotas empresariales por contingencias comunes durante el periodo inicial de seis meses (art. 21.3 LO 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), respecto del contrato de interinidad que tuviera que realizar el empresario para sustituir a la trabajadora-víctima de violencia de género que hubiera ejercido dicha movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo aunque solamente durante los seis meses iniciales, es decir, durante los que hay reserva de puesto de trabajo (art.21.3 LOIVG). Por tanto, la no extensión del régimen legal de desplazamientos temporales y de traslados a este supuesto implica que a la opción de la trabajadora se le otorga autonomía respecto de las necesidades de la empresa, pero también que ésta no está obligada a asumir el coste económico que el cambio de puesto de trabajo conlleva para la trabajadora.

cambio de centro de trabajo del artículo 40.3bis del Estatuto de los Trabajadores, tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva".

⁷⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., "La dimensión laboral...", op. cit. págs. 55 y 56.

⁷⁷ La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, se crea por el artículo 29 de la LOIVG.

Por tanto, aunque la víctima es la que decide voluntariamente suspender la relación laboral, queda amparada por una situación legal de desempleo ad-hoc que la permite acceder a esta prestación contributiva si reúne los demás requisitos legales para acceder a ella⁷⁸. Al mismo tiempo, en relación con la Seguridad Social, mientras dure la suspensión del contrato de trabajo, la trabajadora, que será perceptora de prestación por desempleo y además, seguirá cotizando a efectos de las prestaciones futuras de la Seguridad Social y desempleo.

3.1.3. Extinción de la relación laboral: supuesto especial de dimisión

Como ya hemos referido, la suspensión del contrato de trabajo puede conducir, muchas veces, a la extinción del mismo. A tenor del art.21.1 LOIVG, la extinción representa un derecho de la *“trabajadora víctima de violencia de género”*, siempre y cuando ello se lleve a cabo en los términos previstos en el ET. En relación con ello, el art.49.1 m) ET, señala que el contrato de trabajo se extinguirá *“por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”*. Por tanto, a tenor de este artículo, la extinción contractual es una extinción causal, siempre que la trabajadora ejercite su derecho como último recurso, por imposibilidad sobrevenida de continuar con su normal desarrollo, a pesar de la previsión de otras medidas intermedias proclamadas. Se trata por tanto de una dimisión cuya *“justa causa”* ha sido evaluada a priori por la ley se trata de una verdadera denuncia extraordinaria del contrato de trabajo. Por ello no está sometida a formalidad alguna y no precisa de preaviso, como en principio impone a todas las dimensiones el art.49.1 d) que es la regla general en el ET.

En este supuesto, existe una diferencia en relación con la prestación de desempleo, de la que tendrán derecho si han cotizado lo suficiente. Así lo prevé la LOIVG en el supuesto que la trabajadora se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo, como consecuencia de ser víctima de violencia de género (ET art. 49.1.m), que se acredita a través de la comunicación escrita que debe facilitar el empresario haciendo constar que utilizó la dimisión específica prevista en ese artículo⁷⁹.

Los beneficios de utilizar esta vía, frente a la dimisión común, son evidentes como hemos podido comprobar, pero además, si posteriormente la víctima formaliza un nuevo contrato cuya duración sea igual o superior a 6 meses, si recibe una remuneración inferior a la que tenía en el anterior contrato podrá percibir un incentivo de una cuantía equivalente a la diferencia entre ambas bases de cotización, por un importe máximo de 500 €/mes y durante un tiempo máximo de 12 meses. Si el último contrato de la trabajadora, el nuevo contrato o ambos son a tiempo parcial, el cálculo se efectúa de forma proporcional a

⁷⁸ Básicamente los relativos a afiliación, alta o asimilación al alta, situación legal de desempleo, período de carencia establecido, suscripción de compromiso de actividad y no tener la edad de jubilación.

⁷⁹ QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *“La dimisión sui generis de la trabajadora víctima de violencia de género”*, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2008, pág. 1328.

la jornada habitual o a tiempo completo⁸⁰. De todo esto podemos deducir que su no aplicación o falta de alegación causarán un detrimento sustancial en los derechos de la víctima⁸¹.

En otro orden de cosas, pero en relación con lo anterior, la aplicación del art. 50 ET se ha defendido por la doctrina cuando el empresario deniega de forma injustificada o arbitraria el disfrute de los derechos que la LOIVG otorga, pues su negativa podría entrañar una discriminación por razón de sexo⁸². No obstante, si el empresario no accede o aun accediendo formalmente, no lo cumple debidamente, al amparo del art.50 ET, la trabajadora podrá extinguir su contrato basándose en el “*incumplimiento contractual del empresario*”, teniendo reconocido además el “*derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente*”.

3.1.4. Inserción sociolaboral de las víctimas

Si partimos de la base de que el trabajo es la puerta que permite a las mujeres víctimas de violencia de género salir del círculo de la violencia y que a la vez permite el acceso de las víctimas a la independencia económica y personal necesaria para romper el vínculo con su agresor y lograr su plena recuperación, el art. 22 de la LOIVG ya preveía que, en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se integraría un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo, incluyendo medidas favorecedoras del inicio de una nueva actividad por cuenta propia⁸³. Este Plan, con medidas de acción positiva a favor de este colectivo postergado⁸⁴, se sintetiza en el RD 1917/2008 donde aunque no se introducen nuevas acciones positivas que fomenten la contratación de este colectivo, si bien se anuncia la suscripción de convenios de colaboración con empresas para fomentar la inserción laboral de estas mujeres.

No obstante, se prevé el establecimiento de un itinerario de inserción sociolaboral individualizado para víctimas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo (Art. 3.1), Sin embargo, establece el propio R.D. (Art. 3.1 y Art. 9) que no será necesaria dicha inscripción para la aplicación de las bonificaciones en las empresas que las contraten, ni tampoco

⁸⁰ RD 1917/2008 Disposición Transitoria Única, sólo contempla el abono de estos incentivos a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor del propio Real Decreto.

⁸¹ STSJ Castilla y León (Burgos) de 10 de agosto de 2006, Rec. nº. 805/2006. BARRIOS BAUDOR, G.. “Baja voluntaria en la empresa como consecuencia de ser víctima de violencia de género versus dimisión” *Aranzadi Social*. Nº 22/2006, págs. 3219-3228.

⁸² LOUSADA AROCHENA, J.F. “Aspectos laborales y de Seguridad Social...” op.cit. pág. 279.

⁸³ No debemos olvidar, que ya se había incentivado que las víctimas de violencia de género iniciasen una actividad por cuenta propia concediéndose subvenciones –incrementadas en un 10% respecto de las establecidas para las demás trabajadoras- en el Programa de Promoción del Empleo Autónomo, o norma que la sustituya (OM TAS/1622/2007). Tampoco en este apartado el RD 1917/08 introduce ninguna medida nueva. De nuevo se remite a otra norma en vigor, en este caso a lo previsto en la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de Promoción del Empleo Autónomo. Norma que, para el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género al ser considerado uno de los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, establece que las subvenciones o ayudas para el establecimiento como trabajadoras autónomas o por cuenta propia se incrementarán hasta un 10% respecto a las establecidas para las demás trabajadoras.

⁸⁴ También avaladas por la Ley Orgánica 3/2007 art. 11, 14.6 y 42.2 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres que prevé el desarrollo de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, cuya máxima expresión de quebranto se materializa en la violencia de género. Admitiéndose en su seno y mientras subsista la situación de desigualdad, la posibilidad de que los poderes públicos establezcan medidas de acción positiva razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso y entre ellas medidas de inserción sociolaboral activa que se destinen prioritariamente a colectivos específicos de mujeres más vulnerables como las propias víctimas de violencia de género.

cuando se trate de mujeres víctimas de violencia de género que estén incorporadas al Programa de Renta Activa de Inserción por esta causa (Art.3.4). Así mismo, se tiene en cuenta las necesidades específicas de las trabajadoras extranjeras, por ejemplo, respecto del idioma, o de las mujeres con discapacidad.

Del mismo modo, el Programa formativo específico establece acciones de políticas activas de empleo disponibles para facilitar la inserción sociolaboral de estas trabajadoras y regula subvenciones y ayudas específicas que se otorgan para hacer efectivo el desarrollo de tales acciones que conformarán el itinerario profesional de inserción, intentando lograr con ello, el mayor nivel de inserción sociolaboral, mediante acciones formativas que incluyan compromisos de contratación de, al menos, el 60% de las participantes que finalicen el curso. Se establece, además, un programa formativo específico para favorecer su inserción que incluye una beca de asistencia diaria, compatible con prestaciones de desempleo, renta activa de inserción, ayudas o becas⁸⁵.

3.1.4.1. Renta activa de inserción. Conviene recordar aquí, que el artículo Primero. Catorce de la Ley 45/2002, por vía de incorporación de un nuevo número 4 a la Disposición final 5ª de la anterior LGSS (“Habilitaciones al Gobierno en materia de protección por desempleo”) autorizó al Gobierno para que estableciera una Renta Activa de Inserción (en adelante RAI)⁸⁶.

La RAI, definida por la LGSS como “una ayuda específica [...], dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral”⁸⁷, “es un instrumento que trata de conjugar la asistencia social y la política de empleo”⁸⁸, en ambos casos dirigidas, sobre todo, a la inserción laboral de los desempleados más frágiles, corrigiendo así su “aislamiento” en las políticas públicas de inserción como, en cierta forma, se realizaba en la anterior normativa de fomento del empleo⁸⁹, utilizando un tipo de ayuda o prestación (a modo de un tercer nivel de protección) dentro del sistema de protección por desempleo, añadido, por lo tanto, a las prestaciones y subsidios y de acuerdo con el régimen financiero y de gestión de la Seguridad Social⁹⁰.

En este sentido, las víctimas de violencia de género desempleadas que hayan agotado sus derechos a prestaciones de desempleo contributivo, subsidios asistenciales por desempleo o renta agraria pueden obtener la renta activa de inserción al amparo del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

⁸⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Víctimas de violencia de género: derechos laborales y de Seguridad Social”, *Themis: Revista Jurídica de Igualdad de Género*, núm. 8, 2012, pág. 24.

⁸⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Valencia. 2006. Ed. Tirant lo Blanch, pág. 127.

⁸⁷ Ap. 4 añadido por el art. 1.14 e la Ley 45/2002, de 12 diciembre.

⁸⁸ VV.AA.: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, 2005, pág. 2666.

⁸⁹ BAYLOS GRAU, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, págs. 25-26.

⁹⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “Las rentas activas de inserción: un viaje inacabado desde la a la desde la “marginalidad” a la “centralidad” del sistema”, *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 443-447.

De entrada se les exige no convivir con su agresor y cumplir los requisitos comunes de acceso a la RAI aunque suavizados respecto de este colectivo. Las víctimas deben tener 45 o más, pero no deben ser mayores de 65 años, estar inscrita ininterrumpidamente en la oficina de empleo como demandante de empleo durante 12 o más meses (se considera interrumpida la demanda si se ha trabajado 90 o más días en el año anterior a la fecha de solicitud o si se ha salido al extranjero), admitiéndose que hubieran sido perceptoras de estas rentas activas de inserción en los 365 días naturales anteriores a la solicitud. Sin embargo, sí deben acreditar que carecen de rentas suficientes de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual al 75% del SMI y que la suma de los ingresos mensuales obtenidos por todos los miembros de su unidad familiar, dividida por el número de miembros que la componen no supere el 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, así como suscribir un compromiso de actividad.

La RAI supondrá para la víctima, la percepción de 11 mensualidades por un valor del 80% del IPREM⁹¹. Además, junto a la prestación económica, durante la percepción de la RAI, las víctimas son incluidas en acciones de inserción profesional; desarrollo de itinerario personalizado; plan personal de inserción laboral; promoción de participación en los procesos de selección e incorporación en algún plan o programa. Debe recordarse que las víctimas no pueden ser simultáneamente beneficiarias de la RAI y la ayuda económica específica a las víctimas, pero que durante la percepción de la renta activa de inserción el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SPEE) ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo establecido en los apartados primero del artículo 280 de la LGSS.

3.2. Otras consecuencias en materia de Seguridad Social

A lo largo de este trabajo ya se han ido integrando muchos de los derechos que en materia de Seguridad Social asisten a las víctimas, por lo que a continuación se refrescan y analizan los que no hemos referido sobre el desempleo, así como a los efectos que sobre otras prestaciones puede tener la violencia de género especialmente en relación con las pensiones de viudedad y orfandad.

3.2.1. Desempleo

Entre las principales medidas, en orden a la protección social de la trabajadora víctima de violencia de género, contempladas en la LOVG, se encuentra la consideración de la suspensión y de la extinción del contrato de trabajo como situaciones legales de desempleo, como ya hemos mencionando en los distintos epígrafes. En estos supuestos, la víctima debe presentar ante el SPEE, no sólo la comunicación del empresario respecto de la extinción o suspensión de su relación laboral, sino también acreditar su condición de víctima por los medios habituales a los que ya hemos hecho referencia.

⁹¹ Se prevé un pago único suplementario de 3 mensualidades para víctimas que tuvieron que cambiar de residencia en los 12 meses previos a la solicitud de la RAI.

Completa el cuadro de protección en materia de desempleo, un último beneficio relativo al “*compromiso de actividad*” que adquiere la trabajadora víctima de violencia de género que solicite la prestación de desempleo, ya sea por suspensión o por extinción de las reguladas en la LOVG⁹². Así, sobre el compromiso de actividad la Disposición Adicional 8ª LOVG modificó el art. 213 de la anterior LGSS, introduciendo un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 advirtiendo que, para concretar el alcance del citado compromiso de actividad, habrá de tomarse en cuenta “*la condición de víctima de violencia de género a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito*”⁹³. La aplicación indiscriminada de las normas de Seguridad Social determina que, en alguna ocasión, la víctima pierda sus derechos cuando se separa del agresor⁹⁴, de ahí que para evitar esos efectos perversos el legislador haya tenido en cuenta las peculiarísimas condiciones en que se encuentran estas trabajadoras y que, en algún caso, les impidan cumplir las obligaciones impuestas por el compromiso de actividad “*y no sería justo que se la penalizara con ello*”⁹⁵.

El SPEE, por su parte, ha de atemperar las obligaciones que suponen para la víctima la suscripción de un compromiso de actividad⁹⁶, máxime cuando existe suspensión del contrato, pues se entiende que la trabajadora ya tiene un empleo al que reincorporarse. Asimismo, por su propia seguridad, el SPEE debe guardar la máxima confidencialidad respecto de sus datos en las comunicaciones que con ella mantenga.

A la víctima que suspendió el contrato se le garantiza su protección futura, en el sentido de que las cotizaciones que se tomaron en cuenta para el reconocimiento de la prestación por desempleo por suspensión, pueden ser valoradas para el reconocimiento futuro de una nueva prestación de desempleo. Además, los propios períodos de suspensión de su contrato de trabajo se suman a los de ocupación cotizada para determinar la duración de esa nueva prestación de desempleo. En consecuencia, parece interesante para la víctima agotar primeramente el período de suspensión del contrato antes de extinguir la relación laboral a través de la vía ad-hoc de dimisión incluida en el art. 49.1.m. ET.

En efecto, en tal caso (también si la víctima finalmente fuera despedida o simplemente hubiera terminado la duración pactada en su contrato) puede obtener una nueva prestación de desempleo que se calcula como si no hubiera recibido durante la suspensión esa misma prestación. Esta suspensión previa a la extinción, también puede ser conveniente, cuando no se alcanza el período mínimo de cotización para acceder a la prestación

⁹² Tal compromiso, cuyo incumplimiento puede determinar la pérdida de las prestaciones de desempleo, comprende una serie de obligaciones relativas a búsqueda activa de empleo (tales como aceptar ofertas adecuadas de empleo, incluyendo las que exigen desplazamientos para el trabajador).

⁹³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid. 2006. Ed. Cinca. págs. 137-138.

⁹⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, op. cit., pág. 758.

⁹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género” en, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Ed. Thomson Aranzadi, 2006, pág., 343-344.

⁹⁶ “Se entiende por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo.”

de desempleo, pues el período de suspensión se computará como de cotización efectiva, exista o no durante el mismo, derecho al desempleo contributivo.

Esta cotización no es sólo computable a efectos de la cobertura futura de desempleo, sino también para el reconocimiento de pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, así como de la prestación de maternidad. Durante la suspensión, las trabajadoras que han sido víctimas de violencia de género, deben ser consideradas en situación asimilada al alta y el cómputo de tales períodos sirve tanto para cumplir el período de carencia exigido para el reconocimiento de tales prestaciones, como para determinar su cuantía (la base reguladora y el porcentaje a ella aplicable en función del tiempo trabajado).

La base de cotización que se computa en estos casos, es el promedio de las bases satisfechas durante los 6 meses inmediatamente anteriores a la suspensión de la obligación de cotizar (si hubiera trabajado un período inferior a 6 meses, se toma ese período inmediatamente anterior al inicio de la suspensión).

Las cotizaciones delegadas que realiza el SPEE durante la percepción de la prestación por desempleo obtenidas por la víctima (tanto si extinguió su relación laboral como si la suspendió)⁹⁷ se computan para futuros derechos a prestaciones de desempleo. Debe recordarse, asimismo, que si la víctima tuviera jornada reducida por su condición de víctima las bases reguladoras de todas las prestaciones mencionadas se calculan como si trabajara a tiempo completo.

Además, de acuerdo con el art. 327.3 de la LGSS si la víctima hubiera reducido jornada a causa de la violencia durante el primer año de cotización se le computarán incrementadas su base de cotización hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

Para concluir, vale la pena apuntar que el legislador sigue sin prever un remedio a la pérdida o reducción de derechos a prestaciones no contributivas que recibía la víctima como consecuencia del cambio de domicilio y los cambios que respecto de la rentas computables puede suponer su inclusión en una nueva unidad económica de convivencia al margen del agresor⁹⁸ y también, tal como hemos podido observar, de esta ventaja quedan excluidas las prestaciones de IT y las asociadas a los riesgos durante el embarazo y lactancia.

3.2.2. Viudedad y orfandad

En lo que se refiere a las pensiones de viudedad sí se estableció, incluso antes de la propia LOIVG, que fuera causa extintiva de las mismas la declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante⁹⁹. Posteriormente, la Disposición Adicional 1ª de la LOIVG estipuló que los agresores varones no tendrían derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia causada por las víctimas de violencia de género¹⁰⁰, cuando hubie-

⁹⁷ En cualquier caso, durante la extinción o la suspensión la trabajadora se encuentra en situación de asimilación alta, manteniendo el derecho a la asistencia sanitaria.

⁹⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F. "Aspectos laborales..." op.cit. pág. 295.

⁹⁹ Art. 11.2 de la OM de 13 febrero 1967.

¹⁰⁰ LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA, A.: "La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de

ran sido condenados en sentencia firme por haber cometido contra ellas un delito doloso de homicidio (en cualquiera de sus formas) o de lesiones, salvo que medie reconciliación¹⁰¹.

Aunque la Ley se refiere expresamente a que la víctima tenga que ser cónyuge o ex-cónyuge del agresor, habría que añadir a las parejas de hecho que, desde la reforma de la LGSS (Ley 40/2007), también pueden percibir pensiones de viudedad cuando reúnan ciertos requisitos. La pensión de viudedad no abonable al agresor condenado acrece, en su caso, las pensiones de orfandad concurrentes. Estas pensiones, si los hijos fueran menores de edad, tampoco pueden abonarse al agresor, de manera que el INSS debe propiciar el nombramiento de otro tutor que perciba las pensiones de estos menores (normalmente la persona que tenga su guarda y custodia).

En relación al derecho a pensión de viudedad de las propias víctimas cuando estuvieran separadas judicialmente o divorciadas del agresor causante de la misma, hay que señalar que la reforma de la Seguridad Social operada por la Ley 40/2007 anudó, con carácter general, el derecho a la pensión de viudedad con la percepción de una pensión compensatoria que se ha de extinguir al recibir la pensión. Al constatarse que algunas víctimas no cumplían este nuevo requisito al haber renunciado precisamente a la pensión compensatoria en un intento de preservar su propia seguridad personal, se vuelve a modificar la regulación de la pensión de viudedad en la ley de presupuestos de 2010¹⁰².

La normativa (art. 220.1 LGSS) reconoce el derecho a la pensión de viudedad de las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, acreditasen su condición de víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio. A pesar de que se admite cualquier medio de prueba válido en derecho para acreditar tal extremo, se apuntan como oportunos: la sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, o, en defecto de sentencia, por orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal.

Esta nueva posibilidad de devengar pensión de viudedad¹⁰³, sin haber sido acreedora de pensión compensatoria, es de aplicación no sólo a los hechos causantes producidos desde el 1-1-2010 (momento de entrada en vigor de la Ley 26/2009) sino también a los producidos desde el 1-1-2008 momento en que entró en vigor la Ley 40/2007 que impuso el requisito de la pensión compensatoria que ahora desaparece para este colectivo¹⁰⁴.

violencia de género: Reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo”, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Dir. y PERÁN QUESADA, S., Coord.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada. Ed. Comares, 2009, pág. 188.

¹⁰¹ GARCÍA ROMERO, B.: “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Aranzadi Social* n.º 11/2012, págs. 117-148.

¹⁰² La ley 40/2007 de 4 de diciembre por medio de su artículo 5 efectuó un cambio normativo trascendente al respecto del derecho a la pensión de viudedad de las personas separadas y divorciadas variando los requisitos contemplados en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, así como la modificación efectuada por la disposición final tercera, apartados diez y catorce de la Ley 26/2009 de 23 de Diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

¹⁰³ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *Aranzadi Social*, 2005-V, págs. 1179 y ss.

¹⁰⁴ XABIERE GÓMEZ GARCIA, F. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La influencia de la violencia de género para el acceso a la pensión de viudedad a la luz de los pronunciamientos judiciales”. *Revista de derecho de la seguridad social*, n.º. 16, 2018, págs. 167-181.

Es cierto que entre la reforma de 2007 y la modificación de 2009, la doctrina judicial se dividió entre aquellos tribunales que sí concedían la prestación, al margen de la inexistencia de pensión compensatoria, valorando la situación de violencia de género que habían atravesado las beneficiarias¹⁰⁵ y aquellos tribunales que denegaban la pensión aplicando a rajatabla el requisito adicional de pensión compensatoria, sin ponderar los derechos fundamentales en juego¹⁰⁶ como la integridad psico-física de las víctimas o la prohibición de discriminación por razón de sexo¹⁰⁷.

4. Conclusiones

Primera. La violencia de género se amplía a muchas áreas de la vida de las mujeres, afectando a su actividad laboral e influenciando también al sistema de prestaciones de Seguridad Social, en particular a una pensión tan feminizada como la de viudedad. Los cambios en los usos sociales referentes a las relaciones familiares y de pareja han provocado ciertas distorsiones en la protección de los supervivientes, en especial entre las mujeres víctimas de violencia de género. Es imprescindible comprobar si se puede mejorar la tutela de las mismas y la atención a sus posibles situaciones de necesidad.

Segunda. Aunque con el fin de dar una solución, la LOIVG abordó el tema desde diferentes frentes de protección de las víctimas de violencia de género, entre ellos, el laboral y de Seguridad Social. Los mecanismos articulados por el legislador, como la reducción o a la reordenación del tiempo de trabajo, la movilidad geográfica, el cambio de centro de trabajo, la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y/o la extinción del contrato de trabajo, admiten que la mujer haga frente a la violencia de género conservando la vinculación con el mercado laboral. No obstante, aunque se trata de unos elementos que tratan de hacer efectiva la protección de la trabajadora víctima de violencia de género, estos fueron creados para erradicar el problema de la violencia en aquellos supuestos en los que la trabajadora ya haya sufrido los maltratos, de manera que el objetivo preventivo proclamado por la ley queda en suspenso.

Tercera. Asimismo, en relación con el derecho a la reducción de jornada, proponemos el mantenimiento del cómputo de las cotizaciones realizadas como si se tratara de una jornada completa: día cotizado por cada día de vigencia de la relación laboral. Como en los supuestos de reducción de jornada por las causas señaladas en los arts. 37.4, 4 bis, y 5 ET, tampoco en este supuesto hay base legal que ampare el cómputo de las cotizaciones realizadas durante el mismo conforme a la normativa específica de los contratos a tiempo parcial pues el legislador ha omitido su inclusión en el ámbito de aplicación de aquellas normas.

¹⁰⁵ STSJ Cantabria de 22 de enero de 2009, Rec. n.º. 1108/08 y de 4 de febrero de 2009, Rec. n.º. 1193/08.

¹⁰⁶ STSJ de Madrid 31 de mayo de 2001, Rec. n.º. 388/01: *Siempre es posible adoptar un "criterio flexibilizador, humanitario e individualizador" de los requisitos de Seguridad Social resultando paradigmática, respecto de la exigencia de alta para acceder a una pensión de viudedad.*

¹⁰⁷ STSJ Extremadura 22 de octubre de 2009, Rec. n.º. 55/2009.

Porque, en tanto la cuestión no se resuelva por la vía del derecho positivo, se propone valorar la posibilidad de aplicar la técnica del paréntesis sobre las bases de cotización habidas durante la reducción de jornada por violencia de género, tomando las inmediatamente precedentes, y ello en relación a todas las prestaciones (excepto las de desempleo, a tenor de lo previsto en el art. 270.6 LGSS), a fin de no la protección de Seguridad Social de la trabajadora no se vea mermada a causa de un tercero que actúa desde el ilícito penal, y ello en una interpretación sustentada por los mandatos contenidos en los arts. 9, apartados 1 y 2, 10, 14, y 53 CE, en relación al art. 41 CE. 7.3.

Cuarta.- En muchas ocasiones las soluciones propuestas para la protección de la víctima son difíciles de llevar a cabo, puesto que requieren de un tipo muy concreto de organización productiva, que es minoritario actualmente, siendo prácticamente imposible efectuar modificaciones del lugar de trabajo en las pequeñas empresas que solo tienen un centro de trabajo. Del mismo modo, será muy complejo tener una vacante en un puesto de similar de su grupo profesional; realizar cambios de turno en empresas que no se organizan con este sistema, etc.

Quinta.- En relación con la negociación colectiva, la remisión que hace el art. 37.7 ET, quizá resulte excesivamente confiado, por presumir que ésta va a ocuparse de desarrollar medidas protectoras para las víctimas, como los límites mínimos o máximos de reducción de la jornada; la duración mínima o máxima de ejercicio de los derechos; posibles excepciones a las exigencias legales de acreditación; imposiciones de conciliación con las necesidades y los intereses empresariales, etc. Lo que viene a significar que pueden disponer a su antojo de esta regulación, en tanto no anulen el derecho.

Sexta.- Sería necesario el reconocimiento de derechos más amplios en el ámbito laboral y de seguridad social a las mujeres víctimas de violencia de género, puesto que como se ha manifestado, está siendo un instrumento muy eficaz y, por tanto, de gran utilidad para muchas mujeres de cara a satisfacer sus necesidades específicas. Se nos ocurre que podría ser importante, reservar un porcentaje de plazas en las ofertas de empleo público del mismo modo que se hace con otros colectivos, como por ejemplo personas con discapacidad, así como incentivar con concesiones económicas directas a las empresas que contraten a dichas mujeres.

Séptima.- Respecto al ámbito del empleo, deducimos que en estos momentos, quizá sea difícil poder obtener apoyos económicos para mejorar la incorporación al mercado de trabajo de las mujeres víctimas de violencia de género; sin embargo, sí podríamos solicitar a las instituciones públicas, que impulsen campañas de sensibilización a la sociedad en general, y al colectivo empresarial en particular, sobre la necesidad de mejorar las oportunidades laborales de estas mujeres.

La discriminación por maternidad y conciliación en el ámbito universitario

Discrimination for maternity and conciliation in university

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Recibido: 20/01/2019

Aceptado: 25/02/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4768>

Resumen. Todavía quedan muchos obstáculos para alcanzar una plena igualdad entre mujeres y hombres. Por el momento, puede decirse que son muy escasos los ámbitos profesionales en los que se ha conseguido eliminar cualquier forma directa o indirecta de discriminación por razón de género. Paradójicamente, en el ámbito universitario, pese a los numerosos esfuerzos realizados al respecto, todavía existen ciertas formas de discriminación por razón de género que afectan tanto a docentes como estudiantes, y que, como las estadísticas se ocupan cada año de confirmar, se manifiestan con especial fuerza respecto a aquellas personas que asumen la atención cargas familiares. Estos factores de desigualdad se analizan de forma individualizada en este trabajo, al mismo tiempo que se plantean posibles soluciones que ayudarían a atenuar el problema.

Palabras clave: igualdad, discriminación, maternidad, conciliación, universidad, estancias de investigación.

Abstract. Many obstacles remain to achieve full equality between women and men. For the time being, it can be said that there are very few professional areas in which any direct or indirect form of discrimination based on gender has been eliminated. Paradoxically, in the academic context, despite the numerous efforts made in this regard, there are still certain forms of discrimination based on gender that affect both, teachers and students, and that, as the statistics are dealt with each year of confirmation, manifest themselves special strength with regard to those people who take care of family responsibilities. These factors of inequality are analyzed individually in this paper, at the same time that possible solutions are proposed that would help to mitigate the problem.

Keywords: equality, discrimination, maternity, conciliation, university, research stays.

* aselma@um.es

I. Concepto de discriminación por maternidad

Como es sabido, concretando el alcance del art. 14 CE, nuestro Tribunal Constitucional precisa que la discriminación por razón de género no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona, sino que también engloba estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan una relación de conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona¹. Esto es precisamente lo que ocurre con las situaciones de embarazo y maternidad.

Tan intensa y tan obvia ha sido la desigualdad que sufren las mujeres a la hora de acceder a un empleo o mantener sin interrupciones su vida activa, que el propio legislador ha tomado medidas al respecto, poniendo en práctica acciones de diverso signo con el fin de favorecer a las personas que, por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral, se han visto obligadas a sacrificar o postergar su carrera profesional².

Es muy difícil individualizar de forma expresa todas y cada una de las situaciones de discriminación que se pueden presentar en la práctica diaria del derecho. Son tantas las modalidades posibles y tan variados los ámbitos en los que pueden desarrollarse, que resulta prácticamente imposible ofrecer respuesta expresa a cada una de las situaciones controvertidas. Precisamente por ese motivo, el legislador opta por redactar en términos genéricos la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 3 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en adelante, LOI). Como es sabido, el citado precepto, proclama sin reservas que *"el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil"*. Con esta amplia redacción, el legislador intenta evitar que pasen desapercibidas formas de discriminación que no siempre quedan vinculadas biológicamente al género en sí mismo (como en cambio sí lo está el embarazo), sino a la mayor dedicación que se presume a las mujeres frente a los hombres en la atención de la familia en perjuicio de los quehaceres profesionales. Así pues, es muy importante tener en cuenta que la discriminación por razón de sexo puede manifestarse en la práctica revestida de la forma de "discriminación por atención a las cargas familiares", con la amplitud que este concepto conlleva (según se desprende de la interpretación conjunta de los arts. 3 y 8 LOI). Aunque se trate de una situación que muchas veces pasa desapercibida, se ha de tomar conciencia de que nada impide que esta faceta concreta de la discriminación por maternidad se presente en

¹ Recogiendo la doctrina precedente, cfr. entre otras, las SSTC 17/2007, de 12 de febrero (RTC 2007, 17) y 233/2007, de 5 de noviembre (RTC 2007, 233).

² Precisamente esta finalidad es la que cumple el complemento de la pensión de jubilación por cada hijo a partir del segundo que incluyó en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 48/2015 por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. La misma finalidad persigue la prestación contributiva de naturaleza no económica por hijo a cargo que reconoce actualmente nuestro sistema de seguridad social ante las situaciones de excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos. Sobre éstas y otras cuestiones, véase VICENTE PALACIO, M.A. (2011), "En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social"; *Lan harremanak: revista de relaciones laborales*, nº. 25, (ejemplar dedicado a la igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales), págs. 191-229.

sujetos que, aunque no tienen hijos ni biológicos ni por adopción, si se encuentran en una situación familiar, en la que, constante u ocasionalmente, deben asumir compromisos de conciliación. Este concepto resulta especialmente interesante a la hora de abordar el genérico tema de la discriminación por género en el ámbito universitario, pues muchas veces, como a continuación se analiza con más detalle, ésta no se manifiesta únicamente sobre el profesorado universitario, sino también sobre el alumnado, colectivo en el que, por razones de edad, no resultan habituales hijos biológicos, pero en cambio sí son muy frecuentes las necesidades de atención familiar (padres, abuelos, hermanos pequeños, principalmente, que en algún momento del curso académico requieren de acompañamiento).

Respecto al tema que vamos a abordar: la discriminación de la mujer en el ámbito universitario, debe ponerse de manifiesto que, en la mayor parte de ocasiones, se enfrenta a una discriminación indirecta, esto es, a un comportamiento o exigencia aparentemente neutro pero que, valorado en su conjunto, genera un resultado o un efecto más gravoso sobre personas de sexo femenino³. Además, el tipo de discriminación que se constata en el ámbito universitario, en la inmensa mayoría de ocasiones, no está motivada por cuestiones de género en sí mismas, sino por las vinculaciones biológicas y sociales que conectan género y maternidad, y género y atención de las cargas familiares. Y es precisamente en este campo donde todavía queda un largo recorrido para poder alcanzar la plena igualdad de género, lo que exige una reivindicación clara y contundente por parte de la comunidad universitaria.

II. El papel de la mujer en las Universidades españolas en cifras

Pese a todo, todavía en pleno siglo XXI quedan ciertas esferas en las que no se ha tenido en cuenta esta faceta de la discriminación por razón de género, materializada en situaciones de embarazo o maternidad. Así, por ejemplo, uno de los ámbitos en los que sería oportuno revisar su adecuación a las exigencias propias de la igualdad de género, es el universitario, puesto que en él existen formas latentes de discriminación por maternidad todavía no resueltas. Y es que hoy en día, parte de los méritos exigidos, no sólo para conseguir promocionar profesionalmente, sino para evitar la extinción de la relación laboral iniciada resultan totalmente incompatibles con las exigencias más básicas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral (recuérdese que la vigente Ley de Ordenación Universitaria atribuye una duración limitada en el tiempo a las modalidades contractuales de Ayudante y Ayudante Doctor, sólo prorrogables tras la obtención de una nueva acreditación habilitante para ocupar una categoría profesional superior).

Realizar estancias de investigación o asistir a congresos en otras ciudades distintas a la de residencia, sobre todo si ello implica, como en muchos casos ocurre, un desplazamiento internacional, puede resultar una misión muy difícil para personas con cargas familiares, y en cambio, ni los RD 1312/2007 y 415/2015 (que modifica el anterior) por

³ Como pone de manifiesto MARTÍN BARDERA, S. (2018), "Querer y poder: (des)igualdad en la universidad pública española", *Contextos educativos: Revista de educación*, nº 21, pág. 2 del soporte informático.

los que se establece la necesidad de obtener una acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios, ni los criterios de evaluación del profesorado recientemente publicados por la ANECA, tienen en cuenta estas circunstancias.

Así, aunque tanto hombres como mujeres con cargas familiares se encontrarían, en abstracto, afectados por esta mayor dificultad, en la práctica, se trata de un obstáculo que incide con especial intensidad sobre las mujeres que se dedican a la docencia universitaria (y es que en éste, como en cualquier otro ámbito en la sociedad española, sigue siendo la mujer la que con más frecuencia e intensidad se ocupa de la atención de los hijos, sobre todo en los primeros años de vida), situándolas a la hora de obtener méritos o reconocimientos profesionales, y en virtud de un criterio aparentemente neutro, en una situación de mayor dificultad que a sus compañeros varones, a los que en la práctica, el nacimiento de un hijo apenas dificulta la realización de estancias de investigación ni la asistencia a congresos científicos fuera de la ciudad de residencia⁴. Y es que como nuestra jurisprudencia más reciente se ha ocupado de poner de manifiesto, constituye hoy en día un hecho notorio que, todavía en pleno siglo XXI, son éstas las que asumen, con una responsabilidad más intensa, la atención de las cargas familiares, en detrimento de las oportunidades de promoción profesional⁵.

A estos efectos, los datos son muy claros: según el análisis publicado por la CNEAI, aunque las mujeres superan a los hombres en porcentaje de éxito en la franja de uno y dos sexenios, se detecta una clara mayoría masculina a partir del tercer sexenio, dato que demuestra de forma contundente la mayor intensidad con la que la atención de las cargas familiares repercute sobre personas de sexo femenino. De la misma forma, según los últimos datos publicados por el Ministerio correspondientes al curso 2016/2017, las mujeres representan el 40% de los profesores Titulares de Universidad, pero sólo ocupan el 20% de los puestos correspondientes al cuerpo de Catedráticos de Universidad⁶. Y es que si las cargas familiares dificultan la obtención de sexenios de investigación, también impiden el acceso a cátedra de las personas de sexo femenino, al tiempo que generan una

⁴ Véase el trabajo preparado por las profesoras del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia LÓPEZ ANIORTE, M.C, GARCÍA ROMERO, M.B. y FERRANDO GARCÍA, F.M. (2014) en el que se denuncian claros ejemplos de discriminación y se plantean también "Propuestas para la evaluación de la calidad de la investigación en el ámbito del Derecho, incluyendo una perspectiva de género", en AAVV, *Libro resúmenes X Foro Internacional sobre la Evaluación de la Calidad de la Investigación y la Educación Superior* (Coord. RAMIRO SÁNCHEZ y RAMIRO SÁNCHEZ), Ed. Universidad de Granada, Granada, pág. 100.

⁵ De forma rotunda, la SAN (Sala de lo Social) de 13 de noviembre de 2013 (AS/2013/3023), reconoce expresamente que se parte "de una premisa que no está cuestionada por constituir un hecho notorio. Se trata de la afirmación relativa a que los derechos de conciliación de la vida familiar y la protección de la maternidad y el derecho de lactancia están mayoritariamente ejercitados por mujeres". Aunque los hechos notorios no necesitan ser probados, existen hoy en día múltiples datos estadísticos que permitirían confirmar dicha circunstancia. Así, al respecto, véase MEIL LANDWERLIN, G. (2011), "El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa", *Revista latina de sociología*, nº. 1, pág. 8 del soporte informático.

⁶ Curiosamente, las mujeres ocupan el 60% de los puestos de investigación y docencia en las Universidades públicas a los 30 años de edad, pero este porcentaje se invierte al alcanzar los 40 años. A estos efectos, resulta muy significativo comprobar el ínfimo porcentaje de sujetos que acceden a la condición de profesor titular de Universidad (y con ello, a la funcionarización en el ámbito universitario), antes de alcanzar los 40 años de edad, según cifras publicadas por el propio Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. <http://www.educacionyfp.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/universitaria/estadisticas/personal-universitario/NOTA-EPU-2015-2016.pdf>

diferencia retributiva importante entre hombres y mujeres, lo que contribuye a que la brecha salarial que se imputa en el ámbito de la empresa privada, se materialice también en el entorno universitario.

III. Situaciones de discriminación en el ámbito universitario

Tantos son los requisitos exigidos para acceder a la acreditación (imprescindible para promocionar en esta larga carrera profesional), que muchas veces, los profesores universitarios, sacrifican o posponen la maternidad hasta edades muy avanzadas⁷. Pero no se puede olvidar que lo que puede ser simplemente considerado un presupuesto necesario para la promoción profesional o para acceder a la condición funcionarial, se convierte en un requisito imprescindible para mantener el puesto de trabajo en las fases iniciales de la carrera académica (no se puede olvidar que actualmente, los contratos de ayudante y de ayudante doctor tienen una duración máxima de cinco años, transcurridos los cuales, si no se ha obtenido una acreditación que habilite al profesor para ocupar una categoría superior, el contrato se extinguirá), lo que intensifica la gravedad del problema, sin que los planes de igualdad, ya aprobados en nuestras Administraciones públicas, puedan hacer nada por vitarlo, pues se trata de presupuestos de acreditación impuestos a nivel nacional en cada disciplina académica.

1. Baja maternal, carga docente y acreditación

Entre otros motivos de desigualdad todavía no resueltos está el relativo al retraso que implica la baja maternal en la acumulación de las horas de docencia necesarias para obtener una acreditación de la ANECA a una categoría profesional superior, elemento que ralentiza la consecución de los méritos académicos necesarios para la promoción profesional y que apenas afecta a los profesores varones, dando lugar a un claro ejemplo de discriminación indirecta por razón de género. Problema que se acentúa si la maternidad va precedida de una IT por problemas de salud de la madre derivados del desarrollo del embarazo, o acompañada de una suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o en la lactancia, cuando la profesora en cuestión desarrolla tareas que pueden repercutir negativamente sobre la salud del *nasciturus* o el neonato (muy frecuente, por ejemplo, en personal que requiera realizar prácticas de laboratorio utilizando sustancias potencialmente tóxicas para la salud de la madre o el feto).

⁷ A modo de prueba de la situación expuesta, cabe destacar el siguiente dato: en el ámbito de la docencia universitaria, las profesoras de universidad presentan una edad media de nacimiento de su primer hijo muy superior a la ya por sí elevada media española (37 años frente a los 31 años registrados con carácter general), lo que sin duda constituye una clara muestra de la dificultad que, a la vista de los criterios vigentes, conlleva la estabilización profesional en este ámbito profesional. Éstos y otros temas se analizaron en su momento en AAVV (1996), *"Mujeres y hombres en la ciencia española. Una investigación empírica"*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, Madrid.

Precisamente para solventar el inconveniente planteado, deberían servir los argumentos utilizados por las recientes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de enero y de 3 de mayo de 2017 (rec. nº. 10/2017 y 385/2015 respectivamente), en virtud de las cuales, y con el fin de evitar que prospere un fenómeno de discriminación indirecta por razón de género, se obliga a reconocer el citado tiempo de baja como tiempo efectivamente trabajado, para que la trabajadora afectada pueda percibir incentivos por productividad en un caso⁸, y la retribución media derivada de la realización guardias médicas en el otro⁹, a pesar de haber estado en situación de baja maternal durante el tiempo en el que la prestación de servicios de la que derivan las citadas retribuciones, debió producirse. Y es que cualquier otra interpretación que quiera hacerse de la citada situación generaría un agravio comparativo con los trabajadores varones.

Así las cosas, los mismos argumentos son plenamente extrapolables al ámbito universitario, en los que resulta imprescindible realizar un reconocimiento de la docencia

⁸ Se aprecia discriminación cuando, tras la reincorporación de la trabajadora después de agotar la baja maternal (haya estado ésta precedida o no de un periodo de suspensión de su actividad laboral por motivos relacionados con el embarazo), se eliminan los pluses variables vinculados a la productividad que estuviesen reconocidos. Aunque en este tipo de casos, las empresas aleguen que durante los periodos de baja laboral, no se ha realizado actividad profesional alguna, y por lo tanto, no existe productividad acreditada que abonar tras su reincorporación, nuestros jueces y tribunales vienen estimando que, con esta práctica, se produce un resultado peyorativo que incide exclusivamente sobre personas de sexo femenino por motivos relacionados con el embarazo o la maternidad y por lo tanto, coloca a la mujer en peores condiciones que a los hombres, que no ven perjudicadas sus expectativas retributivas por motivo del nacimiento de un hijo. De esta manera, la práctica jurisprudencial más reciente, aprecia que, para evitar el resultado lesivo, tras la reincorporación de la trabajadora, la empresa tendrá que seguir abonando en concepto de estos pluses variables, *la retribución media que viniera percibiendo la trabajadora antes de producirse la suspensión del contrato por embarazo o maternidad*, sin necesidad de esperar que transcurra de nuevo el tiempo necesario de prestación de servicios para volver a generar los citados complementos económicos. Así, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 10/2017, de 10 de enero (RJ\2017\38) estima probada la existencia de discriminación por razón de sexo al constatarse una práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal, así como la baja por riesgo de embarazo (a pesar de ser obligatorias ambas bajas con el fin de salvaguardar la salud de la madre), a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones variables de incentivos en el momento de la reincorporación. En este caso, se considera acreditado que las trabajadoras que pasan a la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo ven alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación, pues no perciben incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha reincorporación. Ni siquiera consta que se tenga en cuenta al efecto la situación que quedó fijada en el momento en que iniciaron la baja, de suerte que cabría decir que a dichas trabajadoras se las considera como ausentes hasta la fecha de su reincorporación. Se aprecia que tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo.

⁹ Con el fin de evitar situaciones de discriminación indirecta, debe destacarse que nuestros jueces y tribunales han empezado a estimar también que, si el cambio de puesto o de condiciones de trabajo acordado con el fin de evitar un riesgo en el embarazo o la lactancia conlleva la pérdida de los pluses salariales funcionales que la trabajadora en cuestión viniera percibiendo, por estas éstos vinculados a las condiciones de trabajo del puesto anterior, y ello conduce a abonar a la trabajadora un salario inferior a la cuantía de la prestación que hubiese recibido de declararse la suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o la lactancia si no se hubiera encontrado un puesto equivalente (recordemos que estas prestaciones ascienden al 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja médica) se está produciendo un perjuicio económico a la trabajadora, claramente incompatible con la protección íntegra de sus derechos laborales durante la situación de maternidad a la que obliga no sólo la Directiva europea 92/85, sino también, la LOI. Esto es precisamente lo que ocurre ante la indicación a los profesionales sanitarios de no realizar guardias de atención continuada a partir de la semana 26 de gestación, con el que el cambio de condiciones de trabajo, implica una gran minoración retributiva respecto a las condiciones normales de trabajo de la mujer. Éste es precisamente el caso que estudia la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 43/2017, de 24 enero (JUR\2017\47494), resolviendo el tribunal que, con el fin de no dar lugar a una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por sexo, procede mantener a todos los efectos el derecho a percibir la retribución media de las guardias no realizadas por tal causa durante el periodo de cambio de puesto de trabajo.

que se hubiera debido impartir durante el periodo de baja por maternidad (y también, en su caso, durante los periodos de suspensión de la relación laboral por riesgo en el embarazo o la lactancia). Y es que, aunque esta decisión no tenga una repercusión económica inmediata, sí la tiene mediata: su reconocimiento resulta esencial para no perjudicar injustificadamente la carrera profesional (y, por ello, también económica) de las mujeres que, por un motivo estrictamente biológico, se ven obligadas a interrumpir su actividad profesional. Dado que el número de créditos impartidos se ha convertido en un criterio esencial para la obtención de las acreditaciones tanto a Ayudante Doctor, como a Contratado Doctor, Titular de Universidad o Cátedra, si la maternidad obliga a estas trabajadoras a perder, lo que en muchos casos puede llegar a ser un año de docencia, se ralentiza su promoción profesional, con las repercusiones económicas que ello implica, coadyuvando por tanto a mantener a lo largo de los años la brecha de género entre las distintas categorías universitarias antes comentada.

