

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Mujer en el futuro del trabajo



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

NÚMERO
EXTRAORDINARIO

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **Julia López López**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Cristina Gortazar Rotaecche, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mitramiss.es

Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 19-2.375

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://epage.mpr.gob.es/>



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 854-19-003-6

NIPO Internet: 854-19-065-8

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estigraf Impresores, SL. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

MUJER EN EL FUTURO DEL TRABAJO

SUMARIO

PRESENTACIÓN, *Yolanda Valdeolivas García*, 9

ESTUDIOS

El trabajo de las mujeres en España: estereotipos, sesgos e inercias.
Una mirada hacia tres ámbitos de perentoria intervención normativa.
Amparo Garrigues Giménez, 15

Systemic discrimination and políticas de igualdad efectiva en género.
Julia López López, 35

Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación
administrativa. *Susana Rodríguez Escanciano*, 51

La igualdad entre mujeres y hombres en el Empleo Público.
Carmen Sáez Lara, 79

Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT.
Margarita Isabel Ramos Quintana 111

Liderazgo femenino ante la cuarta revolución industrial.
Consuelo Ferreiro Regueiro, 139

Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar
en la sociedad española del siglo XXI. *M^a Luisa Molero Marañón*, 157

La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir).

María Amparo Ballester Pastor, 189

Violencia de género en el trabajo: conceptualizando el acoso a las mujeres.

Ana Rosa Argüelles Blanco, 223

Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa.

Sarai Rodríguez González, 249

Segregación ocupacional por razón de género en el sector de la pesca:

El paradigma de las rederas. *Nora María Martínez Yáñez, 287*

Violencia de género y pensión de viudedad de la Seguridad Social en España.

La perspectiva de género, y el género en perspectiva para la consecución de la justicia material y avanzar en igualdad.

María Pilar Marco Francia y Juan Carlos González Soria, 323

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Journal of the Ministry of Labour, Migration and Social Security

WOMEN IN THE FUTURE OF WORK

CONTENTS

PRESENTATION, *Yolanda Valdeolivas García, 9*

STUDIES

Women's work in Spain: stereotypes, biases and inertia. A look at three aspects for an urgent legal intervention. *Amparo Garrigues Giménez 15*

Systemic discrimination and effective gender equality policies. *Julia López López 35*

Women and employment: perspective of gender and active policies in the administrative contracting. *Susana Rodríguez Escanciano 51*

Equality between women and men in Public Employment. *Carmen Sáez Lara 79*

Women and the future of work in the centenary of the ILO. *Margarita Isabel Ramos Quintana 111*

Female leadership in the face of the fourth industrial revolution. *Consuelo Ferreiro Regueiro 139*

The challenges of genuine work-life balance in the Spanish society in the 21st century. *M^a Luisa Molero Marañón 157*

The pending transposition in the Spanish legislation of directive 92/85 on the protection of motherhood (what it means to prevent).

María Amparo Ballester Pastor 189

Gender-based violence at work: conceptualizing harassment of women.

Ana Rosa Argüelles Blanco 223

Gender wage gap and corporate social responsibility.

Sarai Rodríguez González 249

Occupational gender segregation in fisheries: the paradigm of women who mend the nets. *Nora María Martínez Yáñez* 287

Gender violence and Social Security widowhood pensions in Spain.

Gender perspective and perspectives on gender to achieve material justice and to move forward equality. *María Pilar Marco Francia*

and *Juan Carlos González Soria* 323

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Presentación

Presentación

YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA*

Desde el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, hemos querido sumarnos este año al Día Internacional de la Mujer con la publicación de un número monográfico de esta revista que dé cuenta, desde un punto de vista académico pero también reivindicativo, de lo que significa esta fecha. Por ello, antes de nada, expreso nuestro agradecimiento sincero a las autoras que han aceptado nuestra invitación a participar con su obra en esta conmemoración, contribuyendo a la construcción de la perspectiva de género desde el ámbito jurídico y universitario.

La conmemoración del 8 de marzo, que realmente nació en 1975 con su proclamación en la ONU como Día Internacional de la Mujer Trabajadora, para reclamar la igualdad para la mujer en el trabajo y en sus condiciones laborales, actualmente ha ampliado sus objetivos iniciales para reivindicar más ampliamente el papel de la mujer en la sociedad. Pero lo anterior no impide advertir que el trabajo sigue siendo un espacio particularmente sensible en clave de género, susceptible de contagiarse con sus reglas y principios al resto de las esferas públicas y privadas donde la mujer sigue encontrando diferencias injustificadas solo por ser mujer. De ahí esta aportación doctrinal que, desde muy diversos enfoques y con contenidos heterogéneos, pretende romper la brecha de género desde el ámbito donde se hace probablemente más visible, el contexto laboral, para desde allí convertirse en palanca contra la discriminación por razón de sexo en todos los ámbitos de la vida y para combatir los múltiples actos machistas que, en el mejor de los casos, degradan a la mujer y, en el peor, arriesgan su vida e integridad física.

Así, bajo pretexto del 8 de marzo, pretendemos apelar a la conciencia general sobre una realidad social que infravalora a la mujer y la sitúa en un evidente plano de inferioridad. Como pretende a su vez exigir a las instancias internacionales y nacionales, públicas y privadas, así como a los gobiernos y entidades con responsabilidad en cualquier ámbito funcional y territorial, la adopción de acciones y políticas valientes de promoción de la igualdad efectiva y de erradicación de los agravios hacia las mujeres, a los que nadie puede sentirse ajeno.

Hay que adoptar medidas que eviten que una sola mujer cobre menos por el mismo trabajo que desarrolla un hombre; que se mantenga la violencia física, sexual, psicológica o económica hacia las mujeres; que estas sean utilizadas como arma de guerra mediante secuestros y violaciones en conflictos armados; que sean mutiladas, represaliadas o asesinadas por razones presuntamente religiosas o en nombre del mal llamado honor de la familia o clan de pertenencia; que vean su

* Secretaría de Estado de Empleo.

cuerpo mercantilizado u objeto de explotación sexual; que sean víctimas de violencia machista por sus parejas o exparejas... La lista podría continuar. Los crímenes contra las mujeres son crímenes de lesa humanidad, de igual modo que las conquistas en materia de igualdad de género son conquistas de la humanidad que evidencian el verdadero test de civilización, democracia y progreso social.

Y, sin embargo, seguimos necesitando hacer visible esa desigualdad intolerable e injustificada, fruto desde el principio de los tiempos del «patriarcado», elemento de sojuzgación a erradicar de todos los ámbitos y a desterrar de nuestra cultura. Patriarcado es un sistema social que genera desigualdad y discriminación hacia las mujeres, porque legitima a los hombres para el ejercicio del poder en todos los ámbitos, incluido el dominio y control sobre las propias mujeres. Ese patriarcado debe ser sustituido, como seña de identidad cultural, por el feminismo. Porque si el machismo es la actitud de prepotencia de los hombres sobre las mujeres, el feminismo no defiende la opuesta prepotencia de las mujeres sobre los hombres, sino que las mujeres tengan iguales derechos y oportunidades que los hombres; en tanto el machismo considera que los hombres tienen más derechos que las mujeres, el feminismo no lucha por que las mujeres tengan más derechos que los hombres, sino los mismos, por que las mujeres ocupen la posición que como ciudadanas les corresponde.