2. Especial referencia a la dificultad de conciliación en casos de movilidad nacional o internacional de los profesores universitarios

No se puede negar que las estancias de investigación que hoy en día se exigen en el ámbito universitario para acceder, sin excepción, a todas las categorías profesionales a tiempo completo, van a suponer un enorme reto a la hora de compatibilizar las obligaciones familiares con las profesionales, creando situaciones de inestabilidad emocional y estrés laboral que no se plantean en otros ámbitos profesionales. De esta manera, y siempre teniendo como objetivo eliminar ciertas formas indirectas de discriminación por maternidad, se hace imprescindible potenciar y premiar desde la ANECA la realización de otros méritos profesionales, también indicativos de la solvencia investigadora del profesor en cuestión, pero que no impliquen movilidad geográfica y, por lo tanto, que no generen dificultades añadidas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral. Y es que, en un entorno digital, en el que la comunicación interuniversitaria puede realizarse por vía informática, y en el que el acceso a los recursos bibliográficos en la mayoría de los casos puede hacerse a través de bases de datos online, no se puede negar que, en la mayoría de disciplinas, el desplazamiento físico ya no es tan valioso como forma de acreditar la especialización académica del sujeto que las realiza.

Pero no sólo eso. Con este tipo de exigencias de movilidad, además de generar grandes obstáculos en la conciliación laboral del profesorado universitario y contribuir todavía más si cabe, al retraso de la edad media de maternidad de este colectivo, se está produciendo una grave irregularidad laboral.

Pese a todo, nadie ha puesto de manifiesto hasta ahora que el actual sistema de estancias de investigación que se sigue en las Universidades públicas, vulnera de forma patente las exigencias marcadas por el art. 1.4 ET en materia de movilidad internacional de trabajadores (norma laboral que ha de actuar como supletoria en lo no dispuesto en la LOU que a estos efectos actúa como ley especial y que vincula tanto a empresas privadas

como públicas)¹⁰. Tal situación, produce el efecto de intensificar las dificultades de conciliación que sufre el colectivo de profesores universitarios en fase de acreditación, pues a la complejidad que implica atender a las necesidades familiares mientras se realiza una estancia de investigación, se une, en los casos en los que se trate de una estancia internacional, la carga económica que ello implica, lo que en definitiva repercute en la calidad de vida del hogar familiar, haciendo en muchos casos insostenible recurrir a cuidadores profesionales durante ese periodo¹¹.

Existe una situación que no se puede negar: si la internacionalización del profesorado universitario implica un coste que se autofinancie el propio interesado, con el fin de cumplir uno de los presupuestos exigidos por la ANECA y acceder así a una acreditación, las dificultades de conciliar vida familiar y laboral durante ese periodo de acentúan al máximo, pues conciliar en estos casos, sin que esto implique realizar un desembolso económico extraordinario, resulta una utopía¹².

Hay que tener presente además que la situación expuesta, además de compleja, resulta ilegal, aspecto del que se ha de concienciar al profesorado universitario con el fin de empezar a detectar y denunciar estas situaciones abusivas. Dicha ilegalidad proviene precisamente del incumplimiento de las normas, tanto nacionales como internacionales, que garantizan una retribución mínima a los trabajadores desplazados. Para emprender el análisis de esta cuestión, no se puede dejar de hacer referencia a una norma de Derecho Internacional Privado contenida en el propio art. 1.4 de Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). El citado precepto, al concretar el ámbito de aplicación de la norma laboral se ocupa de precisar cuál será la legislación aplicable a un supuesto muy específico de contrato de trabajo con elemento extranjero. En concreto, en dicha norma de conflicto se advierte que "*la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español*"¹³.

Realmente el citado art. 1.4 ET, nació con la finalidad de introducir en el ordenamiento jurídico español una excepción al principio general de *lex loci executionis* consagrado con carácter general en el art. 10.6 C.C.: de esta manera se conseguía que los trabajadores españoles

¹⁰ Advértase que siempre que se haya generado un fenómeno de movilidad internacional de trabajadores, sea éste temporal o permanente, exija o no cambio de residencia, tenga como destino un país europeo o extraeuropeo, resultaría de aplicación la regla antes comentada plasmada en el art. 1.4 ET. MONTROYA MELGAR, A. (2018), "*Derecho del Trabajo*", Tecnos, Madrid, pág. 236.

¹¹ La situación se puede agravar al máximo en determinadas Universidades en las que, por acuerdo de Consejo de Gobierno, o por previsión incluida en el convenio colectivo aplicable, como ocurre, por ejemplo, en la Universidad de Murcia, posiblemente con ánimo disuasorio, se determina la reducción de un 20% de la retribución del profesor universitario a partir del tercer mes de estancia.

¹² Advértase que la Disposición adicional décima de la LOU expresamente indica que "*Los poderes públicos promoverán mecanismos de movilidad entre las Universidades y otros centros de investigación, con sus correspondientes programas de financiación (...)*". A pesar de esta genérica proclamación, nadie discute que, en la práctica, son muy pocos los investigadores provenientes de Universidades públicas españolas los que obtienen financiación suficiente para cubrir íntegramente los gastos que genera el desplazamiento a Universidad extranjera, pese a que quedan obligados a realizar este tipo de estancias de investigación si desean continuar su carrera universitaria.

¹³ Debe destacarse que es también este principio el que inspira la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

contratados al servicio de empresas españolas radicadas en el extranjero quedasen equiparados a efectos económicos a los empleados en territorio español, pero teniendo en cuenta además una salvedad, que actúa siempre en beneficio de los propios trabajadores, dado que en cualquier caso resultarán aplicables las normas de orden público vigentes en el país extranjero en el que se desarrolla habitualmente la prestación laboral de servicios¹⁴. Esto es, a pesar de que la legislación española siga siendo de aplicación a la relación laboral de un trabajador contratado en España por una empresa española, esto no quiere decir que la legislación del país de prestación de servicios no deje ningún tipo de huella en la relación laboral que se va a desarrollar, temporal o permanentemente en su territorio, pues ésta siempre actuará en beneficio del trabajador desplazado¹⁵. Con ánimo clarificador, valga el siguiente ejemplo: aunque en virtud del art. 1.4 ET, la legislación española será aplicable a cualquier trabajador español contratado en España al servicio de una empresa española desplazado al extranjero, el margen de operatividad del orden público del país de destino como mecanismo corrector, no operará con la misma intensidad si el trabajador es desplazado a Ankara que a Frankfurt.

Ahora bien ¿qué ha de entenderse por el orden público del país de prestación de servicios?; ¿Qué tipo de derechos laborales integran el orden público del país de prestación de servicios? Obviamente, se trata éste de un concepto jurídico indeterminado que, a falta de otro instrumento de concreción, puede considerarse integrado, por analogía, por los conceptos que la Ley 45/1999 contempla como derechos mínimos para un trabajador extranjero desplazado temporalmente a territorio español, pero que sirve también para definir el concepto de orden público en el ámbito de las relaciones laborales en desplazamientos en sentido inverso: esto es, de trabajadores españoles desplazados al extranjero, con lo que en definitiva servirá para concretar el verdadero alcance del art. 1.4 ET.

Es el art. 3.1 de la Ley 45/1999 (trasponiendo en realidad la redacción literal del art. 3 de la Directiva 96/71/CE) el que marca cuál es el elenco de *derechos mínimos* que se ha de

¹⁴ Ahora bien, sobre este concreto tema, y habida cuenta de la sustitución de las reglas contenidas tradicionalmente en el art. 10.6 C.C. por las actualmente indicadas en el Reg. 593/2008, es muy importante advertir que la doctrina internacionista considera que también el citado art. 1.4 ET ha sido derogado por el Reg. 593/2008. Afirmación que, aplicada en el ámbito laboral resulta, como mínimo, discutible. Y es que, aunque no se duda de que un reglamento comunitario tiene eficacia jurídica directa en todos los estados miembros, y un nivel jerárquico superior al de una ley ordinaria, realmente la regla expuesta en el art. 1.4 ET no contradice en absoluto las normas de conflicto contenidas en el citado texto internacional, sino que únicamente estaría introduciendo un complemento o desarrollo a favor del trabajador, para dar respuesta a una situación práctica muy concreta. De tal forma, al no producirse una contradicción material de derechos, sino simplemente un desarrollo o mejora destinada a garantizar una protección sociolaboral mínima en favor de la parte más débil contractual, y en ausencia de derogación expresa del citado art. 1.4 ET, tampoco parece fácilmente aceptable una derogación tácita. Sobre este tema, véase MONTOYA MELGAR, A. (2018), *"Derecho del Trabajo"*, Tecnos, Madrid, pág. 236. En este sentido, véase también FERNÁNDEZ ROZAS, C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2015), *"Derecho Internacional Privado"*, Civitas, Madrid, pág. 539. A igual conclusión llegó, durante la vigencia del Convenio de Roma, CARRILLO POZO, L.F. (2004), "Derecho a la igualdad y a la elección de ley en el contrato de trabajo" (comentario a STC 34/2002, de 8.3), en *JCTSS*, pág. 70.

¹⁵ A estos efectos, GALIANA MORENO (2015) recuerda que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, "el ordenamiento laboral, en cierta forma, *"puede ser asimilado a una ordenación de policía y seguridad, en cuanto consagra inalienables derechos de los trabajadores por razones no sólo de seguridad colectiva sino de insoslayable acatamiento a principios de justicia social"* [STS 30 diciembre 1966 (Ar. 5511)], (...) o cuando afirma que, en toda cuestión laboral *"predomina el principio de territorialidad como consecuencia de su carácter tuitivo, lindante con el orden público internacional"* [STS 2 marzo 1966 (Ar. 1619)]", cfr. GALIANA MORENO, J.M., "Apuntes sobre el tráfico laboral externo en la jurisprudencia de Tribunal Supremo", en AAVV, *"El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: estudios dedicados al catedrático y magistrado Don Antonio Martín Valverde"* (coord. Joaquín García Murcia, Manuel Ramón Alarcón Caracuel), Madrid, Tecnos, Capítulo III.

garantizar a todo trabajador afectado por un fenómeno de movilidad internacional (aunque ésta, como ocurre con las estancias de investigación, sea solo temporal)¹⁶. Así, el citado precepto indica que “los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a: a) El tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; b) La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley; c) La igualdad de trato y la no discriminación por razón de sexo, origen, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate; d) El trabajo de menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores; e) La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores; f) La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial; g) El respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual; h) La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión”. Como se ha adelantado, este conjunto de derechos mínimos puede entenderse representativo del orden público jurídico español a estos efectos de desplazamiento internacional de trabajadores, por lo que estas exigencias serán aplicables independientemente del carácter común o especial de la relación laboral iniciada, de la duración temporal o permanente del desplazamiento que se lleva a cabo, y del carácter público o privado de la entidad empleadora. Por lo tanto, las Universidades, sean éstas públicas o privadas, también quedan obligadas a cumplir estas garantías legales respecto a su personal, laboral. Y no sólo eso. El hecho de que se atribuya a estas garantías la función de salvaguardar del orden público nacional, hacen que resulten plenamente extrapolables a cualquier otro sujeto que se encuentre en situación similar de desplazamiento en interés de la empresa o entidad para la que presta sus servicios, aunque no mantenga con ella una relación laboral: esto permite apreciar que también los funcionarios adscritos a una Administración pública española, quedarán plenamente incluidos dentro del ámbito protector de estas garantías, con lo que se está reconociendo que los derechos reconocidos en la citada norma también resultan plenamente aplicables a profesores titulares y catedráticos mientras se encuentran de estancia de investigación.

¹⁶ "L'elenco delle materie che formano tale nucleo imperativo di tutela include le norme - risultanti da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale - relative ai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, alla durata minima delle ferie annuali retribuite, alle tariffe minime salariali (comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario), alle condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, alla tutela delle condizioni di lavoro di gestanti o puerpere e di bambini e giovani, ed infine alla parità di trattamento fra uomo e donna nonché alle altre disposizioni in materia di divieti di discriminazione. Si tratta, come è stato notato, di materie che da un lato costituiscono l'ossatura del diritto del lavoro comunitarizzato (cioè oggetto di normativa di armonizzazione) e che dall'altro possono considerarsi "determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza)". GIUBBONI S. (2008), "Diritto del lavoro e competizione regolativa nell'Unione Europea", *Rivista trimestrale dell'avvocatura dell'istituto nazionale della previdenza sociale*, n.º. 3, pág. 645.

Debe destacarse que, en caso de desplazamiento temporal, la citada Directiva 1996/71 no tiene por objeto modificar la ley aplicable al contrato de trabajo sino que fija un “núcleo duro” de normas imperativas que deben respetarse durante el periodo de “desplazamiento” en el Estado miembro de acogida, “cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral”¹⁷. Sobre este tema, se ha de tener en cuenta en todo momento que el incumplimiento de estos postulados por parte de las empresas que desplacen temporalmente a España a sus trabajadores genera la imposición de una sanción administrativa, según lo indicado en los arts. 10 y 39 LISOS.

Adviértase que, dada la generalidad del concepto de orden público que se deduce de la normativa citada, éste resulta aplicable no sólo a los profesores que mantengan un contrato de trabajo con una Universidad pública o privada, sino a cualquier tipo de empleado público, y por tanto, también al PDI funcionario que realice una estancia de investigación.

Pese a todo, en lo que respecta a las estancias de investigación, no se ha previsto por el momento instrumento alguno que permita garantizar que el profesores, durante su estancia en el extranjero, perciba, al menos, la retribución mínima para la categoría profesional que desempeña el concreto trabajador en el país de destino al que obliga la legislación española (hay que cuidado con este extremo, pues esta obligación no se cumpliría garantizando el SMI del país de destino, pues se trata de un concepto diferente), pese a ser ésta una de las imposiciones propias del orden público del país en el que, aunque sea de forma circunstancial, se realice la prestación efectiva de servicios.

Ahora bien, si la normativa vigente garantiza una retribución mínima a cualquier trabajador (incluidos el PDI contratado por Universidades), ¿por qué no se aplican estas exigencias? ¿Por qué motivo en la práctica, no se está asegurando al profesor desplazado la retribución mínima de su categoría profesional en su país de destino?

Se trata éste de un aspecto complejo. Y es que, aunque constituye un derecho que acompaña al trabajador independientemente de la duración del desplazamiento en cuestión, parece que no siempre se deja una constancia fehaciente de que se ha realizado, lo que impide que actúen los medios legales que actualmente existen para detectar y regularizar este tipo de situaciones: en muchas ocasiones, las Universidades españolas no comunican a la Dirección Provincial de Trabajo de la correspondiente CCAA la salida de sus profesores para que pueda realizar el oportuno seguimiento y control de esta situación (cosa que estarían obligadas a hacer en desplazamientos de más de ocho días¹⁸), y por otra, el país

¹⁷ De tal forma, la Directiva 1996/71 debe considerarse una prolongación de las leyes de policía que contempla el art. 9 del Reg. 593/2008 (y antes el art. 7 del Convenio de Roma). Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización”, Bruselas, 14.1.2003. COM (2002) 654 final, pág. 39. Sobre este tema, *in extenso*, véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.(2006), “Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero”, Lex Nova, Valladolid, págs. 163 y ss.

¹⁸ Debe advertirse que la Ley 45/1999 no ofrece exactamente el mismo tratamiento jurídico a todos los fenómenos de desplazamiento temporal internacional de trabajadores, pues aquellos cuya duración *no exceda de ocho días*, serán objeto de una importante flexibilización y atenuación de las obligaciones que comportan. En concreto, la propia norma específica que no les serán aplicables las obligaciones relacionadas con la garantía de la retribución mínima y del periodo mínimo de vacaciones previstos como derecho mínimo e irrenunciable en la legislación nacional del país de destino, ni

de destino sólo pide visado o inscripción (despendiendo de si se trata de un país comunitario o extracomunitario) cuando se trata de desplazamientos superiores a tres meses, en cuyo caso, además no siempre existe comunicación entre los datos que reciben las oficinas de extranjería, con el organismo público, dependiente del ministerio de trabajo (u órgano equivalente) que en su caso, exista en el país de destino, y que, en su caso, estuviera encargado de controlar las condiciones de trabajo que se están aplicando a los trabajadores que (aunque sea de forma circunstancial) desempeñan una actividad retribuida en su territorio.

A estos efectos no se puede olvidar que, aunque se trate de una estancia de investigación, la finalidad no es la *formación en el empleo* (ambiguamente desarrollada en el art. 23.3 ET), sino realizar las tareas de investigación (y en muchos casos, también de docencia) inherentes a la condición de PDI en otro lugar diferente a la Universidad de adscripción. Ésta diferenciación, aunque parezca obvia, resulta en la práctica de fundamental importancia.

Adviértase a estos efectos que la realización de una estancia de investigación no requiere ni la matriculación en un curso ni en un programa externo (que sería imprescindible para poder hablar de una estancia con finalidad formativa, tal como se desprende del art. 23 ET)¹⁹, sino la concreción de un concreto tema de investigación que se desarrollará durante la estancia y bajo la tutela de un profesor adscrito al centro de destino (unido a veces a un calendario de docencia). Esto es: lo que implica realmente la estancia es realizar las mismas tareas inherentes a la condición de PDI en una Universidad distintas a la de adscripción, previa aprobación del periodo estancia y tema de investigación elegido tanto por el Departamento, como por la Facultad y por el Consejo de Gobierno de la Universidad a la que pertenece el solicitante, y sometida a la obligación final de presentar la justificación acreditativa de las tareas realizadas. Son, en definitiva, datos suficientes para poder considerar las estancias de investigación como supuestos *sui generis* de movilidad en interés de la empresa. Y es que mientras se lleva a cabo una estancia de investigación

tampoco será necesario comunicar a la autoridad laboral el hecho de que dicho desplazamiento se va a producir con el fin de que pueda realizar la oportuna labor de seguimiento y control (cfr. respectivamente arts. 3.3 y 5.3 de la citada Ley 45/1999, que transpone las previsiones que a estos efectos realiza la Directiva 96/71/CE).

¹⁹ No se puede olvidar que el art. 23.1.c) ET permite la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto cuando el trabajador pretende acceder a cursos de formación o perfeccionamiento profesional tendentes a mejorar sus posibilidades de empleabilidad futura. Aunque doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo sin reservas que no es preciso que la asistencia a tales cursos persiga la obtención de un "título profesional", no se puede negar que es sí imprescindible la inscripción y asistencia a una actividad formativa periódica para poder disfrutar de este derechos. Sobre esta concreta necesidad de justificación, véase QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.(2014), "Regulación legal y convencional de los permisos formativos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 113, pág. 220. No se puede confundir en ningún momento con la situación que atraviesa el profesorado Universitario, por lo que los permisos docentes que, en su caso, se puedan conceder a estos efectos por los Departamentos y Consejos de Gobierno, no se puede equiparar nunca a la concesión de un permiso formativo (ni siquiera, con un permiso formativo respecto a los cuales los convenios colectivos hayan podido extender, total o parcialmente, las obligaciones de retribución de la Universidad empleadora, mejorando las condiciones previstas en el art. 23 ET). Y es que la matriculación en un curso de formación resulta imprescindible para que pudieran operar cualquiera de las previsiones del art. 23 ET, dando lugar así a una situación muy diferente a la que se registra cuando se realiza una estancia de investigación (o de investigación y docencia), que aunque pueda servir para mejorar el currículum profesional del sujeto que las realiza, en ningún caso pueden asimilarse, por el mero hecho de desarrollar labores de investigación y docencia en otro centro universitario o investigador, a la "asistencia a cursos" que requiere la legislación laboral a estos efectos. Acerca de los presupuestos necesarios para que actúe el permiso para la formación contemplado en el art. 23 ET, véase la tesis doctoral de LLEÓ CASANOVA, B.(2002), "*La formación profesional en la relación jurídica laboral*", Universidad de Valencia, págs. 539 y 546 soporte informático. <https://www.tdx.cat/handle/10803/81330>.

el profesor en cuestión dedica su tiempo y esfuerzo a mejorar su perfil investigador en beneficio de la entidad universitaria de la que proviene.

Pero no sólo eso, por lo que a las estancias de investigación se refiere, debe ponerse de manifiesto otro dato: ¿realmente son voluntarias para los profesores afectados? La respuesta a esta pregunta resultará esencial para valorar si procede aplicar otra institución laboral prevista para garantizar los derechos de los trabajadores.

Basta un pequeño acercamiento al ámbito universitario para comprender que las estancias no son voluntarias, sino que se trata de un presupuesto obligatorio para poder continuar la carrera universitaria. Y es que, sin ellas, como se ha descrito, no sólo no habrá promoción profesional, sino que, en muchos casos, la carrera universitaria se agotará, sin posibilidades de prórroga, dando lugar a la extinción de la relación jurídica con la Universidad. La movilidad del profesorado universitario puede entonces considerarse una obligación más (dentro de las distintas obligaciones laborales que éste personal adquiere) impuesta, como una especialidad propia de la normativa aplicable a los profesores universitarios, que pasaría a completar el régimen de derechos y obligaciones laborales enumerados con carácter general en los arts. 4 y 5 ET.

Además, los distintos rankings de calidad y excelencia de las Universidades del Mundo, valoran, entre otros parámetros, la categoría profesional del cuerpo docente: a mayor categoría profesional media, mayor puntuación. De esta manera, la promoción profesional se convierte no sólo en una aspiración legítima del profesorado universitario, sino también de un requerimiento de las respectivas Universidades, que persigue acreditar, a través de datos objetivos, la solvencia de su plantilla. En otras palabras: lo único que puede elegir el sujeto es el lugar de destino, duración, las fechas concretas en las que ésta se celebrará y el tema de investigación que se desarrollará durante dicho periodo. Pero la obligación de realizarlas le viene impuesta por la normativa universitaria (aunque en el texto de la LOU aparezca sólo como una referencia indirecta a la movilidad del profesorado, en el desarrollo reglamentario de los criterios necesarios para obtener las preceptivas acreditaciones nacionales previas a la contratación de ciertas categorías de PDI ya aparece de forma clara esta exigencia).

En definitiva, las estancias de investigación constituyen un supuesto de movilidad de trabajadores, y como tal, debe quedar amparada por los derechos que el ordenamiento laboral contempla como mínimos e irrenunciables. Esta apreciación lleva a considerar ilegales y abusivas las "licencias por investigación" (retribuidas o, al menos, parcialmente retribuidas) previstas en ciertos convenios colectivos correspondientes al PDI laboral de Universidades españolas²⁰. Y es que, como es sabido, la negociación colectiva no puede minorar los derechos ya reconocidos en el texto de la ley.

²⁰ Véase, por ejemplo, el art. 44 del II convenio colectivo para PDI laboral de la Universidad de Murcia. A estos efectos, procede insistir una vez más en que, aunque textualmente se denomine "licencia por estudios", si tiene por objeto "*realizar actividades docentes o investigadoras vinculadas a otra universidad, institución o centro, nacional o extranjero*", lo que en realidad se ha concedido es una autorización para realizar las mismas funciones que el profesor universitario realiza habitualmente en su puesto de trabajo (investigación y docencia), en otro no vinculado, situación en realidad equiparable a un fenómeno de *movilidad internacional temporal pactado de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario*, que no puede confundirse en modo alguno con una auténtica "licencia por formación", ámbito material en el que la negociación colectiva sí puede mejorar lo previsto en el art. 23 ET, pactando nuevos derechos, esta vez más ventajosos, a cargo de la entidad empleadora y respecto a los cuales, la concesión de un "permiso retribuido",

Precisamente por tratarse de una obligación, resulta obvio que deberían aplicarse también las garantías que el art. 40 ET establece en favor de los trabajadores trasladados, temporal o permanentemente, a un lugar (nacional o extranjero) que implique cambio del lugar de residencia. Y es que, en estos casos, además de garantizar ciertos días de permiso retribuido con el fin de facilitar la reagrupación familiar, la empresa adquiere la obligación de hacer frente a los gastos de desplazamiento y estancia durante dicho periodo. Nada más lejos de la situación a la que actualmente debe enfrentarse el profesorado universitario a la hora de de estancias de investigación.

VI. La igualdad de género en las aulas

Pero aunque a lo largo de este trabajo se ha tratado de forma principal el tema de la discriminación indirecta que sufren con el sistema actual, los docentes universitarios con cargas familiares, no se puede dejar de hacer una referencia expresa a la discriminación por razón de género que afecta al alumnado. Y es que, aunque muchas veces pasen inadvertidas, existen múltiples situaciones que consiguen lastrar la presencialidad y con ello también, el rendimiento femenino. Volvemos de nuevo a la cuestión que daba origen a estas reflexiones: las estadísticas no mienten, y éstas, cada año, se ocupan de confirmar que, en todas las edades y espectros sociales, sigue siendo la mujer la que asume el peso de la conciliación. Y en esta ocasión no hace falta hacer referencia únicamente a descendientes a cargo sino a otros parientes que, por razón de edad, discapacidad o enfermedad, necesitan bien permanente, bien puntualmente, atención familiar.

No se puede negar que, en la práctica, son muchos y variados los factores que introducen ciertos elementos de desigualdad entre hombres y mujeres cuando éstos son alumnos universitarios. Muestra de ello es, por una parte, la clara constatación en todas las Universidades del mundo de carreras fuertemente feminizadas o masculinizadas, lo que a su vez da lugar a la consiguiente masculinización o feminización de la profesión correspondiente, lo que dificulta al máximo la obtención de una presencia equilibrada entre mujeres y hombres en determinados entornos profesionales²¹, situación que contribuye a intensificar y cronificar el problema²². Por otra parte, ha de destacarse la escasa formación en materia de igualdad de género que actualmente se incluye en los planes de estudio de titulaciones universitarias²³, teniendo en cuenta que además que, en los escasos modelos

aunque ésta contraprestación no alcance la retribución mensual del profesorado universitario por habersele aplicado una reducción, o no iguale la retribución que se hubiera percibido en el país en el que se pretende realizar el curso de formación, no darían lugar a incumplimiento alguno de la legislación laboral, por tratarse de situaciones muy diferentes.

²¹ Como se ocupa de resaltar MENÉNDEZ CALVO, R. (2011), " Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº.4, pág. 168.

²² Se ha de concienciar a la sociedad de que todas las profesiones pueden desempeñarse con una perspectiva de género, esto es, siendo especialmente sensibles con problemas sustancialmente femeninos. Esta nueva visión permite satisfacer las necesidades de la sociedad al mismo tiempo que abre nuevas perspectivas de negocio en muchas especialidades. Prueba de ello es la medicina aplicada con perspectiva de género, la arquitectura con perspectiva de género o la informática con perspectiva de género, o la interpretación del derecho con perspectiva de género, entre otras muchas especialidades.

²³ Situación que ponen de manifiesto BAS PEÑA, E., FERRE JAÉN, E. y MAURANDI LÓPEZ, A.(2017), en "Educación

en los que se contempla, muchas veces se trata de una formación demasiado generalista, poco adaptada a las necesidades específicas de la titulación que se cursa, y por lo tanto, sin apenas potencial real de formar verdaderos profesionales que puedan, en el futuro, desarrollar su actividad respetando la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Pero no sólo eso. También los horarios lectivos y la introducción de la asistencia como criterio de evaluación, aunque por el momento gocen de una aceptación generalizada, pueden llegar a atentar abiertamente contra los principios más básicos derivados de la igualdad de género, perjudicando al colectivo que se ve obligado a compatibilizar sus estudios universitarios con la atención de su familia, lo que en la práctica, por los motivos sociales y culturales ya expuestos, se traduce en la introducción de obstáculos adicionales que lastran la formación femenina.

A través de estas líneas se quiere poner de manifiesto que ciertas costumbres universitarias relacionadas con la distribución e impartición de la docencia, nunca van a superar una valoración crítica realizada con perspectiva de género. Y es que, inmediatamente se detecta que, aunque sea de forma velada, introducen factores de desigualdad de trato que inciden con más fuerza sobre personas de sexo femenino y que, llegado el caso, pueden motivar no sólo la obtención de una calificación final más baja de la media, sino también el abandono de los estudios o la desmotivación para iniciarlos.

Para evitarlas, resulta imprescindible incluir en los planes de igualdad de la respectiva Universidad las indicaciones necesarias para poder elaborar criterios de evaluación que no sean especialmente perjudiciales con un sexo más que con el otro, y al mismo tiempo formar al profesorado universitario en temas de igualdad, ofreciéndole instrucciones básicas que permitan elaborar una guía docente con perspectiva de género. Pese a todo, en la práctica, resulta excepcional encontrar previsiones de esta índole incorporadas al contenido de los planes de igualdad de nuestras Universidades, a la vez que puede afirmarse con rotundidad que un elevadísimo porcentaje del profesorado universitario no ha recibido en ningún momento ni formación ni instrucciones de ningún tipo en materia de igualdad²⁴, pues los planes internos de formación universitaria no suelen contemplar esta perspectiva.

Si bien es cierto que la edad media del alumnado universitario convierte en excepcional la necesidad de atención de cargas familiares, no resta importancia al problema de desigualdad que se denuncia desde estas líneas, sino que, en realidad lo acrecienta. Y es que, aunque se trate de obstáculos que muchas veces no dejan un claro reflejo en las estadísticas²⁵, esto no quiere decir que no existan, sino que obviándolos se está invisibilizando

Superior, competencias transversales y género: validación de un cuestionario, *Revista de humanidades*, nº. 31, (Ejemplar dedicado a: Innovación docente en el ámbito de la universidad), págs. 57-76.

²⁴ Y es que se limitan en la mayor parte de los casos a realizar proclamaciones genéricas de la necesidad de favorecer la conciliación entre el colectivo de PDI, PAS y alumnado, sin realizar, al menos por lo que respecta al último colectivo mencionado, mayores aclaraciones salvo las relativas a la necesidad de tener actualizada la información docente incorporada en las aulas virtuales de cada asignatura, compromiso con el que únicamente se mejoran las herramientas de estudio y preparación de la asignatura, pero no tiene influencia alguna sobre los criterios de evaluación exigibles.

²⁵ En concreto, a la vista de las cifras que cada año publica el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, parece que el alumnado de sexo femenino supera el 50% en gran parte de las titulaciones, al mismo tiempo que obtiene una calificación media ligeramente superior a la de sus compañeros varones en la mayoría de disciplinas. Pero, estos datos aparentemente tan exitosos no quieren decir que el problema no exista, sino simplemente que hay que observar con

al colectivo que más esfuerzo realiza para desarrollar sus estudios y mantener sus calificaciones, provocando que, en la mayor parte de los casos, pase desapercibido el problema al que se enfrentan. A modo de ejemplo cabe llamar la atención sobre un hecho: a pesar de que la totalidad de las Universidades españolas disponen hoy en día de una guía de utilización no sexista del lenguaje y de mecanismos de prevención y detección del acoso sexual en el entorno universitario, por el momento, prácticamente ninguna ha implantado protocolos específicos de actuación ante las situaciones de maternidad y paternidad del alumnado con el fin de ofrecer a los estudiantes alternativas concretas y bien definidas de actuación que les permitan participar en procesos de evaluación continua sin necesidad de sufrir un especial desgaste emocional y físico.

Pero éste no es el único inconveniente que la evaluación continua puede llegar a representar en la práctica. Nadie puede negar que, si bien los compromisos profesionales y académicos son sustancialmente previsibles, la necesidad de atención que pueda requerir, de forma puntual, uno de los miembros de la familia es, por esencial, imprevisible, lo que introduce un nuevo factor de complejidad no sólo a la hora de compaginar la asistencia regular a las clases, sino la obtención de la puntuación que en muchas guías docentes se sigue atribuyendo a la mera presencialidad o incluso, a la asistencia y entrega periódica de elementos de evaluación en soporte escrito. Por este motivo, debería admitirse sin reservas que la falta de criterios alternativos de puntuación que permitan a aquellas personas que no puedan asistir con regularidad a las sesiones lectivas compensar al 100% la puntuación perdida, invalida la aplicabilidad de los criterios de evaluación. Cualquier otra decisión implica obviar la perspectiva de género en la docencia universitaria e invisibilizar los problemas de conciliación socialmente asociados al sexo femenino, impidiéndoles alcanzar la calificación final que su esfuerzo merece. Un lugar no menos importante en la consecución de la igualdad de género lo ocupan los horarios lectivos, cuya difícil compatibilidad con la atención de las cargas familiares puede provocar en muchos casos, la falta de alumnado femenino.

Esta desigualdad se aprecia con mayor fuerza en los estudios de posgrado, donde la edad media del alumnado ya se ha incrementado, y por tanto, es más habitual que existan parientes a cargo, hecho que muchas veces desincentiva la matrícula, fuerza al abandono o ralentiza la obtención del título universitario a las personas que se ocupan de atenderlas. Un claro ejemplo de ello sería el siguiente dato: siguen siendo excepcionales los Máster universitarios oficiales ofrecidos por universidades españolas, en la modalidad de estudios presenciales que se imparten exclusivamente en horario de mañana²⁶. Y es que, buscando facilitar la asistencia al porcentaje de alumnado que compatibilice los estudios con el desarrollo de una actividad productiva, se olvida al colectivo que ha de atender cargas familiares (al respecto, no se puede olvidar que por el momento, ningún modelo de

detalle para poder apreciarlo: las grandes dificultades de conciliación se pueden apreciar con claridad cuando se manejan las cifras de alumnos que acceden a sus estudios de Grado, Máster o Doctorado con más de 35 años de edad, pues a partir de ese momento se registra un mayor porcentaje de varones que de mujeres que consiguen finalizar sus estudios.

²⁶ Una de las pocas excepciones la encontramos en el Máster universitario en mediación e intervención social, impartido en la Facultad de Psicología de la Universidad de Sevilla, de 9 a 14 horas, o en los Másteres en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos y en Ingeniería Química que imparte la Universidad de Alicante.

atención institucional de menores de edad cubre el horario vespertino, -y a veces, prácticamente nocturno- en el que se imparten los citados estudios)²⁷.

Pero el problema real que desencadena este tipo de cuestiones es mucho más importante y complejo de lo que a primera vista puede parecer: a menor calificación media o ausencia de formación de posgrado, menos oportunidades laborales se despliegan ante al sujeto en cuestión (más dificultades en su estabilización profesional, menos probabilidades de optar a ascensos, asumir puestos de responsabilidad, etc.). Y lo más importante: es precisamente esta situación la que además motiva el bajísimo índice de natalidad en nuestra sociedad, pues son pocas las mujeres españolas que deciden pagar el alto precio profesional que implica acceder a la maternidad antes de los 30 años. En resumen, la dificultad inherente de conciliación de la vida laboral y familiar que lastra el modelo productivo actual y que incide con especial intensidad sobre las mujeres trabajadoras, contribuye a poner en entredicho la sostenibilidad del sistema actual de Seguridad Social al mismo tiempo que acentúa la ya archiconocida brecha de género en salarios y pensiones que por el momento se viene presentando como una situación incontrolable que ensombrece el mercado de trabajo de nuestro país. Paradójicamente, esta dificultad de partida no impide que la presencia femenina en las aulas sea mayoritaria en muchas titulaciones²⁸, y que además, sigan obteniendo, de media, mejores resultados académicos que sus compañeros varones tanto en los estudios de Grado como de Máster²⁹, aunque es de presuponer que esto ocurre, so riesgo de retrasar peligrosamente la edad media de maternidad en España o, en caso contrario, provocando un desgaste físico y emocional importante. Tampoco se puede olvidar que en muchos casos, la posibilidad de compatibilizar la atención de las cargas familiares con la asistencia regular a sesiones lectivas radica únicamente en un factor de disponibilidad económica, premiando a los hogares en los que sus ingresos mensuales les permiten recurrir a apoyo externo, y privando de esta posibilidad a los restantes, que pierden junto con la formación a la que no han podido acceder, nuevas perspectivas profesionales y salariales, contexto que retroalimenta a su vez el problema de base.

Por último, necesariamente han de destacarse los episodios de discriminación por razón de género que pueden registrarse en las asignaturas de *prácticum* que, con carácter obligatorio u optativo, se incluyen dentro del plan de estudios de la mayor parte de titulaciones de grado y posgrado que actualmente ofertan nuestras Universidades. Gracias a ellas, y siempre con exclusiva finalidad académica, los alumnos universitarios toman un primer contacto con instituciones y empresas, públicas o privadas, en las que podrán comprobar en primera persona en qué consiste el ejercicio práctico de la profesión para la que se están preparando. Y es lo que parece una experiencia muy útil, puede llegar a convertirse en el contexto propicio para llevar a cabo, de forma impune, claros ejemplos

²⁷ Muestra de ello es la disminución progresiva del porcentaje de alumnas matriculadas y egresadas de los estudios de posgrado conforme avanza la edad de la estudiante, tal y como demuestran los datos estadísticos publicados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. <https://www.mecd.gob.es/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/universitaria/datos-cifras/datos-y-cifras-SUE-2015-16-web-.pdf>

²⁸ Como revelan los datos publicados en <https://www.mecd.gob.es/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/universitaria/datos-cifras/datos-y-cifras-SUE-2015-16-web-.pdf>.

²⁹ Datos publicados en <https://www.elmundo.es/grafico/sociedad/2017/09/27/59b8e122268e3eae4f8b4672.html>.

de discriminación por razón de género. Así pues, resulta habitual que en las entrevistas de selección de candidatos se planteen preguntas relativas a la situación familiar o sentimental de las candidatas (mujeres) que no se realizan a los hombres. Se trata de una situación que de producirse en una entrevista de trabajo, sin duda sería constitutiva de una infracción grave de discriminación en el acceso al empleo (art. 16 LISOS), pero que en cambio, sin dejar de ser claramente antijurídicas, al realizarse en un contexto que no deja de ser estrictamente académico, no encuentran encaje en la citada disposición sancionadora. Contribuye a ello el hecho de que las alumnas afectadas, en muchos casos, por su juventud e inexperiencia, estén poco preparadas para enfrentarse de forma directa a este tipo de situaciones, y no denuncien el episodio que han vivido, lo que hace que, en muchos casos, este tipo de entrevistas claramente discriminatorias resulten indetectables.

Parece sobreentenderse que, con este tipo de cuestiones, las empresas pretenden formar una base de datos en las que se registren perfiles personales de cualquier potencial demandante de empleo. También podría pensarse que, en realidad, lo que la empresa pretende encomendar al alumno en prácticas son funciones estrictamente laborales, ahorrándose la cotización a la Seguridad Social, dando lugar con ello a una relación laboral encubierta, de ahí su interés en conocer su "disponibilidad" productiva. Ahora bien, en la práctica, incluso aunque los alumnos pongan de manifiesto la situación sufrida al Coordinador de *prácticum* de su titulación, al Decano de su Facultad o incluso al Rector de la Universidad, quedan pocas vías de actuación para solventar el problema, sobre todo, porque en la mayoría de ocasiones, la persona afectada sólo podrá aportar su testimonio como único medio de prueba, lo dificulta la utilización de vías sancionadoras administrativas o penales. La falta de denuncia expresa, unida a la falta de prueba, provoca que en la mayoría de ocasiones la única medida adoptada sea la de excluir dicha empresa como destino de prácticas para futuros cursos académicos. Ahora bien, esta solución, aunque sin duda razonable, no siempre es plenamente factible: es tanta la escasez de destinos de prácticas, tan amplia la red de contactos que se obliga a tener a cada Universidad con los modernos planes de estudios, tanta la demanda de prácticas curriculares y extracurriculares por parte del alumnado, y tan escasas las contraprestaciones que estas empresas reciben por su colaboración con la Universidad, que muchas veces sacrificar un destino se plantea como la última de las opciones, que únicamente se adoptará en casos especialmente extremos, sobre todo, cuando la empresa en cuestión es especialmente grande y exitosa en el tejido empresarial y por ello, particularmente demandada por el alumnado.

En resumen, las prácticas empresariales en empresas o entidades generan una nueva fuente de conflictos, muchas veces difícilmente controlables o evitables, pero intolerables en cualquier caso en Universidades comprometidas con la igualdad de género.

V. Consideraciones críticas

Debe concluirse que, aunque este tipo de estancias estén ideadas con el fin de promover "*acciones para aumentar la visibilidad internacional y la capacidad de atracción de*

España en el ámbito de la investigación y la innovación" (tal y como proclama el art. 39.2 de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación), en realidad, en muchas ocasiones, consiguen el objetivo totalmente contrario al que pretendían: presentan a las Universidades españolas en el extranjero como entidades carentes de recursos (y con ello, de posibilidades de formación óptima de sus profesores), que se ven obligadas a "buscar" el conocimiento, la experiencia y la cualificación de la que aparentemente carecen, en Universidades extranjeras. Triste consecuencia que no se puede pasar por alto si verdaderamente se pretende alcanzar cotas de excelencia que sitúen a la Universidad española en un puesto puntero en los rankings de universidades europeas.

En cualquier caso, pese a la sucesiva modificación que los criterios de valoración de los méritos investigadores y académicos de los solicitantes han experimentado en los últimos años, parece que no se ha optado todavía por realizar una revisión desde una perspectiva de género ni se ha constatado por el momento la necesidad de modificar el elenco de méritos evaluables para el profesorado universitario con el fin de evitar que prosperen situaciones patentes de discriminación indirecta por maternidad a la que los criterios vigentes están conduciendo (eliminando los méritos superfluos, revalorizando la concepción interna de las universidades nacionales, planteando una lista amplia de criterios que se puedan considerar de valor equivalente, reduciendo la necesidad de realizar desplazamientos, sobre todo, los internacionales, a las situaciones en las que verdaderamente sean imprescindibles, ampliando la duración y las posibilidades de prórroga de los contratos de ayudante y ayudante doctor, etc.)³⁰. Sólo así se podrá evitar que la falta de estabilidad laboral perjudique el ejercicio de los derechos en materia de conciliación de la vida laboral y familiar que reconoce la legislación laboral en todos los ámbitos profesionales, generando situaciones de discriminación indirecta por maternidad que, hasta ahora, nadie ha puesto de manifiesto.

Y es que lo que empezó en 2007 (coincidiendo con los comienzos de la ANECA) siendo un presupuesto de relativa intensidad, se ha convertido hoy en uno de los escollos más duros que impiden la promoción (o incluso la permanencia en el empleo) a los profesores con cargas familiares. Recuérdese que, las sucesivas reformas de los criterios de valoración correspondientes a las acreditaciones de Ayudante Doctor, Profesor de Universidad Privada, Contratado doctor, Titular de Universidad y Cátedra, ha elevado cada vez más la duración mínima que han de tener dichas estancias para ser puntuables, llegando al extremo de exigir un año continuado³¹. Es por ello que ha llegado el momento de reivindicar que esta exigencia, como mínimo, vaya acompañada del reconocimiento de los derechos laborales que se garantizan a todo trabajador desplazado, pues ¿por qué debe ser el profesorado universitario una excepción? Recuérdese que la LOU establece ciertas especialidades que intentan recoger las particularidades de este colectivo, pero en ningún caso implica minorar los derechos que con carácter general reconoce la legislación laboral.

³⁰ Como ponen de manifiesto LÓPEZ ANIORTE, M.C., GARCÍA ROMERO, M.B. y FERRANDO GARCÍA, F.M., (2014), quizá también la ambigüedad de los criterios utilizados para adjudicar los sexenios de investigación esté contribuyendo a mantener la brecha de género en el acceso a la categoría de Catedrático de Universidad (cfr. pág. 100).

³¹ En el caso de la acreditación al cuerpo de Catedráticos de Universidad, según criterios aprobados en noviembre de 2017.

Pero no sólo eso. Implantar una verdadera igualdad de género en el ámbito universitario obliga también a replantear la idoneidad de ciertas exigencias del modelo actual. Así, siempre teniendo como objetivo eliminar ciertas formas indirectas de discriminación por maternidad, se hace imprescindible potenciar y premiar desde la ANECA la realización de otros méritos profesionales, también indicativos de la solvencia investigadora del profesor en cuestión, pero que no impliquen movilidad geográfica y, por lo tanto, que no generen dificultades añadidas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral. Y es que, en un entorno digital, en el que la comunicación interuniversitaria puede realizarse por vía informática, y en el que el acceso a los recursos bibliográficos en la mayoría de los casos puede hacerse a través de bases de datos online, no se puede negar que, en la mayoría de disciplinas, el desplazamiento físico ya no es tan valioso como forma de acreditar la especialización académica del sujeto que las realiza.

Otra de las alternativas que tendría importantísimos efectos sobre los resultados de investigación sin generar un coste añadido demasiado alto, y que ayudaría a compensar la mayor dificultad con que las mujeres desarrollan sus tareas investigadoras a partir del nacimiento de un hijo, consistiría en articular, en el seno de cada Universidad, un sistema de reducción de la carga docente respecto a las empleadas con hijos menores. Eso sí, debe advertirse que la citada reducción, para ser operativa, debería ser al menos de un 5% de la carga docente para las profesoras con hijos menores de tres años (aunque obviamente, dependerá de las disponibilidades económicas de cada entidad). Se trata de una iniciativa, todavía no implantada en ninguna universidad española, con la que se lograría crear el entorno propicio para que las personas de sexo femenino no vean excesivamente entorpecida su carrera investigadora (y con ella, las posibilidades de promoción económica y profesional en el ámbito universitario) a raíz del nacimiento de un hijo, compensando así las dificultades sociales y familiares a las que éstas hasta ahora se enfrentan.

Y es que mientras no se tomen medidas contundentes, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito universitario, que se infiere de la redacción literal de la Ley de Ordenación Universitaria, y que se proclama sin reservas en los correspondientes planes de igualdad aprobados en el seno de prácticamente todas las Universidades españolas, no dejará de ser un brindis al sol, sin aplicación real. Prueba de ello es que las distintas medidas ensayadas hasta ahora en la mayor parte de las universidades de nuestro entorno, destinadas a favorecer la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (y que, soslayando la finalidad de los verdaderos planes de igualdad, en la mayor parte de ocasiones, no consisten nada más que en recoger genéricas proclamaciones de un deseo de igualdad de trato o imperiosas exigencias en contra de un hipotético lenguaje sexista) no han logrado el efecto deseado a la hora de equiparar los méritos y resultados derivados de la investigación entre profesionales de ambos sexos.

En esta línea, debe indicarse la poca efectividad práctica que realmente tienen los planes de igualdad de nuestras universidades. Y es que el hecho de que la propia LOI los conceptúe y califique como una herramienta de igualdad propia del ámbito laboral, y por tanto, destinada a empleados tanto de empresas como de administraciones públicas, lleva en ocasiones a desconocer otras necesidades fuertemente vinculadas a cuestiones de

género e igualdad, que puedan presentar otros miembros de la comunidad universitaria. Por esta razón, en la mayor parte de ocasiones, los planes de igualdad de nuestras Universidades se limitan a reflejar las necesidades de PDI y PAS, dejando en cambio prácticamente olvidadas las necesidades del alumnado. Al mismo tiempo no se puede olvidar insistir en que, como ya se ha puesto de manifiesto en estas líneas, otro de los grandes obstáculos a los que se enfrentan los planes de igualdad de las Universidades españolas es que, jurídicamente, no tienen capacidad para luchar contra los grandes obstáculos en materia de conciliación de la vida laboral y familiar impuestos a través de los criterios de acreditación marcados por la ANECA que, como se ha expuesto, exigen el cumplimiento de unos méritos cuyo desarrollo y cumplimiento hace prácticamente imposible la atención de las cargas familiares durante el periodo de ejecución, lo que introduce un claro factor de desigualdad indirecta por razón de género, inasumible en el siglo XXI.