Ese cabal entendimiento del feminismo que ha conseguido reconocer a las mujeres como personas ha hecho de este movimiento social el más internacional y transversal, incorporando además una propuesta de vida atractiva y diferente a la actual para hombres y mujeres. El feminismo, frente al patriarcado, defiende que es posible convivir de otra manera, con nuevas reglas de gobernanza de la sociedad, con renovados roles sociales de mujeres y hombres, en definitiva, con mayor civilización. Es una propuesta de colaboración, no de discriminación o dominación, porque sugiere un modelo de sociedad no excluyente que resalta la importancia de visibilizarlo no solo como un planteamiento de las mujeres, sino de las mujeres y de los hombres, porque a ambos incumbe el mensaje emancipador que defiende.

Es urgente romper la urna de cristal que atribuye roles, capacidades y valores distintos en hombres y mujeres, así como arrumbar los estereotipos que enmarcan en las categorías de masculino o femenino todos los aspectos de la vida, hasta llegar a hacer de la condición de mujer y hombre una cualidad trivial y carente de relevancia social. Ello pasa por construir una nueva conciencia de género que impida que lo que nos identifica como hombres y mujeres sea resultado de una serie de imposiciones y expectativas sociales que buscan distinguirnos en base a una interpretación social de las diferencias biológicas errónea, interesada y espuria. Y hablo de género, no de sexo, porque si este último alude al ámbito estrictamente biológico, aquel primero representa lo que nuestra sociedad interpreta sobre qué debe ser un hombre y una mujer.

Como se advertirá, esto compromete claramente la acción legislativa y, desde luego, las políticas públicas capaces de provocar, mediante educación y cultura de género, un cambio de paradigma. Para ello, resulta inexcusable identificar las brechas y sus causas, para después actuar sobre ellas. Y del éxito de esta estrategia dan buena cuenta múltiples iniciativas y normas jurídicas que, sin haber alterado integralmente las desigualdades entre mujeres y hombres, sí han producido significativos avances que no nos podemos permitir poner en duda y, menos aún, dar al traste, frente a posiciones involucionistas, cuando no negacionistas, que cuestionan la existencia misma de la desigualdad estructural y, por ende, de cualesquiera políticas y normas jurídicas dirigidas a su corrección o reequilibrio.

Ello pone en valor lo ya consolidado en nuestra disciplina jurídica sobre la igualdad y no discriminación por razón de género, así como su eficaz tutela, la protección del embarazo y lactancia, la conciliación de la vida familiar y laboral, la discriminación indirecta, la protección frente al acoso, las acciones positivas y, en fin, la transversalidad y perspectiva de género en todas las políticas públicas e instrumentos normativos, que han llegado a componer un cuerpo jurídico indispensable pero insuficiente, toda vez que no ha conseguido torcer por completo la inveterada brecha laboral y social. De ahí la necesidad de, sin perjuicio de valorar y consolidar lo ya logrado, seguir avanzando en el diseño de estrategias y reglas eficaces en ese todavía interminable viaje hacia la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo y de protección social, favoreciendo la eliminación de desventajas que implique una presencia real y efectiva de las mujeres en el mercado laboral en condiciones de plena igualdad.

Por lo anterior, hay que proseguir en la incorporación de medidas de transparencia salarial, de corresponsabilidad de las tareas de cuidado que representan un paso más allá de la conciliación, de formación y promoción profesional o, por finalizar, de combate contra la mayor incidencia de la parcialidad o la temporalidad en la contratación de las mujeres. Ello impone colocar la igualdad entre mujeres y hombres en el centro de la acción política, como el actual Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ha querido representar desde el primer momento.

Así, ya desde la aprobación en julio de 2018 del Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, se fija como objetivo de actuación preferente la igualdad por razón de género, directamente ligada a la precarización laboral y la discriminación salarial por razón de género. En efecto, el Plan incluye la igualdad de género como un principio transversal que se proyecta a lo largo de su contenido, aunque tampoco excluye un eje específico sobre protección de derechos fundamentales y promoción de la igualdad con acciones comunes dirigidas a potenciar los objetivos de lucha contra la discriminación, especialmente la salarial por razón de género.

Por su parte, el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, aprobado el pasado diciembre, es una buena muestra también del propósito de recuperación de la calidad en el empleo y combate contra las brechas de género en el contexto del desempleo juvenil, potenciando, entre otras medidas, el desarrollo de una formación específica en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres capaz de eliminar sesgos de género y de combatir la segregación horizontal y la brecha salarial de género. Lo anterior se concreta en actuaciones dirigidas a eliminar los estereotipos y roles de género que limitan el acceso de las mujeres al empleo en sectores y ocupaciones con infrarrepresentación femenina, a corregir los obstáculos y prejuicios asociados a la maternidad y a incrementar la oferta de formación profesional dirigida a mujeres vinculada a sectores tradicionalmente masculinizados.

Además, la reciente aprobación del RD-L 6/2018, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, avanza también de manera significativa en la senda ya iniciada con la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en tanto siguen persistiendo tras ella desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres. En este sentido, medidas de transparencia salarial como metodología para luchar contra la brecha retributiva, de corresponsabilidad mediante permisos progresivamente equiparables, retribuidos e intransferibles entre madres y padres para la asunción de las cargas familiares, así como las dirigidas a la eliminación de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de género, y, en especial, derivada de la maternidad y de la asunción de obligaciones familiares son, entre otras, herramientas que persiguen un

mayor acceso de las mujeres a trayectorias de formación, de carrera profesional y de mejora de sus perspectivas laborales en cualquier forma de empleo, removiendo los obstáculos que impiden su igualdad real como resultado de la mera condición de mujer, al margen de su capacidad.

Sin olvidar, en fin, el incremento del importe del salario mínimo interprofesional a 900 euros al mes para 2019, de indudable impacto de género, toda vez que se trata de una medida dirigida a luchar contra el intolerable fenómeno de la pobreza laboral y la desigualdad salarial que, es sabido, afecta de manera especialmente sensible a las mujeres.

En definitiva, como contempla el Objetivo 5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, relativo a la igualdad de género, la igualdad entre mujeres y hombres no es solo un derecho humano fundamental, sino la base necesaria para conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible, para lo que hay que establecer nuevos marcos legales relativos a la igualdad de las mujeres en el empleo, erradicando las prácticas nocivas que inciden sobre ellas.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Estudios

El trabajo de las mujeres en España: estereotipos, sesgos e inercias. Una mirada hacia tres ámbitos de perentoria intervención normativa

Women's work in Spain: stereotypes, biases and inertia. A look at three aspects for an urgent legal intervention

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ*

INTRODUCCIÓN

La igualdad de género es una cuestión de justicia, por lo que se incorpora como principio jurídico y como objetivo político; pero, además, la igualdad de género es también una condición necesaria para el desarrollo económico y social.

Los valores y las relaciones sociales han evolucionado, de manera especial desde el último cuarto del siglo XX. Dicha evolución ha operado un cambio en los roles tradicionales «masculinos» y «femeninos», que se basan, ahora, de modo más decidido en términos, al menos teóricos, de *equiparación y colaboración* entre hombres y mujeres. Salvo por las implicaciones estrictamente biológicas del fenómeno reproductivo (embarazo, parto y puerperio –implicaciones que, por lo general, son discretas y de corta duración–), ambos sexos deberían –por lo que a formación, aptitudes y competencias se refiere– estar en disposición de desarrollar

carreras profesionales iguales y con idénticas oportunidades. No obstante, si bien es cierto que la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo se ha generalizado hasta convertirse en algo natural, no es menos cierto que la tozudez de los datos estadísticos (las mujeres presentan menor tasa de empleo que los varones, mayor tasa de paro, una mayor presencia en el trabajo a tiempo parcial, los ya conocidos fenómenos de segregación –horizontal y vertical– y un diferencial salarial por hora trabajada carente de toda justificación¹... amén del mayor impacto sobre ellas de la economía «informal» o sumergida) pone de manifiesto que nuestro actual modelo de relaciones laborales dista mu-

¹ Cifrado, para 2016, en casi un –15 % (datos del Instituto de la Mujer, elaborados a partir de la información del INE sobre Encuesta de Estructura Salarial (2016; publicada en 29/05/2018). Disponible en: http://www.inmujer.es/estadisticasweb/5_EmpleoYPrestacionesSociales/5_13_Salarios/w1102.xls.