Por último, debe destacarse que, aunque lo largo de este trabajo se han seleccionado sólo algunos de los inconvenientes prácticos que dificultan la conciliación de la vida laboral y familiar en el ámbito universitario, en perjuicio principalmente del profesorado de sexo femenino, realmente existen muchos más. Por ejemplo, nadie ha puesto de manifiesto por el momento la estrictísima regulación del periodo de ejecución temporal de los proyectos de investigación I+D+i concedidos al amparo de convocatorias públicas, en los que, aunque se utilice un lenguaje inclusivo, se olvida totalmente contemplar la incidencia que para los miembros del grupo de investigación tienen las situaciones de baja por motivos vinculados al embarazo o el parto (IT, riesgo en el embarazo o lactancia, maternidad y paternidad). Y es que esta omisión perjudica de forma más intensa a personas de sexo femenino, respecto a las que el desarrollo de un proyecto de investigación haya coincidido en el tiempo con el embarazo y la maternidad, pues pueden ver reducido de forma sustancial el tiempo material de dedicación al proyecto, sin que exista otra solución que la solicitud motivada de prórroga realizada con la suficiente antelación por el IP del proyecto, de tramitación y justificación compleja: sin duda, constituye éste otro tema sobre el que sería oportuno reflexionar si verdaderamente se pretenden eliminar los obstáculos de género en el ámbito universitario.

VI. Bibliografía

- AAVV (1996), *“Mujeres y hombres en la ciencia española. Una investigación empírica”*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, Madrid, 1996.
- BAS PEÑA, Encarnación, FERRE JAÉN, Elvira y MAURANDI LÓPEZ, Antonio (2017), "Educación Superior, competencias transversales y género: validación de un cuestionario, *Revista de humanidades*, nº. 31 (Ejemplar dedicado a: Innovación docente en el ámbito de la universidad), págs. 57-76.
- CARRILLO POZO, Luis Francisco (2004), "Derecho a la igualdad y a la elección de ley en el contrato de trabajo" (comentario a STC 34/2002, de 8.3), en *JCTSS*, págs. 70 y ss.

- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos., y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2015), "*Derecho Internacional Privado*", Civitas, Madrid.
- GALIANA MORENO, Jesús M^a.(2015), "Apuntes sobre el tráfico laboral externo en la jurisprudencia de Tribunal Supremo"; en AAVV, "*El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: estudios dedicados al catedrático y magistrado Don Antonio Martín Valverde*" (coord. Joaquín García Murcia, Manuel Ramón Alarcón Caracuel), Madrid, Tecnos, Capítulo III.
- GIUBBONI, Stefano (2008), "Diritto del lavoro e competizione regolativa nell'Unione Europea", *Rivista trimestrale dell'avvocatura dell'istituto nazionale della previdenza sociale*, n^o. 3.
- LLEÓ CASANOVA, Beatriz (2002), Tesis doctoral titulada: "*La formación profesional en la relación jurídica laboral*", Universidad de Valencia, soporte informático. <https://www.tdx.cat/handle/10803/81330>.
- LÓPEZ ANIORTE, M^a. Carmen, GARCÍA ROMERO, M^a. Belén, y FERRANDO GARCÍA, Francisca M^a (2014), "Propuesta para la evaluación de la calidad de la investigación en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, incluyendo una perspectiva de género", *Libro resúmenes X Foro Internacional sobre la Evaluación de la Calidad de la Investigación y la Educación Superior* (Coord. RAMIRO SÁNCHEZ y RAMIRO SÁNCHEZ), Ed. Universidad de Granada, Granada, págs. 100 y ss.
- MARTÍN BARDERA, Sara (2018), "Querer y poder: (des)igualdad en la universidad pública española", *Contextos educativos: Revista de educación*, n^o 21, págs. 11-34.
- MEIL LANDWERLIN, Gerardo (2011), "El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa", *Revista latina de sociología*, n^o. 1, soporte informático.
- MENÉNDEZ CALVO, Remedios (2011), "Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, n^o.4, págs. 167-197.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz (2006), "*Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*", Lex Nova, Valladolid.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2018), "*Derecho del Trabajo*", Tecnos, Madrid.
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (2014), "Regulación legal y convencional de los permisos formativos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, n^o. 113, págs. 205-234.
- VICENTE PALACIO, M^a. Arántzazu (2011), "En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social"; *Lan harremanak: revista de relaciones laborales*, n^o. 25 (ejemplar dedicado a la igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales), págs. 191 y ss.

Sobre las proyecciones convencionales de la igualdad en la clasificación y promoción profesionales: luces y sombras*

On the conventional repercussion of equality in job classification and professional promotion: pros and cons

GRATIELA-FLORENTINA MORARU

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social y Doctoranda
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 18/01/2019

Aceptado: 07/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4769>

Resumen. La promulgación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha sido consecuencia de la acción pública de la sociedad democrática en favor de la igualdad de la mujer. Sin lugar a duda, este reconocimiento normativo de la igualdad constituye un paso importante, pero no suficiente. Un relevante instrumento para completar el anterior reconocimiento sería la negociación colectiva. La negociación colectiva representa una autentica oportunidad para dotar de real contenido la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. El principal propósito de la negociación colectiva sería la fijación de pautas justas en la delimitación de la clasificación profesional por ser esta un engranaje de diferenciación profesional y salarial. Los convenios colectivos han de precisar los criterios en los que han de sustentarse los diferentes grupos y categorías profesionales en una empresa.

Palabras clave: mujer, ley, discriminación, convenio colectivo, promoción profesional.

Abstract. The promulgation of Law 3/2007, of March 22, for the effective equality of women and men, has been a consequence of the public action of the democratic society in favor of the equality of women. Undoubtedly, this normative recognition of equality is an important step, but is not enough. An important instrument to complete the previous recognition would be the collective bargaining. Collective bargaining represents a real opportunity to provide effective content for effective equality between men and women. The main purpose of collective bargaining would be to establish fair rules in the delimitation of the professional classification as this is a mechanism of professional and salary differentiation. Collective agreements must specify the criteria on which the different groups and professional categories in a company must be based.

Keywords: woman, law, discrimination, collective agreement, professional promotion.

*Premio 8 de Marzo. Igualdad de las Mujeres de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

1. Consideraciones preliminares

El sexo de las personas representa uno de los motivos de discriminación más extendido y perpetrador de una marginación efectiva de la mujer, reflejada sobre los entornos de la vida, y sobre el acceso y la participación de ésta en los espacios públicos y privados de actuación¹. La participación de la mujer en la evolución del sistema económico y productivo ha posibilitado un conjunto de cambios morfológicos, físicos y orgánicos indispensables en las diversas fases de nuestro desarrollo². La invisibilidad del trabajo femenino deriva de su frecuente ubicación en el ámbito personal y en el interior del hogar. Esta relegación de la mujer a la esfera doméstica impide que su trabajo tenga un correcto tratamiento jurídico y un lugar de especial consideración en el marco de las relaciones laborales³. A pesar de ser destacados pilares de sostenimiento de la sociedad, la diversidad de sus labores y su (escaso) impacto en la actividad económica fomenta la invisibilidad profesional de las mujeres. Un inconveniente fundamental de la igualdad laboral es que la feminización de algunas tareas conlleva una menor valoración retributiva en relación con las tareas de nivel similar realizadas por varones, y ello es consecuencia de la utilización predominante de estándares valorativos masculinos⁴.

La actualidad de nuestros tiempos muestra una tendencia de las estadísticas a recoger numéricamente una realidad cambiante en la medida en que sostienen con elevadas cifras que la situación de la mujer se caracteriza por sus altos niveles de formación y cualificación profesional. No obstante, hay colectivos de mujeres que encuentran importantes impedimentos para acceder al mundo laboral o para conseguir una promoción profesional, colectivos cuyas circunstancias quedan minimizadas en las estadísticas. Las estadísticas se han convertido en un argumento carente de válido contenido para sostener una verdad diferente de la realidad de las mujeres⁵.

Las desigualdades laborales por razón de género han de incluir necesariamente, en sus diversas vertientes, las discriminaciones basadas en la clasificación y promoción profesionales por constituir unas de las razones subyacentes de la situación de inferioridad laboral de las mujeres⁶. El trabajo femenino sigue siendo un “mercado hermético” a pesar de la reciente incorporación de la mujer a facetas profesionales nuevas. Las desigualdades laborales se han intensificado por la propagación de formas de trabajo que

¹ GARCÍA NINET, J. I., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La dimensión europea de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 67, 2007, p. 25.

² BLASCO, E., “Mujeres y precariedad en los nuevos entornos laborales”, *Gaceta Sindical*, nº 29, 2017, p. 185.

³ RODRÍGUEZ MARTÍN, V., “Varones y mujeres desde una perspectiva de género emocionalmente inteligente” en MORA CABELLO DE ALBA, L. (dir.), *Trabajar en femenino, trabajar en masculino*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 79, reafirma esta idea cuando sostiene que “Tradicionalmente, a las mujeres se nos ha atribuido la dedicación exclusiva en el espacio privado, relacionado con los cuidados y los afectos y la dedicación parcial (aunque simultánea) al empleo remunerado”.

⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Feminización de tareas y masculinización de valoraciones”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2001, p. 29.

⁵ SUÁREZ ORTEGA, M., *El proyecto profesional de vida de mujeres con escasa cualificación. Un reto para la intervención orientadora*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, p. 19.

⁶ SALDAÑA VALDERAS, E., “Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y el sector público”, *Temas Laborales*, nº 119, 2013, p. 91.

incrementan la inseguridad y en los que la participación de la mujer es mayor que la de los hombres⁷.

La persistencia en las reivindicaciones contra la discriminación de las mujeres en el marco laboral constituye uno de los requisitos nucleares de cualquier legislación que tenga como propósito avanzar en la consecución de niveles reales y efectivos de igualdad no sólo en el mercado laboral sino dentro de la sociedad⁸. Para un avance igualitario es necesario un cambio en el acantonamiento funcional, en las descripciones de tareas o funciones, en las denominaciones de los puestos de trabajo, así como en el uso sexista del lenguaje que puede crear secciones o estratos laborales ficticios⁹.

La crisis económica que aún seguimos atravesando, ha incrementado la descentralización productiva, las carencias en la formación profesional y las cualificaciones, y ha puesto de relieve la falta de una respuesta política y legislativa suficiente en cuanto a medidas que acaben con la precariedad, el estancamiento y la salida igualitaria de la crisis. Las consecuencias de la crisis han sido declinadas en femenino.

Por todo lo anterior, en próximas líneas vamos a perfilar el marco normativo que recoge el tratamiento de la igualdad de la mujer en las relaciones laborales con el fin de reflejar a posteriori las proyecciones convencionales que abordan la clasificación y promoción profesional.

2. Referencias normativas sobre la igualdad en la clasificación y promoción profesional

La implicación social en la lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres se proyecta en varios instrumentos normativos. En la actualidad, las conquistas son muchas, sin embargo, el freno en la perpetración de discriminaciones por razón de género, no se ha conseguido imponer. El impulso de la denominada "revolución feminista" se ha traducido en una visibilidad y conciencia ciudadana de la existencia de las diferencias por razón de sexo. Pero, la impregnación de los estereotipos sigue siendo impetuosa en la sociedad española y eso sitúa a la mujer en una posición de desventaja respecto a los hombres dificultándose el ejercicio efectivo de sus derechos como ciudadanas¹⁰.

En el ámbito internacional, comunitario y nacional tenemos las plasmaciones normativas de la preocupación que, desde distintas instancias, se ha mostrado por este tema. La OIT y la ONU son autoras de distintas declaraciones, convenios y recomendaciones, donde se recogen disposiciones en cuanto a la igualdad por razón de sexo en la clasificac-

⁷ BALLESTER PASTOR, M. A., "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo", *Relaciones Laborales*, nº 1, 1993, p. 179.

⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., "La negociación colectiva sobre el acceso al empleo de la mujer: el lento avance de la igualdad" en SANGUINETI RAYMOND, W. (dir.), MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (coord.), *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva. Estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 31.

⁹ SALDAÑA VALDERAS, E., "Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad...", op. cit., pp. 92-93.

¹⁰ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "Igualdad en la clasificación y promoción profesionales: avances y retrocesos" en FIGUERUELO BURRIEZA, A. (dir.), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 203-204.

ción y promoción profesionales. También asumen un gran protagonismo por los importantes avances que se han conseguido las cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer, celebradas en México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1980) y Pekín (1995)¹¹. Constitutivas de un importante hito, las conferencias han tenido como principal objetivo el derecho a la igualdad de oportunidades de empleo entre hombres y mujeres, extendiendo sus propósitos igualitarios a las políticas nacionales¹².

En el marco internacional, el papel protagonista de la OIT merece especial referencia, sobre todo por la adopción del Convenio y Recomendación núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por España en 1967, que impone a los Estados firmantes la obligación de fomentar una política nacional que impulse, a través de los cauces adecuados, a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con la finalidad de eliminar toda discriminación. En este sentido, hay que rescatar las siguientes palabras del Convenio antes referido: *“los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”*¹³.

La Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 1979, también destaca por su abordaje en el art. 11 del ámbito de la empresa, *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos”*, contemplando así los derechos de igualdad en lo laboral¹⁴.

El legislador comunitario, a nivel de la Unión Europea, pretende proteger dos cosas diferentes, pero susceptibles de complementación: la primera, está encaminada a garantizar la promoción de la igualdad y no discriminación entre los hombres y las mujeres permitiendo la apertura de una vía en que las normas favorables a la mujer sean válidas e intentando poner fin a las discriminaciones históricas; la segunda, tiene como objetivo consagrar la igualdad de género, es decir, extender la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia. Las disposiciones de género tratan de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral y que la atención y el cuidado de los hijos sea asumida y compartida por ambos progenitores¹⁵.

¹¹ Ibidem, pp. 204-205.

¹² LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción profesionales” en SANGUINETI RAYMOND, W., *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva...*, op. cit., p. 60.

¹³ CHARO BAENA, P., “El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional” en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 99 y ss.

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 11.

¹⁵ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “La igualdad entre hombres y mujeres y género en la Unión Europea”, participación en la mesa redonda en el IV Congreso Complutense de Derecho del Trabajo, titulado “La mujer en el Derecho del Trabajo”. QUINTANILLA NAVARRO, B., “Introducción” del Capítulo V “Igualdad y no discriminación en función de género: Estudio específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso sexual” en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Observatorio de la Negociación Colectiva, Tirant, Valencia, 2004, p. 679, pone de manifiesto “la atención creciente que reciben estas materias en el ámbito de la Unión Europea, de lo que da buena muestra tanto la jurisprudencia del Tribunal de la UE, como las recientes y numerosas reformas normativas al respecto”.

La igualdad de género en el marco de la UE constituye uno de sus principios fundamentales dado que, desde sus inicios, las Comunidades Europeas consagraron la no discriminación por razón de sexo, aunque únicamente predicada de la retribución. Prueba de lo anterior sería la fórmula recogida en el art. 157 del Tratado de Lisboa y las diversas vertientes del principio que se consagran en diferentes disposiciones comunitarias. Así, una especial mención merece la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹⁶. La invocación exitosa del principio de igualdad de retribución tuvo lugar en el caso Defrenne en el que se concluyó que los derechos involucrados en este litigio representan un patrimonio inalienable para las mujeres de la Unión. Este precedente impulsó la adopción de las primeras directivas sobre la igualdad entre los sexos¹⁷. La Directiva 76/207/CE tenía como propósito garantizar la “*igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo*”. La Directiva mencionada tenía como objetivo la ampliación del objetivo de igualdad por razón de género a todas las dimensiones relacionadas con la prestación de servicios bajo: acceso, promoción, mantenimiento del puesto de trabajo, condiciones de trabajo y condiciones salariales¹⁸.

Casos como Kalanke, Marshall, Badek, Abrahamsson han conferido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la oportunidad de poder pronunciarse en relación con la Directiva supra referida y con la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que concierne el acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales¹⁹.

Otro destacado instrumento sería la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales, adoptada en 1989 y a la que hace referencia el art. 151 de la versión consolidada del TUE, en la que se establece un relevante elenco de obligaciones morales o políticas de los Estados Miembros. El propio art. 151 señala que los Estados Miembros, en sus objetivos de política social, tendrán en cuenta los derechos reconocidos en la misma y si pasamos revista a los derechos consagrados en la Carta en el art. 23 se encuentra el derecho a la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, con posibilidad de acciones en favor del sexo menos representado²⁰.

La legislación europea contra la discriminación no implica la existencia de un sistema normativo paneuropeo en materia de no discriminación, sino que las disposiciones comunitarias existentes en este ámbito son consecuencia de la combinación de diferentes marcos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza en su art. 14, la igualdad

¹⁶ CUEVA PUENTE, M. C., “Las cláusulas sobre igualdad y no discriminación en materia retributiva” en SANGUINETI RAYMON, W. (dir.), MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (coord.), *Propuestas para la igualdad de género...*, op. cit., p. 83.

¹⁷ LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “Igualdad en la clasificación y promoción profesionales...”, op. cit., p. 205.

¹⁸ QUESADA SEGURA, R., “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, RMTAS, N° 3, 2007, pp. 61-62.

¹⁹ LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “Igualdad en la clasificación y promoción profesionales...”, op. cit., pp. 205-206.

²⁰ ALFONSO MELLADO, C. L., *El derecho del trabajo. Referentes constitucionales e internacionales*, Fundación 1 de Mayo, Madrid, 2013, pp. 23-25.

de trato en el goce de los restantes derechos y libertades reconocidos en el convenio²¹. El CEDH no enuncia derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la protección social o a la igualdad de trato y oportunidades en el trabajo y el empleo, sino que retrata aquellos derechos vinculados al concepto de libertad política y se enuncia el derecho a la igualdad en cuanto conectado a la garantía de tales derechos. Por lo tanto, el art. 14 CEDH engloba una protección de carácter limitado al consagrarse como un aspecto de no discriminación y no como un derecho fundamental autónoma²². El Protocolo 12 al CEDH extiende la repercusión de la prohibición de la discriminación, al garantizar la igualdad de trato en el disfrute de todos los derechos. En su Exposición de Motivos, se refleja que la creación del Protocolo es motivada por la voluntad de reforzar la protección contra la discriminación, contemplada como un elemento basilar para la garantía de los derechos humanos²³.

De manera adicional, hemos de recoger otros instrumentos que encierran orientaciones conectadas a la igualdad de la mujer y que reflejan las posturas de las instituciones y sujetos europeos frente a este tema. Nos referimos a la Estrategia Marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005, que ha pervivido mediante el Plan de Trabajo para la igualdad entre las mujeres y hombres 2006-2010, embrión de Pacto Europeo por la igualdad 2011-2020 y de la Carta de la Mujer, y la Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015²⁴. En la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en la que se incide en la relevancia de que los Estados Miembros prevean medidas, principalmente por el cauce legislativo, que establezcan objetivos vinculantes para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad de la empresa, administración pública y los órganos políticos y a la Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015. Esta última Estrategia ha de contribuir a mejorar la situación de las mujeres en el mercado laboral, la sociedad y los puestos de decisión, tanto en la Unión Europea como en el resto del mundo²⁵.

A continuación, hemos de volver nuestra mirada al ámbito nacional con el fin primordial de subrayar las pautas legales en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo en la clasificación y promoción profesional. Como en toda disertación de esta índole, hemos de comenzar nuestro recorrido con el art. 38 CE, que dedica su literalidad a la consagración de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo cual implica que el empresario es el titular del ámbito de organización y dirección de la empresa. El contenido de este artículo implica la concesión a los ciudadanos de una libertad de decisión para crear empresas y para configurar los objetivos de la misma pudiendo organizar su actividad atendiendo a las particularidades del mismo mercado²⁶.

²¹ TEDH, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo, 2011, pp. 15 y ss.

²² QUESADA SEGURA, R., "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo...", op. cit., p. 54.

²³ TEDH, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de legislación europea...*, op. cit., pp. 15 y ss.

²⁴ SALDAÑA VALDERAS, E., "Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad...", op. cit., p. 98.

²⁵ LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "Igualdad en la clasificación y promoción profesionales...", op. cit., p. 207.

²⁶ CHARO BAENA, P., "El acceso al empleo, la contratación y la promoción...", op. cit., p. 99 y ss.

Sin embargo, la anterior consagración constitucional no ha de ser objeto de interpretación aislada, sino que ha de ser puesta en conexión directa con otras disposiciones como el art. 14 CE²⁷, que garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, el art. 9.2 CE, que confía a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y, por último, el art. 10.1 CE, cuya dicción indica que la dignidad de la persona y sus derechos inviolables constituyen la piedra basilar para el orden político y la paz social²⁸.

Completando el articulado constitucional, el Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a la clasificación y promoción y ascensos, recurre al papel de la negociación colectiva consagrando algunas pautas para los actores sociales y como regla establece que, en ambos casos, se adaptarán a criterios comunes para trabajadores de ambos sexos²⁹. La legislación estatutaria incide en que los criterios y sistemas de clasificación y promoción profesionales, así como los ascensos, han de responder a objetivos de igualdad y garantía de la ausencia de discriminación directa o indirecta entre hombres y mujeres³⁰. En este sentido, es muy importante destacar la reforma operada por el Real Decreto ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En sus primeras líneas, este instrumento legislativo justifica la urgencia requerida por el art. 86.1 CE poniendo de relieve la profunda brecha salarial existente y las desiguales condiciones de trabajo. Entre las modificaciones realizadas se encuentra también el art. 22.3 ET, que incorpora los criterios y pautas en los que ha de fundamentarse la clasificación profesional. Se hace hincapié en la necesidad de *“un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”* que tenga como propósito *“garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”*. Añade este mismo precepto que los criterios y sistemas de clasificación profesional han de observar lo dispuesto en el art. 28.1 ET. La literalidad del art. 28 define el “trabajo de igual valor” y consagra la igualdad de remuneración por razón de sexo.

Además del reconocimiento constitucional y estatutario, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo ha sido objeto de regulación en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La anterior ley contiene una definición de la discriminación, inspirada en el derecho comunitario, que contempla esta situación como *“la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”* (art. 6 LOI). Esta definición incide en que el elemento fundamental de la discriminación es la intención de discriminar³¹. Hay que recalcar que el principal propósito de la LOI estriba

²⁷ Respecto al art. 14 CE, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La prohibición de discriminación”, LA LEY 14450/2018, entiende que en su contenido “se recoge una prohibición de discriminar por una serie de motivos que, enunciados en parte por el constituyente, culminan en una cláusula abierta: cualquier otra condición o circunstancia, personal o social. Con ello, nuestra norma fundamental se hace eco de una numerosa serie de tratados internacionales que han hecho frente al fenómeno [...]”.

²⁸ CHARO BAENA, P., “El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional”, pp. 102-103.

²⁹ LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “Igualdad en la clasificación y promoción profesionales...”, op. cit., p. 208.

³⁰ LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción...”, op. cit., p. 63.

³¹ LOUSADA AROCHENA, J. F., “Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº 7, 2008, LA LEY 10172/2008.

en “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualquiera de los ámbitos de la vida y singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural”.

En su contenido, la LOI se encarga de conferir una proyección general del principio de igualdad en los diversos marcos normativos. En este sentido, la doctrina considera que es una norma que “nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre hombres y mujeres”³². Respecto al tema que nos concierne, el art. 46 LOI se refiere a la igualdad en la clasificación y promoción profesionales, estableciendo que es un ítem que ha de ser tratado en los planes de igualdad³³. La aprobación del Real Decreto 6/2019 tiene consecuencias también para la LOI dado que reduce el umbral numérico de trabajadores necesarios en la empresa para la implantación de un plan de igualdad modificando así la dicción del art. 46.

3. La ordenación de la clasificación y promoción profesional en la negociación colectiva

La consagración constitucional de la libertad sindical lleva implícita la aceptación del pluralismo colectivo y la constatación de que las pautas que se establecen para la regulación de las relaciones de los trabajadores y empresarios a partir del proceso de producción de bienes y servicios en un sistema de libre empresa, son establecidas de manera autónoma por los sujetos que representan a estos grupos sociales, pero al mismo tiempo han de ser reconocidas por el ordenamiento jurídico concediéndoles un carácter normativo o garantizando su eficacia real en el sistema jurídico. La autonomía colectiva representa un principio político y democrático que está íntimamente vinculado con la noción de pluralismo social y con el concepto de libertad sindical colectiva³⁴.

La autonomía colectiva constituye una piedra basilar en el sistema de relaciones laborales y esta destacada relevancia suele derivarse de la producción de reglas con valor normativo por parte de los sujetos sociales que ordenan las relaciones laborales y se contraponen a las normas de carácter estatal que tienen por objeto la misma materia. Los poderes de autorregulación y de autotutela en los que se materializa la autonomía colectiva se enmarcan en una línea de tendencia que persigue la compensación de la desigualdad material presente en las relaciones laborales a través de la acción colectiva³⁵.

La estructura de la negociación colectiva se caracteriza, desde la aprobación del ET, por una naturaleza articulada que contribuye a construir un sistema de relaciones labora-

³² PÉREZ DEL RIO, M. T., “La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre hombres y mujeres 3/2007. Los planes de igualdad en las empresas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario, 2007, p. 266.

³³ LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción...”, *op. cit.*, p. 63.

³⁴ BAYLOS GRAU, A., “Notas sobre la libertad sindical y negociación colectiva” en BODAS MARTÍN, R. (coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 41.

³⁵ BAYLOS GRAU, A., “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario” en BAYLOS GRAU, A., (coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 17.

los coherente con el mandato constitucional del art. 37 CE y que sostiene un modelo armónico por el que el legislador de 1978 había apostado. La regulación inicial del ET pretendía una estructura convencional que fuese respetuosa con la voluntad de los agentes sociales y que diese la necesaria estabilidad fruto de la negociación³⁶.

La negociación colectiva constituye un derecho atribuido a los representantes de los trabajadores que sirve de mecanismo de regulación de las relaciones laborales sobre la base de la fuerza vinculante del producto de la negociación colectiva, es decir, el convenio colectivo³⁷. Resulta de vital importancia para esta investigación observar la inserción en el ordenamiento jurídico de los convenios colectivos que regulan el uso de las nuevas tecnologías, así como los posibles efectos normativos de estos³⁸.

El impulso de la negociación colectiva para reforzar su papel en la garantía del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como para suprimir cualquier discriminación por razón de género, es articulado por el legislador a través de dos mecanismos: por una parte, la imposición de un deber a los agente negociadores (negociar de manera expresa las cuestiones que versan sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo), por otra parte, el mecanismo incorporado en la LOI al implicar a la negociación colectiva en el cumplimiento de la igualdad en las relaciones laborales³⁹.

Son varios los convenios colectivos que contienen cláusulas con la finalidad de fomentar la igualdad en la empresa, aunque en la mayoría de ellos se trate de declaraciones genéricas de reconocimiento de la igualdad y la prohibición de discriminación. La morfología de estas cláusulas es variada: un determinado grupo de ellas consagran el principio de igualdad, mientras otro alude específicamente a la igualdad por razón de sexo. Estas incorporaciones en la negociación colectiva tienen efecto limitado, aunque no hay que postergar su aportación pedagógica⁴⁰.

A continuación, se trata de observar la inserción en el ordenamiento jurídico de los convenios colectivos que regulan la clasificación y promoción profesional en términos igualitarios.

3.1. La regulación convencional de la clasificación profesional

La clasificación profesional recibe un lugar destacado en el Derecho del Trabajo dado que representa un instrumento fundamental para la determinación de la prestación

³⁶ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "Estructura y articulación de la negociación colectiva: una lectura a la luz del principio de norma más favorable" en CHACARTEGUI JÁVEGA, C. (coord.), *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 61.

³⁷ RUIZ CASTILLO, M., ESCRIBANO GUTIERREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes de Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 31, señalan que "vincular negociación y convenio, como sugiere el art. 37.1 CE, y reconducir el resto de las manifestaciones de la autonomía colectiva [...] al art. 28.1 CE, pero sin hacer una utilización restrictiva del calificativo sindical en lo relativo a la actividad negociadora" evita confusiones terminológicas en el seno del ordenamiento jurídico.

³⁸ BAYLOS GRAU, A., "Notas sobre la libertad sindical y negociación...", op. cit., p. 41.

³⁹ CUEVA PUENTE, M. C., "Las cláusulas sobre igualdad y no discriminación en materia retributiva", op. cit., pp. 88-89.

⁴⁰ MARTÍNEZ FONS, D., "Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva" en MOLINA HERMOSILLA, O. (edit.), *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 151 y ss.

de servicios y una herramienta reguladora de múltiples aspectos de la relación laboral como el salario, promoción, asensos y un largo etcétera. La clasificación profesional constituye la respuesta y la expresión jurídica de la división técnica y organizativa de la empresa. Al mismo tiempo, evidencia la estructura técnica y productiva de la empresa en cada momento del ciclo productivo, por lo que, sufre igualmente los cambios y mutaciones que en ésta puedan tener lugar⁴¹.

Dada su relevancia, hay que sumar a las ideas expuestas el hecho de que representa una de las vertientes laborales que más diferencias por razón de sexo alberga. Recientes estudios muestran cómo la pirámide de ocupación de las mujeres se contrae de manera anómala cuanto más asciende en la significación del puesto ocupado. Ante esta realidad, es necesario progresar en la regulación de las oportunidades laborales de la mujer dentro del ámbito de las relaciones laborales. El progreso al que se hace referencia ha de comenzar por abandonar el carácter genérico y poco concreto de las disposiciones legales. Entre esas normas legales que padecen de naturaleza poco concisa se encuentra el Estatuto de los Trabajadores que remite a la negociación colectiva y tan sólo perfila ciertas reglas para los actores sociales en referencia a los criterios que tengan como objetivo asegurar la ausencia de la discriminación directa o indirecta entre hombres y mujeres⁴².

La negociación colectiva ha de ser percibida como pieza fundamental ya que constituye una fuente reguladora potente, pero, al mismo tiempo, no deja de ser causa de discriminaciones habida cuenta de las cláusulas negociales que incurren en desigualdades. Los motivos de la existencia de reglas discriminatorias en los convenios colectivos derivan de dos condiciones: por un lado, la inercia negocial y, por otro lado, la conformación de estipulaciones discriminatorias. Antes de la entrada en vigor de la LOI, las cláusulas convencionales de discriminaciones abiertas eran muy frecuentes a nivel provincial y de empresa dada la existencia de sistemas de clasificación profesional, estructurados en base a criterios sexistas⁴³. Atendiendo a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, las empresas han de fomentar la igualdad de género en su seno y adoptar medidas con el fin de promover la igual representación de ambos sexos en las plantillas⁴⁴. Conciernen en las siguientes líneas analizar varias muestras de convenios colectivos aprobados tras la entrada en vigor de la LOI.

Como es sabido, la Ley 3/2012 amplifica el modelo de la flexibilidad interna en distintas instituciones laborales con el fin de dispensar un uso precario del factor trabajo a cambio de mayores dosis de seguridad en el trabajo, y una de las opciones legislativas consistió en la supresión nominal de la categoría del régimen de la clasificación (art. 22 ET) y de la movilidad funcional (art. 39 ET). La reforma laboral adoptada descompuso la relación triádica grupo/categoría/puesto de trabajo. Lejos de conseguir los objetivos

⁴¹ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., "Cualificación y clasificación profesional" en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, p. 363.

⁴² LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción...", op. cit., pp. 64-65.

⁴³ GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A. (dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, editorial Reus, Madrid, 2017, p. 11.

⁴⁴ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción...", op. cit., p. 65.

propuestos, la reforma laboral ha ocasionado unos efectos un tanto perversos: en primer lugar, una atomización del cuadro de elementos clasificatorios y, en segundo lugar, un desconcierto doctrinal y empírico de las pautas referenciales del encuadramiento⁴⁵.

En la mayoría de los convenios colectivos, feminizados y masculinizados, se constata la realización de la clasificación profesional en grupos profesionales atendiendo a criterios como aptitudes, titulaciones y contenido general de la prestación. En términos generales, la reforma laboral impulsa el establecimiento de sistemas de clasificación profesional organizados en grupos profesionales contrastando con que la mayoría de los convenios colectivos se decantan por sistemas de clasificación profesional basados en la categoría profesional⁴⁶.

Hemos de incidir en la existencia de convenios colectivos que abogan por una fórmula genérica de la igualdad de trato y de oportunidades⁴⁷. Muestra de estos convenios sería el Convenio Colectivo Estatal de Contact Center⁴⁸. Otro ejemplo del compromiso de los sujetos colectivos consistente en posibilitar la efectividad de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y que merece especial mención es el Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes⁴⁹.

Una interesante formulación convencional de la defensa de la igualdad en el seno de la empresa es la contenida en el XXIV Convenio Colectivo para Oficinas de Farmacia que dedica su art. 6.1 a la consagración de la igualdad de trato⁵⁰. También se asume la defensa de la igualdad de trato y de oportunidades en el Convenio Colectivo de Mercadona⁵¹, cuyo art. 41 abarca una declaración de intenciones⁵² concentradas en torno a la igualdad y el

⁴⁵ ALEMÁN PÁEZ, F., "Consideraciones teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género" en GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo...*, op. cit., pp. 36-37.

⁴⁶ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "Igualdad en la clasificación y promoción...", op. cit., pp. 215-216.

⁴⁷ El art. 86 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center dispone que *"Las partes afectadas por este Convenio, y en la aplicación del mismo, se comprometen a promover el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por razones de sexo, estado civil, edad, raza, nacionalidad, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razones de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminadas las personas por razones de discapacidades psíquicas o sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.*

Este compromiso conlleva, igualmente, el remover los obstáculos que puedan incidir en el no cumplimiento de la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, así como poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para corregir posibles situaciones de discriminación".

⁴⁸ BOE núm. 165, de 12 de julio de 2017.

⁴⁹ BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2017. El art. 50 de este convenio colectivo pone de relieve que *"Las partes firmantes de este Convenio declaran su voluntad de respetar el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo, estado civil, edad, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual, ideas políticas, afiliación o no a un sindicato, etc. Se pondrá especial atención en cuanto al cumplimiento de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en:*

El acceso al empleo, promoción profesional, la formación, estabilidad en el empleo, y la igualdad salarial en trabajos de igual valor".

⁵⁰ BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2014. Su art. 6.1 establece que *"Las partes se comprometen a defender y promover en la contratación y en las condiciones de trabajo el principio de igualdad de trato y la lucha contra la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".*

⁵¹ BOE núm. 26, de 17 de enero de 2014.

⁵² El apartado I del art. 41 del CC de Mercadona concreta que *"Las partes firmantes quieren plasmar su compromiso hacia la consecución del principio de igualdad de trato y de oportunidades en todos los ámbitos y a todos los efectos, no admitiendo discriminaciones por razón de sexo, orientación sexual, estado civil, discapacidad, edad, raza, convicciones políticas y religiosas, afiliación sindical o de cualquier tipo. La Dirección del Grupo de Empresas formado por Mercadona,*

mismo Plan de igualdad entre Hombres y Mujeres. El VII Convenio Colectivo de Marco Estatal Servicio de Atención a Personas dependientes y Desarrollo de la Promoción de la autonomía personal refleja en su art. 63 la necesidad de la configuración de un marco normativo general de intervención con el fin de garantizar y hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres proponiendo un conjunto de objetivos sectoriales, así como la atribución de competencias a la Comisión Sectorial de Igualdad⁵³.

Descendiendo al tema objeto de análisis, hemos de mencionar las cláusulas convencionales que inciden de manera directa en la clasificación profesional y, en este sentido, hay que adelantar la existencia de un conjunto de convenios que insisten en la necesidad de la adopción de Planes de Igualdad y que reflejan la especial atención que la igualdad en la clasificación profesional requiere⁵⁴. Sin afán de exhaustividad, se retratan en las siguientes líneas unos cuantos ejemplos de consagraciones convencionales dirigidas a garantizar la igualdad.

Entre los convenios colectivos que inciden en la obligación de las empresas de fomentar la igualdad de trato en el ámbito de su organización y de adoptar con tal fin planes de igualdad, hay que volver a invocar el II Convenio Colectivo Estatal del sector de Contact Center de 2017⁵⁵ y el Convenio Colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de la Confeción de 2015⁵⁶ entre otros. Superando las consagraciones convencionales encaminadas a establecer el mandato de adopción del plan de igualdad, tenemos que incidir en esta tipología en aquellos convenios que disponen que los planes de igualdad han de incluir entre otras las materias de clasificación y promoción profesionales. Así, hay que mencionar el IV Convenio Colectivo Estatal de la Madera⁵⁷, Convenio Colectivo para la Industria del

S.A, Fornis Valencians Forva, S.A. Unipersonal, Mena Supermercados, S.L., Saskibe S.L., junto con la Representación Legal de Trabajadores y Trabajadoras, se compromete por tanto a promover unas condiciones de trabajo respetuosas con la diversidad en todos los ámbitos de la compañía”.

⁵³ BOE núm. 229, de 21 de septiembre de 2018. El referido art. 63 de este convenio colectivo reza “*Las organizaciones firmantes del Convenio, tanto sindicales como empresariales, entienden que es necesario establecer un marco normativo general de intervención en el ámbito sectorial, para garantizar que el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades en las empresas sea real y efectivo. Por ello, y teniendo presente el papel del sector comprometido y avanzado en el desarrollo de políticas de igualdad acuerdan los siguientes objetivos sectoriales generales:*

a) Establecer directrices en cuanto a la elaboración, estructura y procedimiento de los planes de igualdad con el fin de alcanzar una gestión óptima de los recursos humanos que evite discriminaciones y pueda ofrecer igualdad de oportunidades reales, apoyándose en un permanente recurso al diálogo social.

b) Atribuir a la Comisión Sectorial de Igualdad las competencias que se señalan en el artículo 68 del presente convenio a efectos de que pueda desarrollar un trabajo efectivo en materia de igualdad de trato y oportunidades en el trabajo”.

⁵⁴ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “Igualdad en la clasificación y promoción...”, op. cit., p. 218.

⁵⁵ El art. 87.2 del citado convenio consagra que “*Las empresas elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo”.*

⁵⁶ BOE núm. 200, de 21 de agosto de 2015. En el contenido del art. 101 se prevé que “*De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, y con esta finalidad deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, acordando con la RT planes de igualdad en todas aquellas empresas que tengan plantillas de más de 250 personas”.*

Durante la vigencia del presente convenio, para desarrollar la Ley de Igualdad, se negociará con la RT los planes de igualdad en aquellas empresas cuya plantilla sea de más de 100 trabajadores o trabajadoras y con un porcentaje inferior al 50% de representación de mujeres.

⁵⁷ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2012

Calzado⁵⁸, Convenio Colectivo Estatal de Perfumería y Afines⁵⁹, XVII Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública⁶⁰

Pasando al grupo de convenios colectivos que incide expresamente en la igualdad en la clasificación profesional, hemos de invocar el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad⁶¹. El convenio colectivo al que nos estamos refiriendo contempla un sistema de clasificación profesional libre de discriminaciones.

También tenemos que hacer alusión a los convenios colectivos que contemplan la adopción de medidas de acción positiva como el Convenio Colectivo Estatal de Fabricación de Calzado artesano manual y ortopedia y a medida y talleres de reparación y conservación del calzado usado.

Tras este recorrido por los diferentes contenidos de los convenios colectivos, se puede afirmar que el progreso en materia de igualdad requiere una regulación detallada de las diferentes vertientes que afectan los sistemas de clasificación profesional. El carácter genérico con el que se ordena la igualdad impide su efectiva garantía. La consecución de la igualdad en materia de clasificación profesional requiere, entre otras, la adopción de medidas de acción positiva en las condiciones de clasificación profesional, la descripción adecuada de las tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades dentro de los grupos profesionales, la definición de los puestos de trabajo que posibilite la identificación de los puestos de trabajo de valor semejantes, el empleo de sistemas de encuadramiento de los trabajadores y trabajadoras en uno u otro grupo observando las funciones verdaderamente desarrolladas⁶².

3.1. La promoción profesional

El trabajo femenino encuentra impedimentos de distinta índole en la promoción interna, casi siempre disfrazados, que obstaculizan el acceso a categorías profesionales superiores, pese a contar las mujeres con la formación suficiente para ocupar esos puestos⁶³. A esa barrera que impide el acceso de las mujeres a los niveles de responsabilidad y decisión la denominan “techo de cristal” y dificulta la progresión de las mujeres en sus

⁵⁸ BOE núm. 185, de 2 de agosto de 2016.

⁵⁹ BOE núm. 286, de 6 de noviembre de 2017.

⁶⁰ BOE núm. 57, de 6 de marzo de 2018.

⁶¹ BOE núm. 243, de 9 de octubre de 2012. El art. 93.1 del convenio invocado refleja que “*Los firmantes del presente convenio establecen un nuevo sistema de clasificación profesional que pretende desarrollar una estructura que se corresponda con las necesidades de las empresas del sector, facilitando una mejor interpretación de todo el colectivo en el desarrollo de sus actividades, sin merma de la dignidad, oportunidad de promoción y justa retribución, sin que quepa discriminación alguna por razones de edad o sexo, o de cualquier otra índole, basado en la implantación de grupos profesionales para los servicios de atención a personas con discapacidad*”.

⁶² LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “Igualdad en la clasificación y promoción...”, op. cit., pp. 221-222.

⁶³ SERRANO GARCÍA, J. M., *La igualdad en la crisis en el empleo*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 71. Como señala FABREGAT MONFORT, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 63, “las discriminaciones en la promoción y formación profesional del trabajador inciden también en la segregación del trabajo en la empresa, pero en esta ocasión de forma vertical. Es decir, afectan a la delimitación o designación de los trabajadores que ocupan los puestos más elevados en el escalafón de la empresa. Los puestos de la cúspide empresarial”.

carreras profesional postergándolas a categorías o niveles muy bajos. Otra expresión muy extendida es la de “suelo pegajoso”, que pretende ilustrar el cumulo de factores que retienen a numerosas mujeres atrapadas en la base de la pirámide económica⁶⁴.

El hermetismo y opacidad existente en los criterios de clasificación profesional se extiende a otros elementos propios de esta como el sistema de promoción profesional y ascensos mostrando un evidente paralelismo los criterios para unos y otros ámbitos. En el sistema de promoción profesional es manifiesto el recurso a la libre discrecionalidad del empresario y eso permite la oportunidad de segregar ciertos puestos de trabajo asignados con criterio sexista⁶⁵. La tipificación de profesiones y la segregación de ocupaciones son evidentes puesto que las mujeres que se consideran trabajadoras “activas”, desempeñan trabajos diferentes a los de los hombres concentrándose en determinadas ramas de actividad y empleo, frecuentemente de menor cualificación y responsabilidad⁶⁶.

La promoción profesional es un elemento fundamental para suprimir la segregación vertical y, en este sentido, hay que invocar el art. 35 CE que recoge el derecho a la promoción en el trabajo. Tras la anterior evocación constitucional, hay que recalcar que la negociación colectiva obedece al mandato estatutario del art. 23.2 ET, que dispone que *“En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos [promoción y formación profesional en el trabajo], que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno u otro sexo”*. El tenor literal del anterior precepto ha de ser completado por el art. 24.1 ET que dicta que *“los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación [...]”*. Una interpretación conjunta de las anteriores disposiciones legales permite afirmar que el legislador estatuario hace una llamada obligatoria a la negociación colectiva para que ordene un sistema de promoción profesional, que ha de ser carente de toda discriminación directa o indirecta por razón de género, e impulsa a la empresa para que los sistemas de acceso y promoción se ajuste a modelos que propugnen la ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo⁶⁷.

Las consagraciones de sendos convenios colectivos contemplan la promoción como *“el cambio de un grupo profesional a otro con remuneración superior, o el cambio de un nivel inferior a otro superior dentro del mismo grupo profesional o la designación para ocupar un cargo de libre designación”*⁶⁸. En materia de promoción profesional, la negociación colectiva no ha sido autora de un significativo avance y ello ha sido consecuencia de la complejidad del tema, así como de su conexión con muchos otros como la formación o el acceso al empleo. Este abstencionismo de la negociación colectiva da lugar a una regulación frag-

⁶⁴ CHARO BAENA, P., “El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional...”, op. cit., p. 134.

⁶⁵ RIVAS VALLEJO, P., “BLOQUE II. SERVICIOS (Y 2): Actividades administrativas y servicios auxiliares. Actividades financieras, seguros e inmobiliarias. Educación. Actividades sanitarias” en GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A. (dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Reus, Madrid, 2017, p. 159.

⁶⁶ SUÁREZ ORTEGA, M., El proyecto profesional de vida de mujeres con escasa cualificación..., op. cit., pp. 81-82.

⁶⁷ CHARO BAENA, P., “El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional...”, op. cit., p. 135.

⁶⁸ Art. 19 del XII Convenio Colectivo de la Empresa Hibu Connect (BOE núm. 140, 12 de junio de 2013).

mentaria que, en numerosas ocasiones, genera una remisión al poder de dirección, poder que experimenta una ampliación importante en su margen de actuación por esta vía⁶⁹.

El panorama normativo trazado en el marco de las relaciones laborales permite distinguir entre tres sistemas de ascenso: el basado en la libre decisión del empresario, el automático por antigüedad y el basado en la valoración de méritos y capacidad. El sistema fundamentado en la libre decisión del empresario constituye el mecanismo menos favorable desde la perspectiva de la igualdad⁷⁰. Desde la óptica de género, unos sistemas adecuados serían aquellos que tomen en consideración méritos o pruebas objetivas, siempre que se definan atendiendo al principio de igualdad, y en esta labor es fundamental la participación de las instancias representativas de los trabajadores. Por lo tanto, se requieren sistemas que prevean una evaluación objetiva de los méritos y las pruebas y que la valoración se realice por órganos imparciales con una relevante participación de los órganos representativos⁷¹.

A pesar de los contundentes mandatos del legislador estatutario, esa contundencia no se traduce en una correcta práctica convencional dado que la mayoría de los convenios colectivos afrontan el tema de la promoción interna y los ascensos, pero no desde una perspectiva de género. Un gran número de convenios colectivo tienen en cuenta en la concreción de los requisitos del puesto vacante a cubrir (igualmente de promoción interna en la empresa), así como en la designación definitiva de la persona que cubra el puesto de trabajo, la facultad empresarial. La discrecionalidad del empresario no debe ser confundida con la arbitrariedad y no ha de ser utilizada con fines que vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores⁷².

El análisis de la plasmación de la voluntad de los negociadores colectivos ilustra el predominio del principio de organización del trabajo y las necesidades del servicio en la práctica de ascenso y promoción⁷³. También abundan las disposiciones convencionales encaminadas a determinar que una vacante sea cubierta por los trabajadores que *“reúnan los requisitos objetivos y personales que exijan y cubran satisfactoriamente las pruebas de aptitud que pudieran establecerse”*⁷⁴. Ocasionalmente, encontramos pactos colectivos que recogen previsiones expresas en cuanto a la observancia del principio de igualdad, mérito,

⁶⁹ ALFONSO MELLADO, C., “Igualdad en materia de clasificación y promoción profesional en la negociación colectiva” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, p. 208.