Según el Informe «Reducir la brecha salarial, la prioridad», de 19/02/2019, de la Vicesecretaría General – Departamento Confederal de la Mujer Trabajadora de UGT (p. 5), el diferencial salarial entre mujeres y hombres en el mismo año (en términos de ganancia anual bruta) del 22, 35%. Disponible en: http://www.ugt.es/sites/default/files/19_informe_22f_dia_igualdad_salarial_ok.pdf

* Profesora Titular de Universidad (acreditada a Catedrática). Universidad Jaime I de Castellón. Presidenta del Consejo Tripartito para las Relaciones Laborales y la Negociación Colectiva de la Comunidad Valenciana.

cho de ser equitativo, desde el punto de vista de sexo y de género y, lo que es peor, no muestra tendencia alguna proclive a un cambio dramático a corto o medio plazo.

Durante la década de 2000, diversas normas han abonado nuestro ordenamiento laboral con una serie de medidas dirigidas a la consecución de la igualdad de trato y oportunidades de las mujeres y los hombres en el ámbito del trabajo por cuenta ajena. Desde las acciones, muy puntuales, contenidas en la Ley 33/2002, de 5 de julio (modificando el art. 28 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, TRET–, y en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (que modificó el art. 22 TRET para introducir la exigencia de que los sistemas y criterios de clasificación profesional pactados en la negociación colectiva garanticen la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, entre mujeres y hombres) hasta el amplio abanico de previsiones orientadas al ámbito laboral contenidas, como es sabido, en la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –desde ahora, LOI–.

No obstante, tales esfuerzos normativos no han dado los frutos deseados. Las previsiones de alcance *potestativo*, orientadas tanto al *fomento* de la igualdad de género (la posibilidad negocial de establecer medidas de acción positiva –reservas, preferencia– en la contratación –para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones–, y en la clasificación profesional, promoción y formación –para fomentar su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo en que estén infrarrepresentadas–) como a la *corresponsabilidad* en la atención de las responsabilidades familiares (la implantación misma del permiso –y la prestación– por *paternidad*) han tenido, *de facto*, un impacto anecdótico. Ni siquiera los muy explícitos *imperativos legales* (tales como el deber de la negociación colectiva de abordar medidas para promover la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres; el deber negocial de establecer criterios de clasificación profesional neutros desde el punto de vista de género; la obligación de

igual retribución para trabajos de igual valor; la obligación de las empresas de adoptar –y negociar– medidas de para evitar la discriminación laboral de las mujeres... – algunos, incluso, con carga sancionatoria administrativa–), «han permitido garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en tanto persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres» (y hago mías, aquí, las palabras de la Exposición de Motivos de la que fuera *Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, presentada por el Grupo parlamentario Socialista, frustrada merced a la conclusión anticipada de la XII Legislatura y trocada en el Real Decreto-Ley de Medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en el momento de entregar la revisión del presente artículo –02/03/2019–, se desconoce la literalidad de la norma, que aún no ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado).

Las razones del fracaso normativo son múltiples:

- Pervivencia de los roles sociales tradicionales relacionados con el trabajo reproductivo y la «economía del cuidado» (inercias que derivan en la pervivencia del estigma del trabajo femenino como recurso menos productivo y, por ende, de menor valor, lo que desencadena toda una serie de efectos estereotipados concomitantes: la devaluación de las ocupaciones asociadas a lo «tradicionalmente femenino»; el aboque –voluntario y forzoso– de las mujeres al trabajo a tiempo parcial en mayor medida que los varones; la retracción de la contratación de mujeres y de la inversión empresarial en su acopio de capital humano (formación continua); la segregación horizontal, los ghettos femeninos en la economía informal/sumergida; los obstáculos en el desarrollo de la carrera profesional...)

- Formulaciones y reformulaciones normativas técnicamente deficientes por lo que

respecta a algunos derechos y deberes en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el trabajo... desde la ambigüedad e indefinición en la *ratio* de algunos mecanismos de conciliación, su misma configuración con sesgo de género y la tibieza de su caracterización —en términos de política social: carácter potestativo de su uso— (así, el permiso de paternidad) hasta la falta de la necesaria concreción en el contenido de algunas obligaciones (que hubiera debido pasar por su desarrollo mediante ley ordinaria o reglamento, para garantizar su efectividad: así, el contenido y procedimiento de elaboración de planes de igualdad, la definición de criterios y sistemas de clasificación profesional, la definición de criterios de valoración del trabajo o, incluso, la integración de los diferenciales de sexo y género —técnicamente conocido— en los reglamentos técnicos de prevención de riesgos laborales); finalmente, quiero hacer también referencia a lo que considero, un frecuente y exagerado escrúpulo político a la exigir expresamente la adopción de acciones positivas (reservas, preferencias).

— Inercias de la negociación colectiva (especialmente en lo que se refiere a la clasificación profesional y, en especial, a los criterios de clasificación y de valoración del trabajo —tanto explícitos como implícitos—), prioridades negociadoras contingentes (el impacto de la crisis económica ha supuesto, en demasiados casos, el diferir la negociación de los aspectos sustantivos en materia de igualdad de mujeres y hombres para abordar con preferencia/urgencia otras cuestiones, especialmente las relacionadas con el mantenimiento del empleo) y, en ocasiones, incluso, sustracción de la materia al espacio negocial (en este sentido, por reciente y pionero, el pronunciamiento del TS —Sala de lo Social—, en Sentencia de 13/09/2018², que declara la nulidad de un plan de igualdad por no negociado, debido al proceder de la empresa consistente en la ralentización del proceso, la no entrega de documentos e información a la representación del personal, la falta de elaboración de diagnóstico, entre otros factores).

² Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel BLASCO PELLICER.

No obstante todo lo anterior, centraré mi atención en **tres aspectos que considero clave** en la situación actual de desigualdad y en su previsible perpetuación a futuro, en tanto no se operen las intervenciones (de diferente índole) correspondientes.

LA FALTA DE CORRESPONSABILIDAD EN EL USO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

España no es un caso aislado. Una encuesta reciente de la OIT concluyó que el equilibrio entre el trabajo y la familia es el mayor desafío **para las mujeres** de los países desarrollados y emergentes y el segundo mayor reto en los países en desarrollo³.

La batería de derechos de conciliación no se usa de manera corresponsable por hombres y mujeres; es más, ni siquiera se configura legalmente en términos de corresponsabilidad: así, la sesgada, por no explicitada, *ratio* del período no obligatorio de la situación suspensiva por maternidad y su titularidad, directamente atribuida a la mujer; o la diferencia de duración del período voluntario del permiso por maternidad y el de paternidad en los casos de nacimiento; también, el igualmente sesgado propósito del permiso/reducción de jornada por «lactancia». A veces, los mecanismos de conciliación ni siquiera se formulan atendiendo a la corresponsabilidad: así, la prestación del sistema de Seguridad Social por «maternidad» en el caso de adopción, guarda o acogimiento, que corresponde a cualquiera de los adoptantes, titulares de la guarda legal con finalidad de adopción o acogedores.

Recientemente, la situación ha sido puesta de manifiesto con ocasión del quehacer del propio Tribunal Constitucional. En concreto, qui-

³ OIT y Gallup: *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*. 2017.