⁷⁰ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción profesionales”, op. cit., p. 71.

⁷¹ ALFONSO MELLADO, C., “Igualdad en materia de clasificación y promoción profesional en la negociación colectiva”, op. cit., p. 228.

⁷² CHARO BAENA, P., “El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional”, op. cit., p. 135.

⁷³ Entre las previsiones contenidas en el art. 19 del Convenio Colectivo de NCR España (BOE núm. 315, de 30 de diciembre de 2016), que se titula “Promoción interna”, destaca la organización del trabajo y necesidades de servicio como prioritarias: *“En cualquier caso, será prioritario el principio de organización del trabajo y necesidades del servicio en la determinación y selección del candidato”*.

⁷⁴ El art. 9 del Convenio Colectivo de Transportes Ferroviarios Especiales (BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2012) dispone que “Cuando se produzca un supuesto de movilidad funcional, que genere una vacante que deba ser cubierta o un nuevo ingreso, la dirección de la empresa, tras ponerlo en conocimiento de la representación legal de los trabajadores/as, oírás las peticiones que sean formuladas por los/as interesados/as en cubrir la vacante o vacantes que se produzcan, otorgando una primera opción a quien o quienes, de entre los/as solicitantes, reúnan los requisitos objetivos y personales que exijan y cubran satisfactoriamente las pruebas de aptitud que pudieran establecerse”.

capacidad y publicidad en la promoción interna⁷⁵ y sólo de manera excepcional observamos la existencia de dictados generales declarando el derecho de los trabajadores a la promoción profesional y económica en el marco de la empresa y garantizando los principios constitucionales de igualdad de trato y no discriminación⁷⁶.

En el esbozo de cláusulas convencionales, hemos de hacer referencia a aquellos convenios en los que se dispone que el acceso o promoción a un concreto grupo profesional pende de un elenco de factores de promoción que habrá de observarse en relación con el baremo de puntos que se han asignado a cada uno de ellos⁷⁷. El compromiso de los actores sociales de dotar de contenido real la igualdad de mujeres y hombres en la promoción profesional se ilustra a través de formulaciones como la que sigue: *“El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito laboral del sector de Comercio, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, en la contratación, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, las de conciliación y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales”*⁷⁸. Otra expresión convencional de la virtualidad del principio de igualdad y no discriminación es la contemplada en el Convenio Colectivo de la empresa Autopista Concesionaria Astur-leonesa, que contempla el desarrollo de una acción positiva con el objetivo de que otorgar preferencia a las personas del género menos representado⁷⁹.

Respecto a los criterios de ascenso, determinados convenios colectivos consensuan pautas comunes para los trabajadores de uno u otro sexo sin redundar ningún beneficio a las mujeres⁸⁰. Por el contrario, encontramos convenios que otorgan preferencia a un sexo en igualdad de méritos y capacidad aunque no precisan cuáles serían las medidas a adoptar para la consecución de este propósito: *“Los ascensos y la promoción profesional en la Empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación”*⁸¹. Este tipo de cláusulas generales deberían estar provistas de criterios y condiciones espe-

⁷⁵ El XVII Convenio colectivo de TRAGSA (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2011), en su art. 26, establece: “La promoción interna para los puestos del presente convenio incluidos en el sistema de clasificación profesional se realizará respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

⁷⁶ Art. 44 del Convenio Colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores.

⁷⁷ En este sentido, el art. 19 del Convenio Colectivo Marco para Oficinas de Farmacia prevé que “Con el objeto de facilitar a los Titulares de las Oficinas de Farmacia los elementos de juicio a tener en cuenta para la promoción del personal, se ha elaborado un Catálogo de los Factores de Promoción, con arreglo a un baremo de puntos atribuidos a cada uno de ellos, que figura en el Anexo 111 de este Convenio Colectivo”.

⁷⁸ Art. 8 del Convenio Colectivo Estatal del Comercio Minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE núm 239, de 2 de octubre de 2014).

⁷⁹ BO del Principado de Asturias núm. 183, de 7 de agosto de 2018. El art. 16 del citado convenio establece: “Se reconoce el derecho a la promoción de los trabajadores, teniendo en cuenta la formación y méritos del trabajador, así como las facultades organizativas de la empresa, respetando en todo caso el principio de no discriminación. Para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de entre ambos sexos, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente las condiciones de contratación, formación y, en la medida de lo posible promoción, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional que se trate”.

⁸⁰ Convenio Colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de la Confección de 2018.

⁸¹ Art. 15 del Convenio Colectivo de Autotransporte Turístico Español (BOE núm. 15, 18 de enero de 2017).

cificas para fomentar la igualdad por razón de sexo⁸². Hemos de añadir, en este sentido, la abundancia de convenios colectivos que emplean para los ascensos a categorías superiores el sistema de libre designación⁸³.

Resulta del todo oportuna la referencia a las estipulaciones convencionales referidas a la formación profesional puesto que la misma puede supeditar las posibilidades de ascenso y mejora de la situación laboral de los trabajadores⁸⁴. En este sentido, cabe citar aquellos convenios que recogen los factores a tener en cuenta para el ascenso de categoría y una clara muestra sería el Convenio Colectivo de la empresa Radio Popular en el que se estipulan los siguientes factores para el ascenso: cursos de formación profesional organizados o autorizados por la empresa, superados con éxito; capacidad demostrada para la realización de las funciones de la categoría a la que se aspira; desempeño habitual de funciones de categoría superior; experiencia acumulada a lo largo de los años en la categoría en la que se encuentra clasificado el trabajador; los premios concedidos y las sanciones impuestas por la empresa; la disponibilidad para el traslado; y, por último, la obtención de títulos académicos de grado medio o superior desde el último ascenso, siempre que tengan relación con la función desempeñada por el trabajador⁸⁵. A colación de la formación profesional, hemos de invocar la importante aportación de los convenios que contemplan la promoción de la igualdad mediante las acciones formativas en la empresa⁸⁶.

Los procesos de promoción interna regidos en función de la antigüedad también son muy comunes previéndose en determinados convenios como exigencia de participación en estos procesos una antigüedad de al menos uno o dos años en el actual puesto de trabajo. La improcedencia de utilizar el criterio de antigüedad de forma exclusiva deriva de que es un elemento que favorecerá claramente al varón que, generalmente, cuenta con trayectorias profesionales más prolongadas⁸⁷.

Con carácter excepcional, han de destacarse las previsiones convencionales que contemplan el mecanismo de concurso oposición, en el que primeramente se anuncian la

⁸² CHARO BAENA, P., "El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional", op. cit., p. 137.

⁸³ Una muestra de ello sería el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes de 2017 que en su art. 12 dispone que "Se regirán por el presente sistema todos los puestos de trabajo incluidos en el Grupo de mandos y en el de técnicos, si bien en este último Grupo las Empresas deberán tener en cuenta aquellas actividades cuyo desarrollo profesional pueda completarse con los conocimientos y titulación académicos exigidos para la pertenencia a este grupo, a fin de propiciar la promoción profesional interna".

⁸⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "CAPITULO II. Consideraciones metodológicas. BLOQUE I. Servicios (1): Actividades artísticas y recreativas. Comercio. Hostelería. Información y Comunicación" en GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo...*, op. cit., p. 81.

⁸⁵ CHARO BAENA, P., "El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional", op. cit., p. 138. El art. 10 del Convenio Colectivo de la empresa Radio Popular de 2017 (BOE núm. 154, de 29 de junio de 2017) enumera las normas para el ascenso de categoría plasmadas en el texto.

⁸⁶ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "Igualdad en la clasificación y promoción...", op. cit., p. 224. El art. 96 del Convenio de Textil y Confección de 2018 dispone que "Las acciones formativas en la empresa, dentro de los marcos de los objetivos estratégicos de las empresas, promoverán la participación de las personas menos cualificadas, así como el respeto del principio de igualdad de oportunidades entre todas las personas, que se acomodarán a sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno u otro sexo".

⁸⁷ CHARO BAENA, P., "El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional", op. cit., p. 138. El art. 17 del Convenio Colectivo de la empresa Uniprex. (BOE núm. 175, de 8 de julio de 2016) se refiere a la promoción interna "Salvo las plazas que de acuerdo al apartado anterior se adjudiquen por el procedimiento de libre designación, el resto de vacantes de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 se adjudicarán por el procedimiento de concurso [...] Al mismo podrán presentarse todos los trabajadores fijos o temporales de la Empresa, con una antigüedad mínima de un año en la compañía

existencia de vacantes a las instancias representativas de los trabajadores y se designa un tribunal calificador, configurándose una progresión de preferencias para la asignación de vacantes a la persona del sexo menos representado del nivel profesional⁸⁸. Un avance en esta materia lo constituyen las normas colectivas que prevén la posibilidad de contratar los servicios de una consultora externa para la confección del temario, pruebas y corrección de exámenes con el propósito de fomentar el correcto desenvolvimiento del proceso conforme a criterios de igualdad⁸⁹.

Pasando a la cobertura de las vacantes en condiciones de igualdad, hemos de incidir en la habitualidad con que se confiere prioridad a los trabajadores del mismo centro de trabajo o empresa frente a las peticiones externas, lo que puede generar la perpetración de situaciones de discriminación en plantillas masculinizadas⁹⁰. En este sentido, encontramos cláusulas convencionales que establecen para los procesos de promoción y ascenso: pruebas de aptitud, concurso de las categorías inferiores, pruebas teóricas y prácticas, evaluaciones psicotécnicas, entrevistas o concursos-oposición⁹¹. La implicación de los sujetos representativos en los procesos de promoción y ascensos es trascendental dado que podría evitar las arbitrariedades en las que podría incurrir la empresa máxime cuando ésta puede determinar la composición de los tribunales calificadores de las promociones⁹². En este sentido, es muy importante la intervención de las comisiones paritarias y

⁸⁸ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "Igualdad en la clasificación y promoción...", op. cit., pp. 225-226. En este sentido destaca el Convenio Colectivo Estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para el comercio exclusivista de los mismos materiales 2017 (BOE núm. 135, de 7 de junio de 2017), que en su art. 81.1 establece que "Los ascensos se harán por el sistema de concurso-oposición. Cuando exista una vacante, la dirección de la empresa la dará a conocer a los representantes legales de los trabajadores, quienes, para conocimiento de todo el personal, lo publicará en los tablones de anuncios.

Esta notificación deberá realizarse con una antelación máxima de un mes a la fecha de celebración de las pruebas y deberá contener detallada exposición de las vacantes o puestos a cubrir y las fechas en que deberán efectuarse las pruebas.

Una vez notificada por la empresa la existencia de una vacante, se constituirá en el plazo de tres días el Tribunal calificador, que definirá las pruebas a las que han de someterse los aspirantes, así como la puntuación mínima exigida para alcanzar la condición de aprobado. Ello lo realizará en el plazo máximo de diez días, con el fin de que sea expuesto en el tablón de anuncios con una antelación de quince días, como mínimo, a la celebración de las pruebas".

⁸⁹ El Convenio Colectivo de la empresa Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros de 2012 dicta en el su art. 8 que "Con objeto de facilitar la realización del Concurso-oposición, la empresa, con el visto bueno del Tribunal calificador, podrá contratar los servicios de una consultora externa, la cual llevará a cabo la elaboración del temario, los manuales de estudios, el diseño de la prueba y la corrección de los exámenes, todo ello conforme a las directrices del Tribunal calificador, el cual velará en todo momento por el correcto funcionamiento del proceso, conforme a criterios de igualdad, siendo este el órgano que resolverá con carácter definitivo cualquier incidencia que resulte del mismo".

⁹⁰ El Convenio Colectivo de la Sociedad General de Autores y Escritores (BOE núm. 232, de 25 de septiembre de 2018) refleja en su art. 11 que "Las plazas que hayan de cubrirse serán convocadas entre el personal de la SGAE, realizándose la prueba de acceso a los noventa días de producirse la vacante, siempre que las necesidades de servicio permitan esta espera, debiendo confeccionarse un programa con indicación de temas y trabajos prácticos a realizar en el examen. Este programa, así como las puntuaciones mínimas exigidas en cada uno de sus ejercicios, se hará público con una antelación no inferior a sesenta días a la celebración de la prueba de acceso. En el supuesto de que no fuera alcanzada por ningún candidato la puntuación exigida, la Empresa convocará a continuación nueva prueba entre el personal ajeno a ella y el personal de la Casa, incluso los que ya participaron".

⁹¹ CHARO BAENA, P., "El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional", op. cit., pp. 139-140. El art. 19 del Convenio Colectivo de Hibu Connect se titula "Sistema de promoción" y en su apartado a) contempla que la promoción se producirá "Por cobertura de vacantes que pueden proceder de nuevos puestos o por puestos existentes, mediante concurso-oposición. Si se realiza por la baja en algunos de los puestos existentes, debe ser cubierto por un nuevo titular en un plazo no superior a tres meses, salvo amortización del puesto".

⁹² El art. 16 del Convenio Colectivo de Saint-Gobain PAM (BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2018) dice que "Estos Tribunales Calificadores estarán compuestos por cuatro miembros. Dos de ellos serán elegidos por los representantes del

el Convenio Colectivo de la empresa Minas de Almadén y Arrayanes pone de relieve esa envergadura, aunque la facultad de dirección sea determinante⁹³.

La regulación convencional de las acciones positivas se limita a la posibilidad de implantarlas en materia de promoción profesional, así el Convenio Colectivo Estatal del sector de fabricación de calzado artesano manual y ortopedia y a medida y talleres de reparación y conservación del calzado usado y duplicado de llaves⁹⁴. Pero al margen de las posibles acciones positivas, son necesarios los dictados convencionales que consagren sistemas íntegros de promoción profesional que empleen como criterios la valoración del puesto de trabajo y expresión de méritos y exámenes necesarios para promocional. Una completa ordenación del régimen de promoción puede ser fundamental para la eliminación de los efectos de la discriminación⁹⁵.

4. Conclusiones

El papel de la mujer en las relaciones laborales experimenta un cambio de paradigma impulsado por la lucha por la igualdad efectiva. Las continuas reivindicaciones de las mujeres han desembocado en reconocimientos normativos y modificaciones legislativas de gran relevancia. Los objetivos alcanzados por la lucha de las mujeres son numerosos, pero no suficientes para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Un gran hito en materia legislativa viene representado por la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres, que, junto al Estatuto de los Trabajadores, constituye el punto de arranque para la elaboración de los convenios colectivos. La LOI integra en su contenido una llamada a la negociación colectiva para que esta profundice en la igualdad posibilitando la contemplación de acciones positivas. El legislador perfila un marco legal mínimo que impulsa la igualdad en la clasificación y promoción profesional, pero el propósito conferido a los actores sociales para que, a través de la negociación colectiva, doten de contenido la igualdad no ha sido cumplido. Este desaprovechamiento se refleja con la ausencia de unos criterios justos en la delimitación de la clasificación y promoción profesional que permitan progresar en la lucha por la igualdad. La posibilidad de poder adoptar acciones positivas tampoco ha sido explotada en pos de la igualdad.

Dada la reciente aprobación del Real Decreto ley 6/2019, sería conveniente valorar su impacto en materia de igualdad con cierta cautela dado que las modificaciones intro-

personal, de los cuales al menos uno tendrá categoría igual a la del puesto a cubrir. Los otros dos miembros serán nombrados por la Dirección de la Empresa”.

⁹³ El art. 19 del citado convenio dispone “Con la finalidad de garantizar en la mayor medida de lo posible que no se den situaciones discriminatorias o generadoras de desequilibrios no deseados, a propuesta de la representación social y en el seno de la Comisión Paritaria, se procederá a estudiar los supuestos que se consideren convenientes para, caso de ser así estimado, se eleven a la Dirección de la empresa, quien adoptará la decisión más conveniente”.

⁹⁴ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “Igualdad en la clasificación y promoción...”, op. cit., p. 226. El art. 39 del convenio contempla que “La Acción Positiva son actuaciones de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres en materia de oportunidades (contratación, ocupación, formación, promoción) sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho. Ambas partes se comprometen a impulsar la Acción Positiva para modificar situaciones que de hecho se vienen manteniendo de otras épocas”.

⁹⁵ CHARO BAENA, P., “El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional”, op. cit., pp. 141-142.

ducidas no son pocas y se requiere tiempo para poder observar sus futuras consecuencias. Pero, sin lugar a duda, podemos anticipar que constituye un importante paso en la consecución de un escenario laboral más igualitario.

También hay que concluir que el marco legal mínimo en materia de igualdad se ha visto debilitado por las sucesivas reformas laborales adoptadas bajo el pretexto de la crisis económica al favorecer la flexibilidad unilateral del empresario. Respecto al papel de la negociación colectiva y tal como se ha reflejado a través de la invocación de los numerosos convenios colectivos, las cláusulas convencionales referidas a la promoción y clasificación profesional son bastante genéricas y poco anhelosas. Ese carácter genérico y poco incisivo de las diversas formulaciones convencionales de la igualdad impiden afirmar la existencia de un relevante avance en esta materia.

La clasificación y promoción profesional representan piezas fundamentales en la supresión de la segregación vertical por razón de género y en la eliminación del “techo de cristal” y del “suelo pegajoso”, que, sin embargo, no encuentran un adecuado tratamiento en clave de género en la negociación colectiva. No podemos negar los avances conseguidos por los actores sociales plasmados en los diferentes convenios colectivos analizados, pero esa misma síntesis de convenios arroja la insuficiencia de las cláusulas meramente declarativas en esta lucha por la igualdad de las mujeres en el mundo laboral. Y es que todas las disertaciones sobre la igualdad de las mujeres han de seguir en la tónica de los avances y evitar retrocesos y reformas legislativas motivadas por pretextos varios. Se puede concluir que la persistencia de las sombras en esta materia impide la percepción de las luces, que desde luego existen, pero son insuficientes para una sociedad igualitaria.

5. Bibliografía

- ALEMÁN PÁEZ, F., “Consideraciones teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género” en GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, editorial Reus, pp. 36-37.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “La igualdad entre hombres y mujeres y género en la Unión Europea”, participación en la mesa redonda en el IV Congreso Complutense de Derecho del Trabajo, titulado “La mujer en el Derecho del Trabajo”.
- ALFONSO MELLADO, C. L., *El derecho del trabajo. Referentes constitucionales e internacionales*, Fundación 1 de Mayo, Madrid, 2013.
- ALFONSO MELLADO, C., “Igualdad en materia de clasificación y promoción profesional en la negociación colectiva” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008.
- BALLESTER PASTOR, M. A., “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1993.

- BAYLOS GRAU, A., "La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario" en BAYLOS GRAU, A., (coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003.
- BAYLOS GRAU, A., "Notas sobre la libertad sindical y negociación colectiva" en BODAS MARTÍN, R. (coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2010.
- BLASCO, E., "Mujeres y precariedad en los nuevos entornos laborales", *Gaceta Sindical*, n.º 29, 2017.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "Estructura y articulación de la negociación colectiva: una lectura a la luz del principio de norma más favorable" en CHACARTEGUI JÁVEGA, C. (coord.), *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- CUEVA PUENTE, M. C., "Las cláusulas sobre igualdad y no discriminación en materia retributiva" en SANGUINETI RAYMON, W. (dir.), MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (coord.), *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva. Estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- FABREGAT MONFORT, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "La prohibición de discriminación", LA LEY 14450/2018.
- GARCÍA NINET, J. I., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "La dimensión europea de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 67, 2007.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, editorial Reus, Madrid, 2017.
- LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "El largo camino hacia la igualdad en la clasificación y promoción profesionales" en SANGUINETI RAYMOND, W., *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva. Estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., "Igualdad en la clasificación y promoción profesionales: avances y retrocesos" en FIGUERUELO BURRIEZA, A. (dir.), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- MARTÍNEZ FONS, D., "Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva" en MOLINA HERMOSILLA, O. (edit.), *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- PÉREZ DEL RIO, M. T., "La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre hombres y mujeres 3/2007. Los planes de igualdad en las empresas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º extraordinario, 2007.

- QUESADA SEGURA, R., "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *RMTAS*, N° 3, 2007.
- QUINTANILLA NAVARRO, B., "Introducción" del Capítulo V "Igualdad y no discriminación en función de género: Estudio específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso sexual" en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Observatorio de la Negociación Colectiva, Tirant, Valencia, 2004.
- RIVAS VALLEJO, P., "BLOQUE II. SERVICIOS (Y 2): Actividades administrativas y servicios auxiliares. Actividades financieras, seguros e inmobiliarias. Educación. Actividades sanitarias" en GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A. (dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Reus, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, V., "Varones y mujeres desde una perspectiva de género emocionalmente inteligente" en MORA CABELLO DE ALBA, L. (dir.), *Trabajar en femenino, trabajar en masculino*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Feminización de tareas y masculinización de valoraciones", *Relaciones Laborales*, n° 1, 2001.
- RUIZ CASTILLO, M., ESCRIBANO GUTIERREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes de Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- SALDAÑA VALDERAS, E., "Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y el sector público", *Temas Laborales*, n° 119, 2013.
- SANGUINETI RAYMOND, W., "La negociación colectiva sobre el acceso al empleo de la mujer: el lento avance de la igualdad" en SANGUINETI RAYMOND, W. (dir.), MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (coord.), *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva. Estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- SERRANO GARCÍA, J. M., *La igualdad en la crisis en el empleo*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- SUÁREZ ORTEGA, M., *El proyecto profesional de vida de mujeres con escasa cualificación. Un reto para la intervención orientadora*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.
- TEDH, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo, 2011.

MISCELÁNEA

Discriminación en el trabajo en razón de la orientación sexual en el ordenamiento italiano

Discrimination at work due to sexual orientation in the Italian legal system

LOREDANA FERLUGA

*Universidad de Messina
Departamento de Derecho*

Recibido: 25/01/2019

Aceptado: 21/02/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4770>

Resumen. En este artículo se ofrece un marco relativo a la protección de los trabajadores homosexuales en el ámbito comunitario e italiano, poniendo de relieve que la realización del principio de igualdad entre trabajadores se traduce en el problema de la efectividad de las normas. A este respecto, el legislador ha conseguido resultados significativos en términos de igualdad. Sin embargo, podrían lograrse resultados más significativos, tanto en relación con el acceso al mundo laboral como a otros aspectos de la relación laboral, mediante la creación de organismos específicos, la adopción de medidas positivas y el papel que las organizaciones sindicales pueden desempeñar, con el fin de reducir las diferencias respecto de los grupos víctimas de tratos discriminatorios.

Palabras clave: protección de los trabajadores, discriminación, orientación sexual, régimen probatorio, régimen de sanciones.

Abstract. This paper examines the Community and Italian national rules on protection of homosexual workers, highlighting how the realization of the principle of equal treatment between workers relates to the effectiveness of the protection. About this, the legislator has achieved significant results; however, others could be obtained through the creation of specific organs, positive actions and trade union organizations that have an important role to reduce differences among the victims of discriminatory treatment groups.

Keywords: work protection, discrimination, sexual orientation, probative system, sanction system.

1. A modo de introducción

En la literatura del iuslaboralista la protección contra las discriminaciones en el trabajo tradicionalmente ha tenido que ver con las mujeres, respecto de las cuales los principios constitucionales de igualdad de trato han permanecido durante mucho tiempo y, en

* lferluga@unime.it

parte siguen permaneciendo, incumplidos: es suficiente con recordar que, por un lado, las mujeres han quedado excluidas durante mucho tiempo de algunas profesiones¹ y, por el otro, han sido destinatarias de tratos normativos y remunerativos diferenciados con respecto a los trabajadores varones². Solo en tiempos más recientes, ha adquirido relevancia la cuestión de la protección contra las discriminaciones basadas en la orientación sexual, también desde el punto de vista legislativo: de todos es sabido que durante siglos la homosexualidad ha sido considerada como un valor negativo y, en Italia, al igual que en otros países, la condición de los homosexuales y de los transexuales en la vida cotidiana y en el trabajo se ha visto “penalizada por un prejuicio antiguo especialmente arraigado, que se fundamenta en una injerencia del poder confesional en las competencias del Estado”³.

Solo en tiempos recientes, gracias también a la contribución de las asociaciones sectoriales se ha venido generando, si bien con dificultades, un clima social y cultural nuevo. De este modo, la cuestión de la protección de los homosexuales, enmarcada en el ámbito más amplio de los derechos fundamentales del individuo, empieza a cobrar relevancia también en el plano legislativo y el tema de las discriminaciones que los trabajadores sufren a causa de su orientación sexual se ha convertido en un asunto de gran actualidad que merece especial atención⁴.

2. La normativa comunitaria en materia de protección de los trabajadores homosexuales

Con referencia al mundo del trabajo, la orientación sexual se ha visto tutelada exclusivamente en el ámbito comunitario hasta la intervención del legislador nacional en 2003 (Decreto Legislativo de 9 de julio de 2003, n. 216).

Un papel fundamental en el ámbito de la protección antidiscriminatoria de los trabajadores homosexuales lo desempeña la introducción del Tratado de Ámsterdam de 1997, artículo 13 (ex artículo 6 A), en el que básicamente la tendencia sexual está expresamente prevista como criterio discriminatorio, autónomo con respecto al sexo, entre los asuntos

¹ En Italia, el acceso de las mujeres a las funciones públicas, como la magistratura, y a las profesiones se permitió solo en 1963 con la ley n. 66.

² Sin ninguna pretensión de ser exhaustivos, en el ámbito del derecho antidiscriminatorio cabe citar: AA.VV., (en prensa). Uguaglianza uomo-donna: storia di un'incompiuta, *Actas del Congreso de Messina, 12 y 13 de noviembre de 2018*; BIANCHERI, RITA, SPATARI, GIOVANNA, (2018). *La situazione italiana a un quarto di secolo dalla Conferenza Mondiale sulle Donne di Pechino*. Pisa: Edizioni ETS.; BONARDI, OLIVIA, (ed.), (2017). *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*. Roma: Ediesse; SCARPONI, STEFANIA, (ed.), (2014). *Diritto e genere: analisi interdisciplinare e comparata*, Padova: Cedam; BROLLO, MARINA, SERAFIN, SILVANA, (2010). *Il corpo delle donne. Tra discriminazioni e pari opportunità*, Udine: Forum Editrice.

³ *Sindacato, homosexualidad y trabajo* – Documento presentado por la CGIL (Confederación General Italiana del Trabajo) con motivo de la Conferencia de Ámsterdam 29-31 de julio de 1998 “Trade Unions, Homosexuality and Work”, disponible en: www.cgil.it/orq.diritti/omosess/amsterda/docuffit.htm.

⁴ Las disertaciones más documentadas acerca de las discriminaciones hacia los trabajadores homosexuales las hallamos en WAALDIJK, KEES, BONINI BARALDI, MATTEO, (2006). *Sexual orientation discrimination in the European Union: national laws and the employment equality directive*. Asser: Springer Link; FABENI, STEFANO, TONIOLLO, MARIA GIGLIOLA (eds.), (2005). *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*. Roma: Ediesse.

que están en manos del legislador comunitario⁵. Se trata de un aspecto novedoso e importante que sólo se puede comprender a la luz de los precedentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia⁶ acerca de si la “discriminación fundada en el sexo”, prohibida por el art. 119 del Tratado CEE (luego reformulada por el art. 141 TCE y por el art. 157 TFUE) y por la Directiva n. 76/2017 sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo, incluye la discriminación fundada sobre la orientación sexual del trabajador. El Tribunal de Justicia ha considerado que la imposibilidad de aplicar la normativa sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo a las hipótesis de discriminación hacia los homosexuales “depende de la ausencia, en el derecho comunitario, de una previsión que autorice de forma expresa intervenciones jurídicas relacionadas con este problema”⁷.

Es oportuno recordar, además, que el art. 13 del Tratado CEE - retomado en el Capítulo III, dedicado a la igualdad, de la Carta de Niza sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 21) - se sitúa en el marco de importantes afirmaciones, incluso anteriores en el tiempo, procedentes de órganos comunitarios⁸. En especial, en el año 1984 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre la discriminación sexual en el lugar de trabajo, en la que se reconocía que en los Estados miembros la orientación sexual se configura como causa de actitudes discriminatorias en relación con las oportunidades de empleo y de carrera profesional y con los despidos e identifica la necesidad de que las discriminaciones hacia individuos homosexuales se conviertan en objeto de especial atención por parte de la Comisión. La misma necesidad de intervención de la Comisión se halla en la base de la histórica Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales de 1984, en la que el Parlamento instaba a los Estados miembros a que aboliesen todas las disposiciones de ley que criminalizaban y discriminaban las relaciones sexuales entre individuos del mismo sexo y remarcaba la convicción de que todos los ciu-

⁵ En el art. 13 del Tratado se lee que, excepción hecha por las disposiciones específicas del Tratado y en el ámbito de las competencias conferidas a la Comunidad, el Consejo por unanimidad, bajo propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento, puede adoptar las medidas oportunas “para atajar las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones personales, las discapacidades, la edad o las tendencias sexuales”: para un análisis de la norma, véase a WADDINGTON, LISA, (1999), *Testing the limits of the EC Treaty artiche on non-discrimination*. *Industrial law journal*, n. 28, p. 133 y siguientes.

⁶ Tribunal de Justicia 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, *Grant c. South-West Trains Ltd.*, en *Raccolta*, 1998, I, p. 621.

⁷ IZZI, DANIELA, (1998). Orientamento sessuale del lavoratore e divieti comunitari di discriminazione in base al sesso. *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 316. Con anterioridad, en el conocido caso P. el Tribunal de Justicia (Tribunal de Justicia 30 de abril de 1996, asunto C-13/94, *P. c. S. Cornwall County Council*, en *Raccolta*, 1996, I, p. 2143), pronunciándose a favor de un transexual despedido tras haber cambiado de sexo, había admitido de todas maneras – aun siguiendo un razonamiento bastante contradictorio (el carácter contradictorio del razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia queda patente en CALAFÀ, LAURA, RIVARA, ANNA, (1996). La sentenza P.: una nuova frontiera dell’uguaglianza?. *Lavoro e diritto*, p. 584. Véase también a BALLESTRERO, MARIA VITTORIA, (1996). *Tansparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*. *Ragione pratica*, p. 276. El análisis hermenéutico llevado a cabo por el Tribunal resulta, en cambio “jurídicamente riguroso” en PALLARO, PAOLO, (1998). Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale. *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, dossier 4, p. 615) – la esfera de aplicación de la Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo “no puede reducirse solo a las discriminaciones debidas a la pertenencia a uno u otro sexo”, sino que se extiende, “habida cuenta de su finalidad y de la naturaleza de los derechos que apunta a proteger”, “también a las discriminaciones cuyo origen, como en el presente caso, se sitúa en el cambio de sexo de la persona implicada”.

⁸ El art. 21 dice textualmente lo siguiente: “Queda prohibida cualquier forma de discriminación que se base especialmente en el sexo, la raza, el color de la piel o el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones personales, las opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, las discapacidades, la edad o las tendencias sexuales”.

dadanos deben recibir el mismo trato, con independencia de sus tendencias sexuales. En 1998, finalmente, el Parlamento europeo advirtió a los Estados candidatos a incorporarse a la Unión Europea para que abrogasen las disposiciones discriminatorias hacia los homosexuales, “en especial las disposiciones en materia de límites de edad”. A lo anteriormente mencionado, hay que añadir que en 1991 la Comisión adoptó la Recomendación sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, de la que forma parte integrante un Código de Conducta relativo a las medidas que hay que adoptar en la lucha contra el acoso sexual, cuya finalidad declarada es proporcionar “pautas prácticas” a los empleadores, trabajadores y asociaciones sindicales y se plantea prevenir el acoso sexual entendido como “cualquier tipo de conducta sexual indeseada o comportamiento basado en el sexo que vulnere la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo, incluidas actitudes inapropiadas de tipo físico, verbal o no verbal”⁹.

Por último, las sugerencias y peticiones procedentes de los órganos comunitarios se recogen en la Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre de 2000, que amplía el área de las discriminaciones prohibidas por motivos de raza y de origen étnico, previstas por la Directiva 2000/43/CE del Consejo del 29 de junio de 2000 (implementada por el Decreto Legislativo de 9 de julio de 2003, n. 215)¹⁰, incluyendo la prohibición de discriminación por motivos religiosos, de convicciones personales, discapacidad, edad y tendencias sexuales¹¹. La “tendencia sexual” viene así incluida por primera vez entre las características sobre cuya base cualquier diferenciación injustificada se traduce en una violación del principio de igualdad de trato¹².

3. Las normas en el ordenamiento italiano

La Directiva 2000/78/CE viene aplicada en el ordenamiento nacional italiano por el mencionado Decreto Legislativo n. 216/2003¹³. Sin embargo, la ausencia hasta ese mo-

⁹ Sobre el problemático significado a la hora de equiparar el acoso a las discriminaciones, véase a VENDITTI, LUCIA, (2014). Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici, *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 3, p. 393 y siguientes.

¹⁰ Para una visión sobre ambas Directivas que presentan una estructura y contenidos en muchos aspectos idénticos, véase a MONTANARI, ANNA, GIRELLI, NADIA, (2018). Parità di trattamento e divieto di discriminazione. En CARINCI, FRANCO, PIZZOFRERATO, ALBERTO, (eds), (2018). *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli, pp. 232-233; PIGNATARO, LAURA, (2010). Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la Direttiva 2000/78/CE e la Direttiva 2000/43/CE), En CARINCI, FRANCO, PIZZOFRERATO, ALBERTO, (eds), (2010). *Diritto del lavoro dell'Unione europea. Commentario, IX*, Torino: Giappichelli, p. 401; AMATO, FABRIZIO, (2003). Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica. *Lavoro e diritto*, p. 127 y siguientes; CHIECO, PASQUALE, (2002). Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 75 y siguientes.

¹¹ A partir de 2003 se empieza a hablar de derecho antidiscriminatorio de “nueva generación”: CALAFÀ, LAURA, GOTTARDI, DONATA, (eds.), (2009). *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*. Roma: Ediesse; BARBERA, MARZIA, (ed.), (2007). *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*. Milano: Giuffrè; IZZI, DANIELA, (2005). *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*. Napoli: Jovene.

¹² El Tribunal de Justicia (Tribunal de Justicia 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacon Navas*) ha aclarado que la lista de factores de discriminación presente en las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE cuenta con carácter taxativo.

¹³ CALAFÀ, LAURA, (2007). Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. En BARBERA, MARZIA, (ed.), (2007). *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit., p. 171 y siguientes.

mento de una disciplina específica no significa que exista una falta total de protección hacia los actos de discriminación y de otras conductas ilícitas llevadas a cabo por los empleadores: la protección de los trabajadores homosexuales, además de en los principios constitucionales de igualdad, respeto y valorización del individuo (arts. 2 y 3 de la Constitución), tiene cabida en el Código Civil y en las leyes especiales que regulan las relaciones laborales en la empresa.

Es evidente, de todas maneras, la importancia de las consecuencias de una normativa específica encaminada a la protección de los trabajadores homosexuales. A este respecto, al lado de las implicaciones de carácter procesal que se han producido desde el punto de vista de la carga probatoria que mencionaremos a continuación, bajo el perfil de la tutela sustancial el caso del despido resulta emblemático: el art. 4, apartado 1, del Decreto Legislativo n. 216/2003, que modifica el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, extiende la sanción de la nulidad prevista por la norma estatutaria a los pactos o actos orientados a la discriminación en términos de “discapacidad, edad o basada en la orientación sexual o en las convicciones personales”. Por consiguiente, hoy en día también el despido causado por la orientación sexual del trabajador se configura como un acto discriminatorio y resulta nulo “con independencia de la motivación aducida” y conlleva la aplicación de la tutela de readmisión contemplada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sin importar los niveles de empleo de la empresa o de la unidad de producción (art. 3, ley n. 108/1990). Estas consecuencias no podrían producirse en ausencia de una disciplina específica¹⁴. Cabe subrayar que se trata de uno de los rarísimos casos de aplicación de la protección real en su configuración tradicional: el juez ordena al empleador, independientemente del motivo aducido y del número de empleados, la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo y el pago de una indemnización en proporción con la última retribución a partir del día del despido hasta el de su efectiva readmisión, deduciendo el *aliunde perceptum* (por lo demás, la compensación no podrá en ningún caso ser inferior a cinco meses de retribución).

También la reforma del mercado de trabajo de 2003 (Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 2003, n. 276) recibe las indicaciones del legislador comunitario. En particular, su art. 10, apartado 1, introduce una prohibición expresa a las Agencias para el trabajo y otras entidades públicas y privadas, que cuenten con autorización o acreditación, para que no desarrollen “cualquier indagación o tratamiento de datos o de preselección de los trabajadores, incluso con su consentimiento”, en base a una lista muy amplia de factores de discriminación entre los que se menciona también la “orientación sexual”¹⁵. En la parte final del primer apartado, la norma concluye refiriéndose a la “prohibición de tratar los datos personales de los trabajadores que no estén estrechamente relacionados con sus ac-

¹⁴ A propósito del carácter más o menos taxativo de la enumeración en la legislación ordinaria de los factores de riesgo, véase a BELLOCCHI, PAOLA, (2014). *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*. En SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE, (ed.), (2014). *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*. Torino: UTET, p. 467 y siguientes.

¹⁵ Para un análisis actualizado de la lista de “factores de riesgo”, véase a LASSANDARI, ANDREA, (2010). *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, en GALGANO, FRANCESCO, (dir.), (2010). *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LVI, Padova: Cedam, p. 97.

titudes profesionales y su incorporación al mundo laboral”. Por último, el art. 10, apartado 2 –con el fin de evitar que los nuevos sujetos que operan en el mercado de trabajo puedan incumplir el compromiso de actuar a favor de los trabajadores con especiales dificultades de empleo, invocando la operatividad de la prohibición de llevar a cabo investigaciones y tratos discriminatorios– prevé que “las disposiciones contempladas en el apartado 1 no pueden en ningún caso impedir a los sujetos mencionados en el mismo apartado 1 proporcionar servicios específicos o acciones encaminadas a brindar asistencia a las categorías de trabajadores desfavorecidas en busca de un empleo”.

La norma, que al igual que el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, se plantea proteger la privacidad de los trabajadores¹⁶, relaciona con acierto “la prohibición de llevar a cabo investigaciones sobre las opiniones” con el tema de los “tratos discriminatorios”, con el fin de impedir que consideraciones ajenas a la valoración de las actitudes profesionales de los trabajadores puedan estar en la base de actos discriminatorios hacia ellos¹⁷: de hecho, no es improbable que investigaciones más o menos evidentes y pormenorizadas, desarrolladas por los mismos sujetos que operan en el mercado de trabajo con la finalidad de facilitar el encuentro entre demanda y oferta de trabajo, representen el presupuesto lógico de actos discriminatorios. Dicha norma, además, al negar toda relevancia al consentimiento, conduce a una protección reforzada de los derechos del prestador de trabajo y confirma el principio, que ya se derivaba del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual el empleador y también los operadores del mercado de trabajo no pueden bajo ninguna circunstancia utilizar datos personales del trabajador que no estén estrechamente vinculados a la relación laboral que se pretenda establecer y con las tareas a desempeñar. Es más, pueden tener en cuenta sólo y exclusivamente los datos personales esenciales e indispensables a los efectos del correcto desarrollo de la mencionada relación laboral¹⁸.

El art. 10 introduce novedades de calado. En primer lugar, ante un mercado de trabajo en el que el número y la tipología de sujetos implicados son cada vez mayores, el legislador ha estimado oportuno fijar el umbral de protección, situándolo en un momento anterior al de la contratación, a saber, en el momento en el que el trabajador entra en contacto con los nuevos actores del mercado de trabajo con el fin de encontrar o de cambiar de empleo: cuanta más información esté en las manos de los operadores, más posibilidades tendrá el trabajador y, al mismo tiempo, las exigencias de protección de la esfera privada del sujeto en busca de empleo imponen evitar un uso descontrolado de los datos

¹⁶ El art. 8 del Estatuto de los Trabajadores constituye “el acto de nacimiento en Italia de la protección de los datos personales”: RODOTÀ, STEFANO, (2005). *Intervista su privacy e libertà*. Bari: Laterza, p. 25.

¹⁷ Sobre la relación entre el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, que mantiene inalterada su eficacia, y el art. 10, Decreto Legislativo n. 276/2003, que “actualiza” la disposición estatutaria, véase a RICCI, MAURIZIO, (2004). *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori nel mercato del lavoro*. En MISCIONE, MICHELE, RICCI, MAURIZIO, (eds.), (2004), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, Titulos I y II – Arts. 1-19, Commentario al Decreto Legislativo del 10 settembre 2003, n. 276*, coordinado por Carinci Franco. Milano: IPSOA, p. 234 y siguientes.

¹⁸ LAMBERTUCCI, PIETRO, (2014). *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*. En SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE (ed.), (2014). *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*. Torino: UTET; TROJSI, ANNA, (2013). *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino: Giappichelli; AIMO, MARIAPAOLA, (2012). *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*. En MARAZZA, MARCO (ed.), (2012). *Contratto di lavoro e organizzazione*. En PERSIANI, MATTIA, CARINCI, FRANCO, (dir.). *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo II, Padova: Cedam, p. 1771 y siguientes.

recogidos, lo que podría acarrear importantes riesgos susceptibles de ser agravados por el recurso a las nuevas tecnologías¹⁹.

En segundo lugar, se ha extendido el abanico de actividades no permitidas a los operadores del mercado de trabajo: en la prohibición queda incluida cualquier actividad encaminada a adquirir información sobre aspectos indicados de forma pormenorizada en la norma mencionada, esto es, sobre perfiles de la vida privada del trabajador que este último quiera mantener ocultos²⁰. En resumen, la novedad más relevante consiste en que, entre las posibles causas de discriminación, se hace referencia a la “orientación sexual”, expresión que se ha tomado prestada de la normativa general italiana en materia de discriminaciones y que resulta más viable que aquella de “tendencia sexual” utilizada por el legislador comunitario.

4. La importancia de incluir la orientación sexual en el marco de los factores de discriminación.

Como comentábamos anteriormente, el hecho de que la orientación sexual esté específicamente prevista entre los factores de discriminación es muy importante²¹, por lo menos desde dos puntos de vista que tienen que ver respectivamente con el régimen probatorio y con el régimen de sanciones.

En cuanto al primer aspecto, es evidente que el problema más acuciante para quienes quieran verse protegidos en el ámbito judicial sigue siendo el de la prueba de la discriminación y es por lo tanto en este ámbito en el que se mide el grado de efectividad de la protección. A este respecto, si por un lado el legislador comunitario establece una auténtica inversión de la carga de la prueba, que se basa en las afirmaciones del trabajador (art. 10, Directiva 2000/78/CE)²², por el otro, puesto que el principio de la inversión de la carga de la prueba existe solo en precisas y taxativas hipótesis previstas por la ley, el legislador italiano²³ opta por la introducción de un principio a favor de la parte más débil que actúa en juicio²⁴. En otros términos, en el ámbito del especial procedimiento de cognición sobre medidas provisionales (contemplado en los artículos 702 *bis* y siguientes de la Ley de

¹⁹ BELLAVISTA, ALESSANDRO, (2007). La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro. En CESTER, CARLO, (ed.), (2007). *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II, Commentario diretto da Carinci Franco. Torino: UTET, p. 479.

²⁰ Las investigaciones se llevan a cabo solo en relación con circunstancias que no sean de dominio público: en efecto no tendría sentido desarrollar investigaciones sobre circunstancias ya conocidas. En este sentido, véase a RICCI, MAURIZIO, (2004). *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori nel mercato del lavoro*, cit., p. 238.

²¹ DI PAOLA, LUIGI, (2003). *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti. Le nuove leggi civili commentate*, p. 863.

²² Tribunal de Justicia 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, *Asociația ACCEPT c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminării*, en *Guida al lavoro*, 2013, p. 36. A nivel jurídico, véase a BASTIANON, STEFANO, (2014). *Calcio professionistico e discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali. Rivista di diritto dello sport*, p. 1 y siguientes.

²³ En relación con el régimen probatorio, la Comisión (Informe al Parlamento Europeo y al Consejo del 17 de enero de 2014) ha destacado la inadecuada aplicación en el ordenamiento italiano de la Directiva 2000/78/CE (y de la Directiva 2000/43/CE).

²⁴ Se lee en el informe gubernamental al Decreto Legislativo n. 216/2003, en *Guida al diritto*, 2003, 37, “ante la existencia de antecedentes de hecho aptos para fundamentar de forma concreta la presunción de la existencia de actos o actitudes discriminatorias, el susodicho deberá asumir la prueba liberatoria relativa a la insubsistencia de la discriminación”.

Enjuiciamiento Civil) –al que se remite el art. 28, Decreto Legislativo de 1 de septiembre de 2011, n. 150²⁵, también en lo que respecta a las discriminaciones fundadas en la orientación sexual–, el prestador de trabajo-demandante, con el fin de demostrar la existencia del trato discriminatorio prohibido, puede deducir en juicio elementos de hecho también sobre la base de datos estadísticos, pues le incumbe al demandado la carga de demostrar la inexistencia de la discriminación (art. 28, apartado 4, Decreto Legislativo n. 150/2011)²⁶. Los elementos fácticos o los datos de carácter estadístico pueden tener que ver con las contrataciones, los regímenes contributivos, la asignación de tareas, los traslados, las promociones laborales y los despidos de la empresa en cuestión. Por consiguiente en el momento en el que, ante los elementos proporcionados por el demandante, el juez detecte “una alta probabilidad, un consistente *humus*, de discriminación”, será el demandado quien tenga que proporcionar los elementos probatorios aptos para descartar la presencia de discriminación²⁷. De tal manera que se introduce una inversión parcial de la carga de la prueba, análoga a la prevista por el art. 40, Decreto Legislativo de 11 de abril de 2006, n. 198 (Código de Igualdad de Oportunidades), que pone en marcha un régimen equilibrado en función del cual, aun sin exonerar al demandante de la carga de la prueba, se considera necesaria y suficiente la prueba de presunción, gracias también a los datos estadísticos que se configuran como un mecanismo importante a la hora de determinar la existencia de las discriminaciones indirectas²⁸. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en más de una ocasión el Tribunal de Casación, pronunciándose sobre el art. 40, Decreto Legislativo n. 198/2006, ha aclarado que esta previsión ha “aliviado la carga probatoria a cargo del demandante también con respecto a la norma contemplada en el art. 2729 del Código Civil, ya que no exige el requisito de la gravedad de la presunción, sino sólo que la discriminación se apoye en presunciones precisas y concordantes”, aunque esto “no significa que se haya realizado una inversión de la carga de la prueba (tampoco auspiciada por el legislador comunitario) sino simplemente que se ha introducido una carga probatoria ‘asimétrica’ (se ha hecho referencia en el ámbito jurídico solo a una parcial *relevatio ab onere probandi* a favor del sujeto objeto de discriminación): se mantiene invariada para la parte implicada la carga de la prueba y, sin embargo, el cumplimiento de dicha carga requiere la consecución de un grado de certidumbre inferior al normal. En resumen: una

²⁵ En relación con los aspectos procesales del derecho antidiscriminatorio, véase a TARQUINI, ELISABETTA, (2015). *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*. Milano: Giuffrè.