Disponible en:
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_546256.pdf (pág. 45)

siera referirme a la STC (Pleno) de 17/10/2018, que resuelve –desestimándolo– el recurso de amparo formulado por la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPiiNA) y un varón (integrante dicha organización) tras a la decisión del INSS –confirmada en vía judicial– de no concederle 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, proceder que el recurrente estima discriminatorio por razón de sexo y de impacto negativo sobre la conciliación de la vida laboral y familiar.

La sentencia reproduce algunos de los sesgos referidos, en lo que personalmente considero –no sin perplejidad– una interpretación plana y de trámite, empañada por las mismas incongruencias que cobija.

En efecto, por lo que se refiere a la *ratio* y titularidad del permiso por maternidad-parto, el TC trae a colación algunos exponentes de la más «clásica» –en sentido estrictamente cronológico, que no lógico– jurisprudencia del TJUE para aludir al *objeto* de su propósito tuitivo: «según la jurisprudencia del TJUE, la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad, debiendo considerarse tal permiso a favor de las trabajadoras embarazadas como un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia; al tener por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, 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 (Sentencia de 19 de septiembre de 2013, caso *Betriu Montull*, C-5/12, apartados 48-50, con cita a su vez de las Sentencias de 12 de julio de 1984, caso *Hofmann*, 184/83, apartado 25; de 27 de octubre de 1998, caso *Boyle y otros*, C-411/96, apartado 40; y de 20

de septiembre de 2007, caso *Kiiski*, C-116/06, apartados 46 y 49)». Obsérvese que, meridiano el propósito recuperador –en términos biológicos– del período de descanso obligatorio (sólo atribuible, lógicamente, a la mujer puérpera) la *ratio* del período de descanso *no obligatorio* se hace corresponder con «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». En mi opinión, resulta difícil precisar qué diferencia esencial puede existir a nivel de «especial relación» entre la criatura y cualquiera de sus progenitores, siempre que ambos atiendan de igual manera a su cuidado. De hecho, no parece entender el propio legislador español que tal «especial relación» quede comprometida, cuando permite la posibilidad de que la mujer «ceda» parte de su permiso para el disfrute por el otro progenitor; por ende, tampoco parece advertirse tal diferencia en el caso del permiso por adopción, guarda o acogimiento, que se atribuye por el legislador indistintamente a uno u otro progenitor.

En definitiva: desde el principio de igualdad de mujeres y hombres ante la ley (*ex art. 14 CE*) –por lo que hace, tanto a la exigencia de corresponsabilidad en el cuidado de los hijos e hijas comunes (art. 39.3 CE y 68 CC), como a la disposición de mecanismos para conciliar tales responsabilidades con las laborales– no puede predicarse ni *ratio* ni *finalidad* diferenciada alguna que sustenten una duración distinta para el permiso por paternidad (cinco semanas, actualmente) y la porción no obligatoria del permiso por maternidad-parto (diez o más semanas). La diferencia apuntada en la STC, sólo puede justificarse bien por un inasumible arrastre de estereotipos de género, bien por la renuncia –inercial o, quizá, deliberada– del intérprete constitucional a abordar una cuestión que, como la propia sentencia parece advertir, podía quedar pacificada –en el sentido defendido por los recurrentes– merced al eventual cambio normativo que pudiera haberse ope-

rado de prosperar la *Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, ya citada, y que fragua, ahora, en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Finalmente, el TC viene a introducir un elemento que, no por –lamentablemente– obvio, deja de resultar altamente turbador (por lo explícito y gratuito de su mención), en tanto se proyecta sobre la virtualidad misma del permiso y la prestación por paternidad como mecanismo de asunción *corresponsable* de las obligaciones familiares (y, por ende, de instrumento para el logro de la igualdad efectiva de las mujeres) y lo convierte en meramente *contingente*: su supeditación a las consideraciones de política presupuestaria: (fund. jco. 8) «Cuestión distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (...), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho».

En cualquier caso, sí parece oportuno hacer referencia al atinado y bien fundamentado Voto Particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer, para quien «Ni la finalidad exclusiva del permiso de maternidad es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del de paternidad es (sólo) la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de hombres y mujeres. Y es que no se trata únicamente de asegurar al padre el disfrute de “su” derecho a conciliar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, sino de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer.

(...) Y la desigual duración de los permisos, en la proporción en que tal desigualdad se prevé en la normativa (...), resulta injustificada y desincentiva la contratación de mujeres en edad fértil. La Sentencia ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del art. 9.2 CE. Un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan». A lo anterior, continúa el Voto Particular, cabe añadir la discriminación directa derivada de «la diferencia normativamente dispuesta entre los permisos de cuidado de menores recién nacidos atribuida a los hombres y la que se reconoce a las mujeres, (que) está basada en el sexo, es decir en una de las categorías prohibidas contenidas en el art. 14 CE. Analizar si tal diferenciación es constitucionalmente admisible a la luz del art. 14 CE, hubiera exigido que el Tribunal definiera, de modo distinto al que lo hace, cual es la naturaleza “constitucional” de dichos permisos, es decir, cuál es el bien protegido, para determinar si la distinción establecida entre hombres y mujeres en el disfrute de los permisos está o no justificada, sometiéndola a esta evidente diferencia de trato al test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Tal análisis (...) hubiera debido llevar a la estimación del recurso de amparo, y a la declaración de la inconstitucionalidad de los preceptos legales en cuestión». Además, en opinión de la Magistrada discrepante, «el Tribunal pierde la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), derecho del que son titulares los progenitores pero también, y a mi juicio sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paternofamiliar. Esta consideración, implícita en la Sentencia, consolida una divi-

sión de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el art. 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos».

En esta línea, precisamente, apuntaban las previsiones contenidas en la Proposición de Ley ya aludida, por lo que hace a la responsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación y su efecto coadyuvante en la consecución de la igualdad efectiva de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Entre otras, destacará:

– Se incluía entre los derechos que surgen en la relación laboral (art. 4.2 ET) el de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, explicitándose su naturaleza individual e intransferible.

– Se reconocía plenamente el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, en el caso de personas trabajadoras con hijos o hijas tras la reincorporación de un permiso parental y hasta que cumplan doce años, respetando lo que esté regulado en la negociación colectiva y previendo un procedimiento para lograr el acuerdo entre las personas trabajadoras y la dirección empresarial.

– Se acometía una modificación sustancial de ciertos permisos, suspensiones de contrato y excedencias vinculadas con la conciliación: se clarificaba su *ratio*, se racionalizaban los bienes jurídicos protegidos, se modificaba su denominación desde criterios de coherencia y se convertían en derechos individuales e intransferibles de las personas trabajadoras; así:

- El permiso por parto se reducía a seis semanas obligatorias tras el nacimiento, destinadas a la recuperación de la salud de la madre.
- Se introducía un permiso por nacimiento para el otro progenitor de seis semanas obligatorias, para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 68 del Código Civil.
- Se reconocía un permiso parental, igual e intransferible, para el cuidado de me-

nor de doce meses, sea por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, de diez semanas de duración para cada progenitor.

- Se modificaban los supuestos de despido nulo en correspondencia con las modificaciones planteadas en los permisos.
- Se introducían nuevos incentivos cuando la reducción de jornada para el cuidado del lactante, el permiso por cuidado de menor de doce meses o la excedencia por cuidado de hijo o hija menor de tres años fueran ejercidos en términos equivalentes por los dos progenitores (bonificaciones de tiempo por colaboración), de tal manera que se incrementaba la extensión de su duración o se preveía alguna protección particular en el último caso (la reducción por cuidado del lactante podía extenderse hasta que cumpliera doce meses si los dos progenitores la ejercían en términos equivalentes; el permiso parental, o por cuidado de menor de doce meses, contaba con una duración adicional de una semana para cada progenitor si lo ejercieran en términos equivalentes; la reserva del mismo puesto de trabajo en las excedencias por cuidado de hijos e hijas hasta los tres años se incrementaba hasta los 18 meses si ambos progenitores ejercieran esta excedencia en términos equivalentes).

De otra parte, y también del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, la igualmente frustrada *Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 37 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, para crear un nuevo permiso retribuido que permita asistir a consultas y pruebas médicas a las trabajadoras y trabajadores, así como acompañar a consultas y pruebas médicas a parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o a personas sujetas a su guarda o tutela*; por lo que hace a la creación del permiso para el *acompañamiento*

(a parientes o a personas sujetas a guarda o tutela) a consulta o prueba médica, la proposición partía del reconocimiento expreso de la falta de corresponsabilidad fáctica a la hora de acometer este tipo de obligaciones y, aún sin proponer medida alguna directa de fomento, sí venía a establecer un mecanismo correctivo *indirecto*: por un lado, evitando la merma económica que las trabajadoras asumen –en tanto ejercientes casi exclusivas de estas obligaciones–; por otro, conjurando el riesgo de pérdida económica que pueda constituir argumento disuasorio para el ejercicio masculino de tal responsabilidad familiar.

La aprobación de tales iniciativas hubiera supuesto, las correspondientes reformas del TRET y de la Ley General de la Seguridad Social, y –quisiera destacar especialmente– la introducción, en el primero de tales textos normativos, de una nueva letra g) en el art. 37.3; y, en el segundo de ellos, la incorporación de un nuevo derecho prestacional en el caso de reducción de jornada por cuidado del lactante **cuando ambos progenitores lo ejercen de forma corresponsable**, consistente en un subsidio (denominado «prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante») equivalente al 100 % de la base reguladora establecida para la prestación por IT derivada de contingencias profesionales, calculada en proporción a la reducción efectiva de la jornada de trabajo a percibir por sólo uno de los progenitores. Esta previsión presentaba claras analogías (con la filosofía –que no con la operativa–) del *Parental Allowance– Elterngeld* alemán⁴.

De otro lado, la también malograda *Proposición de ley de Tiempo de trabajo Corresponsable*, del Grupo Parlamentario de Unidos Podemos, que partía de un paradigma diferente, siquiera formal: la modificación del tiempo de trabajo operada por el disfrute de algunos

derechos de conciliación (reducción del tiempo de trabajo por lactancia y cuidado de menor de 12 meses, por prematuridad u hospitalización puerperal de hijos/as, y por guarda de menor de 12 años o cuidado de persona con discapacidad) derivan en la conversión de las personas conciliadoras en trabajadoras y trabajadores a tiempo parcial, reformulándose legalmente el régimen jurídico de esta modalidad de prestación laboral y de sus condiciones, y previéndose un blindaje expreso frente a las eventuales discriminaciones que puedan padecerse respecto de los trabajadores y trabajadoras a jornada completa. En cualquier caso, no tanto por los mecanismos de conciliación (se califiquen de permisos o de conversión del contrato en trabajo a tiempo parcial), cuanto por lo que interesa a la **corresponsabilidad** de hombres y mujeres en el uso de los mismos, la Proposición de ley del Grupo Parlamentario de Unidos Podemos pivotaba, como la del Grupo Parlamentario Socialista, sobre el **carácter individual e intransferible** de tales mecanismos. En este sentido, quisiera, destacar, además, un detalle –no anecdótico– que va más allá de la intransferibilidad de derechos para entrar de lleno en el terreno (privado) de la intransferibilidad de *responsabilidades*: en efecto, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Unidos Podemos preveía la *supresión de la excedencia por cuidado de familiares en el caso del parentesco por afinidad* en la medida que la misma opera, muy frecuentemente, la traslación *de facto* y *de iure*, de la responsabilidad de cuidado a las mujeres.

La finalización anticipada de la XII Legislatura ha frustrado la tramitación de las indicadas iniciativas y las expectativas de debate y eventual avance en las líneas expuestas. En cualquier caso, siquiera como paliativo y –confiemos– punto de partida de iniciativas legislativas futuras, la previsión establecida en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (insisto, en el momento de redactar las presentes líneas, todavía no publicado en el BOE), reconfiguradora de los permisos

⁴ Cfr. Información del Comisionado del Gobierno Federal para la Migración, Refugiados e Integración. Oficina para el Trato Igual de Trabajadores de la UE. Disponible en: <https://www.eu-gleichbehandlungsstelle.de/eugs-en/what-forms-of-parental-allowance-elterngeld-exist--599356>

de maternidad y paternidad y la emergencia de los “permisos por nacimiento y cuidado del menor” que, para el progenitor distinto a la madre biológica, va a ver gradualmente ampliada su duración: de 8 semanas en 2019, a las 16 semanas en 2021. Lamentablemente, nada parece haber cambiado en lo que atañe al carácter potestativo de su disfrute.

LOS SESGOS DE GÉNERO PRESENTES EN LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

La DA undécima de la Ley 35/2010, de medidas urgentes para al reforma del mercado de trabajo intrdujo una modificación en el apartado 4 del art. 22 ET, estableciendo que «4. La definición de las categorías y grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres». Tras la Ley 3/2012, homónima, el mandato quedaría sólo referido al *grupo profesional*, en tanto único núcleo de imputación de la clasificación. Actualmente, el mandato permanece inalterado, si bien se ubica en el apartado 3 del propio art. 22 TRET.

Así, y por expreso mandato legal, corresponde a la negociación colectiva expulsar de sus contenidos cualquier condición eventualmente discriminatoria, desplegando tal prohibición una *vis* especialmente intensa en lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo. Se atribuye a los convenios colectivos un papel garante de la ausencia de discriminación en las condiciones de trabajo, con especial referencia a un elemento clave: la *clasificación profesional*, por cuanto de la misma irradian —entre otros efectos del vínculo contractual laboral⁵— dos aspectos primarios de los que

depende la configuración discriminatoria o no, justa o no, eficiente o no, del sistema de relaciones laborales (con todas las consecuencias que de ello se derivan, a nivel individual y general): la retribución y la carrera profesional.

De acuerdo con ello, los diferentes y sucesivos Acuerdos para la Negociación Colectiva y, en particular, el III y IV Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (suscritos por CCOO, UGT, COE y CEPYME), configuran como «objetivo fundamental» de los convenios colectivos «el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres»; y, en concreto, por lo que se refiere al tema ahora tratado, se viene exigiendo «*la introducción de criterios en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, a tener en cuenta en la negociación colectiva*», entre otras materias, en lo que se refiere al «*establecimiento de sistemas de clasificación, promoción y formación; eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional; subsanación de diferencias retributivas*». En este último aspecto y directamente relacionado con la clasificación profesional, se insta a desarrollar, también, «un estudio cualitativo del sistema de pluses y complementos salariales, midiendo su impacto de género y que informe adecuadamente a las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, para la adaptación de los mismos a criterios que no conlleven un impacto de género».

No obstante todo lo anterior, el interés antidiscriminatorio de la negociación colectiva viene incidiendo sólo de manera muy anecdótica en la clasificación profesional —básicamente, para la eliminación —estrictamente higiénica— de la denominación de algunas categorías *sexuadas* (v. gr. «limpiadoras»).

⁵ Y es que «El acto clasificatorio ostenta un carácter multidimensional, relacional y dialéctico; por ello mismo los problemas derivables de una defectuosa vertebración de la clasificación despliegan una sucesión de efectos sistémicos al conjunto de intervenciones enraizadas en el sistema de encuadramiento»; cfr. ALEMÁN PÁEZ, F.: «Consideraciones teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de en-

cuadramiento profesional: hacia la comprensión de la génesis de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género», en AA.VV. (Dir. A. GARRIGUES GIMÉNEZ): *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Madrid (Ed. Reus), 2017, p. 24.