²⁶ El art. 28, Decreto Legislativo n. 150/2011, a diferencia de la disciplina anterior ahora abrogada (art. 4, coma 4, Decreto Legislativo n. 216/2003), no prevé que los antecedentes de hecho sean precisos, o sea, determinados en la realidad histórica, y concordantes, o sea basados en una pluralidad de hechos conocidos convergentes a la hora de demostrar un hecho desconocido.

²⁷ Es difícil para el trabajador demostrar en juicio criterios o elementos decisivos que rijan actos, pactos o actitudes que hayan producido efectos perjudiciales: véase a BARBERA, MARZIA, (1991), *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.

²⁸ A nivel jurídico, véase a NICOSIA, GABRIELLA, (2016). Onere della prova e “canone inverso” nel processo del lavoro. En ROMEO, CARMELO, (ed.), (2016). *Processo del lavoro. Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutele giurisdizionali*. Torino: Giappichelli, espec. pp. 473-477; ROMEO, ALESSIA, (2016). Le questioni relative al valore delle prove nel processo del lavoro. En ROMEO, CARMELO, (ed.), (2016). *Cit.*, espec. pp. 527-528; SANTAGATA DE CASTRO, RAFFAELLO, SANTUCCI, ROSARIO, (2015). Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte I e II). *Argomenti di diritto del lavoro*, pp. 3 y 4-5, risp. pp. 534 y 820.

vez demostrados los hechos que hacen pensar que la discriminación es probable, incumbe a la contraparte demostrar su inexistencia”²⁹.

En relación con el régimen de sanciones, el legislador comunitario (art. 17, Directiva 2000/78/CE) delega a los Estados miembros la determinación de las sanciones que hay que imponer y las medidas necesarias para su aplicación, garantizando que las sanciones, también en el supuesto de que no haya víctimas identificables, sean efectivas, proporcionales y disuasorias. El sistema de sanciones, por lo tanto, tiene que ser al mismo tiempo proporcionado a la gravedad del daño y rígido al punto de constituir un factor de disuasión frente a futuras actitudes discriminatorias. En la legislación italiana, la reconstrucción de la disciplina relativa a los procedimientos judiciales que se pueden llevar a cabo ante una discriminación basada en la orientación sexual es compleja³⁰: el conjunto de soluciones judiciales y de medidas compensatorias, también con referencia a la resarcibilidad del daño no patrimonial, está contemplado por el Decreto Legislativo n. 216/2003 (art. 4, apartado 1, que remite al art. 44, apartado 11, Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286) y por el Decreto Legislativo n. 150/2011 (art. 28), y se completa por la tutela establecida por la reforma del mercado de trabajo. En particular, en lo que atañe a esta última, la violación de la prohibición de investigaciones y tratos discriminatorios prevista en el mencionado art. 10, al igual que el incumplimiento del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, supone una responsabilidad penal a cargo del transgresor y la aplicación de sanciones administrativas (art. 18, apartado 5, Decreto Legislativo n. 276/2003)³¹: siendo el art. 18 norma penal y, como tal, no sujeto a interpretación extensiva, resultan claras las consecuencias de no incluir la orientación sexual entre las posibles causas de discriminación contempladas por el art. 10.

5. Los supuestos de legítima diferenciación

La prohibición general de efectuar investigaciones y tratos discriminatorios no es absoluta, sino que hay una excepción significativa en los casos en que, copiando la Directiva comunitaria, el art. 3, apartado 3, Decreto Legislativo n. 216/2003, admite, respetando los principios de proporcionalidad y racionalidad y con tal de que la finalidad sea legítima, que las diferencias de trato debidas a características vinculadas a requisitos personales, como la orientación sexual, no constituyen actos de discriminación “en el supuesto de que, en virtud de la naturaleza de la actividad laboral o del contexto en el que se despliega, se trate de características que constituyen un requisito esencial y determinante a los efectos

²⁹ Tribunal de Casación 12 de octubre de 2018, n. 25543; Tribunal de Casación n. 2113/2016; Tribunal de Casación n. 17832/2015; Tribunal de Casación, 5 de junio de 2013, n. 14206, en *Mass. giur. lav.*, 2013, 667, con comentario de VALLEBONA, ANTONIO. También Tribunal de Milán 8 de septiembre de 2014.

³⁰ GIUBBONI, STEFANO, BORELLI, SILVIA, (2012), *Discriminazioni, molestie, mobbing*. En MARAZZA, MARCO (ed.), (2012). Cit., p. 1861.

³¹ El art. 18, coma 5, Decreto Legislativo. n. 276/2003, remite a las disposiciones penales del art. 38 del Estatuto de los Trabajadores y, además, establece en los “casos más graves” la suspensión de la autorización para desarrollar las actividades de administración, intermediación, etc., y, en el caso de reincidencia, la revocación de la autorización por parte de las autoridades competentes.

del desarrollo de la mencionada actividad laboral”. También el art. 10, Decreto Legislativo n. 276/2003, ampara la información y los datos personales adquiridos que hacen referencia a “características que influyen en las modalidades de desarrollo de la actividad laboral o que constituyen un requisito esencial y determinante a los efectos del desarrollo de la mencionada actividad laboral”.

Se desprende, por lo tanto, al margen de la comparación entre las diferentes fórmulas utilizadas por las normas mencionadas que en ambos casos el legislador italiano, mediante una serie de excepciones a la prohibición general, permite de forma explícita diferencias de trato en numerosas circunstancias, estableciendo asimismo que no constituyen actos de discriminación aquellas diferencias de trato que, aun resultando indirectamente discriminatorias, “sean justificadas objetivamente por fines legítimos perseguidos a través de medios apropiados y necesarios” (art. 3, apartado 6, Decreto Legislativo n. 216/2003)³².

La operatividad de las normas resulta clara con referencia a otras causas de discriminación: en efecto se pueden vislumbrar ejemplos que permiten justificar una violación del principio de igualdad de trato, en el caso de que se produzca una desigualdad a causa de las modalidades especiales de desarrollo de la actividad laboral o bien a causa de la naturaleza especial de la mencionada actividad o bien, también, puede tratarse de una característica que se perfila como un requisito esencial y determinante a los efectos del desarrollo de la mencionada actividad laboral (basta con considerar, por ejemplo, el requisito del sexo en la hipótesis de un desfile de moda de trajes exclusivamente para hombres o para mujeres, o bien el requisito de la raza o del color de la piel en el caso de una actuación teatral o televisiva en la que el actor ha de interpretar el papel de un personaje con características bien definidas y predeterminadas). Por el contrario, resulta bastante difícil identificar tipologías de trabajo para las cuales sea fundamental el requisito de la heterosexualidad. Por tanto, la aplicación de esta parte de las normas en relación con la orientación sexual no cuenta con especial importancia a nivel práctico, con la consecuencia de que en relación a la orientación sexual, la prohibición planteada por la normativa general –como, por ejemplo, la prohibición contemplada en el art. 10, Decreto Legislativo n. 276/2003³³– tiene validez absoluta y no sufre ninguna excepción.

6. Breves reflexiones finales: propuestas de intervención al objeto de promover una igualdad efectiva

La realización del principio de igualdad entre trabajadores se traduce en el problema de la efectividad de la protección³⁴, que se deriva de la dificultad de traducir los principios

³² LA TEGOLA, ORNELLA, (2009). “Oltre” la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione. *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, p. 471 y siguientes.

³³ En conformidad con las indicaciones procedentes de la ley delegada del 14 de febrero de 2003, n. 30, que establece precisamente el carácter absoluto de la prohibición de investigaciones y tratos discriminatorios, sin introducir ninguna derogación o limitación (art. 1, coma 2, letra g).

³⁴ Del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo del 17 de enero de 2014, cit., se desprende que las desigualdades basadas en la orientación sexual (además que en el sexo, la raza y la discapacidad) siguen produciéndose.

en instrumentos eficaces para la realización de la igualdad de oportunidades en el trabajo³⁵. A este respecto, un resultado significativo se ha conseguido recientemente con la Ley de 20 de mayo de 2016, n. 76, que regula las uniones civiles entre personas del mismo sexo. En particular, el art. 1, apartado 20 de la Ley establece que “con el único objetivo de asegurar la efectividad de la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la unión civil entre personas del mismo sexo, las disposiciones que se refieren al matrimonio y las disposiciones que contienen las palabras ‘cónyuge’, ‘cónyuges’ o términos equivalentes dondequiera que figuren en las leyes, en los actos con fuerza de ley, en los reglamentos y en los actos administrativos y en los convenios colectivos, se aplican también a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo”. Sobre este tema ha intervenido INPS (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale: Instituto Nacional de la Seguridad Social), aclarando que a partir de la entrada en vigor de la ley n. 76/2016 (5 de junio de 2016), a efectos del reconocimiento del derecho a la Seguridad Social (por ejemplo, la pensión a los supérstites, la integración de la pensión mínima, los beneficios sociales, la sucesión *iure proprio*, la sucesión legítima) y de la aplicación de las disposiciones que la regulan, el miembro de la unión civil está equiparado al cónyuge³⁶.

Es bien sabido que el Derecho ofrece una serie de instrumentos³⁷. No obstante, se considera que resultados más significativos en términos de igualdad formal y sustancial, tanto en relación con el acceso al trabajo como con otros aspectos de la relación laboral, se podrían conseguir mediante la utilización de otros instrumentos³⁸. De manera especial, sería oportuno emprender tres líneas de intervención. En primer lugar, mediante organismos creados específicamente para abordar cuestiones de igualdad relativas a algunas categorías, contemplando la posibilidad de brindar asistencia a las víctimas que interponen demandas en materia de discriminación, desarrollo de investigaciones, publicación de informes, análisis y supervisión sobre la igualdad de trato. Se trata de una medida contemplada por las Directivas sobre la prohibición de discriminación por motivos de raza y origen étnico (art. 13, Directiva 2000/43/CE), de sexo (art. 8 *bis*, Directiva 2002/73/CE) y no prevista, por el contrario, por la Directiva que establece específicamente la prohibición de discriminaciones basadas en la orientación sexual. En segundo lugar, se podrían lograr resultados significativos al llevar a cabo acciones positivas con especial referencia a los trabajadores homosexuales: se trata de una posibilidad que el legislador comunitario reconoce a los Estados miembros. Por último, las organizaciones sindicales podrían desempeñar un papel relevante: además de estar encargados y legitimados a obrar a favor

³⁵ App. Brescia, 11 de diciembre de 2014, en *Rivista giuridica del lavoro*, 2015, II, p. 460, con comentario de FELTRE, ANNALISA, confirma la primera condena por discriminación basada en la orientación sexual.

³⁶ INPS (Instituto Nacional de Seguridad Social), mensaje n. 5171 del 21/12/2016. En el ámbito jurídico, véase a BONINI BARALDI, MATTEO, (2007). La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. *Famiglia e diritto*, n. 7, p. 663.

³⁷ Del complejo y articulado aparato institucional en el que recientemente ha intervenido el legislador (Decreto Legislativo n. 151/2015), a las acciones que presentan algunas características peculiares, hasta un aparato de sanciones completo que, según las indicaciones comunitarias tiene que ser proporcionado y adecuado para desempeñar una función disuasoria.

³⁸ Véase a CRUZ-VILLALÓN, JESÚS, (2003). Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario. *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 3-4, p. 367 y siguientes.

de los trabajadores que se sienten vulnerados por conductas empresariales discriminatorias, también cuentan con la posibilidad, mediante la negociación colectiva, de conseguir resultados encaminados a reducir las diferencias entre los grupos víctimas de tratos discriminatorios, contemplando condiciones de trabajo no discriminatorias y promoviendo tratos igualitarios y medidas de intervención positivas hacia los trabajadores homosexuales³⁹. Por otra parte, en este sentido el legislador comunitario reconoce a los Estados miembros la tarea de alentar a los interlocutores sociales a que adopten prácticas orientadas a superar posibles situaciones de discriminación.

Referencias bibliográficas

- AA.VV., (en prensa). Uguaglianza uomo-donna: storia di un'incompiuta, *Actas del Congreso de Messina, 12 y 13 de noviembre de 2018*.
- AIMO, MARIAPAOLA, (2012). Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori. En MARAZZA, MARCO (ed.), (2012). *Contratto di lavoro e organizzazione*. En PERSIANI, MATTIA, CARINCI, FRANCO, (dir.). *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo II, Padova: Cedam.
- AMATO, FABRIZIO, (2003). Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica. *Lavoro e diritto*.
- BALLESTRERO, MARIA VITTORIA, (1996). Tansparità. Ovvero transessualismo e discriminazione. *Ragione pratica*.
- BARBERA, MARZIA, (1991), *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- BARBERA, MARZIA, (ed.), (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*. Milano: Giuffrè.
- BASTIANON, STEFANO, (2014). Calcio professionistico e discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali. *Rivista di diritto dello sport*.
- BELLAVISTA, ALESSANDRO, (2007). La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro. En CESTER, CARLO, (ed.), (2007). *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II, Commentario diretto da Carinci Franco. Torino: UTET.
- BELLOCCHI, PAOLA, (2014). Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori. En SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE, (ed.), (2014). *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*. Torino: UTET.
- BIANCHERI, RITA, SPATARI, GIOVANNA, (2018). *La situazione italiana a un quarto di secolo dalla Conferenza Mondiale sulle Donne di Pechino*. Pisa: Edizioni ETS.
- BONARDI, OLIVIA, (ed.), (2017). *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*. Roma: Ediesse.

³⁹ Acerca de la progresiva acentuación del papel de los organismos colectivos en la protección judicial contra las discriminaciones, véase a SANTAGATA DE CASTRO, RAFFAELLO, SANTUCCI, ROSARIO, (2014). Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto. *Diritti Lavori Mercati*, 2, p. 335 y siguientes.

- BONINI BARALDI, MATTEO, (2007). La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. *Famiglia e diritto*.
- BROLLO, MARINA, SERAFIN, SILVANA, (2010). *Il corpo delle donne. Tra discriminazioni e pari opportunità*, Udine: Forum Editrice.
- CALAFÀ, LAURA, GOTTARDI, DONATA, (eds.), (2009). *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*. Roma: Ediesse.
- CALAFÀ, LAURA, RIVARA, ANNA, (1996). La sentenza P.: una nuova frontiera dell'uguaglianza?. *Lavoro e diritto*.
- CGIL (Confederación General Italiana del Trabajo), (1998). Sindacato, homosexualidad y trabajo, disponible en: www.cgil.it/orq.diritti/omosess/amsterda/docuffit.htm.
- CHIECO, PASQUALE, (2002). Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I.
- CRUZ-VILLALÓN, JESÚS, (2003). Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario. *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*.
- DI PAOLA, LUIGI, (2003). Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti. *Le nuove leggi civili commentate*.
- FABENI, STEFANO, TONIOLO, MARIA GIGLIOLA (eds.), (2005). *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*. Roma: Ediesse.
- GIUBBONI, STEFANO, BORELLI, SILVIA, (2012), Discriminazioni, molestie, mobbing. En MARAZZA, MARCO (ed.), (2012). *Contratto di lavoro e organizzazione*. En PERSIANI, MATTIA, CARINCI, FRANCO, (dir.). *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo II, Padova: Cedam.
- IZZI, DANIELA, (1998). Orientamento sessuale del lavoratore e divieti comunitari di discriminazione in base al sesso. *Rivista giuridica del lavoro*, II.
- IZZI, DANIELA, (2005). *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*. Napoli: Jovene.
- LAMBERTUCCI, PIETRO, (2014). I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy. En SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE (ed.), (2014). *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*. Torino: UTET.
- LASSANDARI, ANDREA, (2010). *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, en GALGANO, FRANCESCO, (dir.), (2010). *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LVI, Padova: Cedam.
- LA TEGOLA, ORNELLA, (2009). "Oltre" la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione. *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*.
- MONTANARI, ANNA, GIRELLI, NADIA, (2018). Parità di trattamento e divieto di discriminazione. En CARINCI, FRANCO, PIZZOFRERATO, ALBERTO, (eds), (2018). *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli.
- NICOSIA, GABRIELLA, (2016). Onere della prova e "canone inverso" nel processo del lavoro. En ROMEO, CARMELO, (ed.), (2016). *Processo del lavoro. Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutele giurisdizionali*. Torino: Giappichelli.

- PALLARO, PAOLO, (1998). Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale. *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, dossier 4.
- PIGNATARO, LAURA, (2010). Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la Direttiva 2000/78/CE e la Direttiva 2000/43/CE), En CARINCI, FRANCO, PIZZOFERRATO, ALBERTO, (eds), (2010). *Diritto del lavoro dell'Unione europea. Commentario, IX*, Torino: Giappichelli.
- RICCI, MAURIZIO, (2004). Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori nel mercato del lavoro. En MISCIONE, MICHELE, RICCI, MAURIZIO, (eds.), (2004), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, Títulos I y II – Arts. 1-19, Commentario al Decreto Legislativo del 10 settembre 2003, n. 276*, coordinado por Carinci Franco. Milano: IPSOA.
- RODOTÀ, STEFANO, (2005). *Intervista su privacy e libertà*. Bari: Laterza.
- ROMEO, ALESSIA, (2016). Le questioni relative al valore delle prove nel processo del lavoro. En ROMEO, CARMELO, (ed.), (2016). *Processo del lavoro. Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutele giurisdizionali*. Torino: Giappichelli.
- SANTAGATA DE CASTRO, RAFFAELLO, SANTUCCI, ROSARIO, (2014). Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto. *Diritti Lavori Mercati*.
- SANTAGATA DE CASTRO, RAFFAELLO, SANTUCCI, ROSARIO, (2015). Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte I e II). *Argomenti di diritto del lavoro*.
- SCARPONI, STEFANIA, (ed.), (2014). *Diritto e genere: analisi interdisciplinare e comparata*, Padova: Cedam.
- TARQUINI, ELISABETTA, (2015). *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*. Milano: Giuffrè.
- TROJSI, ANNA, (2013). *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino: Giappichelli.
- VENDITTI, LUCIA, (2014). Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici, *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 3.
- WAALDIJK, KEES, BONINI BARALDI, MATTEO, (2006). *Sexual orientation discrimination in the European Union: national laws and the employment equality directive*. Asser: Springer Link.
- WADDINGTON, LISA, (1999), Testing the limits of the EC Treaty articles on non-discrimination. *Industrial law journal*, n. 28.

CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)*

Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2017 to 31/8/2018)

JEAN JACQMAIN

Profesor Jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4771>

Traducción de José Fernando Lousada Arochena (Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña**), María Gema Quintero Lima (Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid)***, y Ricardo Esteban Legarreta (Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona)****

Resumen. El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 31 de agosto de 2018 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También incluye sentencias y decisiones dictadas en ese periodo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión de Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Principio de igualdad de trato y de oportunidades.

Abstract. This paper deals with the analysis of judgments related to the principle of equal treatment and opportunities and delivered from September 1, 2016 until August 31, 2017 by the Court of Justice of the European Union. It also includes judgments and decisions on the subject during this period issued by the European Court of Human Rights

Keywords: Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, Principle of equal treatment and opportunities.

* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, Noviembre de 2018, págs 362 y ss. La crónica comprende sentencias y decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@cgsp.be.

** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 1 “igualdad en las condiciones de trabajo”, 2 “igualdad en la seguridad social obligatoria”, y 5 “permiso parental”; y ha acometido también una revisión general conjuntamente con Jean Jacqmain, autor del estudio.

*** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 3 “protección de la maternidad”, y 4 “permiso de paternidad”.

**** Ha traducido íntegramente la Parte II “otras discriminaciones”.

PARTE I. IGUALDAD DE GÉNERO

En el ámbito legislativo nada que informar pues sigue debatiéndose en los órganos pertinentes la propuesta de una directiva destinada a mejorar la conciliación entre la vida laboral y familiar (COM (2017) 253 final).

En el ámbito jurisprudencial, se aprecia un curioso movimiento de péndulo: de 2016 a 2017 apenas comentamos un par de casos sobre discriminación de género¹; mientras de 2017 a 2018, arco temporal de la presente crónica, la discriminación de género (en particular, aspectos relacionados con la maternidad, la paternidad y el permiso parental) provocó más actividad judicial que las otras discriminaciones aludidas en el artículo 19 TFUE.

1. Igualdad en las condiciones de trabajo

1.1. Sentencia TJUE de 18 octubre 2017, Kalliri, C-409/16

Por primera vez, el Tribunal de Justicia ha tenido que lidiar con un problema que en el pasado ha provocado vacilaciones considerables en algunos Estados miembros (como Bélgica). Las reglamentaciones griegas sobre admisión en la academia de policía requieren que el candidato, cualquiera que sea su sexo, alcance una talla mínima igual a 1,70 metros. Rechazada porque no alcanzó este umbral, una candidata inició un procedimiento de quejas en el curso del cual el Consejo de Estado griego interroga al Tribunal de Justicia.

Dado que la decisión negativa impugnada se remonta a 2007, era aplicable todavía la Directiva 76/207/CEE; el objeto de la controversia se refiere a las condiciones de acceso al empleo, de acuerdo con su artículo 3. Vista la uniformidad para ambos sexos de la medida en cuestión, el TJUE establece que la discriminación de género es indirecta. Su existencia no le genera duda ya que la condición de 1,70 metros descalificó a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, como constató el Consejo de Estado; tanto mejor, podríamos decir, a la vista de las exigencias minuciosas que el TJUE establece para las demostraciones estadísticas en casos recientes.

Queda por proporcionar al tribunal nacional la información necesaria para examinar la justificación de la discriminación indirecta. El Gobierno griego invocó el cumplimiento de las tareas de la policía, a las que se aplicaba una condición de aptitud física tal que la talla mínima sería necesaria y adecuada. El TJUE se refiere a las sentencias que ha emitido sobre el mismo tema, pero en relación con el criterio de la edad máxima para el reclutamiento a la policía, a la luz de la Directiva 2000/78/CE. Señala que hasta 2003, el criterio de tamaño era diferente para hombres (1,70) y para mujeres (1,65), y en las fuerzas armadas, en particular, un mínimo de 1,60 se aplica linealmente, por lo que la razón propuesta no le resulta relevante.

¹ Véase Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2016 a 31/8/2017)", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017, págs. 20-21.

La Sentencia no ofrece sino en filigrana una respuesta a las dudas evocadas más arriba. Estas dudas surgieron precisamente de la implementación de la Directiva 76/207/CEE y del temor a que el mantenimiento de mínimos diferenciados constituyera una discriminación directa contra los hombres; además, las mismas dudas se extendieron a los umbrales de rendimiento en las pruebas físicas impuestas durante el reclutamiento para ciertos servicios públicos. La solución pareció ser la adopción de criterios uniformes, pero estos crearon un riesgo de discriminación indirecta contra las mujeres, como acabamos de ver. De hecho, el caso anotado ilustra, si no una laguna, al menos una falta de pedagogía en las directivas sucesivas: autorizan una excepción a la igualdad de trato cuando el sexo sea una “condición determinante” para el ejercicio de actividad profesional (artículo 2, apartado 6, de la Directiva 76/207/CEE; artículo 14, apartado 2, de la refundición 2006/54/CE); pero nada se dice sobre los efectos de meras características naturales que, total o parcialmente, difieren de sexo a sexo.

Oportunidad perdida: Poco antes del Tribunal de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre unos hechos similares. Una mujer fue despedida de un reclutamiento de psicólogos en una prisión lituana porque no alcanzó la altura mínima, establecida para mujeres a 1,55 metros y para los hombres a 1,60 metros; la justificación ofrecida del reglamento en cuestión consideraba que, por debajo de uno u otro de estos umbrales, los candidatos no disfrutarían de la buena condición física requerida para trabajar en un entorno penitenciario. El procedimiento que la demandante había seguido en vano ante los tribunales nacionales se refería únicamente a la pertinencia de estas disposiciones y, sin duda debido a la diferenciación de género, no se había mencionado la discriminación de género, aunque Lituania se adhirió a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, antes de los hechos del caso. El Tribunal de Estrasburgo declaró la solicitud inadmisible por falta de agotamiento de los recursos internos (Decisión de 11 julio 2017, *Kužmarskienė vs. Lituania*, Req. nº 54467/12).

1.2. *Auto TJUE de 7 febrero 2018, Maturi et alii y Passeri, C-142/17 y C-143/17 acumulados*

En Italia, la edad legal de jubilación, más allá de la cual el empleador puede despedir de inmediato, era para bailarinas de ópera a los 47 años y para bailarines a los 52 años. En 2010 una reforma legislativa redujo y estandarizó la edad a los 45 años, pero una disposición transitoria permitió que las personas que habían sobrepasado esa edad solicitaran beneficios hasta los máximos anteriores, y por tanto diferentes.

Esta situación provocó una disputa al final de la cual la Corte de Casación de Italia invitó al Tribunal de Justicia a interpretar el artículo 14.1.c) de la Directiva 2006/54/CE, que prohíbe la discriminación de género en condiciones de empleo y trabajo, incluyendo el despido. Al TEDH le bastó un auto para responder a una solicitud tan simple pues el esquema de transición ahora discriminaba directamente a las mujeres. Lo más llamativo es que solo se cite en la fundamentación un antecedente judicial, ciertamente el más reciente sobre el tema, pero un antecedente particularmente torturado (STJUE de 18 noviembre

2010, Kleist, C-356/09); cuando es que la posición del TJUE se remonta a más de treinta años (SSTJUE Roberts, 151/84; Marshall I, 152/84; Beets-Proper, 262/84).

1.3. Sentencia TEDH de 19 junio 2018, Demirel vs. Turquía, Req. n° 30733/08

Esta STEDH se refiere al acceso de las mujeres a guardias de seguridad en la compañía de electricidad estatal en Turquía, siendo una cuestión sobre la cual el TEDH enfrentó un caso similar casi en todos los aspectos unos cuatro años antes (STEDH de 2 diciembre 2014, Boyraz vs. Turquía, Req. n° 61960/08²). Inevitablemente en línea con ese precedente, concluyó por unanimidad que la imposición de la condición de “haber realizado el servicio militar”, o más crudamente “ser un hombre”, dió lugar a una violación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos combinada con el artículo 8 (vida privada); cinco jueces contra dos también encontraron una violación del artículo 6.1 (juicio justo), en relación con el razonamiento de una decisión del Tribunal Supremo Administrativo dictada durante el proceso nacional. La solicitante recibe una compensación de 11.000 € por daños no pecuniarios y no pecuniarios.

Observamos con preocupación que, si bien el TEDH tardó seis años (2008-2014) en decidir el primer caso, tomó diez (2008-2018) en el segundo, obviamente más fácil de resolver dado que se limitó a seguir el precedente.

2. Igualdad en la seguridad social obligatoria

2.1. Sentencia TJUE de 9 noviembre 2017, Espadas Recio, C-98/15

En 2012, el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona obtuvo unas respuestas precisas y útiles del Tribunal de Justicia sobre los efectos discriminatorios del trabajo a tiempo parcial en relación del derecho a una pensión de jubilación (STJUE de 22 noviembre 2012, Elbal Moreno, C-385/11³). Acaba de tener el mismo éxito ahora respecto a prestaciones por desempleo.

De acuerdo con la legislación española, la duración del derecho a las prestaciones de desempleo depende de los días cotizados, independientemente de la distribución de la jornada. Con esta regla, en el caso de un trabajo a tiempo parcial vertical (es decir, solo ciertos días de la semana), solo se tienen en cuenta los días de actividad; mientras que esta reducción no opera si hay un régimen horizontal (todos los días). La trabajadora en cuestión, una limpiadora que pertenecía a la primera categoría, solo obtuvo 420 días de beneficios por desempleo, mientras que, si atendiésemos a su período de cotización, se habrían justificado 720 días.

² Ver Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2014 a 31/8/2015)”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 37, 2015, págs. 18-19.

³ Ver Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2013 a 31/8/2014)”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 35, 2014, pág. 9.

El TJUE señala de entrada que la situación controvertida implica un régimen legal de Seguridad Social no incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 97/81/CE relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Si existe discriminación, se basa en el género y cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE sobre la igualdad de hombres y mujeres en los regímenes legales de Seguridad Social.

Claramente se manifiesta la diferencia en el tratamiento entre las dos categorías de trabajadores a tiempo parcial descritas anteriormente. El Juzgado de lo Social dijo que uno y otro incluyen entre el 70 y el 80% de las mujeres, lo cual no es objeto de ninguna contestación. Así las cosas, el Tribunal de Justicia no tiene aquí oportunidad para entrar en las argucias estadísticas que, en ocasiones anteriores, habían determinado un fuerte retroceso en su jurisprudencia⁴: en el caso enjuiciado la discriminación indirecta de las mujeres por referencia a los hombres resulta ser obvia.

Como justificación objetiva, el Gobierno español presenta únicamente el principio de proporcionalidad. Sin embargo, como señaló la Abogada General E. Sharpston, el argumento no se sostiene, ya que los individuos en cualquiera de las dos categorías han contribuido con cotizaciones a tiempo parcial y por la misma duración temporal. Sus conclusiones también merecen atención porque señalan, por un lado, que a menudo el empleador impone el programa de tiempo parcial vertical, y por el otro el resultado de la regulación impugnada deviene (como en *Elbal Moreno*) en una doble desventaja para la persona interesada, ya que la prestación por desempleo en sí misma se basa en una remuneración necesariamente incompleta.

Por lo tanto, el TJUE resuelve que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, que prohíbe la discriminación de género en el cálculo de los beneficios en los regímenes legales de Seguridad Social, excluye una tal regulación.

2.2. Sentencia TJUE de 26 junio 2018, *M.B.*, C-451/16

Con la espada del Tribunal de Estrasburgo en los riñones (*STEDH*, Gran Sala, de 11 julio 2002, *Goodwin vs. Reino Unido* e *I. vs. Reino Unido*, reqs. n° 28957/95 y 25680/94), el Reino Unido se vio obligado a modificar en 2005 su legislación para permitir la rectificación del estado civil después de un cambio de sexo. Una Sentencia posterior, esta vez del Tribunal de Luxemburgo (*STJUE* de 27 abril 2006, *Richards*, C-423/04), conoció del caso de un hombre que se convirtió en mujer, pero que no se pudo beneficiar de esa reforma y, en consecuencia, no pudo jubilarse en el plan de pensiones reglamentario a los 60 años, la edad normal para las mujeres (en lugar de 65 para los hombres); el Tribunal de Justicia encontró discriminación directa prohibida por artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

⁴ STJUE de 14 abril 2015, *Cachaldora Fernández*, C-527/13, que analizamos en "Crónica ... (de 1/9/2014 a 31/8/2015)", citada, págs. 19-20; y Auto TJUE de 17 noviembre 2015, *Plaza Bravo*, C-137/15, que analizamos en "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2015 a 31/8/2016)", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 39, 2016, pág. 8.

Las personas transexuales, sin embargo, todavía tenían que enfrentar la resistencia de la legislación a asumir el cambio de las prácticas sociales. El cambio de estado civil permitido en la legislación británica exigía que el solicitante de cambio de sexo registral no estuviera casado en el momento de su solicitud; era necesario, pues, que anulara o disolviera su previo matrimonio heterosexual. Condición que desapareció en 2014, cuando la legislación británica autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Aunque M. B. se convirtió en mujer, M. B. y su esposa rechazaron (por motivos religiosos) la disolución de su matrimonio; por ello M. B. no consiguió el acceso al registro civil del cambio de sexo; y, como en el caso anterior, no pudo retirarse a los 60 años. El litigio subsiguiente llegó a la Supreme Court, que planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Siguiendo la opinión del Abogado General M. Bobek, el TJUE decide que cuando una persona cumple con los criterios físicos, sociales y psicológicos impuestos para la reasignación de sexo, existe una discriminación directa en el sentido del artículo 4.1 de la Directiva 79/7, si además esta legislación le obliga a no encontrarse casado con alguien del sexo que ha adquirido.

3. Protección de la maternidad

3.1. Sentencia TJUE de 19 octubre 2017, Otero Ramos, C-531/15

La Directiva 92/85/CEE relativa a la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia se construye en torno a tres ejes: los permisos, la defensa del derecho al trabajo y la protección contra los riesgos laborales. La Directiva presta mucha atención a este último aspecto pues no en vano es uno de los instrumentos específicos adoptados a partir de la Directiva Marco 89/378/CEE relativa a la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no había tenido nunca ocasión de pronunciarse sobre este aspecto; la laguna viene de ser llenada, aunque en un aspecto estrecho.

Asignada a un servicio de urgencias de un hospital español, una enfermera que se reincorpora al puesto después de disfrutar de su permiso de maternidad, informa al empresario de que está alimentando a su bebe mediante lactancia natural, razón por la que debería beneficiarse de medidas de protección de riesgos laborales y adaptación de las condiciones laborales. La solicitud fue rechazada en la medida en que el hospital consideró que el puesto que ocupaba no comportaba ningún riesgo para la trabajadora que fuera madre lactante. La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social ratifica el análisis hecho por el empleador.

El litigio provocado por sendas negativas termina en un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que es quién plantea al Tribunal de Luxemburgo varias cuestiones relativas al alcance de las reglas comunitarias. Sin embargo, aunque la esencia de los debates jurídicos se referían a la evaluación de los riesgos que había llevado

a cabo el empleador, y sobre la que se apoyaba el rechazo a la petición de la trabajadora, las cuestiones prejudiciales se centran en la carga de la prueba desde la perspectiva de la interpretación del artículo 19.4.a) de la Directiva 2006/54/CEE (refundición), que dispone que, si se invoca discriminación por razón de género, las reglas de la prueba que fijan los apartados 1 a 3 se aplican también a las situaciones reguladas por la Directiva 92/85/CEE.

El Tribunal de Luxemburgo se apoya en las conclusiones de la Abogada General E. Sharpston para confirmar que el asunto está vinculado a la Directiva 2006/54/CE. En virtud de su artículo 2.2, la noción de discriminación por razón de género incluye cualquier tipo de trato desfavorable a las mujeres que esté ligado al embarazo o al permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE. El Tribunal extiende un poco más esa formulación para alcanzar los supuestos de lactancia natural, y lo hace invocando el objetivo de protección que persigue el Derecho de la Unión⁵. El artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE es entonces aplicable a un litigio en el que una trabajadora en situación de lactancia natural afirma que “la evaluación de riesgos (llevada a cabo por su empleador) no se ha efectuado de conformidad al artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE”. Posteriormente incumbe a la trabajadora el aportar la demostración “prima facie” de la evaluación defectuosa, lo que permitiría presumir la existencia de una discriminación directa; y el empleador tendría entonces la carga de llevar a cabo la prueba en contra.

Sorprende la redacción tan general de estas afirmaciones puesto que, siendo el establecimiento hospitalario que interviene en el proceso una institución pública, la controversia no cuestiona el efecto directo vertical de las disposiciones citadas por el Tribunal de Justicia; se trata más bien de que la jurisdicción de reenvío verifique si las reglas nacionales de transposición, tal y como son interpretadas judicialmente, hacen excesivamente difícil el efecto útil de la normativa comunitaria. Pero el Tribunal de Justicia no ha retomado las conclusiones que la Abogada General había hecho al respecto.

3.2. Sentencia TJUE de 22 febrero 2018, Porrás Guisado, C-103/16

Un litigio de una trabajadora embarazada despedida en el marco de un procedimiento de despido colectivo ha llevado al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a preguntar dos aspectos de la Directiva 92/85/CEE.

En su respuesta, el Tribunal de Justicia dice que el artículo 10.1 de la misma exige que la legislación nacional incluya ante todo el principio de prohibición del despido de una trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en situación de lactancia, y no se limite a imponer una reparación (en este caso la nulidad del despido), si el empresario no demuestra que su decisión se sustenta en motivos no relacionados con el estado de la interesada.

En lo que se refiere a la interacción entre la Directiva 92/85/CEE y la 98/59/CE relativa a los despidos colectivos, el Tribunal afirma que no hay contradicción entre los dos in-

⁵ Al respecto se cita la STJUE de 11 noviembre 2010, Danosa, C-232/09; véase un comentario en nuestra “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 29, 2011, págs. 9 y 10.

strumentos normativos. A tenor del artículo 10.1 de aquella, la legislación nacional puede prever que un despido colectivo conforme a la segunda constituye un motivo ajeno al estado de la interesada; y a tenor del apartado segundo, puede admitir que el empleador se limite a invocar la medida colectiva cuando informa a la trabajadora de los motivos de la extinción contractual, siempre que indique los criterios objetivos usados para designar a los miembros de la plantilla concernidos.

Por último, el artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE no impone que la legislación nacional asegure a las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en lactancia, una prioridad en el mantenimiento del puesto de trabajo o recolocación previa al despido colectivo, pero tampoco se opone.

En numerosos aspectos, el Tribunal se muestra más expeditivo que la Abogada General E. Sharpston, que particularmente había observado que la fórmula “excepciones no inherentes al estado de la trabajadora” (artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE), no se corresponde exactamente con la expresión “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” (artículo 1.1.a) de la Directiva 98/59/CEE). La Abogada general deseaba también que el Tribunal de Justicia examinase la hipótesis en la que en el momento de la notificación del despido colectivo el empleador no hubiera sido informado del embarazo; como ese elemento no figura entre las cuestiones prejudiciales, el Tribunal no los aborda, lástima.

Cabe señalar con curiosidad que, respecto de las finalidades de la Directiva 92/85/CEE el Tribunal se remite esencialmente a su sentencia Danosa⁶, lo que sigue alimentando nuestra perplejidad en la medida en que Danosa se refería no a una trabajadora asalariada, sino a una trabajadora autónoma.

3.3. Auto TJUE de 21 marzo de 2018, Vadillo González, C-252/17

En 2010, el Tribunal de Justicia analizó la curiosa figura del permiso de lactancia previsto en el Estatuto de los Trabajadores español. Se trata de una facultad de reducción diaria de la duración de la jornada de trabajo, hasta el noveno mes posterior al nacimiento, que ha seguido la evolución de las prácticas sociales para destinarse a los cuidados del menor, sea alimentándole o no mediante lactancia natural, de forma que se ha hecho accesible también al padre. Sin embargo, un trabajador asalariado no había podido disfrutar del permiso porque su esposa, trabajadora autónoma, no estaba cubierta por la regulación de la norma laboral. El Tribunal de Justicia consideró esta condición suplementaria impuesta a los varones como una discriminación en las condiciones de trabajo según la Directiva 76/207/CEE (STJUE de 30 septiembre 2010, Roca Álvarez, C-104/09)⁷.

Revisada, a la luz de esa Sentencia, la disposición entonces cuestionada, hoy establece que si los dos progenitores trabajan, solo uno de ellos puede ejercer el derecho.

⁶ STJUE de 11 noviembre 2010, Danosa, C-232/09; con nuestro comentario sobre ella *ut supra* citado.

⁷ Véase nuestra “Crónica ... (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, obra citada, pág. 9.

En consecuencia, se podría pensar que un padre trabajador asalariado cuya mujer se encuentra en desempleo, podría disfrutar del permiso sin dificultad, pero sin embargo la jurisprudencia nacional se encuentra dividida en este punto. Ciertos órganos consideran que si uno de los miembros de la pareja no está ocupado, podrá cuidar del menor, de modo que no está justificado que el otro progenitor disfrute el permiso. En un nuevo litigio, el Juzgado número 2 de Cádiz se ha dirigido al Tribunal de Justicia, que no ha dedicado al asunto más que un breve auto.

En *Roca Álvarez*, el Tribunal había estimado que la información proporcionada por la jurisdicción nacional no le permitía concluir que la disposición cuestionada contradecía la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre permisos parentales. La situación sigue sin aclararse puesto que también esta vez el Tribunal declara inadmisibile la cuestión en relación con la Directiva 2010/18/UE relativa al Acuerdo marco revisado.

En cuanto a la Directiva 2006/54/CE, el Tribunal constata que la regla inscrita en el Estatuto de los Trabajadores se aplica indiferentemente a los trabajadores femeninos y masculinos, con lo cual no hay discriminación directa, sin perjuicio de que pudiera deducirse algún tipo de discriminación indirecta. La jurisdicción española se limita a sugerir que, a la vista de la tasa de empleo inferior de las mujeres, son sobre todo los hombres los que se enfrentan a un rechazo del permiso en circunstancias parecidas. Esta imprecisión en la descripción de la desventaja particular a que se refiere el artículo 2.1.b) de la Directiva le sirve suficientemente al Tribunal para concluir también la inadmisibilidad de la cuestión respecto a este aspecto.

3.4. Sentencia TJUE de 26 octubre 2017, H.B., T-706/16 P

Las disposiciones de la Directiva 2006/54/CE se han aplicado por referencia en un asunto de la Función pública europea. Excluida de un procedimiento de promoción en la Comisión, una funcionaria presentó diversas quejas, especialmente la incidencia negativa de su ausencia durante el permiso de maternidad; invocó a propósito de su reclamación el asunto *Thibault* del Tribunal de Justicia (Sentencia de 30 abril 1998, *Thibault*, C-136/95).

Resolviendo en apelación en sustitución del extinto Tribunal de la Función Pública, el Tribunal rechaza el argumento, aplicando el esquema que traza el artículo 19.1 de la Directiva en lo que se prefiere a la práctica de la prueba. Además de la realidad de su permiso de maternidad, la recurrente no aporta ningún otro elemento que pueda fundamentar una presunción de discriminación por razón de género⁸. El Tribunal observa también que el asunto no guarda relación con el caso francés *Thibault*, en el que, como consecuencia de su ausencia por maternidad, el sujeto de la causa no había podido ser objeto de evaluación y calificación necesaria para su promoción.

⁸ El Tribunal de Luxemburgo hace referencia a las conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en la STJUE de 23 septiembre 2004, *Hectors*, C-150/03 P.

3.5. Sentencia TJUE de 7 marzo 2018, DW, C-651/16

Justificado por el objeto del litigio, se puede aún mencionar un asunto de libre circulación de trabajadores. La legislación letona prevé que la prestación de Seguridad Social que se abona durante el permiso de maternidad se calcula sobre la remuneración media que ha dado lugar cotizaciones a lo largo de un periodo de referencia de doce meses. Una trabajadora solo había estado ocupada en Letonia durante el último de esos meses, con anterioridad había prestado sus servicios para una institución de la Unión Europea y no había entonces cotizado en el régimen general. Su prestación de maternidad se calculó en relación a esos once meses a partir de una cantidad uniforme mínima como si no hubiera trabajado. Y su reclamación desencadena un litigio al hilo del cual la corte suprema interroga al Tribunal de Justicia.

Reenviando la solución del caso a una jurisprudencia constante⁹ y observando que Letonia no demostró la existencia de riesgo alguno para el equilibrio de su Sistema de Seguridad Social¹⁰, el Tribunal concluye que el artículo 45 TFUE (libre circulación de trabajadores) se opone a reglas nacionales que conduzcan a consecuencias como las acabadas de exponer.

3.6. Decisión TEDH de 22 mayo 2018, Cristaldi vs. Italia, Req. n° 29923/13

Ya en su momento hemos dado cuenta sobre la Sentencia Ornano del Tribunal de Justicia¹¹ referida a la indemnización especial que compensa los gastos que soportan los magistrados italianos en el ejercicio de su actividad profesional. A esta ventaja no se tiene derecho en caso de suspensión de la ejecución del servicio, aunque desde el 1 de enero de 2005 también se genera mientras se disfruta del permiso de maternidad. El rechazo a una solicitud de indemnización correspondiente a dos permisos de maternidad anteriores a esta fecha conlleva que una magistrada acuda ante el Consejo de Estado, que a su vez se dirigió al Tribunal de Justicia. En función de las disposiciones de la Unión que estaban en vigor en el momento de los hechos (la Directiva 76/207/CEE), el Tribunal concluyó que no hay discriminación por razón de género en la medida en que una jueza que se encuentre en permiso de maternidad se encuentra en una situación diferente de aquella en la que se hallan los colegas masculinos y femeninos que realizan su prestación de servicios. También en su momento consideramos que esta solución debería ser objeto de reexamen porque el actual artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE asimila a una discriminación todo trato menos favorable ligado a la maternidad, y es una norma aplicable a todas las condiciones laborales incluso la remuneración.

⁹ SSTJUE de 16 diciembre 2004, My, C-293/03; de 16 febrero 2006, Öberg, C-185/04; y de 4 febrero 2015, Melchior, C-647/13.

¹⁰ Véase STJUE de 21 enero 2016, Comisión contra Chipre, C-515/14.

¹¹ STJUE de 14 de julio de 2016, Ornano, C-335/15; véase nuestra "Crónica ... (de 1/9/2016 a 31/8/2017)", citada, págs. 9 y 10.

Otra magistrada ha planteado una controversia idéntica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El departamento competente le había reclamado el reembolso de la indemnización judicial especial que le había sido mantenida durante un permiso de maternidad disfrutado en 2003. Cuando ella impugnó la reclamación de esas cantidades indebidas, el Tribunal Constitucional italiano había respondido que la ausencia de retroactividad de la modificación legal en vigor a partir del 1 de enero de 2005 no vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la recurrente invocaba el incumplimiento del artículo 1 del Primer Protocolo, junto al artículo 14 del Convenio Europeo. Alegaba una discriminación indirecta, y se comparaba con el conjunto de magistrados/as que no disfrutaban de un permiso de maternidad. Es un argumento que parece prudente en el Derecho de Estrasburgo (puesto que el TEDH suscribe ese análisis), pero que supone un retroceso respecto del Derecho de Luxemburgo si se considera que desde la sentencia Dekker¹² el TJUE viene admitiendo que toda discriminación que se justificase en la maternidad era directa, bien es cierto que en materia de condiciones de reclutamiento, y no de remuneración.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos trae a colación la STJUE Ornano para contextualizar el caso, y después de dedicar un “análisis atento” de la legislación italiana aplicable a los hechos del supuesto, considera que, en tanto que la recurrente disfrutaba de un permiso de maternidad remunerado, sus colegas masculinos y femeninos que llevaba a cabo el servicio, soportaban los gastos correspondientes. Como la interesada no había sufrido ese perjuicio, se concluye que la demanda resulta inadmisibile.

A pesar de esta aproximación más minuciosa que la del Tribunal de Justicia, nos quedamos sin saber en qué consisten los gastos reales importantes (4.105 euros por cinco meses de permiso de maternidad en 2003), y sobre todo, por qué el legislador italiano puso fin en 2004 a una exclusión que, según las dos jurisdicciones europeas, resultaba evidente por sí misma.

3.7. Decisión de 16 enero 2018, Charron et Merle-Montet vs. Francia, Req. n° 22612/15

Ante el Tribunal Europeo de nuevo, una pareja de francesas planteo una petición fundada en los artículos 8.1 (derecho al respecto de la vida familiar) y 14 del Convenio Europeo. Su solicitud de fecundación asistida había recibido una respuesta negativa de un centro hospitalario universitario porque el Código de la Sanidad Pública no autoriza ese tipo de procedimiento más que para una pareja compuesta por una mujer y un hombre. Ellas habían considerado que resultaría en vano la reclamación ante los órganos jurisdiccionales nacionales por cuanto en una Sentencia del 17 de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional había declarado que la ley de la misma fecha llamada “matrimonio para todos” no había impuesto la modificación de las disposiciones de salud pública cuestionadas. Sin embargo, el Tribunal Europeo ha inadmitido la demanda amparándose en la falta de agotamiento de las vías de recurso previas.