Y es que, para empezar, resulta llamativa la escasa frecuencia con que se presenta una regulación ordenada y sistemática del sistema de clasificación profesional; por ende, en semejante escenario, la manifestación expresa de los criterios y factores de clasificación profesional acordados resulta una quimera.

Tales criterios (cuando se ponen de manifiesto) se basan de manera recurrente en un modelo articulado en torno a la aplicación de cuatro elementos estándar (llama la atención que los mismos son expresados *ad pedem literae* en convenios correspondientes a sectores de actividad muy dispares). Así, la mayoría de los métodos o sistemas de clasificación descansan sobre los cuatro criterios siguientes:

- las *cualificaciones*;
- los *esfuerzos*;
- las *responsabilidades*;
- las *condiciones en que se realiza el trabajo*.

Estos criterios, a su vez y por lo general – probablemente, por las ya apuntadas razones de inercia negocial– se articulan sobre *factores* propios de las actividades masculinizadas, por lo que su aplicación termina por resultar excluyente de cualquier factor no específico de aquéllas y, por ende, impeditivo de su valoración. A veces, la inercia no es la razón, sino que subyace el prejuicio y, o bien se ignoran los factores asociados a las actividades «feminizadas» o, aún considerándose, son infravalorados respecto a los propios de actividades «masculinizadas». Los factores de clasificación profesional que se acuerden deben adaptarse indistintamente a las actividades feminizadas y a las masculinizadas.

En este sentido, cabe referir los *factores* más habituales y los eventuales sesgos de género que pueden presentar⁶:

⁶ Vid., *in extenso*, AA.VV. (Dir. A. GARRIGUES GIMÉNEZ): *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Madrid (Ed. Reus), 2017.

- En cuanto a las *cualificaciones*:
 - Se tendrá en cuenta la *formación* académica, la profesional, la continua, la *experiencia* laboral –e, incluso, la adquirida en voluntariado que, a menudo, resulta ignorada o no considerada–... todo ello en función de los distintos modos a través de los cuales puedan adquirirse dichas aptitudes (*formación y experiencia*);
 - no se debe dar cabida a los prejuicios de género –bastante extendidos– que caracterizan como «innatas» y por ello «poco cualificadas» –excluyéndolas de consideración laboral y, por ende, valorativa y retributiva– algunas de las aptitudes o competencias exigidas en las actividades «feminizadas» (como las *competencias interpersonales*, las competencias en materia de *comunicación*, la *destreza manual*)⁷;
 - la referencia a la *experiencia* debe analizarse con detenimiento: en efecto, si bien la misma no presenta *per se* sesgos intrínsecos de género, no es menos cierto que bajo diversas condiciones puede adquirir un potencial discriminatorio *indirecto* nada desdeñable para las mujeres, en tanto usuarias casi exclusivas de los mecanismos suspensivos de la relación laboral ordenados a la conciliación de la vida laboral y familiar; así, el uso del permiso por maternidad y las excedencias por cuidado de hijos o familiares que, si bien ven legalmente blindada la capitalización de tales periodos a efectos de *antigüedad*, carecen de la consideración de *tiempo de*

⁷ Un ejemplo frecuente de ello en la actividad de secretariado, considerada como función poco cualificada, es el dominio del idioma de trabajo –entre otras exigencias– para la redacción y corrección de textos, documentos, correspondencia, etc. Dicha cualificación profesional rara vez se tiene en cuenta, lo que retroalimenta el efecto desvalorativo de esta posición profesional.

trabajo efectivo que, para el cómputo de la experiencia necesaria –ya para el ingreso, ya para la promoción profesional– exigen algunos convenios colectivos que, sin embargo, sí consideran expresamente como tiempo de trabajo efectivo a tales efectos los períodos transcurridos en situación de IT, con independencia de su duración.

- Por lo que hace a los *esfuerzos*:

En tanto hacen referencia a la dificultad, la fatiga y la tensión que conlleva el desempeño de las funciones, deberán abarcar tanto el esfuerzo *físico* como el esfuerzo *mental* y el esfuerzo *emocional*. No obstante, lo habitual es que se preste atención únicamente al esfuerzo *físico* y, lamentablemente, sólo de un modo parcial (en general, sólo relativo a la eventual manipulación manual de cargas y asociado con arquetipos laborales masculinos y obsoletos): con tal planteamiento quedan preteridos, incluso, los esfuerzos físicos derivados del manejo de cargas en oficios de perfil más moderno (el trabajo administrativo, la confección textil, el cuidado de menores o de personas enfermas o dependientes...) y las posturas forzadas asociadas a algunas ocupaciones. Una visión tan tosca y miope del *esfuerzo* resulta desconocedora y excluyente del requerido en el desempeño de la mayor parte de actividades laborales, y que afecta tanto a mujeres como a hombres.

- Por lo que se refiere a las *responsabilidades*:

Han de considerarse todas las relacionadas con los objetivos empresariales (rentabilidad, solidez financiera, productividad, amplitud comercial, seguridad y salud del personal, seguridad y salud de la clientela, etc.). Así, cabe referirse a la responsabilidad *financiera*, la responsabilidad *sobre los recursos materiales*, la responsabilidad *sobre las personas* (recursos humanos, pero también clientela, usuarios, terceros), la responsabilidad en materia de *confidencialidad*... Sin embargo, habitualmente se atiende a una definición reduccionista y engañosa de «responsabilidad», vinculándola al *rango jerárquico* determinado, a su

vez, por el *número de personas subordinadas*. Desde esta premisa equívoca se considera que las posiciones profesionales con predominio de mujeres son de poca responsabilidad: si bien es cierto que por efecto del techo de cristal y la segregación vertical las trabajadoras ocupan, generalmente, puestos jerárquicos bajos, con pocas personas a su mando y, en lo financiero, con una autonomía limitada, no es menos cierto que las actividades por ellas desarrolladas conllevan claras responsabilidades (en lo comercial, en la atención a la clientela o personas usuarias, en la satisfacción respecto del producto/servicio, etc.) con claras repercusiones en los objetivos de las empresas.

- Por su parte, cuando se hace referencia a las *condiciones de trabajo*:

Deben entenderse comprendidas también las condiciones *ambientales* y el *clima psicológico* en que debe desempeñarse la actividad. No obstante, debe tenerse en cuenta que en la definición de estos factores suele incurrirse en el mismo sesgo que en el caso, ya mencionado, de los *esfuerzos*: los arquetipos en torno a las condiciones penosas, peligrosas o tóxicas y su adscripción estereotipada a actividades masculinizadas (hasta el punto de valorarse sólo en actividades industriales y no en sectores como el de servicios –comercio, oficinas, limpieza, sanidad...– en que se desarrollan muchas actividades feminizadas).

La depuración y corrección de tales sesgos discriminatorios debe realizarse, como ya se ha dicho, mediante la negociación colectiva; ello exige el desarrollo de una actividad analítica formidable en cada ámbito negocial (al menos, en aquel –generalmente, sectorial– en que hayan de definirse los criterios de encuadramiento). Para ello, resulta imprescindible disponer, a parte de la franca voluntad de las partes negociadoras, de una amplia serie de datos y, en concreto, algunos de muy difícil acceso a día de hoy: los datos desagregados por sexos con relación a la población laboral ubicada en *cada uno de los grupos profesionales*, así como en las distintas categorías o puestos (allí donde existan). Esta información deberá ser comparada

con los criterios y factores empleados para el encuadramiento y con las consecuencias retributivas de cada división clasificatoria. De esta manera, podrá verificarse de manera efectiva la existencia, caracterización y ubicación de los sesgos de género clasificatorios, si los hubiera y proponer correcciones sobre los mismos, planificar la aplicación de medidas de acción positiva –en su caso– y poder hacer un seguimiento real y efectivo de todo ello en base a indicadores cuantificables.

En este sentido apunta el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020⁸, en que las partes *recomiendan* a la negociación colectiva «Revisar que los criterios de clasificación y promoción profesional, así como todas las otras bases de cálculo de la remuneración, en particular el modo de valoración de los puestos de trabajo, estén fijados de acuerdo con las reglas que aseguran la aplicación del principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor»; para ello, se prevé que «las cláusulas relacionadas o que inciden en la retribución se han (*sic*) siempre desde la perspectiva de género, ya que podría darse el caso de que con su aplicación se generaran discriminaciones indirectas en razón de género, a pesar de operar bajo criterios de neutralidad». Para ello, se indican las siguientes actuaciones concretas:

1. Acceso y clasificación profesional que no provoque un impacto negativo para las mujeres:

- a) La denominación de los grupos profesionales y los criterios generales de encuadre profesional tendrán que ser neutros con el fin de evitar prejuicios.
- b) Se tiene que tener presente el criterio de no discriminación salarial para trabajos de igual valor a efectos de encuadre profesional con la finalidad de eliminar la brecha salarial.

⁸ Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC, 07/09/2018).

- c) Revisar las denominaciones del puesto de trabajo y grupos profesionales, así como las descripciones de funciones y tareas para evitar un determinismo sexual.
- d) Que los sistemas de selección se establezcan con perspectiva de género.
- e) Redactar la estructura profesional o grupos profesionales y la descripción de puestos de trabajo utilizando una denominación que represente ambos sexos. Es importante la presencia lingüística de mujeres en oficios, profesiones, puestos de responsabilidad de los cuales han estado ausentes o invisibilizadas históricamente.
- f) Inclusión de cláusulas de acción positiva para el acceso de mujeres en puestos, categorías o grupos profesionales en los cuales se encuentren infrarrepresentadas, partiendo del cumplimiento de los criterios establecidos en los sistemas de selección.

En materia de «Valoración de puestos de trabajo», se recomienda, igualmente, que se tenga en cuenta la perspectiva de género, mediante la especificación de una serie de cautelas específicas:

- a) Establecer criterios de valoración objetivos, neutros y no sexistas de los puestos de trabajo.
- b) Adecuada valoración en los sistemas de clasificación profesional de las cualidades, capacidades, esfuerzos y responsabilidades en las tareas desarrolladas por las mujeres.

Por su parte, y desde la vertiente retributiva, también se llevan a cabo recomendaciones interesantes y bien definidas; así, bajo el epígrafe «Complementos salariales que no generen discriminaciones indirectas», se exhorta a:

- a) Revisar la causalidad de los complementos salariales y extrasalariales de forma que descansen sobre una justificación objetiva y razonable.

- b) Evitar aquellos complementos que penalicen los permisos y excedencias ligados a la conciliación y corresponsabilidad (pluses de asistencia, de permanencia).
- c) Evitar un peso excesivo de aquellos complementos atados a la presencialidad y a la prolongación de jornada.
- d) Limitar que el complemento de antigüedad comporte un peso excesivo en la estructura salarial, para lo cual se tendrán en cuenta otros aspectos ligados a la experiencia profesional como son los conocimientos adquiridos y la formación.
- e) Negociar los complementos salariales, su definición y aspectos del trabajo que retribuyen, garantizando la objetividad, prestando especial atención a las retribuciones variables, complementos *ad personam* o vinculados a objetivos o resultados de las empresas.

Desde el punto de vista del fallido horizonte normativo, citar la *Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, ya aludida, en cuyo artículo 19, intitulado «Garantías en el sistema de clasificación profesional», se establecía que «Se presumirá que un sistema de clasificación profesional cumple con la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres **cuando incluya un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones**, salvo prueba en contrario». Insisto en que, sobre un substrato negocial como el descrito hasta ahora y con las ya apuntadas dificultades para disponer de los datos necesarios, resultaba difícil presumir la realización de análisis correlacionales como el proyectado. En este sentido, la enmienda nº 105, presentada por el Grupo Parlamentario de Unidos Podemos, al indicado art. 19 de dicha *Proposición de Ley*, en la que se postulaba un tex-

to alternativo⁹, sobre la base de la relativa inconsistencia de la presunción y la necesidad de reforzar el carácter *obligatorio* de la valoración de los trabajos y de las unidades clasificatorias desde criterios y sistemas no discriminatorios.

Más factible en su operatividad –por no orientarse a la corrección de los sistemas y criterios de clasificación propiamente, sino a las consecuencias retributivas de los mismos (en un salto lógico nada exento de riesgo)–, la previsión contemplada por la, asimismo malograda, *Proposición de Ley integral de igualdad y transparencia retributiva entre mujeres y hombres*, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que, en su art. 15.2 preveía que, con ocasión de la elaboración de los Planes de Igualdad se llevasen a cabo «auditorías salariales», tendentes a la «evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva sobre el sistema retributivo de la empresa desde la perspectiva de género»; tales auditorías deberán valorar los siguientes items:

- a) La proporción de mujeres y hombres en cada grupo, categoría o puestos.
- b) Los criterios de clasificación profesional y valoración de los distintos puestos de trabajo.
- c) Los sistemas de promoción profesional y económica.
- d) Los criterios que sirven de base para la fijación de la retribución percibida

⁹ «La configuración de la clasificación profesional se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. En la clasificación profesional deberá aplicarse una adecuada valoración de los puestos de trabajo en los términos establecidos en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores. A tal efecto, el instrumento en el que conste la clasificación profesional deberá expresar los criterios y/o características justificativos de la retribución derivada de dicha clasificación, a efectos de facilitar la detección de discriminación indirecta retributiva. Lo mismo deberá constar con relación a la percepción de los complementos salariales y demás retribuciones».

por los trabajadores, con indicación de su naturaleza, condiciones de su percepción y periodo de devengo. En definitiva, nos encontramos, de nuevo, ante el ya propuesto «análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones», si bien, en este caso, como *accesorio al plan de igualdad y, por tanto, centrado en el nivel empresarial*, lo que comprometería seriamente el potencial corrector en el ámbito clasificatorio que, por lo general, opera en niveles de negociación superiores y deferiría las medidas de acción –paliativas no del origen del problema (los criterios de clasificación y valoración), sino de sus efectos– al ámbito de la empresa... y ello, sin olvidar, además, que, de acuerdo con la Proposición de Ley, la realización de la auditoría se sustraería al ámbito de la negociación con la representación del personal, a la cual sólo se le «consultará».

De nuevo, y en punto a esta cuestión, debe lamentarse que la finalización anticipada de la XII Legislatura haya malogrado el necesario debate y avance en esta cuestión. Siquiera como “punto y seguido” para el futuro –y, esperemos, pronto– abordaje de esta cuestión, puedan operar las previsiones (ambas ínsitas en el ámbito de la imprescindible seguridad jurídica) del Real Decreto-Ley de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; la primera, de orden sustantivo, consistente (por fin!) en la expresa definición legal de qué debe entenderse por “trabajo de igual valor”, y que pivota sobre el concepto de “equivalencia real” en la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, de las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, de los factores estrictamente relacionados con su desempeño y de las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo. La segunda, de carácter instrumental, rela-

tiva a la obligación empresarial de llevanza de un registro con los valores de los salarios, al que podrán acceder los trabajadores a través de su representación sindical o del delegado de personal.