¹² STJUE de 8 noviembre 1990, Dekker, C-177/88.

¿Habrían debido las interesadas en todo caso someter el asunto a los órganos jurisdiccionales administrativos para poner en juego el Derecho de la Unión Europea? Como la regla litigiosa se inserta en una legislación general, parecería imposible apoyarse en la Directiva 2000/78/CE (que se refiere al trabajo) para denunciar una discriminación por razón de orientación sexual. Ahora bien, si esta disposición relativa a las prestaciones sanitarias se considerase incluida en la categoría enfermedad¹³, ¿no sería pertinente aplicar la Directiva 79/7/CEE puesto que, necesariamente, es la presencia de un hombre en la pareja la que condiciona el acceso al procedimiento médico? A través de la cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia habría podido verificar la validez de la frontera que ha trazado entre los criterios “sexo” y “orientación sexual”¹⁴.

3.8. Decisión de 6 de febrero de 2018, *Bonnaud et Lecoq vs. Francia*, Req. n° 6190/11

A modo de *post-scriptum* al asunto anterior, pero sin ningún vínculo con el Derecho Social, cabría añadir el caso de otras dos francesas que vivían en pareja, y que tenían cada una un hijo, fruto de un proceso de fecundación asistida desarrollado en Bélgica. Habían presentado solicitudes cruzadas de delegación de la autoridad parental, cada una respecto del hijo de la otra, a las que el juez de familia había accedido. Recurrida la sentencia por la Fiscalía de la República, esa decisión se anuló en apelación. Y el Tribunal Supremo confirmó la nulidad de la decisión.

Ante el Tribunal Europeo, las interesadas denunciaban una violación de los artículos 8 y 14 del Convenio. El Tribunal observa que el artículo 377.1 del Código Civil francés autoriza la delegación de la autoridad parental cuando particulares circunstancias de vida lo exijan, y que la aplicación que de él hace la jurisprudencia –como en el supuesto– no oculta sesgo alguno suscitado por la orientación sexual de los/las progenitores/as. Aún más, parece que a ojos de su entorno, las dos mujeres aparecían como la pareja de progenitoras de sendos menores. Finalmente, tras su separación, una ha reiterado su demanda, y la otra ha comenzado un proceso de adopción de la hija de la primera. Y, valorando todo ello, la demanda se inadmite.

4. Permiso de paternidad

4.1. Decisión de 12 de diciembre de 2017, *Hallier e. a. vs. Francia*, Req. n° 46386/10

Con anterioridad de la reforma legislativa francesa de 17 de mayo de 2013 mencionada más arriba, dos mujeres habían suscrito un pacto civil de solidaridad. Cuando una de ellas dio a luz, la otra solicitó ser beneficiaria del permiso de paternidad (11 días) indemnizado por el seguro de enfermedad. La Caja rechaza la solicitud, lo que desencadena un procedimiento judicial en el que, en todas las instancias, se rechaza la demanda; y en

¹³ En este sentido, STJUE de 19 octubre 1995, Richardson, C-137/94.

¹⁴ En la STJUE de 17 febrero 1998, L.J. Grant, C-249/96.

último lugar por el Tribunal Supremo, que afirma que la disposición legal cuestionada se apoya en un criterio único de paternidad biológica, por lo que no se puede concluir que exista discriminación alguna.

Ante el recurso de las dos mujeres, el Tribunal Europeo declara inadmisibile la demanda que denunciaba una violación de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo, al mantener que la regla cuestionada tenía por objeto “reforzar a los padres (biológicos) en su responsabilidad educativa respecto de sus hijos”, objetivo legítimo que descarta todo riesgo de discriminación.

El objeto del litigio desapareció en 2012 al reconocerse que el otro miembro de una pareja que no sea el padre biológico tiene derecho a un permiso de acogida idéntico al de paternidad. Sin embargo el asunto ha sido una ocasión perdida de profundizar sobre una cuestión realmente seria.

Se puede leer en la decisión que las interesadas habían planteado simultáneamente su demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, y una queja informal ante la Comisión Europea, que la había archivado sin darle curso, en especial porque se había planteado demanda en paralelo ante el TEDH.

Por otra parte, en la Sentencia de 11 de marzo de 2010 del Tribunal Supremo francés se observa que el Derecho de la Unión se había citado en el cuerpo, pero mezclado con otras disposiciones nacionales e internacionales. Hay que lamentar que ninguna jurisdicción francesa haya sido invitada u obligada, sobre la base del artículo 267 TFUE, a preguntar al Tribunal de Justicia acerca de una eventual discriminación fundada en el género, respecto al Derecho de la Unión. El criterio de la orientación sexual, también él, es obvio, pero habría resultado más difícil que entrara en juego, porque la Directiva 2000/78/CE no se aplica a los regímenes legales de Seguridad Social, del que deriva la prestación que genera la controversia.

El análisis que pudiera hacer el Tribunal de Justicia presentaría aún mucho más interés atendiendo a que la proposición de Directiva COM (2017) 253 mencionada más arriba contempla explícitamente la finalidad de animar una más efectiva implicación de los padres en las tareas de educación de los hijos, y lo hace, entre otras maneras, imponiendo a los Estados miembros que han de instaurar un permiso de paternidad de al menos 10 días. También se precisa que este derecho debe poder ejercerse sea cual fuere la situación matrimonial o familiar; fórmula que, según la exposición de motivos de la Comisión, pretende evitar toda discriminación entre parejas casadas o no casadas, homo- o heterosexuales. Esta corrección tan discretamente expresada es esencial para prevenir los efectos adversos con una excelente intención, tal y como se ilustra con la decisión comentada.

5. Permiso parental

5.1. Sentencia TJUE de 7 septiembre 2017, H., C-174/16

En la administración del Land de Berlín, un funcionario había aprobado la prueba de selección para acceder a un puesto directivo, sujeto a la finalización exitosa de una pasantía

de dos años a completar de manera efectiva. Durante la mayor parte del tiempo estuvo en permiso parental, que continuó cuando supo que el trabajo en cuestión se había vuelto a sacar a concurso y se había asignado a otro funcionario. Al conocer de su recurso, el Verwaltungsgericht de Berlín presentó al Tribunal de Justicia varias cuestiones relativas a la Directiva 2010/18/UE (Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental), así como acerca de las consecuencias que se deben extraer si el sistema nacional resulta ser incompatible con esta.

Adoptando la Opinión del Abogado General Mengozzi, el Tribunal responde con la mayor firmeza y precisión en aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, cuyo apartado 1 garantiza el derecho a regresar al lugar de trabajo al final de la licencia parental, y el 2 el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición al comienzo de esta. Teniendo en cuenta los objetivos del Acuerdo marco, esas disposiciones prohíben el trato que el solicitante ha sufrido conforme a las normas nacionales; y el hecho de que la duración de la licencia parental alemana supere con creces el mínimo de 4 meses requerido por el Acuerdo marco resulta irrelevante.

Para hacer efectivo el rechazo a este tratamiento, el tribunal remitente debe asegurarse de que el funcionario en cuestión pueda continuar completando el período de prueba en el cargo al que había accedido; si, como argumenta el Land, esto resulta imposible por razones organizativas, debe asignarse a un puesto equivalente con las mismas perspectivas de nombramiento definitivo. Y se excluye que tenga que someterse a una nueva selección.

Dadas estas respuestas, el Tribunal se abstiene de examinar la posibilidad de discriminación indirecta de género en el sentido de la Directiva 2006/54/CE (al ser mujeres las principales usuarias del permiso parental). No obstante, dada la relativa proximidad de los hechos, se sugiere comparar la decisión aquí resumida con *Napoli*, que se refería a los efectos negativos de un permiso de maternidad en el progreso de una pasantía¹⁵.

5.2. Sentencia TEDH de 3 octubre 2017, *Enache vs. Rumanía*, Req. nº 16986/12

Fuera del ámbito de las relaciones laborales, el impacto de la maternidad, o la paternidad, se planteó inesperadamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Rumanía, un hombre condenado a siete años de prisión había invocado sin éxito la aplicación a su favor de una disposición legal que permite a una madre solicitar el aplazamiento de la ejecución de la sentencia hasta el primer cumpleaños del hijo recién nacido.

En su demanda, basada en el artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 8 (vida familiar), el Tribunal Europeo recuerda que, con respecto a la parentalidad, las situaciones de mujeres y hombres son comparables, como estableció en *Markin vs. Rusia*¹⁶. Sin embargo, una mayoría de cinco jueces contra dos admite que la diferencia de trato tiene una justificación objetiva, que el gobierno en cuestión afirma encontrar en el mejor interés del niño,

¹⁵ STJUE de 6 marzo 2014, C-595/12; ver Jean Jacqmain "Crónica ... (de 1/9/2014 a 31/8/2015)", citada, págs. 19-20.

¹⁶ STEDH, Gran Sala, de 22 marzo 2012, Req. nº 30078/06; ver Jean Jacqmain "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2011 a 31/8/2012)", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, núm. 31, 2012, págs. 20-21).

concretado por “los vínculos particulares que existen entre la madre y el niño recién nacido”. La opinión concurrente del Presidente de la Sala, G. Yudkivska, enfatiza la importancia de la lactancia materna. Por el contrario, los disidentes P. Pinto de Albuquerque y M. Bošnjak subrayan que la posición mayoritaria contradice claramente la jurisprudencia Markin.

PARTE II : OTRAS DISCRIMINACIONES

Este año no ha habido ninguna evolución legislativa a mencionar. En el apartado de jurisprudencia, en Luxemburgo, al igual que en Estrasburgo, la discriminación por las condenas al igual que por la edad ha requerido mucha atención de los tribunales, sin que quepa imaginar la jerarquización de las prácticas discriminatorias, todas ellas extremadamente perjudiciales.

1. Discriminación por razón de la raza o del origen étnico

1.1. Decisión de 11 julio 2017, *Dimitrova a.o. contra Bulgaria*, Req. n° 39084/10

El pasado año había recaído una decisión de inadmisibilidad dictada por el Tribunal europeo respecto a personas gitanas expulsadas de viviendas insalubres en Rumanía (STEDH de 4 abril 2017, *Cazacliu e.a. vs. Rumanía* Req. n° 63945/09). Un asunto similar, que implica a Bulgaria y que es el que ahora ocupa nuestro comentario, ha conocido una solución idéntica. En este caso, la expulsión y la demolición de las viviendas insalubres, llevada a cabo en invierno, había costado la vida a un bebé.

A diferencia del caso de Rumanía, los acontecimientos sucedieron en 2008, después de la adhesión de Bulgaria a la Unión Europea (1 de enero de 2007), disponiendo ese Estado de legislación para implementar la Directiva 2000/43/CE; no obstante, al resolver los recursos presentados por una asociación en nombre de las víctimas, las instancias jurisdiccionales nacionales no habían examinado el impacto de esta legislación. Resulta así de lamentar que la asociación no haya logrado forzar un debate sobre el fondo (¿por falta de experiencia en la puesta en marcha de sus vías de defensa?); lo que permite al TEDH constatar la falta de agotamiento de las vías internas de recurso, y con ello procede a la inadmisión de la demanda.

2. Discriminación por razón de la edad

2.1. Sentencia TJUE de 28 febrero 2018, *John*, C-46/2017

El Tribunal Regional de Trabajo de Bremen planteó diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia sobre el final de carrera de un profesor contratado. En

virtud del convenio colectivo aplicable a la función pública de los Länder, la vinculación de servicio finaliza cuando la persona alcanza la edad en que puede acceder a la pensión de jubilación, si bien en el ámbito del sector educativo la relación de empleo puede prolongarse más allá de esa edad, hasta el fin del año escolar en curso, es decir, durante un periodo determinado. En este caso, el docente había solicitado tras la expiración de ese plazo, una prolongación de un semestre; y dado el rechazo de la entidad empleadora a su solicitud, decidió plantear un litigio.

Las cuestiones prejudiciales se fundamentaban principalmente en la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada; el TJUE responde que la cláusula 5 del acuerdo no se opone a que una disposición nacional autorice una o diversas prórrogas de la contratación, subordinándolas al consentimiento de ambas partes.

Por otra parte, la jurisdicción alemana había evocado la incidencia de los artículos 2.2 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, en relación con el criterio de la edad. El Tribunal de Justicia se refiere sin dudarle a su Sentencia Rosenblatt¹⁷, en la que había validado la legislación federal que prevé de modo general la cesación automática de los contratos de trabajo a la edad de la jubilación; el TJUE observa que el convenio colectivo en causa introduce, por voluntad de los interlocutores sociales, un elemento de flexibilidad que conduce los intereses de las dos partes al contrato. No hay, de este modo, discriminación respecto al artículo 2.2 de la Directiva.

2.2. Sentencia TJUE de 14 marzo 2018, Stollwitzer, C-482/16

Eliminar las consecuencias de una antigua discriminación fundada sobre una edad mínima se revela una tarea ardua. En 2009 el Tribunal de Justicia había señalado¹⁸ que excluyendo del cálculo de la antigüedad los periodos de formación llevados a cabo antes de la edad de 18 años en la institución donde el trabajador había proseguido su carrera, las disposiciones legales austriacas contravenían el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE, sin poderse justificar tal opción a la luz de su artículo 6, número 1. Las correcciones realizadas con posterioridad en la legislación austriaca aplicable a la función pública dieron lugar, a su vez, a impugnaciones¹⁹.

En cuanto a los ferrocarriles federales, a los que se les aplica una legislación distinta, un primer intento de rectificación había dejado subsistir la discriminación, como así lo había constatado el Tribunal de Justicia²⁰.

Una nueva tentativa ha provocado un litigio adicional y además una cuestión ante el Tribunal de Luxemburgo planteada por el Tribunal de Apelación de Innsbruck. En esta ocasión, el legislador suprimió retroactivamente y para todos los trabajadores el umbral

¹⁷ STJUE de 12 octubre 2010, Rosenblatt, C-45/09.

¹⁸ STJUE de 18 junio 2009, Hütter, C-88/08.

¹⁹ Que se examinaron en la STJUE de 11 noviembre 2014, Schmitzer, C-530/13.

²⁰ STJUE de 28 enero 2015, Starjakob, C-417/13.

del 18 años, de modo que los periodos de actividad anteriores y posteriores a esta edad cuentan en adelante en la antigüedad baremada, pero a condición de que la experiencia adquirida gracias a esa prestación lo haya sido en empresas que operen en el mismo sector de actividad que el del empleador actual.

El Abogado General P. Mengozzi había concluido que este nuevo régimen era discriminatorio porque con anterioridad los periodos de formación realizados tras los 18 años entraban dentro de la antigüedad baremada, siendo igual el sector en el que se hubiesen realizado; mediante la cláusula de salvaguarda de los derechos adquiridos, los trabajadores que se habían beneficiado de esa toma en consideración, eran tratados de manera más favorable que aquellos trabajadores a los que afectaba la nueva condición.

Por el contrario, el Tribunal, separándose de las conclusiones del Abogado General, estima que el régimen impugnado satisface hoy día las exigencias de los artículos 2, 6 y 16 de la Directiva. Mediante las reglas nacionales que asimilan la prestación de servicios en el sector ferroviario de otro Estado miembro, el artículo 45 TFUE no se encuentra tampoco en cuestión.

2.3. Sentencia TJUE de 3 mayo 2018, H.K. vs. Comisión, T-574/16

Daremos cuenta aquí de un asunto de función pública europea. Una agente estatutaria de la Comisión Europea había vivido veinte años en concubinato con un ciudadano belga afectado de una grave enfermedad crónica cuyas necesidades ella atendía. La pareja contrajo matrimonio en 2014, pero once meses más tarde, falleció la esposa. En aplicación del artículo 17, apartado 1, del Anexo VIII del Estatuto de personal, que impone la condición de que el matrimonio haya durado al menos un año, la Comisión rechazó la concesión de una pensión de viudedad al cónyuge superviviente.

El Tribunal resuelve el recurso rechazándolo, declarando que la condición de acceso a la pensión no es ni arbitraria ni inadecuada. El Tribunal estima infundado el agravio fundamentado en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (el principio general de igualdad y no discriminación) y, por relación, en el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE, descartando como desprovista de pertinencia la alegación de la Sentencia Maruko del Tribunal de Justicia²¹, que se refería a una pensión de supervivencia de un régimen profesional de Seguridad Social, condicionado a la existencia de un matrimonio que, de acuerdo con la legislación alemana de aplicación, era vedado a las parejas homosexuales.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia cita el precedente D. y Suecia vs. Consejo, en el que había confirmado²² que otra exigencia legal de matrimonio privaba legítimamente de asignación familiar a un funcionario masculino integrante, de acuerdo con su ley nacional, de una pareja registrada con un hombre. Diecisiete años más tarde, se constata que este mismo rigorismo mantiene su vigencia en la Comisión (salvo que, si nos atrevemos

²¹ STJUE de 1 abril 2008, Maruko, C-267/06. Véase también la STJUE de 10 mayo 2011, Römer, C-147/08.

²² Sentencia del 31 mayo de 2001, D. y Suecia vs. Consejo, C-122/99 P y C-125/99 P acumulados.

a esperar²³, se trate de un matrimonio homosexual legalmente contraído en un Estado miembro no podría ser discutido por el Estatuto). Por otro lado, el Tribunal de Justicia comenta que la duración mínima de un año exigida para la concesión de una pensión de viudedad va orientada a la prevención de maniobras cuasi macabras de apropiación; tal consideración resulta singularmente insultante en este caso tan concreto.

En su conjunto, la Sentencia objeto de nuestro comentario genera la impresión de una profunda hipocresía desconectada de la realidad social²⁴, a lo que se añade una indecorosa preocupación por el ahorro presupuestario.

2.4. Sentencia TEDH, Gran Sala, de 5 septiembre 2017, Fábíán vs. Hungría, Req. n° 78117/13

Para diversos Estados miembros de la Unión Europea la búsqueda del equilibrio presupuestario ha estimulado la adopción de medidas restrictivas en la función pública, especialmente en materia de jubilación. De este modo, la incompatibilidad del cobro de una pensión a cargo de Rumanía con los ingresos de una actividad asalariada en el sector público, al tiempo que esta acumulación de ingresos es posible si el trabajo se ejerce en el sector privado, había sido sometida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de una cuestión prejudicial, en relación con la incidencia que pudiera tener la Directiva 2000/78/CE. Dentro de los límites estrechos de esta Directiva, el Tribunal había concluido en 2015²⁵ que no había una discriminación basada en la edad.

Por lo contrario, una Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había condenado a Hungría²⁶ por una regulación similar, al constatar una violación del artículo 1º del Primer protocolo (derecho de propiedad) y una doble discriminación a la luz del artículo 14 de la Convención, cuya formulación abierta acoge criterios no previstos en la Directiva 2000/78/CE.

Sin embargo, el Gobierno implicado logró el reenvío del expediente ante la Gran Sala y esta última, por 11 votos contra 6, modificó el criterio precedente en la Sentencia que ahora comentamos dictada de conformidad con una jurisprudencia permisiva del Tribunal de Estrasburgo sobre las medidas nacionales de austeridad que implementan los acuerdos concluidos con las instituciones de la Unión y los organismos internacionales. La mayoría considera que la afectación al derecho de propiedad no se muestra excesiva, añadiendo además que las realidades en los sectores público y privado no son comparables; la perspectiva de la discriminación que resultaría de que la prohibición de acumulación no se aplica de modo uniforme en los servicios públicos, ni siquiera parece haberse examinado.

²³ Teniendo en cuenta la STJUE de 5 junio 2018, Coman e.a., C-673/16, dictada por el TJUE en materia de libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias (Directiva 2004/38/CE).

²⁴ Comparar con la STJUE de 20 julio 2016, Michel-Deberghes vs. Comisión, F-104/15, relativo a esposos divorciados luego casados de nuevo. En el sentido del artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE, hay que tener en cuenta la convención de hecho: STJUE de 12 julio 2018, Banger, C-89/17.

²⁵ STJUE de 21 de marzo de 2015, S.C.M.D., C-262/14.

²⁶ STEDH de 15 diciembre 2015, Fábíán v. Hungary, Req. n° 78117/13.

Muy poco después, el Tribunal de Estrasburgo se refirió a esta Sentencia de la Gran Sala para declarar manifiestamente mal fundamentadas y por lo tanto no admisibles nuevas peticiones con un planteamiento similar²⁷.

3. Discriminación por razón de la discapacidad

3.1. Sentencia TJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero C-270/16

Aunque un trabajador había sido reconocido como persona con discapacidad a causa de una afección endocrina, que provocaba una obesidad a su vez generadora de crisis de lumbago, el mismo había sido empleado por una empresa española de limpieza. Su estado de salud provocaba periodos de incapacidad temporal de corta duración, aunque repetidos, cuyo total superaba el umbral más allá del que el Estatuto de los Trabajadores autoriza al empleador a despedir, lo que finalmente decidió la empresa. Tras la impugnación judicial del despido por parte del empleado, el Juzgado de lo Social de Cuenca plantea cuestión prejudicial a propósito de la compatibilidad de las reglas nacionales con la Directiva 2000/78/CE.

En sus conclusiones, la Abogada General E. Sharpston recomienda al Tribunal proceder en dos tiempos: en primer lugar, el Tribunal debería verificar si el Estado miembro ha tomado las medidas necesarias respecto al artículo 5 de la Directiva, ya que, a falta de ajustes razonables (o de la acreditación de la imposibilidad de su implementación), permitir el despido de un trabajador con discapacidad contravendría las exigencias de esta disposición; solo a continuación, el Tribunal debería examinar la validez de los motivos anticipados por el Gobierno de España para justificar la discriminación indirecta por discapacidad derivada de las reglas nacionales.

Sin embargo, el Tribunal parece preocupado sobre todo por mantener la posición que había adoptado en el asunto Chacón Navas²⁸: la noción de discapacidad es la propia de la Directiva, de suerte que, incluso si la legislación cuestionada reconoce a un trabajador como persona con discapacidad, cabe indagar respecto a si su participación plena y efectiva en la vida profesional se muestra afectada. A este respecto, el precedente Kaltoft²⁹ no permite asimilar de oficio la obesidad a la discapacidad. Es la jurisdicción nacional quien debe proceder a esta indagación –aspecto que, curiosamente, no figura en la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal-.

En cuanto a la discriminación indirecta, el precedente Ring y Skouboe Werge³⁰ guía la decisión: el artículo 2, apartado 2. letra b), inciso i), de la Directiva se opone a una regla susceptible de afectar de modo particular a los trabajadores con discapacidad salvo si tal disposición, al tiempo que persigue el objetivo legítimo de luchar contra el absentismo,

²⁷ Decisiones TEDH de 6 marzo 2018, Gellértheygyi, Balla and Balláné Gal vs. Hungría, Reqs. n° 78135/13 y 429/14; y de 10 abril 2018, Vereš and Kocjančič vs. Eslovenia, Reqs. n° 50408/15 y 11727/16.

²⁸ STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05.

²⁹ STJUE de 18 diciembre 2014, Kaltoft, C-354/13.

³⁰ STJUE de 11 abril 2013, Ring y Skouboe Werge, C-335/11 y C-337/11 acumulados.

no excede de lo necesario para alcanzarlo –lo que no va a ayudar mucho al Juzgado de lo Social de Cuenca-. En todo caso, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dedicada a esta causa de discriminación es lenta.

3.2. Sentencia TEDH de 30 enero 2018, Şahin vs. Turquía, Req. nº 23065/12

Hace tres años, la Gran Sala del TEDH había declarado³¹ la inadmisibilidad por falta de agotamiento de las vías internas de recurso, la petición de un estudiante rumano, afectado de modo sobrenatural por una paraplejia, al que ninguna universidad había querido garantizar los ajustes de acceso necesarios para permitirle la continuidad en su actividad académica. Habíamos comentado que si el Derecho de la Unión Europea hubiera sido invocado durante el litigio ante los tribunales internos, se hubiera debido tener en cuenta la Directiva 2000/78/CE, aplicable a los estudios seguidos por el recurrente, que eran de formación profesional³².

Este precedente negativo no ha sido evocado en un nuevo asunto, cuyos hechos se muestran sin embargo como muy próximos: un estudiante universitario turco sufrió un accidente que le dejó parapléjico. Poco satisfecho ante las soluciones que le propone su facultad para continuar su recorrido académico, impugna la resolución ante el tribunal administrativo, que desestima el recurso. El Consejo de Estado confirma ese criterio.

A solicitud del estudiante, el Tribunal Europeo examina, en la Sentencia analizada, la combinación de los artículos 2 del Primer protocolo (derecho a la instrucción) y 14 de la Convención, y concluyó apreciando una discriminación basada en la discapacidad debida a la atención insuficiente que ha prestado el tribunal a la protección de los intereses del recurrente. Este obtuvo 10.000 euros a título de indemnización por el daño moral³³.

El Tribunal inevitablemente se refirió a la Sentencia dictada un par de años antes en otro asunto similar procedente de Turquía³⁴, que abordaba el rechazo de un conservatorio a la matrícula de una alumna ciega, que no obstante había sido galardonada en el concurso de acceso. De todos modos, en este caso, el establecimiento educativo no había ofrecido ningún ajuste adecuado para superar los obstáculos debidos a la discapacidad, mientras que, por lo contrario, la facultad involucrada en el nuevo litigio se había mostrado más sensible al problema mediante sus propuestas de solución.

En cuanto a la opinión disidente del Juez Lemmens es meritoria en su análisis. Para este Juez lo que perseguía el recurrente no era obtener las medidas de solución a su caso individual, sino forzar a las autoridades turcas a garantizar, en todas las instituciones educativas, las obras de transformación necesarias para asegurar a todas las personas afectadas por la misma discapacidad que la suya, el ejercicio de sus derechos. Dicho de otro modo, el juez reprocha a sus colegas por haberse concentrado en la noción de ajustes

³¹ Decisión TEDH de 9 julio 2015, Gherghina vs. Rumanía, Req. nº 42219/07; véase también la Decisión de 5 enero 2016, Radi and Gherghina vs. Rumanía, Req. nº 34655/14.

³² STJUE de 21 junio 1988, Lair, 39/86.

³³ Sentencia que ya es definitiva pues la petición del Gobierno turco de reenvío ante la Gran Sala fue rechazada el 2 de julio de 2018.

³⁴ STEDH de 23 febrero 2016, Çam vs. Turquía, Req. nº 51500/08.

razonables, que deriva del artículo 12 de la Convención, y no en la de accesibilidad, que deriva del artículo 2 del Primer Protocolo.

4. Discriminación por razón de las convicciones

4.1. Sentencia TJUE de 17 abril 2018, Egenberger, C-414/16

El Tribunal de Justicia ha tardado tiempo en poder examinar el cuarto criterio de discriminación previsto por la Directiva 2000/78/CE, el de las convicciones³⁵. Más recientemente todavía, el Tribunal se ha visto confrontado al anexo particular del artículo 4.2 de la Directiva vinculado a este criterio: el caso de las empresas de tendencia. La cuestión parece de primera importancia pues el Tribunal ha confiado el asunto a su Gran Sala.

La Iglesia evangélica alemana había publicitado una oferta de empleo a fin de contratar a una persona para redactar un informe, paralelo al del Gobierno, dedicado a la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. En la oferta, la pertenencia a una iglesia protestante o ser miembro de la comunidad de trabajo de las iglesias cristianas constituía un requisito, y el/a candidato o candidata era invitado a identificar su confesión religiosa. Una aspirante sin confesión identificada se postuló para el puesto de trabajo; superó una primera fase de selección pero no fue convocada a la entrevista y el puesto de trabajo acabó siendo adjudicado a un hombre que había precisado su pertenencia a una iglesia protestante. La candidata descartada alega una discriminación basada en sus convicciones e inicia un procedimiento que desemboca ante el Bundesarbeitsgericht, que acude al Tribunal de Justicia.

La diferencia de trato en función de las convicciones no fue objeto de discusión en el caso; el litigio se focalizó sobre la excepción debida a la exigencia profesional esencial y determinante (artículo 4.1 de la Directiva) con la dimensión particular que aporta el apartado 2. El Tribunal establece que este dispositivo complejo, destinado a conciliar el principio de no discriminación en el empleo con el de la libertad de las convicciones en las que se basa la entidad empleadora, significa que la adhesión a esas convicciones debe constituir una exigencia esencial, considerando la naturaleza de las condiciones de ejercicio de esa concreta actividad; asimismo la regla de proporcionalidad se aplica a esta necesidad. Tal formulación parece bastante abstracta y ciertamente al límite de la paráfrasis del contenido, tan cargado como atormentado del artículo 4.2. En sus conclusiones, el Abogado General E. Tanchev sugería una referencia a la jurisprudencia del TEDH de los derechos humanos que había analizado varios casos similares con mucho pragmatismo³⁶; sin embargo, el TJUE no se refiere sino a otra Sentencia del TEDH, especialmente discutible³⁷.

³⁵ Lo que aconteció con las SSTJUE de 14 marzo 2017, Achbita, C-157/15, y Bougnaoui, C-188/15.

³⁶ SSTEDH de 23 septiembre 2010, *Obst vs. Alemania*, req. n° 425/03, y *Schüth vs. Alemania*, Req. n° 1620/03; y STEDH de 3 febrero 2011, *Siebenhaar vs. Alemania*, Req. n° 18136/02.

³⁷ STEDH, Gran Sala, de 12 junio 2014, *Fernández Martínez vs. España*, Req. n° 56030/07, confirmando la Sentencia de la Sala de 15 de mayo de 2012.

Así se ve la jurisdicción alemana encargada de valorar la cuestión a la luz de su disposición nacional, esforzándose a la hora de poner en práctica una interpretación conforme al artículo 4.2 de la Directiva, lo que no debería revelarse demasiado arduo, ya que la normativa interna sigue de cerca la norma europea. Sin embargo, a fin de actuar con mayor seguridad, el Tribunal Federal de Trabajo había querido saber si, en caso de imposibilidad de interpretación conforme, debía inaplicarse la regla errónea.

La respuesta llega ineludible al igual que el desplazamiento de un glaciar (a salvo del calentamiento global). Ya que la norma europea implementa el principio de no discriminación previsto en el artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (combinado con el artículo 47 que enuncia el derecho a un proceso equitativo), la disposición nacional incompatible debe ser descartada: efecto directo no solo vertical sino horizontal de una directiva. Entre los catorce criterios enumerados en el artículo 21 la vía abierta³⁸, consolidada después³⁹, en relación al criterio de la edad se extiende así hacia el criterio de las convicciones. Parece pues que un criterio tras el otro acabará por ganar al del sexo, consolidando la supremacía del artículo 21 sobre el 23 ... con la salvedad de que el Tribunal confiese finalmente que reniega de la doctrina del efecto directo (vertical y no horizontal) que estableció ya hace más de treinta años⁴⁰. Si se me disculpa que vuelva a citarme otra vez: "solo los apasionados del teorema de Fermat desearían ver eternizarse una ambigüedad tan profunda"⁴¹.

4.2. Decisión TEDH de 13 marzo 2018, Balo contra Turquía, Req. n° 2379/10

El Tribunal de Estrasburgo declara aquí la inadmisibilidad, por falta de agotamiento de los recursos previos, de una demanda alegando el artículo 6.1 de la Convención (respecto a hechos que habrían permitido el juego de la Directiva 2000/78/CE, de haberse podido aplicar). En Turquía, una joven de dieciséis años había contraído matrimonio religioso con un funcionario, matrimonio que duró trece años, hasta el fallecimiento del esposo; habiendo tenido cinco hijos. Treinta años después del fallecimiento (sin duda, cuando ella alcanzó la edad de la jubilación), la viuda solicitó la concesión retroactiva de una pensión de viudedad (conforme a un régimen de función pública profesional si hubiéramos de calificarlo conforme con los criterios del Derecho de la Unión Europea). El fondo de pensiones rechazó la solicitud porque la legislación solo reconocía el matrimonio civil, siendo la decisión confirmada por las instancias administrativas superiores.

Al no haber entrado en el fondo del litigio, el Tribunal Europeo no se vio obligado a evocar un precedente casi idéntico⁴² en el que la Gran Sala había concluido la ausencia de violación del artículo 14 de la Convención combinado con el artículo 1 del primer pro-

³⁸ STJUE de 22 noviembre 2005, Mangold, C-144/04.

³⁹ STJUE, Gran Sala, de 19 abril 2016, Rasmussen, C-441/14.

⁴⁰ STJUE de 26 febrero 1986, Marshall I, 152/84.

⁴¹ J. Jacqmain, "Article 23 - Égalité entre femmes et hommes" en F. Picod y S. van Drooghenbroeck (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 546.

⁴² STEDH de 2 noviembre 2010, Yigit vs. Turquía, Req. n° 3976/05.

toloco, considerando que el artículo 8 (derecho a la vida familiar) no obliga a los Estados firmantes a reconocer los matrimonios religiosos. En ese precedente el Tribunal debería haber explicado las diferencias con un asunto anterior⁴³ que le había conducido a una solución inversa: se trataba de la legislación española, que admite que uniones celebradas conforme a ciertas religiones tengan los mismos derechos que el matrimonio civil, al tiempo que las autoridades nacionales no habían podido justificar por qué rechazaban un efecto similar para el matrimonio formalizado según la costumbre gitana.

En conjunto, estos conflictos no han obligado todavía al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a abordar diversas cuestiones complejas, como los matrimonios infantiles o la desaparición de los derechos derivados en casos en que la legislación no garantiza a toda persona sus derechos propios⁴⁴.

4.3. Sentencia TEDH de 24 julio 2018, Negrea vs. Rumanía, Req. 53183/07

Siguiendo el hilo temático, se añade un asunto que habría merecido un examen en términos de género o de origen étnico, y en Derecho de la Unión, y no solo en Derecho del Consejo de Europa. En Rumanía, diversas mujeres gitanas no habían podido acceder a una prestación de nacimiento destinada a la madre. Según los recursos, la secretaria del ayuntamiento competente en la concesión de la prestación les había reprochado no haber cumplido la condición (no prevista por la legislación) de estar casadas legalmente, en lugar de practicar la unión de pareja de conformidad con las reglas de la comunidad gitana; según la funcionaria, el rechazo estaba motivado por el carácter extemporáneo de las solicitudes. Los procesos civiles y penales impulsados por las interesadas no acogieron sus pretensiones. El Tribunal Europeo se limitó a constatar la violación del artículo 6.1 de la Convención (duración razonable) en combinación con el artículo 13 (falta de recurso efectivo), pero consideró que no se había demostrado la violación del artículo 14 (discriminación) combinado con el 8 (vida familiar), o del artículo 1 del Primer Protocolo.

5. Discriminaciones más allá del marco general

5.1. Sentencia TEDH de 12 diciembre de 2017, Çölgeçen contra Turquía, Req. n° 50124/07

En 2001, siete estudiantes de la Universidad de Estambul habían solicitado la creación de un curso optativo de lengua kurda. Las autoridades académicas sancionaron a los estudiantes con suspensiones o expulsiones. Las medidas fueron posteriormente anuladas por la jurisdicción contencioso-administrativa; por lo contrario, no obtuvieron reparación pecuniaria. Al conocer de sus recursos, el Tribunal Europeo concluyó por 5

⁴³ STEDH de 8 diciembre 2009, Muñoz Díaz vs. España, Req. n° 49151/07.

⁴⁴ Sobre este tema véase Auto TJUE de 17 marzo 2009, Mariano, C-217/08.

votos contra 2 la concurrencia de una ingerencia desproporcionada en el derecho a la instrucción garantizado por el artículo 2 del Primer Protocolo; pero el Tribunal consideró que no disponía de elementos para realizar un examen respecto al artículo 14 de la Convención.

Dejando de lado el aspecto detestable de la represión autoritaria, ¿podría haberse abordado el caso de otra manera de haberse podido aplicar el Derecho de la Unión Europea? El acceso a la enseñanza superior se incluye dentro de la noción de formación profesional, prevista en el artículo 3.1.b) de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. Sin embargo, la segunda de estas Directivas no cita a la lengua entre las características que prohíbe utilizar con finalidad discriminatorias. En cuanto a la primera, la alegación del criterio del origen étnico parecería tener mayores visos de viabilidad⁴⁵. Pero el hecho de pertenecer a una minoría, incluso nacional, ¿justifica que el derecho a recibir la enseñanza en la lengua de esta minoría pueda imponerse a cada uno de los Estados miembros de la Unión? Se observa que el criterio de la lengua, mencionado en la enumeración abierta del artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales aunque sin concreción en el derecho secundario, puede prestarse a litigios futuros.

5.2. Sentencia TEDH de 5 diciembre 2017, *Ribač contra Eslovenia*, Req. 57101/10

El Tribunal de Estrasburgo apreció una violación del artículo 14 de la Convención en combinación con el artículo 1 del Primer Protocolo en un asunto relacionado con la pensión de un militar miembro de las fuerzas armadas de la antigua República federal de Yugoslavia. De nacionalidad serbia, el interesado residía desde 1964 en Eslovenia, habiéndose jubilado allí en 1991. Las autoridades eslovenas le concedieron el derecho a un anticipo de su pensión, pero en 1998 suspendieron su pago y rechazaron pagársela hasta 2003, cuando adquirió la nacionalidad eslovena. Puesto que el interesado había obtenido el derecho a la pensión en base de la legislación entonces en vigor y no era aplicable la causa de exclusión vinculada a la participación en el ataque serbio contra Eslovenia, el rechazo de la pensión fundamentado en la nacionalidad carecía de justificación. El recurrente recibió, a título de indemnización por daño material, una suma equivalente a las pensiones no percibidas y 50.000 euros por el daño moral.

Los hechos son anteriores a la adhesión de Eslovenia a la Unión Europea (1 de mayo de 2004), pero el Derecho de la Unión Europea no habría aportado nada a la solución del litigio ya que su principio general de prohibición de la discriminación por nacionalidad (art. 18 TFUE) no es aplicable a los ciudadanos de Estados no miembros de la Unión, mientras que el criterio de la nacionalidad queda fuera⁴⁶ de la Directiva 2000/78/CE, norma que se habría aplicado a la situación ya que se trataba de una pensión profesional.

⁴⁵ Si nos atenemos a la STJUE de 6 abril 2017, *Jyske Finans A/S*, C-668/15.

⁴⁶ Véase la STJUE de 14 abril 2012, *Kamberaj*, C-571/10.

“Any color so long as it is black”, había prescrito Henry Ford en 1909 a los candidatos a comprar su “Modelo T”. Todavía hoy, “black” puede simbolizar la característica (de toda índole) de X, que tiene el poder, respecto de Y, que no tiene ni uno ni otro. Ciertamente, existen reglas contra tales abusos, pero no puede decirse que todos los Estados miembros o personas pongan su mayor cuidado a la hora de aplicarlas. Ni tampoco que, por causa de sus ambigüedades, reparos y contradicciones, los dos Tribunales europeos aseguren sin descanso la efectividad de esas reglas.

Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2018)

Chronicle of the Spanish Constitutional Court case on equality rights (year 2018)

RICARDO PEDRO RON LATAS

*Profesor Titular de Universidad
de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidade da Coruña*

*Magistrado Suplente
Sala de lo Social del TSJ Galicia*

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4772>

Resumen. Este estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad y no discriminación por el Tribunal Constitucional el año 2018. El estudio se centra en el estudio de las sentencias más relevantes en este terreno que ha producido el Tribunal Constitucional en el año 2018.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Principio de igualdad de trato, No discriminación.

Abstract. This study tackle the analysis of judgments dictated in application of the principle of equal treatment and nondiscrimination by the Constitutional Court of Justice of Spain during the year 2018. The article will centre in the study of the most notable sentences in this terrain that has produced the Constitutional Court during the year 2018.

Keywords: Constitutional Court of Justice of Spain, Principle of equal treatment, Nondiscrimination.

El año 2018, en el ámbito de la jurisprudencia dictada en aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación que consagra el artículo 14 de la CE por el Tribunal Constitucional, pueden reseñarse únicamente dos resoluciones.

*ricardo.ron@udc.es

I. Sentencia 111/2018 de 17 de octubre. Permisos en supuestos de parto. Duración distinta de los permisos y duraciones según se trate del padre o de la madre

La primera de esas dos sentencias resulta ser la sentencia número 111/2018, de 17 de octubre. En ella se aborda un tema ya clásico en la jurisprudencia constitucional (y también, como no, en la ordinaria) desde la creación del permiso de paternidad tras la promulgación de la —ya lejana— Ley 40/2007, de 4 de diciembre; norma ésta que, como se sabe, estableció como medida “innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Se trataba (y se trata) de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. De igual modo, la norma introdujo como necesaria novedad la creación de la prestación económica por paternidad.

La sentencia que aquí nos ocupa trajo causa de un recurso de amparo promovido por un particular y la asociación “Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiiNA)”, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 30 de junio de 2017, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 22 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, dictada en los autos núm. 278-2016, así como frente a precedentes resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

La cuestión objeto de la *litis* traía causa de la solicitud de un padre de equiparación —no hace falta recordar que los permisos de maternidad y paternidad, así como sus correspondientes prestaciones presentan diversa duración— y ampliación de la prestación de paternidad con la prestación por maternidad, tanto en lo que se refiere a las condiciones de disfrute como a su duración (16 semanas), con carácter personal e intransferible.

Como fundamento de la pretensión se invocaba el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), aduciendo, en síntesis, que la decisión administrativa de no equiparar la prestación de paternidad con la prestación por maternidad constituía un acto discriminatorio por razón de sexo, basado en una interpretación literal y formalista de la normativa aplicable contenida en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley General de la Seguridad Social. Se alegaba también que la equiparación de la prestación de paternidad con la de maternidad se conecta con la conciliación de responsabilidades familiares dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE), y que la equiparación pretendida era una exigencia del derecho europeo, que prevalece sobre la normativa nacional, invocando a tal efecto los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por razones de índole material, el objeto del recurso de amparo se limitó finalmente a la hipotética vulneración aquí del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). En concreto, lo que se discutió en amparo fue si la

decisión administrativa (confirmada en vía judicial) de no conceder al padre el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo, con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad, supone un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada, que además tendría un impacto negativo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

Como presupuesto previo de la decisión final, el Tribunal Constitucional no duda (de manera honesta) en reconocer que “existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (y la prestación de la seguridad social correspondiente), incluso hasta su equiparación con el permiso por maternidad”, hasta el punto de que: 1) se “encuentra asimismo en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad”; y 2) se halla en trámite una reciente propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2017/0085), que pretende introducir el derecho de los padres a acogerse al permiso de paternidad durante un breve período, “que no debe ser inferior a diez días laborables”, con ocasión del nacimiento de un hijo (art. 4)”.

Sobre esta base, pues, lo que debía decidir el alto tribunal era si la normativa actual puede considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el art. 14 CE, como habían entendido los órganos judiciales intervinientes. La respuesta, sin embargo, peca, a mi entender, de excesiva ortodoxia argumental.

La resolución del problema debía partir, según el Tribunal Constitucional de su doctrina al respecto del principio de igualdad, conforme a la cual el mismo no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Sería además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En consecuencia, aquí el juzgador se limitó a examinar si las situaciones que se llevaban a comparación podían considerarse iguales y, en caso de que así fuera, si la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad (y de las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social) que establece la legislación aplicable tienen una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

Y siendo así, resulta obvio que no la tienen, de ahí la ausencia de valentía jurídica en la fundamentación del tribunal. Porque, para este en el supuesto de parto (“maternidad biológica”), la “finalidad primordial” que persigue desde siempre el legislador es “la protección de la salud de la mujer trabajadora”. O, dicho de otro modo, el legislador ha juzgado como situación merecedora de protección en materia laboral y por el régimen público de la seguridad social el supuesto de parto, “en el que la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por ma-

ternidad de la seguridad social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso (obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al parto)". En cambio, el derecho del padre resulta ser un "un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto ..., independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4 LET". De ahí que, según el Tribunal Constitucional, "*fácilmente se desprende de lo razonado ... que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre*".

Ninguna diferencia supone por lo tanto el hecho de que "los progenitores deben responsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes, conforme exige el art. 39.3 CE", por cuanto que "la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre". El hecho diferencial, pues, lo supone las diferentes situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación, al no ser efectivamente homogéneas o equiparables.

En esta ocasión, sin embargo, "debemos descartar que esa diferencia de trato en cuanto a la duración de los permisos y prestaciones incurra en vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado". Y es que, "siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo". La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón, al encontrarnos aquí con "realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres".

II. Sentencia 3/2018, de 22 de enero. Discriminación por razón de edad y discapacidad en materia asistencial

La segunda de las resoluciones anunciadas resulta ser la STC 3/2018, de 22 de enero, que en esta ocasión se ocupa de una discriminación pluricausal. En esta ocasión se trataba de una persona con necesidades especiales, que tenía la condición legal de discapacitado desde el año 1996, con una minusvalía del 65%, y la situación dependiente grado I (dependencia moderada) desde 2010. Con posterioridad, la Administración autonómica correspondiente dictó Resolución de "Reconocimiento de la situación de dependencia y determinación del Programa Individual de Atención", en la que se resolvió lo siguiente: "Primero.- Reconocer la situación de dependencia de A.R.S. en grado II nivel 1. Segundo.-

Aprobar el Programa Individual de Atención de D./Dº A.R.S., estableciendo como modalidad de intervención más adecuada para su atención: Servicio de atención residencial para personas mayores. Tercero.- Incorporar a D./Dº A.R.S., y en tanto no sea posible adjudicarle la plaza pública correspondiente a dicho servicio, el/los siguiente/s servicio/s o prestación transitoria: Prestación económica vinculada a cualquier servicio del catálogo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia debidamente acreditado. El abono de la citada prestación económica se hará efectivo una vez aprobado el gasto. La adjudicación por parte de la Consejería de Asuntos Sociales de una plaza del servicio de atención residencial para personas mayores, y el posterior ingreso en ella será causa de extinción del derecho a disfrutar del servicio o prestación transitoria reconocida. En caso de no ingresar en la plaza, será excluido/a de la lista de acceso única, y podrá continuar con la prestación o servicio transitorio reconocido como modalidad de intervención más adecuada para su atención”.

En cumplimiento de lo acordado, la Subdirectora General de Prestaciones y Servicios de la Dependencia, Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, dictó resolución en diciembre de 2012 reconociendo al recurrente en amparo como beneficiario de una prestación económica vinculada al servicio, “en cuantía mensual de 300 euros a partir del 1 de diciembre de 2012, así como 2690,32 euros en concepto de atrasos devengados desde la fecha de efectos (02/03/2012) hasta el 30 de noviembre de 2012”. A esta resolución se acompaña un certificado de importes abonados por el beneficiario entre los meses de marzo a noviembre 2012, con un importe mensual de 1.475 euros, excepto agosto (que fueron 737,50 euros).

Contra la primera de dichas resoluciones, se interpuso recurso de alzada en el que se precisaba que la discapacidad intelectual que sufría el aquí recurrente en amparo requería de ayuda para la realización de actividades básicas de su vida diaria, así como ayuda especializada para promover su autonomía, razón por la que se hallaba ingresado en un centro privado especializado en atención de personas con discapacidad; instalaciones y personal especializado del que no dispone una residencia de la tercera edad. Añadía además que “sus problemas intelectuales hacen necesario un tipo de actividades específicas que son las que se programan en las residencias especiales para personas con discapacidad intelectual”. Alegaba también en el escrito de alzada, en lo que aquí importa, que la negativa al acceso a una residencia específica para personas con discapacidad, por razón de la edad, “no solo es incongruente con la letra y el espíritu de la ley de dependencia, sino claramente discriminatorio, pues niega a una persona la asistencia que necesita en el centro adecuado por una simple razón de edad, lo que va en contra de la Ley 11/2003 de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid y la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”.

Así las cosas, la demanda de amparo planteaba dos quejas constitucionales, aunque de ellas sólo nos importa la primera: la vulneración del principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. Afirma así el recurrente en amparo que las resoluciones de la Comunidad de Madrid (confirmadas en vía judicial) le han privado de una atención individualizada en un centro de asistencia a personas discapacitadas, al excluirle de ello por razón de edad, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Conse-

jería de Sanidad y Asuntos Sociales antes citada. Además, se cuestiona que las resoluciones (administrativas y judiciales) hayan aplicado una limitación por razón de la edad (art. 3 de la Orden 1363/1997), que vulnera el art. 14 CE al hallarse desprovista de una justificación objetiva y razonable y resultar desproporcionada. En suma, la queja se refería a la vulneración del derecho a la no discriminación del apartado segundo del art. 14 CE, ocasionada por la denegación al recurrente del régimen asistencial para personas discapacitadas que solicitaba, al aplicársele una exclusión por razón de edad, cuestionando así la aplicación de una regla de exclusión a los mayores de 60 años que produce una discriminación por razón de la edad (art. 14 CE), carente de justificación y cuya consecuencia es la imposibilidad de acceder al tratamiento médico especializado que requiere su minusvalía psíquica.

Y dicha queja alcanzó el éxito esperado por la parte recurrente, como no podía ser de otro modo. La razón es simple: el art. 14 CE protege la edad y la discapacidad como circunstancias personales, y el canon de control aplicable aquí se define por la STC 126/1997, de 3 de julio: “si el principio de igualdad ‘no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato’, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica [...]. Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”. En cambio, cuando la discriminación se deba no al tenor de una norma, sino a la interpretación y aplicación que de ella hace el órgano judicial con tal resultado de desigualdad, habrá vulneración del derecho, como explica la STC 69/1991, de 8 de abril: “cuando entre varias presunciones igualmente sostenidas a la luz de la experiencia cotidiana, el Juez acepte una para basar en ella un trato que discrimina al justiciable en razón de una circunstancia personal no contemplada por la norma ni relevante de ningún modo para la finalidad perseguida por ésta, equivale a establecer en la aplicación de la norma una diferencia no objetiva ni razonable, sino arbitraria y lesiva por tanto del derecho a la igualdad ante la Ley”.

Por otra parte, la edad como factor de discriminación del art. 14 CE ya fue reconocida en la STC 75/1983, de 3 de agosto: “La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad”. Se trata, además, de una doctrina recogida también en el ámbito del Consejo de Europa, ya que el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge el principio de no discriminación por una serie de circunstancias personales que enuncia y en la que no aparece incluida la edad, pero con una cláusula abierta al final (“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”), donde sí tiene cabida, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por último, y en lo que respecta al derecho comunitario, en relación con la interpretación y aplicación de instrumentos para la lucha contra la discriminación por razón de la edad, aparece en primer término y para el sector laboral, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, “relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación” (arts. 2 y 6), y con alcance general, el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, vinculante ex art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que prohíbe expresamente toda clase de discriminación y en particular la ejercida, entre otras circunstancias, por razón de la edad.

Por último, bien sabido es, la doctrina del Tribunal Constitucional también ha reconocido que el padecimiento de una discapacidad constituye una circunstancia personal a la que protege el art. 14 CE contra cualquier forma de discriminación. Así, por ejemplo, la STC 269/1994, de 3 de octubre, en relación con la discapacidad física, declaró en su momento que “la discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación”. Además, reconoce el propio Tribunal Constitucional que la aplicación de la cláusula del art. 10.2 CE debe llevar a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, donde se protege, en su art. 1 a todos aquellos quienes “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, y proscribire de inmediato en su art. 2 la “discriminación por motivo de discapacidad”, ante “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”, señalando el art. 5.3 que los Estados partes “adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”. Por lo tanto, según el Convenio existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el “efecto”, en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable, que causa la “distinción, exclusión o restricción” de alguno de los derechos de quién es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal.

Sin necesidad de incidir más en la base jurídica de la decisión del Tribunal Constituciones, sí merece ser destacado que la estimación del recurso de amparo, no por obvia, resulta menos trascendente, ya que en esta ocasión se ha excluido de una prestación sanitaria a una persona con necesidades especiales por el mero hecho de haber cumplido una

determinada edad, y que además no había podido ser beneficiario del sistema de dependencia al que tenía derecho, otorgándole a cambio una plaza en una residencia para personas mayores, sin tratamiento para su discapacidad, y una asignación de 300 euros mensuales (y devolución de las cantidades correspondientes al periodo vencido hasta entonces) hasta tanto no ingresase en ella. Es más, la mencionada decisión se adoptó prescindiendo de toda valoración médica acerca de su estado y de las necesidades de tratamiento especializado, sin tener siquiera en cuenta cuál podía ser el impacto que supondría para las personas residentes en el centro de mayores donde el recurrente obtuviere plaza la convivencia diaria con una persona que, como él, presenta un cuadro de discapacidad psíquica severa crónica.

A todo lo anterior hay que añadir además que la Orden autonómica “por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid”, con arreglo a la cual se adjudica plaza en alguno de los centros de los que esta última dispone y gestiona (residenciales, de día, ocupacionales o con fines específicos) para atender a personas con discapacidad psíquica que exige “tener una edad comprendida, en el momento de formalizar la correspondiente solicitud, entre los dieciocho y los sesenta años”, no ofrece excepciones “ni modulación alguna”, sin contener en “su breve preámbulo, ni en ningún inciso de su articulado, justificación alguna a esta regla de exclusión por edad”. A lo que se añade que otra norma de superior rango, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, aunque articula un régimen algo parecido, permite en su art. 20.1 la continuidad de los servicios sociales que venían disfrutando quienes pasen de una etapa a otra (0-18 años; 18-65 años; + 65 años). De este modo, ni la Ley 11/2003 citada, ni la Ley 39/2006, de dependencia, contienen una regla de exclusión por edad, planteando antes bien un modelo flexible que, si bien se vertebra por sectores de edad, no impide la prestación del tratamiento que requiera la persona necesitada por pasar de un grupo a otro.

Por lo tanto, existían normas jurídicas autonómicas de mayor rango y de fecha posterior que podían haber sido aplicadas en su lugar, evitando así la privación del derecho a la asistencia sanitaria debida que aquélla traía consigo. De este modo, la discriminación se manifiesta, en primer término, por razón de la discapacidad, toda vez que el resultado de la aplicación de la norma autonómica ha conllevado la pérdida del derecho a la asistencia médica por discapacidad psíquica. Y que el criterio que fundaba esa norma se identificase con una circunstancia de orden personal como es la edad debe configurar una segunda causa de discriminación que no desplaza, sino que se suma, a la anterior (discriminación múltiple), en cuanto el recurrente no va a tener la atención que necesita, tanto para su salud como para su integración social, frente a quienes en su misma situación de discapacidad sí disponen de dicha asistencia únicamente por no tener 60 años. En este caso, la exigencia de “ajustes razonables” de la Convención de la ONU (que reproduce nuestra Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social de 2013) pasaba justamente por asegurar la prestación del servicio asistencial adaptado a sus necesidades de discapacidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PATRICIA ESPAJO MEGÍAS. *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral*. Madrid: Wolters Kluwer/La Ley, 2018, 232 p.

<https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4773>

Nos encontramos ante una monografía cuya finalidad, proclamada sin ambages en el título, es contribuir a la «resignificación» del concepto de violencia de género laboral, sin duda necesitado de una mayor amplitud al objeto de visibilizar otras manifestaciones de violencia machista producida en relación con el mundo del trabajo, más allá de las contenidas en las figuras legales del «acoso sexual» y el «acoso por razón de sexo».

La obra comienza atendiendo a la problemática actual de la violencia contra las mujeres, «sustentada en la persistencia histórica del enaltecimiento del hombre» y, por tanto, «el intencionado menosprecio de las mujeres». Esta violencia es transversal y poliédrica, con manifestaciones que acontecen a diario en los entornos laborales, muchas veces en forma de «micromachismos» que dificultan su afrontamiento por las propias víctimas. Bajo el planteamiento de que «lo que no se nombra no existe», la autora interpreta que el derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo, proclamado en el art. 14 de la Constitución Española, en realidad no hace a las mujeres iguales a los hombres, sino que las hace hombres y, en consecuencia, iguales. Idea que es desarrollada a continuación, exponiendo la dificultad del género femenino para que sus aportaciones culturales, científicas, económicas o laborales sean reconocidas.

Mención especial merece el espacio dedicado al impacto de las recientes reformas laborales con ocasión de la última crisis económica mundial, caracterizadas por la Dra. Espejo como *gender blind* por no tener en cuenta la perspectiva de género y diseñar medidas insensibles a las necesidades de las mujeres, en una situación agravada por la aplicación al sector público de los planes de austeridad, los cuales afectaron especialmente a sectores feminizados como la educación, la sanidad y los servicios sociales, donde tanto las personas empleadas como las usuarias son mayoritariamente mujeres.

Si el primer capítulo ejercía de introito a la problemática actual de la violencia contra las mujeres, el segundo es un repaso en toda re-

gla a la historia de la lucha por la igualdad y la no discriminación desde el punto de vista del género. Por él transitan Clara Campoamor, Virginia Woolf, Betty Friedan o Catharine MacKinnon, por lo que debería de ser el primero en el orden de lectura para quienes no estén familiarizados con las materias tratadas en esta obra.

Aquí se muestra la diferencia entre las categorías de sexo y género, apostando la autora porque los operadores jurídicos utilicen género (y no sexo) para las manifestaciones de la violencia discriminatoria contra las mujeres que se producen en el específico ámbito laboral, lo que parece a todas luces lo más razonable. Asimismo, se pone de manifiesto la secular dificultad para reivindicar la igualdad cuando «la sociedad misma es la que ha hecho desiguales a hombres y mujeres, desde siempre». En este sentido, se menciona la tradicional aceptación de la violencia por parte de hombres y mujeres como algo natural e inevitable, que sería consustancial a la biología del hombre. De igual forma, se describe el «falso universalismo», ligado al liberalismo clásico, donde «igualdad equivalía a trato indiferenciado y desigualdad a trato diferenciado», para ilustrarnos a continuación sobre los orígenes del concepto de «discriminación positiva». Finalmente, la Dra. Espejo constata la distancia actual entre la igualdad formal y la situación real, calificando como insuficientes las mejoras en materia de igualdad de hombres y mujeres producidas en las dos últimas décadas.

La parte central de la monografía contiene las aportaciones más originales al tema de estudio, en especial las relacionadas con la «violencia económica de género», la cual cuestiona claramente el compromiso de los gobiernos y sus políticas públicas con respecto al principio de igualdad y no discriminación. Un ejemplo que se nos presenta es el del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, donde la tributación conjunta española «penaliza a la unidad familiar por el trabajo de la mujer», invisibilizando que es ella quien realiza la mayoría de las tareas de cuidados y trabajos domésticos.

En el ámbito laboral, las manifestaciones de esta violencia son la discriminación salarial y el famoso techo de cristal. La primera expresión consiste en la percepción de un menor salario que los varones por la realización del mismo trabajo o uno de igual valor, en una brecha salarial que en el caso español «ha ido ampliándose en el último decenio», siendo por ello un

tema muy trabajado en los años recientes por la mejor doctrina laboralista (CABEZA PEREIRO, 2011; MARTÍNEZ MORENO, 2016; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2018). Por su parte, la segunda consiste en una segregación vertical de género manifestada en una «subrepresentación» femenina en los puestos de dirección de las empresas. En este sentido, se realiza una crítica al «régimen voluntarista y promocional» que pretende la participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles apelando a la responsabilidad social empresarial, según dispone el art. 75 LOIEMH, y que ya de inicio solo comprende en su ámbito de aplicación a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada, clara minoría entre nuestro panorama empresarial. Frente a este intento fallido de medidas *soft law*, la autora presenta la solución italiana para conseguir que el género menos representado obtenga al menos un tercio de los consejeros electos, experiencia bien conocida por ella debido a sus estancias de investigación en Verona y Bolonia. Se trata de un sistema de cuotas establecido por la Ley 120/2011, de carácter gradual y de obligado cumplimiento, cuyos resultados, en comparación con los españoles, evidencian la necesidad imprescindible de aprobar aquí «una norma con rango de ley que regule la presencia justa y equilibrada de mujeres en las empresas, en lugar de continuar por la vía de la responsabilidad social empresarial».

Con posterioridad, el capítulo cuarto narra el paso de la conciliación a la corresponsabilidad, recalando que, a diferencia de su recepción en nuestro Estado, la creación de este último concepto por parte del Derecho de la Unión no solo se dirige al ámbito familiar, sino que se extiende a todos los agentes sociales e instancias públicas y privadas, incluyendo obviamente a las empresas. En cualquier caso, se constata en el ámbito interno una «ausencia de apuesta política por la implicación igualitaria de los varones en las tareas de cuidados y del hogar», lo que provoca que las mujeres, conforme a su histórica educación, sigan atendiendo estas tareas y releguen sus propias necesidades profesionales, por lo que se afirma sin reparos que el «sistema de cuidados vigente acentúa la división sexual del trabajo y la exclusión social femenina». El cambio debería partir del establecimiento de «permisos de cuidados iguales, intransferibles y pagados al 100%», orientados no solo hacia la descenden-

cia, sino también hacia la creciente demanda de cuidados por parte de las personas mayores, enfermas o incapacitadas. Sin embargo, en su lugar nos encontramos con reformas como la del actual art. 37.6 ET, cuya interpretación literal restringe el derecho a la reducción de la jornada de trabajo a una concreción diaria, y no semanal o mensual como sucedía hasta 2012.

La siguiente parte se dedica a la violencia de género laboral más clásica, esto es, la relacionada con las figuras de acoso (moral, sexual y por razón de sexo). En primer lugar, se determina que el concepto jurídico de acoso no suele coincidir con el concepto médico, de ahí la preferencia de la Dra. Espejo por el término «acoso moral» frente al de «acoso psicológico», por cuanto una violencia de tipo moral daña siempre la dignidad e integridad de la persona, pero no necesariamente produce un daño psicológico. Además, resalta la ausencia de referencias normativas sobre esta cuestión en los ordenamientos español e italiano, que traería causa en la poca atención de la respectiva negociación colectiva estatal hacia esta problemática y su tutela, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en Suecia, Francia o Bélgica. Precisamente, respecto a la tutela penal de este acoso, realiza una llamada de atención sobre la inadecuada redacción del art. 173 del Código Penal, tanto por la exigencia de que el sujeto activo sea un superior jerárquico, como por la referencia a la habitualidad de los actos hostiles, en cierto modo alejada de la línea jurisprudencial que estima también la comisión del delito a partir de una única y puntual acción. En segundo lugar, en relación con el acoso sexual en el ámbito laboral, la autora lo encuadra «en tres grandes ejes: la violencia contra las mujeres, un ambiente laboral sexista y un marco genérico de abuso de poder»; por ello, defiende que su carácter sexual es secundario. Además, destaca la transposición incompleta en la LOIEMH de la Directiva 2006/54/CE, al omitir la posibilidad del «acoso sexual no verbal», tan común en el mundo laboral. En tercer y último lugar, acerca del acoso por razón de sexo, se proclama la preferencia por las expresiones «acoso sexista» y «acoso por razón de género», sin duda más acertadas. La última parte de este capítulo se anuncia dedicada a la dimensión de género en la prevención de riesgos laborales, pero se centra mayoritariamente en los riesgos psicosociales y en el recargo de prestaciones por infracción empresarial del de-

ber de evaluación de los mismos, por lo que en definitiva sabe a poco. Por ello, permítaseme la licencia de recomendar, a modo de complemento, la lectura de GÓMEZ GARCÍA, 2019.

Arribamos así al último capítulo de la obra, pretendiendo descubrir si la tutela socio-laboral de la igualdad de género en España configura una verdadera tutela judicial efectiva. En principio, se interpreta que la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha supuesto una mejora en la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, la autora revela una serie de carencias que ponen en cuestión el conjunto tuitivo: la inferior protección de la víctima en la fase prejudicial; la falta de solución para el «enredo conceptual» sobre los elementos que delimitan las diferentes conductas de violencia contra las mujeres en el entorno laboral; la utilización judicial de expresiones muy peligrosas «que justifican cierto grado de violencia»; o las dificultades probatorias para invertir la carga de la prueba, al no valorarse como prueba principal la propia declaración de la víctima.

En definitiva, una obra cuyo origen está en la tesis que la autora defendió en 2015, donde se maneja una considerable diversidad de fuentes solventes, muchas de procedencia italiana, y que resulta imprescindible en estos tiempos donde se cuestiona la violencia de género desde posiciones acientíficas. Quizá por ello, la Dra. Espejo finaliza exhortando a una verdadera educación en igualdad, la cual debe-

ría comenzar por la eliminación de los sesgos de género del lenguaje, pues «para aprender, a menudo, es necesario desaprender».

Referencias

- CABEZA PEREIRO, JAIME (2011). La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica. *Lan harremanak*, 25, 79-98.
- GÓMEZ GARCÍA, FRANCISCO XABIERE (2019). Instrumentos de tutela preventiva frente a la violencia de género contra la trabajadora. En Susana Rodríguez Escanciano y María de los Reyes Martínez Barroso (Dirs.). *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva* (pp. 261-281). Madrid: Sepin.
- MARTÍNEZ MORENO, CAROLINA (2016). La incomprensible pero persistente brecha salarial entre mujeres y hombres. En *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán* (pp. 455-481). Oviedo: Ediciones de la Universidad de Oviedo.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA (2018). La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución. *Documentación laboral*, 113(1), 7-30.

Francisco Xabiere Gómez García
Personal investigador de Derecho del trabajo y
de la Seguridad Social. Universidad de León
fgomg@unileon.es
Miembro de la Sección Juvenil de la AEDTSS

HUSTON, N., *Vosotras bellas, vosotros fuertes*, Galaxia Gutenberg, 2018, p. 80.

<https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4774>

Vosotras bellas, vosotros fuertes es un ensayo escrito por Nancy Huston y publicado en abril de 2018, que retoma la esencia de dos de sus conferencias más famosas: “Hermosa como imagen” y “Muchachos en apuros”.

Activista muy comprometida con el feminismo, Nancy Huston nació en Calgary en 1953, y ha escrito novela, ensayo, teatro, esencialmente sobre la condición de las mujeres. Sus obras han causado polémica dentro del feminismo institucional, ya que entiende que la desigualdad entre hombres y mujeres no sólo se debe a la educación y a la sociedad, sino que parte de un origen biológico.

De esta manera, el objetivo de este ensayo es realizar un análisis de la ansiada igualdad entre hombres y mujeres, partiendo de la base de las diferencias biológicas existentes, que de distinta manera influyen en los comportamientos y situación actual de ambos sexos. Asimismo, estudiará cómo, tras años de feminismo y lucha por la igualdad de géneros, la industria y la sociedad imponen una imagen estereotipada en la que a las mujeres se les exige ser bellas y a los hombres fuertes igual o incluso más que años atrás.

El libro se encuentra dividido en dos secciones, centrándose la primera en las mujeres (*Vosotras bellas*), y en los hombres la segunda (*Vosotros fuertes*).

Comienza la autora este estudio antropológico recordando la connotación animal de nuestros orígenes. Así, la concurrencia de una serie de circunstancias propicias produjo la aparición del *Homo sapiens*, cuyas características físicas influyeron en su posterior desarrollo y determinaron en gran medida nuestro comportamiento social actual. Por ejemplo, el hecho de que el bipedismo condujera al nacimiento prematuro de los seres humanos, implicó que requiramos de protección y cuidados para nuestra supervivencia durante un prolongado periodo de tiempo, muy superior al del resto de animales. También, que el canon de belleza sea una mujer joven y curvilínea no hace sino referencia a su condición de hembra fértil, y no a otros motivos estéticos que podamos imaginar.

Este canon de belleza femenino se ha vis-

to extremadamente potenciado en el arte y la iconografía. Con la llegada de la fotografía y el cine, las mujeres quisimos parecernos cada vez más a las actrices y modelos que aparecían en ellos. Huston explica este fenómeno aludiendo a dos cuestiones principales: la primera, la incógnita que siempre ha producido en el hombre que todos nazcamos del cuerpo de la mujer; la segunda, el deseo de los hombres de poseer a la mujer a través de la mirada.

Ello se debe a que, biológicamente, el hombre está diseñado para fecundar al mayor número posible de mujeres, mientras que la mujer elige a un hombre que pueda cuidar y proteger a sus hijos y cuyos genes quiera transmitirles.

Me resulta especialmente interesante la conclusión a la que llega la autora de que, a pesar de la lucha por la independencia de la mujer y su igualdad con respecto al hombre, se ha vuelto cada vez más dependiente del aspecto físico y del éxito. Parece que hoy en día una mujer que no cumple con los cánones de belleza, o que no es exitosa laboralmente (entre otras muchas exigencias), ha fracasado como mujer. Sin embargo, para el hombre, la revolución del estatus social de la mujer ha tenido otro efecto, consistente en el aumento de su vulnerabilidad con respecto de la mujer bella, incrementándose el consumo de prostitución en cantidades muy notables.

La segunda parte del libro, relativa a los hombres, comienza entendiendo que la violencia no es un signo de fortaleza, sino de la debilidad de los mismos, y que no se ha visto fomentada exclusivamente por factores educativos o sociales, sino que se encuentra ligada a la evolución de nuestra especie. Así, las hembras elegían a los machos más fuertes y violentos para proteger a la prole, a la cual transmiten sus genes.

Me parece muy destacable cómo incide la escritora en el soporte que ha implicado para las mujeres que sus relaciones hayan sido principalmente verticales, intergeneracionales, mientras que en los hombres son horizontales, dentro de su propia generación (conyugales, profesionales). De esta manera, son más propensos a sufrir un desapego de la vida debido a factores como el divorcio o el desempleo.

Asimismo, a lo largo de la Historia, siempre se ha exigido a los hombres que demuestren su virilidad. Mientras las mujeres se reúnen para hablar, debatir, los hombres apenas hablan entre ellos de su vida personal. Estos factores fomen-

tan una imagen que estamos cada vez más acostumbrados a ver en determinados sectores de nuestra sociedad: chicos desarraigados, que no ven un futuro para sí mismos, desconectados de la humanidad, sin un fin o un sentimiento de utilidad en las sociedad. Resulta, cuanto menos curioso, que el sueño de la mayoría de los jóvenes franceses de los barrios marginales (la autora, canadiense francófona, reside en Francia) sea el restablecimiento del servicio militar obligatorio.

Propone la autora una serie de medidas para paliar esta situación, de las que destaco las siguientes: por una parte, resulta indispensable implicar a los hombres mucho más en los vínculos intergeneracionales, en el cuidado de niños y ancianos. Como afirma François Flahault, el hombre no sólo debe dejar atrás la sociedad patriarcal sino reconsiderar su lugar originario en el mundo femenino. Asimismo, es necesaria una educación sexual sana y respetuosa, cursos sobre machismo, patriarcado o los conocimientos femeninos que los hombres han expoliado o silenciado.

Entiendo hasta qué punto puede resultar polémica esta autora con respecto del feminismo institucional imperante. Los factores biológicos se han visto superados en cuestiones de sexo y género, lo que determina que podamos ir aceptando que la reproducción no sea el fin último del ser humano, interiorizando hechos como que el mayor logro de una mujer no es tener hijos, o condenando la violación como el acto aberrante e imperdonable que es.

Sin embargo, no considero incompatible los argumentos de Nancy Huston con otros postulados cuyo objetivo final es el mismo: alcanzar la igualdad de géneros en la sociedad. Partir de

un estudio de las diferencias biológicas existentes entre hombres y mujeres no implica afirmar que deben ser considerados diferentes en la sociedad, sino que debe ser utilizado como herramienta para entender mejor nuestro comportamiento, carencias y necesidades, y así lograr una mayor efectividad en la consecución de la igualdad entre ambos sexos. Posteriormente a estas consideraciones, la educación y la sociedad influirán también en el comportamiento de las personas, resultándome sumamente ilustrativo el último ejemplo que Huston pone en su libro, en el cual una manada de machos alfa de babuinos, que son extremadamente violentos y se atribuyen agresivamente a las hembras más bellas y los mejores trozos de carne, se envenenaron al comer carne infectada de un vertedero. De esta manera, los machos más moderados tuvieron acceso a las hembras, naciendo la siguiente generación de babuinos mucho más pacífica. Ello se explica no por la genética (al no poder influir en una sola generación), sino por la educación, al no tener los más jóvenes como referentes modelos violentos. Así, la propia autora incluye el contenido educacional y social en sus argumentos, tras estudiar la gran influencia que nuestros orígenes animales tienen en nuestro comportamiento, sin que sea posible obviarlos.

Macarena Ángel Quiroga
Contratada Predoctoral en la Universidad
Complutense de Madrid
Departamento de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
macangel@ucm.es
Miembro de la Sección Juvenil de la AEDTSS

LÓPEZ ANIORTE M.C. y RUBIO FERNÁNDEZ, E. (DIR.); ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M. y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M. (COORD.), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres*, Murcia, Ed. Laborum, 2019, págs. 530.

<https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4775>

De reciente publicación a inicios del 2019, cabe destacar el libro *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre mujeres y hombres* (Murcia, Ed. Laborum, 2019), fruto de una obra colectiva bajo la dirección de las profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, María del Carmen López Aniorde (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) y Eva María Rubio Fernández (Profesora de Derecho Internacional Público), a su vez coordinado por dos miembros del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de dicha Alma mater, Francisco Miguel Ortiz González-Conde y María Monserrate Rodríguez Egío.

La obra consta de 31 capítulos divididos en dos grandes partes temáticas: un primer bloque, compuesto por 17 capítulos, y titulado los “Retos de la igualdad de género en materia laboral”; y un segundo bloque de 14 capítulos sobre “Otros retos de la igualdad de género”. Las autorías de los trabajos responden a la firma de un nutrido grupo de docentes de diversas áreas académicas, nacional e internacional, así como profesionales de la judicatura, despachos profesionales, personal sanitario, y profesionales de la ciencia política, la sociología, la educación, la historia o el arte. Este reparto no es caprichoso, sino que obedece a una lógica de análisis del trabajo femenino dentro de la polaridad de tareas productivas-reproductivas, y en pro de una defensa de la igualdad entre mujeres y hombres, máxime la cercanía del horizonte 2020 y la apuesta de los ODS y la agenda 2030. Sin duda es el ámbito internacional donde mejor se refleja las reivindicaciones en pro de la igualdad salarial, como pone de manifiesto el trabajo dedicado a “La igualdad económica, vía imprescindible para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible”, firmado en coautoría por Belén Ángeles Pérez Roldán, José Fernández Serrano y Francisco Liñan Alcalde, con filiación académica en la Universidad de Sevilla.

Entrando más en detalle, dentro del ámbito laboral y de la protección social, las apor-

taciones abordan la discriminación de género en sus diversas manifestaciones: la desigualdad salarial, la salud laboral, el embarazo, la conciliación y la corresponsabilidad, e incluso, cuestiones de empleo como el cooperativismo y emprendimiento.

El libro comienza con los capítulos firmados por las profesoras Elisa Sierra Hernáiz y Raquel Vela Díaz (respectivamente, caps. 1 y 3), titulados “El principio de la igualdad sustancial y brecha de género en el mercado laboral: su aplicación en el derecho comunitario y en el derecho español”, y “Desigualdades retributivas en el ámbito laboral: la brecha salarial de género en la Unión Europea”. Las autoras abogan, de un lado, por la redefinición del concepto de acción positiva, a nivel europeo y español, así como por el refuerzo del papel propio de la negociación colectiva, y de otro, por la transparencia en materia salarial y de los planes de igualdad, conviniendo ambas en el reconocimiento de las buenas prácticas en materia de remuneración.

A continuación, la lectura se adentra en el nudo gordiano sobre discriminación de género, que puede visualizarse desde la conjunción de dos vectores: el tipo de discriminación y la perspectiva internacional. Como resultado, aparecen cinco novedosas aportaciones (caps. 4, 7, 5, 11 y 15).

Desde las categorías de discriminación, destacan los trabajos “la discriminación múltiple e interseccional por razón de género y otras causas: especial referencia a sus implicaciones en los ámbitos laboral y procesal” a cargo de la Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, Francisca María Ferrando García; el capítulo “Persistencia de discriminación indirecta por razón de género”, de un predominante cariz práctico, al estar a cargo de la Agente de Igualdad Municipal, María Ángeles Legaz Domínguez, y el texto acerca del “artículo 314 del Código Penal: solución a la discriminación”, de la abogada laboralista Rocio Martínez García, sobre la falta de perspectiva de género en la tipificación de delitos contra los derechos de las personas trabajadoras.

Resulta conveniente advertir de la idoneidad de una lectura sistemática de estas reflexiones. Dado que las discriminaciones indirectas se asientan sobre actuaciones, criterios y prácticas aparentemente neutrales, se reflexiona sobre los aspectos que inciden en el mantenimiento de las discriminaciones indirectas,

impidiendo el lógico avance de las mujeres y la sociedad hacia una igualdad real.

A su vez, para un desarrollo eficaz del principio de igualdad de oportunidades, es necesario adoptar medidas de acción positiva destinadas a incentivar el empleo de los colectivos en quienes convergen las características susceptibles de discriminación, además de la prohibición de la discriminación en el acceso al empleo y de las posibles sanciones y reparaciones que de su incumplimiento se derivan en el plano individual. Con mayor ahondamiento, puede comprobarse como una persona es susceptible de ser discriminada por diversos motivos de forma simultánea; ahora bien, las consecuencias de dicha discriminación se podrán repercutir negativamente de forma agregada, o de forma inseparables a las causas, generando un efecto cualitativamente diferente. Raza o minoría étnica, edad, discapacidad, y religión son variables frecuentes y susceptibles a dicha consideración, que de no atenderse en conjunto, la interseccionalidad permanecería invisible, de considerarse separadamente cada factor de discriminación que convergen en la víctima, y que desde el punto de vista del Derecho Procesal Laboral, constituyen todo un reto para su enjuiciamiento.

Desde la perspectiva internacional, el trabajo “La desigualdad de género en el ordenamiento laboral italiano” de Gina Rosomari Simoncini, consigue reflejar la relación entre igualdad de género y desarrollo económico del país; y el capítulo sobre “Discriminación Múltiple de las mujeres Inmigrantes en España” de Ilhame Echajri Amhaouch, centra su atención en las implicaciones de la discriminación múltiple en la mujer musulmana.

Siguiendo esta estela, la discriminación de género también manifiesta su reflejo sobre la salud laboral, como han estudiado los trabajos de la profesora de la Università di Bergamo, Elena Signorini (cap. 2) sobre “Salud y seguridad de la mujer trabajadora”, con amplias referencias a la doctrina italiana, y el estudio en coautoría de los investigadores de la Universidad de Valencia, Raúl Payá Castiblanque y Sergio Yagüe Blanco (cap. 12), sobre “Doble discriminación indirecta hacia las mujeres trabajadoras en el sistema de prevención y protección social”. Resulta gratificante comprobar las sinergias que ambos textos desprenden en conjunto, pues mientras el primero, desde el marco legal, hace referencia a la necesidad de

superar la maternidad o paternidad como única dimensión preventiva, a tenor del amplio concepto de salud de la OMS (estado de bienestar psicofísico frente a ausencia de enfermedad), el segundo analiza estadísticamente la deficiente cobertura de los riesgos psicosociales en España, y por ende, aquellos con mayor predominio sobre la mujer.

Por su parte, en materia de conciliación y corresponsabilidad, el libro ha reunido muy acertadamente dos textos magistrales (caps. 8 y 9) que discuten sobre “Madre y emprendedora: ¿ofrece el sistema alguna fórmula de conciliación de la vida familiar y laboral?”, de la profesora María Belén Fernández Collados, y sobre “El tiempo de las mujeres en un mundo laboral diseñado a medida de los hombres”, de la profesora Patricia Espejo Megías. Ambas profesoras cuestionan la diferente duración de los permisos de maternidad y paternidad, si bien desde ópticas distintas, en tanto que el primer texto se centra en la problemática particular de la trabajadora autónoma, el segundo se detiene en el análisis de las políticas de igualdad.

También sobre la protección jurídico social a la trabajadora embarazada (cap. 6 y 16) figuran los capítulos de Francisco Miguel Ortiz González-Conde “El embarazo como causa de discriminación de género”, y “Protección de mujeres embarazadas con ocasión del despido colectivo, en aplicación de las directivas 92/85/CEE y 98/59/CE” de Virginia Oliva Otálora. Sin duda, ambos capítulos tratan de hacer constar la importancia de la normativa europea en el avance y consolidación de la tutela antidiscriminatoria de la madre trabajadora gestante en el ordenamiento español.

Más aún, no puede dejar de abordarse el trato peyorativo por motivo de embarazo, en relación a otras formas de empleo. El libro cierra este primer bloque con tres aportaciones muy enriquecedoras al respecto. La primera, sobre “La protección del embarazo en la cooperativa de trabajo asociado: cuestiones pendientes”, de la que es autora la profesora María Monserrate Rodríguez Egío (cap.10), tiende una conexión hacia el cierre del bloque temático, relativo al empleo y el emprendimiento, cierre que corresponde a los trabajos “Mujer y emprendimiento. Fortalezas y debilidades” (cap. 13), cuya autoría corresponde a Pilar Ortiz García y Ángel Olaz Capitán, y “La revolución de la mujer en la banca española” (cap. 17) de Luz Sánchez García (cap. 17).

El segundo eje o bloque temático lo conforma un apartado misceláneo sobre el impacto social del trabajo femenino en una variedad de áreas. En este caso, la línea argumental gira en torno a tres grandes ideas: la cultura y la educación; la violencia de género; el ámbito sanitario.

La importancia de la educación comprende todas las etapas de la vida académica y, por ende, su reflejo cultural, como hace sentir la transcripción del discurso de la profesora Marifé Santiago Bolaños, titulado “Habitaciones propias, espacios de lo común” (cap. 18), en el que se aguarda la dificultad de la representación cultural, y la dificultad de las mujeres a la hora de convertirse en legitimadoras de valores culturales, “histórica dominación del relato cultural masculino, el canon androcéntrico, la construcción cultural basada en que aquello verdaderamente relevante, destacado, universal es obra de los hombres y de su experiencia en el mundo”. A partir de estas bases, el capítulo “la perspectiva de género en la cultura española. Mujeres y cultura en cifras”, (cap. 19) de la profesora Cristina Guirao Mirón, materializa dichas ideas y constata la evolución de la presencia femenina en el ámbito cultural nacional, dentro de las Reales Academias, y diversos Premios Nacionales Ministeriales.

Asimismo, el ámbito académico queda reflejado en diversos trabajos que recorren todas las etapas del sistema educativo: “Eliminación de estereotipos sexistas en las aulas de educación secundaria a través de la publicidad” (cap. 22); “El género como eje transversal en la educación superior: la experiencia de la Sociología de la actividad físico-deportiva en la Universidad de Murcia” (cap. 23) de Sergio Alcina Aznar; y “Relación entre rasgos de personalidad y orientación académica profesional en función del género” de Rosalía Jódar Martínez y María del Pilar Martín Chaparro.

Igualmente sugestivos resultan los capítulos “Visión pedagógica de la sociedad femenina en la historia tras el paso del tiempo” (cap. 20) de las sociólogas Eva Ortiz Cermeño y Gloria Alberca Rodríguez; y “Lo que Capercucita y su abuelita aprendieron en el bosque: Literatura Infantil y Juvenil y construcción de roles de género no estereotipados” (cap. 21) de la profesora en Didáctica de la Lengua y Literatura, María Encarnación Carrillo García. Los cuentos y narraciones históricas evidencian una desigualdad de género instaurada socialmente, con

rígidos prejuicios y estereotipos. Los dos textos posicionan a la persona lectora en una atalaya privilegiada para asomarse tanto a relatos históricos como a narraciones innovadoras: de Perseo y Andrómeda (Puget), o Susana y los Viejos (Caravaggio), a las últimas creaciones recientes de princesas que se rebelan contra las imposiciones de unos padres para vivir su propia vida, o niños que prefieren aprender a bailar antes que jugar un partido de fútbol.

La sociología y la pedagogía dan paso a la ciencia política con cuatro interesantes trabajos sobre *Politics y Policies*: “El liderazgo en los partidos políticos españoles ¿Un espacio prohibido para las mujeres?” (cap. 25) de Francisco Ramón Villaplana Jiménez y Luis Miguel García Lozano; “Los presupuestos con perspectiva de género como instrumento de intervención política. La visión municipal en el panorama español” (cap. 26) de Gloria Alarcón García y Pedro Guirado García; “La definición de la trata de mujeres y niñas como problema público y la comunicación de las políticas públicas relacionadas” (cap. 30) de Cristina Moreno Martínez; y “El derecho hereditario internacional: la mujer marroquí en las relaciones sucesorias en España y Marruecos” (cap. 31) de María Dolores Ortiz Vidal.

Y, finalmente, el compendio culmina con estudios sobre violencia de género (cap. 27, 28 y 29), desde una intervención igualmente multidisciplinar: “Victimización secundaria de las mujeres en el siglo XXI” bajo la firma de la criminóloga y presidenta de la Asociación ARA Murcia, Miren Itxaso Zulueta Ispizua, sobre la victimización secundaria de aquellas mujeres que sufren violencia de género, pudiendo resultar aún más aniquiladora que la victimización directa del binomio agresor-victima. El “Estudio documental sobre los recursos de ayuda para las víctimas adolescentes de violencia de género”, sobre los desencadenantes de violencia y los recursos contra ella constituye un capítulo crucial para las personas dedicadas al Trabajo Social, firmado por las profesoras Teresa Palazón Martín y Carmen Caravaca Llamas; y el texto “Sesgos de género en la atención sanitaria: consecuencias para la salud en las mujeres y algunas alternativas” donde se relata desde la perspectiva de la psicología clínica, ejemplos de diagnósticos sesgados, las causas de los mismos y propuestas de mejora de la atención médica.

En suma, el libro que ahora se presenta supone una radiografía fidedigna, exhaustiva y profesional de los retos que a día de hoy presenta la igualdad entre mujeres y hombres. El carácter multidisciplinar de la obra colectiva le otorga un plus de conocimiento y polivalencia, llamado a enriquecer a cada una de las demás áreas de estudio. A su vez, todas las contribuciones se encuentran fuertemente referenciadas bibliográficamente, lo que añade el valor de generar aportaciones críticas justificadas, a

la par de crear un debate más amplio a través de la confrontación de ideas, al fin y al cabo, el mecanismo indispensable para la evolución humana y la mejora de nuestra sociedad.

Francisco Miguel Ortiz González-Conde
Prof. Ayudante Doctor de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia
fmiguel.ortiz@um.es

VARIA

Acto Institucional

8 de marzo. Igualdad de las mujeres

Crónica del acto institucional a cargo de Bárbara Martínez González* (AEDTSS)

**Secretaria Administrativa de la Asociación Española del Trabajo y de la Seguridad Social*

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4776>

Sin lugar a dudas, una de las actividades destacadas de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es la celebración del Acto Institucional “8 de marzo. Igualdad de las mujeres”, que, en colaboración con el Consejo Económico y Social, (en cuyas instalaciones tiene lugar dicho acto), viene celebrándose año tras año.

En su edición de 2019, celebrada el pasado 7 de marzo, tuvo lugar el citado Acto Institucional, que este año se presentaba bajo el título “La Promoción Profesional de las Mujeres: Análisis y Propuestas de Regulación Jurídica”.

El acto tuvo su inicio con la Intervención inaugural de D. Marcos Peña Pinto (Presidente del Consejo Económico y Social), que, efectuando especial énfasis en el avance de la inserción laboral de la mujer en España desde los años sesenta hasta día de hoy, y a pesar de reconocer el indiscutible aumento de la participación de la mujer en las diferentes esferas profesionales de nuestro mercado de trabajo, manifestó la persistencia de desigualdades considerables que obligan a afrontar retos sociales como la igualdad efectiva de oportunidades laborales, el acceso igualitario a los puestos ejecutivos del ámbito privado, así como la paridad en los salarios.

Inmediatamente después, tuvo lugar el discurso de María Emilia Casas Baamonde (Presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). En palabras de la Presidenta: “Las mujeres han conciliado sin saber conciliar porque necesitan trabajar para adquirir derechos de protección social. Conviene analizar la incidencia de la discriminación en los estratos de las mujeres ya que los datos arrojados por el reciente informe de la OIT manifiestan que las formas de exclusión y de pobreza provienen del trabajo a tiempo parcial, de los contratos de duración determinada, del trabajo en la economía informal y de los trabajos familiares no remunerados. Una vez más en este punto, el análisis de los datos con perspectiva de género arroja como resultado, que las mujeres continúan moviéndose en estos estratos del mercado de trabajo, lo que les conduce a mayores niveles de pobreza y exclusión social. La igualdad de género y el trabajo

comienzan en el hogar y de ahí la importancia de los derechos de conciliación. La igualdad a la altura de 2019 sigue siendo un tema de mujeres, mientras no sea un tema de hombres y mujeres no se alcanzará la corresponsabilidad y si no somos conscientes de que todos estamos embarcados en el proyecto, no lo alcanzaremos”.

Una vez efectuadas las correspondientes presentaciones, pasaron a desarrollarse las diversas ponencias programadas en el marco de una primera sesión moderada por D. Jaime Cabeza Pereiro, Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En este sentido y sin perjuicio de aludir con posterioridad a las dos ponencias integrantes del primer panel, permítaseme reflejar, alguna de las grandes reflexiones que el Profesor, además de Vicepresidente, pudo ofrecernos durante su intervención: “Es fundamental remover los obstáculos que impiden la efectiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, en ello es indispensable la incisión de las directivas de la UE en el método de actuación de nuestra legislación. Todas las personas somos responsables de las Relaciones Laborales de este país, por ello, es nuestro deber mejorar como colectivo ya que con pequeños pasos es la única manera de lograr grandes cambios”.

Retomado el transcurso de la jornada, el Panel 1 estuvo compuesto por dos ponencias:

La primera de ellas corrió a cargo de D^a Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Directora para la Igualdad entre Mujeres y hombres de la Universidad de Murcia. La ponencia llevaba por título “Concepto y Fundamentación Jurídica de las Acciones Positivas y la Promoción Profesional de las Mujeres en la Jurisprudencia del TJUE”.

En su discurso, la profesora Sánchez comenzó con la exposición del marco normativo regulador europeo de la promoción profesional femenina, integrando las normativa aportada tanto por el Derecho Originario (TUE, TFUE y Carta de Derechos Fundamentales) como Derivado (Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo).

Ciertamente, la Profesora aludió a la traslación prácticamente literal con la que el Ordenamiento Interno Español ha reproducido la normativa europea refiriéndose al artículo 17.4 del ET y 35 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

A continuación, la Profesora abordó el papel del Tribunal respecto a las medidas de acción positiva. En este sentido y como conclusión a esta cuestión, permítaseme citar sus palabras “Puesto que las medidas de acción positiva no aparecen impuestas por el Derecho originario, sino tan solo toleradas, es lógico que su génesis haya venido de la mano de las normas nacionales. Eso explica que el Tribunal de Justicia europeo haya intervenido para precisar la compatibilidad de las medidas nacionales de acción positiva con el Derecho comunitario. Es como si se le hubiera obligado a “jugar a la contra”, a la defensiva, no para estimular sino para frenar. La cuestión prejudicial planteada en la materia suele consistir en preguntar sobre la compatibilidad de las medidas nacionales de acción positiva con la

igualdad formal entre hombres y mujeres, que sí garantiza de forma contundente el Derecho de la UE. Puesto que las medidas de acción positiva nacionales van en la línea de favorecer al colectivo femenino, como grupo social desfavorecido, se trata de analizar si ello comportaba un tratamiento discriminatorio lesivo para el grupo masculino. Consecuencia de esta metodología es que la jurisprudencia comunitaria en unos casos limite la intensidad de las medidas nacionales reequilibradoras y en otros las admita en sus propios términos.”

Abordando la cuestión principal de su ponencia, y junto a un exhaustivo a la par que enriquecedor estudio Jurisprudencial, la Profesora nos deleitó con un análisis cronológico de la Jurisprudencia del TJUE sobre la promoción profesional femenina y la Conciliación de la vida familiar y laboral mediante acciones positivas.

Estudio en el que pudimos recordar sentencias tan emblemáticas como la correspondiente al caso Kalanke (STJCE 17 octubre 1995 C-450/93) que tal y como señaló la Profesora Sánchez “contiene la primera toma de posición del Tribunal” y que concluyó resolviendo que “una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción”, así como otras de similar trascendencia como son las adoptadas en los casos Badeck (STJUE de 28 de marzo de 2000 (C-158/97) o Lommers (STJUE 19 marzo 2002 (C-476/99), esta última en materia de conciliación familiar y profesional.

Por último, al término del cierre de la ponencia, la Profesora concluyó con la siguiente reflexión “La exigencia de identidad o equivalencia profesional se ha referido siempre, hasta el momento presente, a tratos de favor de la mujer trabajadora respecto del hombre. Por ello, no sabemos qué valoración y qué criterio se tendría respecto de otras causas de diferencia de tratamiento para las que las Directivas sobre discriminación admiten la licitud de las medidas de acción positiva: edad, discapacidad, convicciones religiosas u opinión, orientación sexual, etnia o raza. De principio, por la forma como se argumenta en las citadas sentencias y tomando en consideración que las redacciones de las Directivas cuando admiten las medidas de acción positiva son prácticamente idénticas en su literalidad para el resto de las causas de trato diferenciado, se podría entender extensible analógicamente a esas otras causas.

En segundo lugar, D^a Patricia Nieto Rojas, Profesora Ayudante Doctora en la Universidad Carlos III de Madrid, y reconocida por su extraordinaria labor investigadora en temas colindantes de negociación colectiva y planes de igualdad, así como por su impecable monografía sobre representación de los trabajadores en la empresa, presentó el trabajo “El Marco Jurídico de la Promoción Profesional en España desde la Perspectiva de Género: Propuestas de Mejora”.

En ella, la Profesora Nieto reivindicó la feminización de los cuidados y sus efectos en la trayectoria laboral de las mujeres señalando que “Debemos avanzar más en derecho de adaptación que en derechos de ausencias. 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 y de reducciones de jornadas 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 cotización”.

Además, Sobre la base de un cuidado y muy sólido soporte estadístico, la Profesora Nieto advirtió de la existencia de “una determinada 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, convenciones que ojalá vayamos superando entre todos consiguiendo una sociedad que avance en materia de corresponsabilidad”.

En esta línea, la Profesora introdujo el concepto de suelo adherente, pegajoso, mejor que el recurrido techo de cristal. A este respecto, señaló que a pesar de los avances que la Ley de Igualdad ofrece con objeto de avanzar en la implantación 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 el derivado de la falta de claridad en los criterios de ascensos aplicados por un grupo de gestores mayoritariamente masculino. Manifestando que estas dinámicas no solamente perjudican a las mujeres, sino que tienen repercusiones nefastas para la productividad de las empresas españolas.

En el transcurso de la ponencia, la Profesora manifestó con especial énfasis la necesidad de impulsar de manera eficaz la función de negociación colectiva y planes de igualdad delegada por el legislador en el artículo 24 del Estatuto de los Trabajadores, sobre los interlocutores sociales, “función indispensable para lograr alcanzar la igualdad material que a día de hoy estamos lejos de alcanzar”.

Finalmente, tras recalcar la labor fundamental de la Inspección de Trabajo en materia de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la Profesora Nieto expuso una serie de propuestas de mejora (mediante protocolos de selección y promoción profesional) con objeto de fomentar la promoción profesional femenina y reducir las actuaciones discriminatorias inentendibles en una sociedad a la altura del Siglo XXI.

Tras el correspondiente descanso, se dio inicio a la segunda sesión del Acto institucional moderada por D^a Margarita Isabel Ramos Quintana, Vicepresidenta de la Asociación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Vicepresidenta, realizó la presentación de los ponentes del segundo panel y efectuó una Introducción a los temas objeto de sus ponencias.

En esta ocasión, las ponencias de menor extensión que las precedentes, fueron las dos siguientes:

La primera de ellas, a cargo de D^a Esmeralda Sanz Berzal, Vocal de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, llevó por título “La promoción profesional de las mujeres en la negociación colectiva”, en su ponencia, D^a Esmeralda expuso cual había sido

la evolución y alcance de los interlocutores sociales mediante la negociación colectiva. Además, manifestó la necesidad de fomentar la corresponsabilidad, y el deber de promoverla desde los inicios de la educación, reclamando una mayor presencia del sector masculino en la lucha por los derechos de igualdad y conciliación ya que en suma, es un problema de estado que requiere medidas que acaben con la segregación ocupacional, que en buena parte radica en el modo de cálculo del valor añadido de los trabajadores, que conlleva a una infravaloración social del trabajo de las mujeres, aspecto que perjudica al sector femenino y que dificulta la labor de los agentes sociales.

Finalmente, la tercera y última de las aportaciones derivadas del Acto Institucional "8 de marzo. Igualdad de las Mujeres" corrió a cargo de D. Héctor Maravall Gómez – Allende, Presidente de la Comisión de Trabajo de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social del CES. En su discurso, El señor Maravall manifestó la necesidad de cambio de perspectiva de género, llamó al consenso social sobre la capacidad de generar empatía, así como a la necesidad del refuerzo de la sensación de equipo y recalcó la importancia de introducir el concepto de corresponsabilidad desde los primeros años de enseñanza de los infantes con objeto de lograr un cambio educativo y cultural, así como del deber de instaurar políticas diversas transversales que garanticen medidas eficaces, que a corto y medio plazo supongan una erradicación real y efectiva de los estereotipos sociales que impiden avanzar a la sociedad y suponen un retroceso en la consecución de la corresponsabilidad.

Finalizadas por tanto las respectivas ponencias, la Vicepresidenta recalcó lo más relevante de los contenidos que fueron abordados y que paso a citar textualmente:

En primer lugar, las cifras y datos que arroja un recorrido por la negociación colectiva de los últimos años, los cuales reflejan un déficit en implantación de planes de igualdad y medidas de promoción profesional efectivas para las mujeres

En segundo lugar, Las dificultades que persisten para el acceso de las mujeres a puestos de especial responsabilidad y de liderazgo en las empresas: véase las responsabilidades familiares mayoritariamente asumidas por las mujeres, la inadecuada organización del trabajo y la falta de servicios por la racionalidad horaria de ciertos servicios, como la educación.

En fin, como corolario de esta importante actividad académica, se procedió a la entrega del Segundo Premio de investigación convocado con ocasión de esta festividad, del cual fue destinataria D^a. Gratiela Florentina Moraru (Universidad de Castilla-La Mancha) por su trabajo titulado "Sobre las proyecciones convencionales de la igualdad en la clasificación y promoción profesionales: luces y sombras", conforme el fallo adoptado por un Jurado constituido por el pleno de la Comisión Gestora de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Además de por la Presidenta de la Asociación, el premio fue entregado por el Magistrado y Coordinador de la citada Comisión, D. Fernando Lousada Arochena.

En este último sentido, permítaseme traer aquí las palabras que al respecto Expuso D. Fernando Lousada, palabras cargadas de entusiasmo y optimismo, elementos esenciales en la lucha por la igualdad: “El feminismo ha llegado y ha llegado para quedarse. Esto supone un Manifiesto del cambio. Debemos adoptar una Visión del feminismo como Renacimiento, ya que gracias al renacimiento surgieron los derechos humanos, el feminismo es una Revolución, una Revolución que ha llegado para motivar cambios necesarios en nuestra sociedad.

Ya por último y llegados a este punto, no me corresponde más que agradecer la extraordinaria acogida que el citado Acto Institucional tuvo en su edición de 2019. Esto debido a la participación de unos excelentes ponentes y asistentes que propiciaron el éxito de una jornada que cada año reviste mayor trascendencia social, bajo el deseo recíproco de dar continuidad en los próximos años a esta iniciativa.

Me despido, por tanto, con una emotiva reflexión de nuestra Presidenta, María Emilia: “Los derechos de igualdad tienen que estar en el corazón de la Igualdad. Conociendo la realidad es como se sale adelante, y a la vista de los recientes datos aportados por el informe de la OIT, tenemos mucho camino por andar”.

Promoción profesional de las mujeres en la negociación colectiva

ESMERALDA SANZ BERZAL

Socióloga

Secretaría de Acción Sindical de CCOO

Vocal por CCOO de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

Marzo 2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4777>

El presente artículo ha sido realizado a partir de una ponencia presentada en el acto institucional que, en conmemoración del 8 de marzo-Día internacional de las mujeres, la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebró conjuntamente con el Consejo Económico y Social, centrado este año en la promoción profesional de las mujeres.

Introducción

Las grandes movilizaciones que se producen en conmemoración del 8 de marzo nos indican el nivel de inquietud al que la ciudadanía en general, y las mujeres en particular, hemos llegado en relación a la desigualdad entre la vida de mujeres y hombres.

Centrándonos en el ámbito laboral, los medios de comunicación nos ofrecen datos continuos sobre las diferencias entre unas y otros en prácticamente todos los parámetros posibles: tasas de actividad, de desempleo, de temporalidad, de contratación a tiempo parcial no deseada... Y de la brecha salarial como reflejo de la suma de todas las desigualdades.

El mercado de trabajo no es, sin embargo, una realidad al margen del resto de la sociedad sino que, por el contrario, es el espejo en el que evidenciamos las desigualdades que hemos vivido de forma normalizada hasta hace relativamente poco tiempo: las segregaciones horizontal y vertical, directamente asociadas a las desigualdades salariales, sólo producen este efecto porque se sustentan en una infravaloración social del trabajo realizado tradicionalmente por las mujeres que se traduce en la adjudicación de un menor valor añadido

* esanz@ccoo.es

a las ocupaciones feminizadas; y, por otra parte, la preeminencia masculina en el mundo laboral ha conducido a una supremacía de los factores de valoración asociados con lo masculino frente a la invisibilización de los asociados con las mujeres justificando, con métodos supuestamente empíricos, una segregación vertical que provoca una evidente desigualdad.

Aunque CCOO mantiene un compromiso histórico con la igualdad, nos encontramos en un momento en que consideramos necesario enfatizar aún más nuestras reivindicaciones en pro de la igualdad de género para reducir, cuando no sea posible eliminar, las desigualdades y la discriminación existentes.

Nuestras acciones se agrupan en cuatro frentes fundamentales:

1. La acción sindical en el sentido más amplio de la expresión que abarca desde la participación en cambios normativos, a través del diálogo social, a las movilizaciones, generales o en los centros de trabajo, demandando una sociedad más igualitaria o unas condiciones laborales más justas en las empresas, pasando por demandas canalizadas a través de nuestra participación en los ámbitos institucionales. Una acción sindical que no se limita a la secretaría que ostenta tal condición en el nombre, sino que es transversal en todo el sindicato.
2. A través de la formación sindical sobre igualdad a nuestras y nuestros representantes y, más concretamente, dirigida a quienes participan en las mesas de negociación y centrada en la inclusión de medidas de igualdad en la negociación colectiva (convenios colectivos, planes de igualdad...).
3. Mediante campañas de sensibilización: elaboración y difusión de materiales divulgativos en relación a aspectos tales como la corresponsabilidad, la defensa de un modelo educativo inclusivo; en pro de la eliminación de estereotipos sexistas sobre las profesiones y ocupaciones; o sobre la prevención de la violencia de género, por citar algunos ejemplos.
4. Finalmente, es la negociación colectiva la herramienta con la que una organización sindical puede incidir de forma más directa y específica sobre una realidad laboral que se resiste a la igualdad.

Mi objetivo con este artículo no es relatar los criterios de negociación dirigidos a enfrentar esta cuestión que CCOO elabora cada año sino tratar de ofrecer una visión general, a través de los datos que las estadísticas oficiales sobre negociación colectiva nos brindan, de la involución de las políticas de igualdad en el contenido de los convenios colectivos.

Qué nos dicen las estadísticas sobre la igualdad y la negociación colectiva

Las estadísticas oficiales sobre negociación colectiva son elaboradas a partir de la información suministrada por quien realiza el registro de los convenios colectivos una vez finalizado el proceso de negociación a través de la cumplimentación de la denominada hoja estadística.

La última modificación de la hoja estadística de convenios colectivos, coincidente en el tiempo con la puesta en marcha del sistema electrónico de registro (Regcon), se produjo en octubre de 2010 e incorporó una serie de novedades que facilitan en cierta medida un análisis estadístico de la igualdad en la negociación colectiva.

Entre otros cambios:

- Introduce la obligación de registrar una amplia variedad de acuerdos derivados de la negociación colectiva que hasta entonces no eran objeto de registro, entre ellos los planes de igualdad.
- En la Hoja Estadística que se cumplimenta para registrar los convenios colectivos:
 - Incorpora un apartado específico dedicado a las Cláusulas sobre Igualdad y no discriminación, que indaga sobre el nivel de desarrollo en los convenios colectivos de las medidas de igualdad promovidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
 - Introduce nuevas preguntas en el apartado de tiempo de trabajo relativas a la incorporación de medidas de conciliación.
 - Desagrega por sexo los datos relativos al número de trabajadores/as afectados/as, así como a la composición de la mesa de negociación y a las y los firmantes del convenio.
- Además, permite la consulta pública de los acuerdos publicados y de los datos de la hoja estadística correspondiente.

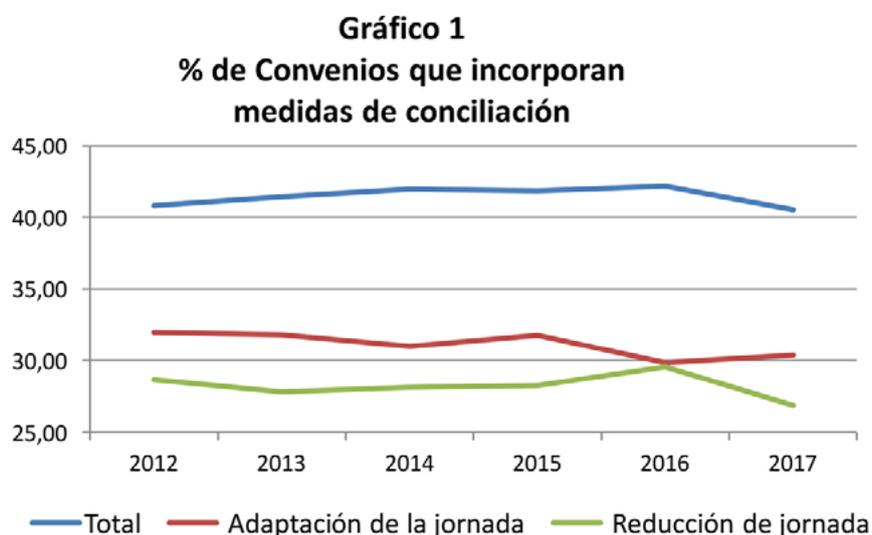
Las estadísticas oficiales de convenios colectivo no se adaptan, sin embargo, para dar entrada a estos nuevos datos hasta 2012 y desafortunadamente, y pese a que la Ley de Igualdad había sido aprobada tres años antes e imponía la obligación de incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas en el apartado a) de su artículo 20, lo cierto es que en este caso se incumple este precepto y los datos que nos ofrecen son agregados para todas las personas afectadas por los convenios.

Por tanto, los datos que a continuación expongo no son el resultado de un análisis del contenido de los textos convencionales, sino una visión elaborada a partir de las estadísticas anuales sobre convenios colectivos de trabajo publicadas por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (ECCT del MITRAMISS). Dado que aún no ha sido publicado el avance correspondiente al 2018, el periodo en el que me centraré será aquel del que disponemos de datos: del 2012 al 2017.

Tiempo de trabajo y conciliación

En el apartado 4 de la hoja estadística, dedicada a *Jornada, Vacaciones y Permisos*, se han incorporado cuatro nuevas cuestiones relativas a las medidas dirigidas a facilitar la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral.

En primer lugar, se pregunta directamente si existen o no este tipo de medidas y, en caso afirmativo, se incide para esclarecer si éstas se centran en la adaptación o en la reducción de la jornada más allá de lo legalmente establecido.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

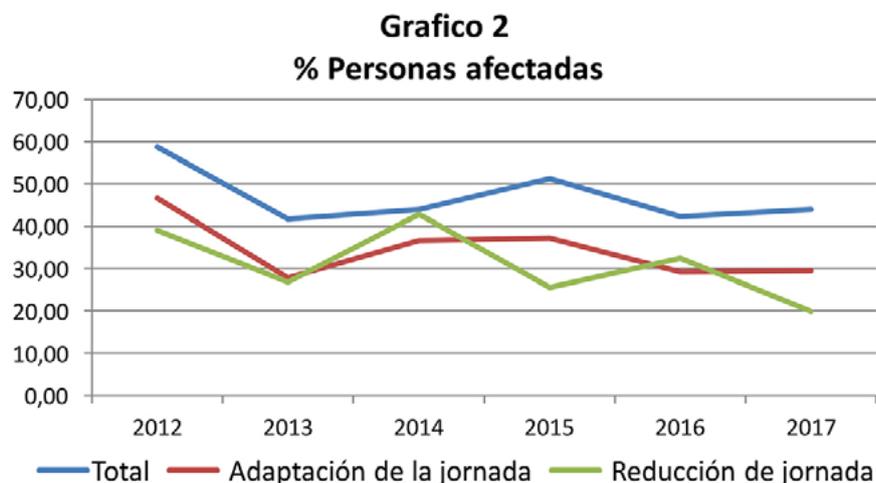
El gráfico 1 muestra muy pocas variaciones a lo largo del periodo: entre el 40 y el 42% de los convenios registrados en estos años recogían medidas de este tipo; porcentaje, sin duda, muy importante, si bien la línea general ascendente hasta el 2016 parece quebrarse en 2017 -debemos tener en cuenta que 2017 no es un año estadísticamente cerrado y, por tanto, los datos relativos al mismo pueden verse modificados hasta producirse ese cierre-.

Distinguiendo entre medidas de adaptación o de reducción de la jornada, la línea roja, siempre por encima de la verde, muestra que todos los años son más los convenios que incluyen medidas de adaptación de la jornada que de reducción de la misma, de hecho es la caída de las medidas de reducción de jornada lo que provoca el descenso de la línea general.

Aunque las estadísticas no permiten profundizar más sobre el contenido de estas cláusulas concretas, de la lectura de los textos convencionales y de los estudios publicados al respecto, se deduce que las adaptaciones de jornada se centran, fundamentalmente, en facilitar la flexibilización en el inicio y finalización de la jornada así como, cuando ésta es partida, en flexibilizar también el tiempo de comida. En cuanto a las reducciones de jornada, se dirigen a la ampliación de la edad del menor que da derecho a la reducción de jornada, a la extensión de las personas que generan este derecho, o a la rebaja del mínimo de reducción de jornada establecido legalmente para posibilitar la adaptación de la jornada sin una minoración salarial importante.

Si atendemos a la desagregación por ámbito funcional de los convenios, todas las medidas dirigidas a facilitar la conciliación personal, familiar y laboral, son pactadas en mayor proporción en el ámbito empresarial que en el sectorial, en términos relativos son más los convenios de empresa los que las incorporan que en el ámbito sectorial, si bien

afectan en términos absolutos a más trabajadores y trabajadoras en el ámbito estatal que en el sectorial.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

El gráfico 2, que representa el porcentaje de personas afectadas por estos convenios, refleja el efecto de la mayor inclusión en los convenios de grandes empresas de este tipo de cláusulas, generando líneas más elevadas que en el gráfico 1, pero sin distanciarse en exceso, que sería el efecto que provocaría su mayor inserción en los convenios sectoriales.

En segundo lugar, la hoja estadística indaga sobre la regulación de permisos retribuidos por circunstancias familiares o personales que mejoren lo establecido en la legislación vigente, ya sea estableciendo permisos retribuidos no contemplados por la ley o bien ampliando la duración de los que contiene el Estatuto.

Cuadro 1. Permisos retribuidos por circunstancias familiares o personales que mejoren la legislación vigente

Año	Total (%)		Duración de los permisos (%)		Inclusión de nuevos permisos (%)	
	Convenios	Trabajadores/as	Convenios	Trabajadores/as	Convenios	Trabajadores/as
2012	55,38 %	57,82	49,24	44,70	37,53	36,99
2013	52,78	56,25	47,74	52,66	36,19	45,35
2014	54,44	60,19	48,47	47,56	38,84	47,25
2015	54,17	74,09	49,00	68,21	39,23	64,24
2016	59,75	57,27	52,30	48,05	45,07	44,80
2017	58,40	61,44	52,09	53,08	43,24	44,55

Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS

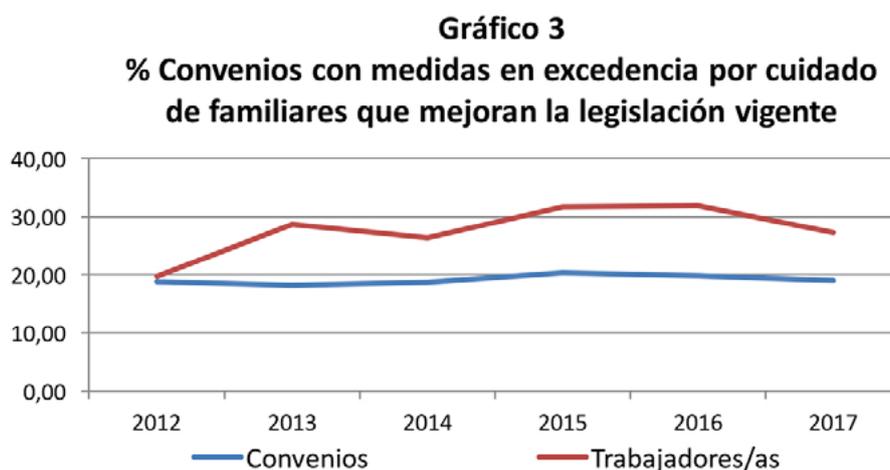
El cuadro 1 muestra que a lo largo de todo el periodo, más de la mitad de los convenios, entre el 53% y el 74%, dependiendo del año, contienen alguna medida de mejora en el capítulo de permisos retribuidos, siendo más frecuentes las mejoras relativas a la duración de los mis-

mos que las referentes a la institución de permisos nuevos. Sin duda, la medida más frecuente es la ampliación de los permisos regulados en apartado 3.b) del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, los referentes a enfermedad, hospitalización, fallecimiento... de familiares.

Pese a que todos los años, y tanto para los convenios de empresa como para los sectoriales, son más los que inciden en la mejora de la duración de los permisos que los que incorporan otros nuevos, resulta sorprendente el elevado número de convenios que incorporan permisos retribuidos diferentes a los legalmente establecidos, los más habituales son los días personales; los permisos para la asistencia a consulta médica propia o para el acompañamiento de personas dependientes -hijos/as o personas mayores-; los permisos para realizar trámites de adopción; o por matrimonio de hijos/as o familiares hasta un determinado grado. Algún convenio, bastante excepcional, se hace eco de otros permisos como, por ejemplo, para asistir a reuniones escolares.

En tercer lugar, la hoja estadística inquiriere sobre las mejoras incorporadas en la regulación de la excedencia por cuidado de familiares con respecto a lo regulado en el Estatuto. Se trata, pues, de una cuestión muy genérica, no quedando claro, por ejemplo, si en esta pregunta deben o no incluirse las posibles mejoras a la excedencia por cuidado de hijos dado que el Estatuto de los Trabajadores regula de forma diferenciada y en distintos términos la excedencia por cuidado de hijos/as de la excedencia para el cuidado de un familiar hasta segundo grado.

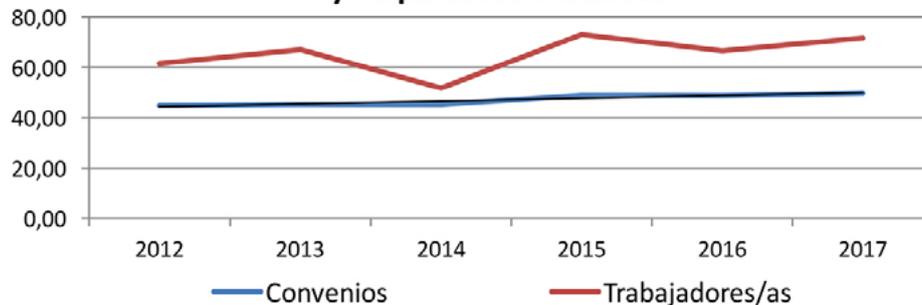
En cualquier caso, las mejoras podrían ser de muy diverso tipo: alargamiento de los periodos establecidos legalmente, ampliación de los sujetos que pueden generar este derecho (personas con quienes se conviva, por ejemplo, que no sean familiares), dotación de mayor flexibilidad en su disfrute, etc.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

La línea de evolución es prácticamente plana, la máxima diferencia se produce entre el 18,2% de convenios que contienen este tipo de mejoras en 2013 y el 20,4 del 2015. Unos porcentajes, por otra parte, sensiblemente inferiores a los que veíamos en los gráficos anteriores, evidenciando que no son aspectos fáciles de consensuar, sobre todo en los convenios sectoriales.

Gráfico 4
% de convenios que regulan la
acumulación de lactancia en jornadas completas
y de personas afectadas



Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

En relación a la lactancia, la única pregunta que se formula es concretamente si se establece la posibilidad de acumular el derecho a lactancia en jornadas completas. En este punto, debemos recordar que la ley deriva a la negociación colectiva el establecimiento de los términos en que podrá ejercerse el derecho a esta acumulación, si el convenio no lo regula, la ley deriva al acuerdo individual con el empresario. Es evidente que si la representación legal de los y las trabajadoras tiene dificultades para alcanzar un acuerdo en esta materia, mayor dificultad tendrá la trabajadora o el trabajador que deba negociarlo individualmente, por tanto, este es un derecho que difícilmente podrá ejercitarse si los convenios colectivos no lo regulan.

Pues bien, la gráfica revela que entre el 45 y el 50% de los convenios firmados en estos años establecen la posibilidad de acumular la lactancia. Se trata, sin duda, de un porcentaje muy elevado que cuando menos genera dudas sobre qué implica realmente esta pregunta, sobre cómo es interpretada por quienes registran los convenios.

Es bastante frecuente que los textos convencionales reproduzcan literalmente determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores en la idea de que no es necesario nada más para garantizar el cumplimiento del mismo; en este caso, sin embargo, es evidente que si el convenio se limita a copiar los apartados 4 y 5 del artículo 35 del ET, sin establecer claramente en qué se concreta el derecho a acumular la lactancia, el problema quedará sin resolver para quienes deseen ejercer este derecho, pero muy probablemente quien cumplimente la hoja estadística responderá afirmativamente a la pregunta relativa a “la posibilidad” de acumular la lactancia y, evidentemente, la posibilidad siempre existe, pero la facilidad o probabilidad de que tal derecho se ejercite dependerá de cómo esté realmente regulado en el convenio.

Si casi la mitad de los convenios han concretado, por ejemplo, el número de jornadas a las que equivale la acumulación del permiso de lactancia, este porcentaje -sin entrar a valorar la cuantificación concreta de esa acumulación- sería sin duda muy relevante y merecería una valoración muy positiva; pero si resultara que la mayoría de estos convenios se hubieran limitado a reproducir el texto legal, sin ningún tipo de desarrollo, la valoración no sería la misma, ciertamente los datos estadísticos no son suficientes para conocer lo negociado.

Regulación de los planes de igualdad

La Ley de Igualdad impone nuevas obligaciones a las empresas y a los responsables de la negociación colectiva, tanto sectorial como de empresa, de cara a lograr la deseada igualdad en el ámbito laboral.

En concreto, y sintetizando mucho: en el ámbito de empresa establece la obligación de negociar un plan de igualdad en aquellas que cuenten con más de doscientas cincuenta personas en plantilla, e invita a las que no llegan a este umbral a negociarlo de forma voluntaria; y, por otra parte, dispone que los convenios sectoriales regulen el modo y las condiciones en que ha de llevarse a cabo la negociación de los planes de igualdad en las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, otorgándoles así capacidad para, por ejemplo, rebajar el umbral de los 250 trabajadores/as para las empresas por ellos afectadas.

Dado que la ley establece en esta materia distintas capacidades a los negociadores dependiendo del ámbito funcional de aplicación de los convenios, la hoja estadística incorpora también preguntas distintas dependiendo de si el acuerdo que se registra es de empresa o sectorial.

En la hoja estadística de los convenios de ámbito empresarial se formulan tres preguntas en relación a los planes de igualdad, la primera es si la empresa cuenta, en el momento en que se registra el convenio, con un plan de igualdad o no.

Cuadro 2. Regulación de los Planes de Igualdad en los convenios de empresa.

Año	La empresa cuenta con Plan de Igualdad				Remite a un acuerdo futuro (%)
	Total		En el convenio (%)	En acuerdo específico (%)	
	Nº de CC	%			
2012	337	27,20	13,24	17,51	9,52
2013	532	28,08	14,72	17,51	10,34
2014	427	28,06	15,31	17,02	11,96
2015	372	29,13	16,05	16,99	12,45
2016	474	31,85	15,99	20,63	10,08
2017	440	32,40	15,32	21,28	11,34

Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

Al cumplimentar la hoja estadística, en un total de 2.582 registros de convenios de ámbito empresarial firmados entre 2012 y 2017 se responde que cuentan con un plan de igualdad, lo que supone entre el 27 y el 32% del total de los convenios registrados, un porcentaje muy considerable y que no varía mucho entre los diferentes años.

Los porcentajes resultan muy llamativos y también la cifra absoluta. Es cierto que el dato de 2.582 corresponde a registros, lo que supone que algunos convenios han podido ser registrados varias veces a lo largo del periodo y, por tanto, varias veces contabilizados los correspondientes planes de igualdad. En cualquier caso, sigue siendo una cifra muy

alejada de los registrados en el Regcon desde 2010: 279 planes de igualdad de empresas afectadas por convenios colectivos que establezcan la obligación de negociar el plan de igualdad -ya sean de ámbito sectorial o de empresa-, más 66 planes de igualdad para su depósito, hacen un total de 345 planes de igualdad registrados.

Aun considerando que algunos planes de igualdad están contenidos en el propio convenio colectivo y que, por tanto, no son objeto de registro específico; que cabe la posibilidad de que algunos planes que hayan sido firmados antes de la puesta en marcha del registro electrónico, quizás no hayan sido registrados en el mismo; que algunos otros han podido ser registrados erróneamente como acuerdo de otra naturaleza (acuerdos de materias concretas, por ejemplo); o que hay convenios de ámbito inferior a la empresa que pudieran estar afectados por un único plan de igualdad. Aún teniendo en cuenta todos estos factores, hay una distancia enorme entre el número de planes registrados (que también en algunos casos están repetidos, es decir, que responden al segundo o tercer plan de una misma empresa) y las 2.582 empresas que dicen contar con un acuerdo de este tipo.

A quienes respondieron que sí cuentan con un plan de igualdad, la hoja estadística les pregunta si el mismo está regulado en el convenio o en un acuerdo de empresa específico. Esta desagregación nos permite discernir claramente el número de planes de igualdad que, en base a esta información, deberían haber sido registrados como acuerdos específicos en Regcon: 1.621 de los 2.582 responden que son acuerdos específicos y que, por tanto, deberían haber sido registrados.

Por otra parte, si sumamos los porcentajes correspondientes a estas dos columnas, se hace evidente la inconsistencia de estas respuestas: la suma supera el porcentaje total, lo que significa que en algunos casos han sido señaladas ambas opciones de respuesta: que el plan de igualdad está regulado en el convenio y, a la vez, en un acuerdo específico. Ciertamente, cabe la posibilidad de que un plan de igualdad haya sido acordado en primera instancia en un acuerdo específico y, posteriormente, trasladado al convenio de empresa, sin embargo, esta duplicidad podría estar alertando sobre cierta confusión en la interpretación de la pregunta que podría explicar también ese desfase entre lo que estos datos indican y lo que en el registro aparece.

A quienes respondieron que la empresa no contaba con un plan de igualdad, la hoja estadística les pregunta si el convenio remite a un acuerdo futuro de plan de igualdad. Los porcentajes son relativamente bajos en una cuestión fundamental de cara al trabajo sindical de seguimiento de lo que ocurre, por una parte, en las empresas que han contraído el compromiso de negociar un futuro plan de igualdad a fin de garantizar que este compromiso no se quede en una simple manifestación de buenas intenciones; y, por otro lado, en aquellas otras que estando legalmente obligadas a negociar un plan de igualdad, manifiestan no tenerlo y al, menos aparentemente, tampoco tener voluntad de negociarlo en un futuro.

La hoja estadística correspondiente a los convenios sectoriales únicamente contiene dos cuestiones en relación a los planes de igualdad. La primera es de carácter genérico: si se regulan los términos y condiciones en los que se desarrollará el deber de negociar los planes de igualdad a nivel de empresa y, en caso afirmativo, se inquiriere por una cuestión

muy específica: si este deber se establece para empresas con más de 250 trabajadores/as o para empresas de menos de 250 trabajadores/as.

De los convenios sectoriales firmados en este periodo, sólo un porcentaje relativamente bajo (entre el 20 y el 30% del total), establecen los términos en los que las empresas por ellos afectadas deben negociar los planes de igualdad, bajo este genérico enunciado caben, sin duda, infinidad de situaciones que la hoja estadística no nos permite explorar y que se mueven entre la mera transcripción del texto legal hasta una regulación concisa, detallada y acorde a las especificidades del sector en cuestión, estableciendo, por ejemplo, quién y cómo debe realizar el diagnóstico de situación de partida, cuál es la información mínima y necesaria para tal fin, de qué etapas constará el proceso de negociación, qué plazos deben establecerse para cada una de ellas, cómo se realizará el proceso de implantación de las medidas, y un largo etcétera.

Cuadro 3. Regulación de los Planes de Igualdad en los convenios sectoriales

Año	Total	Para empresas con más de 250 trabajadores/as (%)	Para empresas con menos de 250 trabajadores/as (%)
2012	26,39	20,53	8,21
2013	19,83	14,88	5,79
2014	20,47	16,32	6,53
2015	27,96	24,01	8,51
2016	29,89	23,54	7,94
2017	28,13	21,39	8,89

Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS

Que sólo un 28% de los convenios sectoriales firmados en 2017, concreten un aspecto de tanta importancia, transcurridos diez años desde la promulgación de la Ley de Igualdad y cuando ésta deriva la responsabilidad directamente a los convenios sectoriales, parece un porcentaje muy decepcionante. Un aspecto, por otro lado, que si el convenio sectorial no impulsa mediante la correspondiente regulación queda, en gran medida, al libre entendimiento de las partes en cada una de las empresas.

Y de entre los múltiples aspectos que el convenio sectorial puede ordenar, la hoja estadística sólo fija su atención en el tamaño de las empresas obligadas a negociar los planes de igualdad y, más concretamente, en si se amplía o no esta obligación hacia un espectro de empresas de menor tamaño.

Tal y como se desprende del cuadro, la mayoría de los convenios que entran a regular esta materia, mantiene esta obligación para las empresas con plantillas con más de 250 trabajadores/as no añadiendo, por tanto, nada nuevo sobre lo que la ley impone. En cualquier caso, tampoco es desdeñable el porcentaje de los que amplían esta obligación a empresas más pequeñas.

Medidas por la igualdad

Al margen de la obligación de negociar un plan de igualdad, la ley obliga a todas las empresas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, les exige la adopción de medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar con la representación legal de los y las trabajadoras.

Esta obligación es general para todas las empresas, independientemente del tamaño y, si bien es cierto que podrían estar insertas en el plan de igualdad en las empresas que cuenten con él, dado que en ningún caso éste debería entrar en contradicción con lo regulado en el convenio colectivo, deberían también quedar reflejadas en el mismo.

Las hojas estadísticas, tanto la de los convenios sectoriales como la de los convenios de empresa, indagan sobre cuatro tipos diferentes de medidas de igualdad:

- dirigidas a promover la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres,
- de preferencia a favor del sexo menos representado (acciones positivas);
- para prevenir el acoso sexual o el acoso por razón de sexo,
- y de protección de las víctimas de violencia de género.

Si se responde afirmativamente a la pregunta genérica sobre la existencia de medidas dirigidas a promover la igualdad, se requiere que se especifique en relación a qué materias se han pactado dichas medidas seleccionando las que correspondan en cada caso entre las opciones que la hoja estadística ofrece.

En cuanto a las medidas de igualdad más genéricas, atendiendo a los datos del cuadro 4 podemos obtener algunas conclusiones: en primer lugar, y a sabiendas de la provisionalidad de la información correspondiente al último año, la tendencia general es positiva para todas y cada una de las materias en los restantes años; y, en segundo lugar, podemos observar que los porcentajes de inclusión de medidas de igualdad por materias se mueven en una horquilla relativamente pequeña para cada uno de los años.

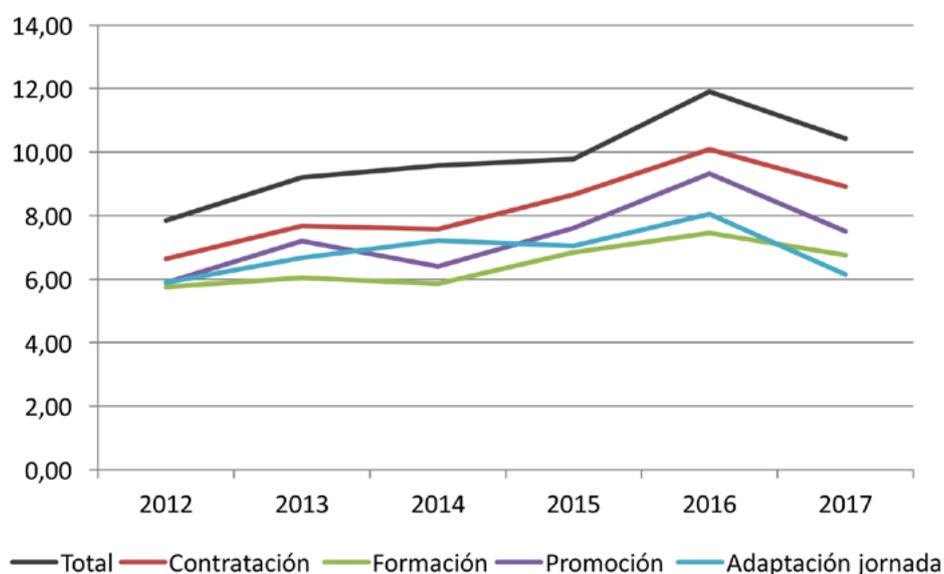
Cuadro 4. % de Convenios colectivos que incorporan medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres

Año	Total	Contratación	Formación	Promoción	Salarios	Estabilidad en el empleo
2012	25,89	22,34	21,20	22,15	21,46	17,53
2013	26,59	22,79	21,31	22,99	22,11	19,07
2014	28,67	25,55	22,81	24,91	23,51	20,06
2015	30,64	26,90	24,16	26,21	25,09	21,17
2016	33,12	28,46	25,19	27,65	25,56	20,26
2017	31,57	27,79	24,07	26,89	24,86	19,79

Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

Esta escasa dispersión porcentual entre materias evidencia que, tras responder afirmativamente a la pregunta genérica sobre si se regulan medidas de igualdad, se señalan, en la mayoría de las ocasiones, todas las materias específicas. Es posible que algunos convenios incorporen efectivamente medidas de igualdad en todas ellas, sin embargo, es muy probable que si tantas señalan todas las opciones que la hoja estadística ofrece pueda deberse a que los convenios contengan una cláusula genérica de igualdad o de prohibición de discriminación en la que se mencionen (o no) las diferentes materias. Y, sin restarle el valor que este tipo de cláusulas tiene, es evidente que no es lo mismo incluir una cláusula de este tipo que fijar medidas específicas para cada una de las materias.

Gráfico 5
% de convenios que incorporan medidas de acción positiva



Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

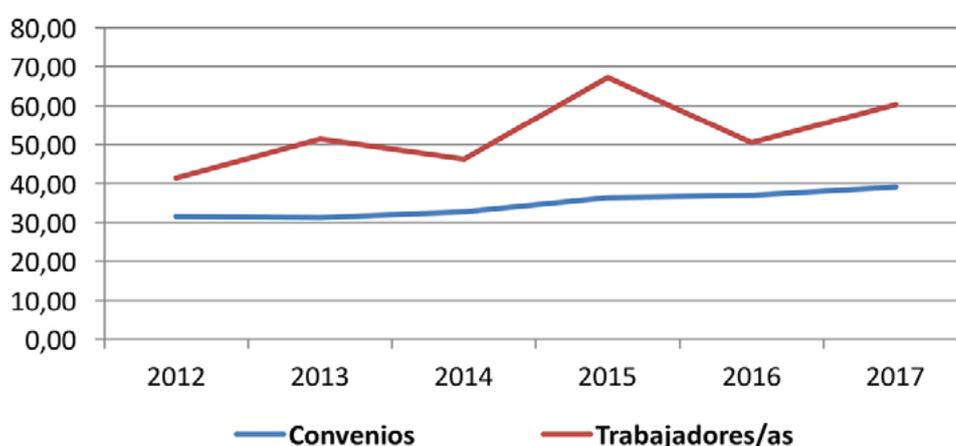
En relación a las medidas de acción positiva¹, la hoja estadística no se plantea medidas directamente dirigidas a acabar con la conocida y reconocida brecha salarial existente entre trabajadores y trabajadoras, ni para lograr una mayor estabilidad laboral de las mujeres, lo que significa que de este tipo de medidas que afortunadamente, aunque sean escasas, se establecen en algunos convenios y acuerdos, no quedaría constancia en este registro.

Entre las materias contempladas, vuelve a ser la contratación la materia que mayor proporción de medidas de acción positiva acapara, seguida por la promoción, la adaptación de la jornada laboral a la vida familiar y, por último, la formación.

¹ La hoja estadística se refiere a las medidas de acción positiva "a favor del sexo menos representado" siguiendo la definición contenida en el Artículo 141.4 del Tratado de Amsterdam (2 de octubre de 1997): «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

En cuanto a la dispersión de las respuestas ocurre algo similar a lo comentado con las medidas de igualdad: la horquilla en la que se mueven los porcentajes por materias de la inserción de medidas a favor del sexo menos representado es muy estrecha, oscilando entre el 7,9% del 2012 y el 11,9% del 2016. Y, en este caso, muy probablemente esta poca dispersión responde a una cláusula de acción positiva genérica, lo que supone la pérdida de todo el empuje con el que la ley de igualdad quería dotar a este tipo de cláusula.

Gráfico 6
Regulación de medidas para prevenir el acoso sexual o el acoso por razón de sexo (%)



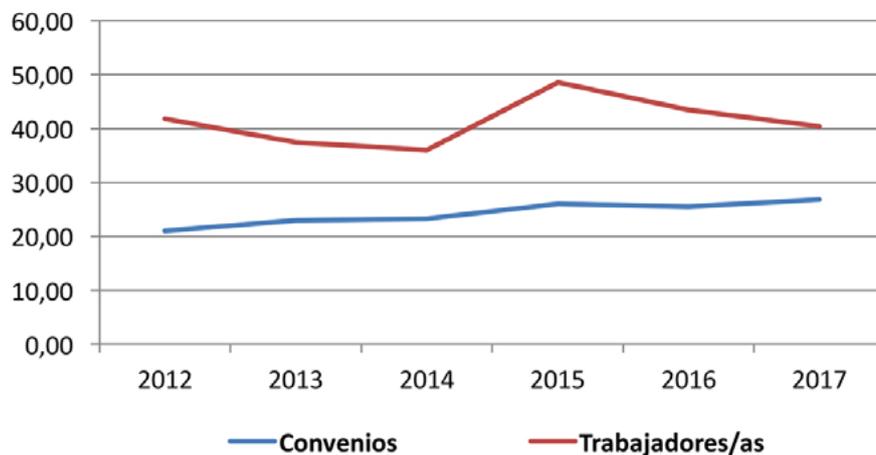
Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

La penúltima cuestión que la hoja estadística aborda en el apartado dedicado a la igualdad entre mujeres y hombres, se refiere al establecimiento de medidas para prevenir el acoso sexual o el acoso por razón de sexo. Una única pregunta que no permite distinguir, por ejemplo, entre medidas sobre un tipo u otro de acoso, o entre cláusulas genéricas prohibitivas de este tipo de conductas, las simples referencias en la regulación de las faltas y sanciones, y acuerdos más ampliamente desarrollados dirigidos a la prevención y tratamiento de tales situaciones.

El gráfico 6 muestra unos porcentajes de inclusión de medidas de prevención del acoso sexual o por razón de sexo ciertamente significativas, en todos los años, y tanto en los convenios sectoriales como en los de empresa, por encima del 30%. Sin embargo, y aunque es positiva la tendencia ligera pero siempre ascendente de la línea, en 2017 apenas el 40% de los convenios regulan la prevención de estos tipos de acoso, un porcentaje que no parece acorde con el alto nivel de exigencia legal en esta materia, recordemos que la Ley de Igualdad establece que: “Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”.

Finalmente, la hoja estadística vuelve a quedarse coja al preguntar sobre la regulación de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, una sola pregunta que no es suficiente para evaluar en qué medida los convenios se ocupan de este problema. No podemos, por tanto, distinguir entre aquellos que únicamente se hacen eco de todos o de alguno de los derechos laborales que la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género reconoce a las víctimas de violencia de género, de aquellos otros que consiguen pactar mejoras que les facilite superar en mejores condiciones una situación de tal vulnerabilidad.

Gráfico 7
Medidas para la protección de las víctimas de
violencia de género - % convenios y trabajadores/as



Fuente: Elaboración propia a partir de datos anuales de la ECCT del MITRAMISS.

Teniendo esto en cuenta no podemos hacer una valoración muy positiva de lo que el gráfico 7 muestra, es cierto que la evolución de la línea que representa el porcentaje de convenios que regulan estos derechos es siempre ascendente pero la progresión es muy lenta; que en 2017, doce años después de la entrada en vigor de la Ley Integral, no llegue ni al 27% el porcentaje de convenios firmados en el año que regulen medidas de protección de las víctimas de violencia de género parece ciertamente exiguo.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género publica artículos originales e inéditos, sobre aquellas temáticas relacionadas con las mujeres, la investigación feminista y los estudios de género.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Sólo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas.

Los artículos pueden ser redactados en español, inglés o francés. Los/as autores/as deberán enviar sus textos por email a: revistafemeris@uc3m.es ajustados a las normas de edición que se muestran a continuación.

Normas de edición

1. Los artículos no podrán superar las 12.000 palabras o las 30 páginas de extensión, comprendidas las notas a pie de página y bibliografía.
2. En la primera página se hará constar el título en español e inglés, el nombre y apellidos del autor/a, el centro de trabajo o adscripción profesional y la dirección de correo electrónico.
3. En la segunda página se incluirá un resumen en español e inglés de una extensión mínima de 200 y máxima de 300 palabras cada uno. Igualmente se redactarán 5 ó 6 palabras clave en ambos idiomas.
4. Se utilizará el tipo de letra Arial, tamaño 12, con interlineado de 1'5. No se dejarán espacios en blanco entre párrafos. El texto debe presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC).
5. Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentarán en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS) y en escala de grises. Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300 ppp.
6. Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado, y doble espacio entre nota y nota. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.
7. La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as. Con objeto de visibilizar las aportaciones de las mujeres a la investigación, deberá constar el nombre completo de las/os autoras/es en cada referencia de la sección de Bibliografía.

Nunca han de entregarse sólo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábica consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábica consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

Se utilizará el sistema APA 6ªEd. (Walter, 2010). Se debe poner siempre el año de la primera edición. Para más información: <http://www.apastyle.org/>

Para las citas superiores a cuatro líneas es obligatorio copiarlas, sin comillas ni cursiva, en un párrafo, con el margen más centrado que el texto (a 1, derecha e izquierda), y letra Times New Roman, 11, interlineado sencillo.

Normas para las reseñas bibliográficas:

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación feminista y de género cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos, a excepción del resumen, palabras clave y sumario.

Las reseñas tendrán una extensión comprendida entre las 1.000 y las 2.000 palabras. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.

Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.

Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las reseñas, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

Proceso de evaluación y revisión por pares

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos mínimos de contenido científico y de ade-

cuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

El Consejo de Redacción envía los originales, sin el nombre del autor o de la autora, a dos revisores/as externos/as al Consejo Editorial, recurriendo al sistema de pares y “doble ciego” manteniendo el anonimato tanto del autor/a o autores/as como de los/as evaluadores/as, quienes emiten su informe en un plazo máximo de seis semanas.

Sobre esos dictámenes, el Consejo de Redacción decide rechazar o aceptar el artículo o solicitar modificaciones al autor o autora del trabajo. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor/a externo/a.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone, retocado, el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

- Una valoración global del artículo y de los resúmenes.
- Una valoración cuantitativa de la calidad (buena | aceptable | insuficiente) según estos cinco criterios: originalidad e interés del tema; pertinencia en relación con las investigaciones actuales en el área; rigor metodológico y articulación expositiva; bibliografía significativa y actualizada; pulcritud formal y claridad de discurso.
- Una recomendación final: publicar | solicitar modificaciones | rechazar.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a revistafemeris@uc3m, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.