LA NECESARIA E INAPLAZABLE INTEGRACIÓN NORMATIVA Y TÉCNICA DEL DIFERENCIAL DE SEXO Y DE GÉNERO: LA SALUD LABORAL DE LAS MUJERES, MÁS ALLÁ DE LA MATERNIDAD DE LA TRABAJADORA

La atención de las normas sobre prevención de riesgos laborales, por lo que se refiere a la seguridad y salud de las mujeres en el trabajo, se ha circunscrito tradicionalmente al abordaje de los riesgos laborales relacionados directamente con la función reproductiva o «maternidad biológica»; en concreto, con las situaciones de embarazo, puerperio y lactancia, como estados temporales o transitorios que merecen una protección específica (especialmente frente a ciertos riesgos relacionados con el contacto con determinados agentes químicos, físicos y biológicos y ciertas condiciones de trabajo).

Este abordaje clásico o tradicional no por ello ha estado exento de avatares y carencias: Recuérdese que, hasta la Ley 39/1999 no se introdujo la posibilidad de suspender en contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo; hasta la LO 3/2007, no era posible la suspensión por riesgo durante la lactancia; finalmente, hasta la aprobación del RD 298/2009, de 6 de marzo¹⁰, no se incorporaron los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE, en sus Anexos I y II incorpora sendos listados, de carácter no exhaustivo (y modificables de acuerdo con el

¹⁰ *Vid., in extenso*, el análisis llevado a cabo con ocasión de la publicación del RD 298/2009; GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Evaluación de riesgos laborales y maternidad: el R.D. 298/2009, de 6 de marzo, o el peligroso hábito normativo de la transposición «por entregas», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º. 143, 2009, pp. 627 a 650.

progreso técnico), en los que se enumera una serie de factores laborales particularmente peligrosos para la maternidad. El propósito declarado de tales Anexos es, a la vez, igual, pero su alcance y efectos son diversos: ambos se refieren a la necesidad de que el empleador evalúe ciertos riesgos concretos; sin embargo, *difieren en cuanto a las consecuencias derivadas de tal actividad evaluadora*. Mientras el Anexo I (convertido en el Anexo VII RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención –en lo sucesivo, RSP–) se refiere a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya peligrosidad puede conjurarse (exposición «controlada» o reducida hasta niveles admisibles o inocuos) mediante la aplicación de las correspondientes medidas preventivas –puesta en marcha del sistema «escalonado» de actuación preventiva: adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo; movilidad funcional; dispensa del trabajo–, el Anexo II (incorporado al RSP como Anexo VIII) enumera agentes y condiciones de trabajo cuya presencia determina una «prohibición de exposición», activándose *ab initio* los pasos preventivos sucesivos: movilidad o, en su caso, dispensa del trabajo.

Igualmente con notable retraso, se presentaron el 23/11/2011 las *«Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo»*, elaboradas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y que incorporaban lo establecido por la *Comunicación* (de la Comisión de la UE) *sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia* (Directiva 92/85/CEE del Consejo) –COM/2000/0466 final–: en esta nueva «entrega», de carácter no normativo, se recoge una serie no exhaustiva de «fichas» en las que se describen los factores de riesgo, sus consecuencias y las medidas preventivas aplicables a algunos agentes especialmente relevantes para la evaluación de los

riesgos para la maternidad en la empresa, así como algunas listas indicativas de tareas en las que el factor concreto de riesgo suele estar presente de forma significativa.

Las indicadas *Directrices* inciden en el carácter no exhaustivo de los listados de los Anexos VII y VIII, por cuanto instan al empresario a que en la evaluación de riesgos tenga en cuenta no sólo los agentes indicados en los Anexos, sino, también todo aquél que sea «considerado por la comunidad científica como nocivo para la reproducción o ser sospechoso de serlo». En este sentido ha de tenerse en cuenta, asimismo, la reciente STS –Social, Pleno– de 28/06/2018 (rcud. 1398/2016), en la que viene a materializarse dicho carácter no exhaustivo. La sentencia, dictada en el caso de una ATS/DUE del SUMMA 112, con turnos diarios de 17 y 24 h., plantea la relevancia, en materia de protección de la seguridad y salud en los supuestos de lactancia, tanto de los riesgos genéricos del puesto (en concreto, exposición a agentes químicos –desinfectantes para ámbito sanitario, alcohol y lejía– y biológicos –fluidos corporales potencialmente infecciosos–), advertida en la evaluación general de riesgos), cuanto del trabajo nocturno y a turnos –cuando no se dispone de posibilidad para la extracción y conservación de la leche materna–, condiciones, ambas, no incluidas expresamente como específicamente peligrosas para la lactancia, *ex* Anexos VII y VIII RD 39/1997, pero que han de considerarse como tales, según la sentencia, por razones de estricto sentido común. Señala al respecto el Alto Tribunal, por lo que se refiere a las condiciones peligrosas **generales** del puesto de trabajo que: «nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora; pero que, no obstante, no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de lactancia de la trabajadora. (...) basta la lectura de la propia evaluación de riesgos (...) para deducir la concurrencia de circunstancias que, aceptada su incidencia sobre cualquier trabajador, tienen particular repercusión en el caso de la mujer en periodo de lactancia

y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos –así, por ejemplo, respecto del riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos–, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario» (fund. jco. segundo).

De otra parte, y por lo que se refiere al trabajo nocturno y a turnos, aprecia la Sala que «no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo» (fund. jco. tercero).

Por otra parte, y por lo que interesa a los aspectos relacionados con el *mainstreaming* de sexo y de género en la prevención de los ries-

gos laborales, más allá de la protección de las particularidades relacionadas con la función reproductiva *actual* (maternidad y la lactancia), resulta necesario un breve recorrido por las líneas –políticas y jurídicas– que definen la necesidad de abordar tal nuevo enfoque.

Así, la Organización Internacional del Trabajo, señaló en las *Conclusiones* adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91ª reunión (2003) –plasmadas en el documento titulado *Estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo*¹¹– que «es preciso tener en cuenta los factores específicos de género en el contexto de las normas, los demás instrumentos, los sistemas de gestión y la práctica en materia de SST» (seguridad y salud en el trabajo).

En el ámbito de la Unión Europea se experimenta también un cierto giro «de género» con ocasión de tres instrumentos clave: el Informe de la Comisión Europea «*Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia de salud y seguridad (2002-2006)*»¹² (que destaca la necesidad de prestar atención a las particularidades de la salud de las mujeres en el ámbito de la protección de la salud laboral, más allá de las cuestiones reproductivas); y la *Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)*,¹³ (que señala: «es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres»). Consecuentemente con estas consideraciones, en su apartado 5.3, la Comisión reclama expresamente de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo «que, a través de su Observatorio de riesgos, elabore un análisis de los retos específicos que plantea, en materia de salud y

¹¹ Accesible en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/policy/wcms_154865.pdf

¹² Accesible en:

http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/health_hygiene_safety_at_work/c11147_es.htm

¹³ Bruselas, 21.2.2007. COM(2007) 62 final. Accesible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0062:FIN:ES:PDF>

seguridad, una mayor integración de las mujeres (...) en el mercado laboral. Dicho análisis facilitará la identificación y el seguimiento de las tendencias y de los nuevos riesgos, y de las medidas indispensables». Finalmente, desde el ámbito de la exigencia normativa, la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), cristaliza ya –en su art. 26– el establecimiento de una obligación preventiva relacionada con el sexo y el género, pero definitivamente ajena a la protección del proceso reproductivo: la «prevención» de la discriminación por razón de sexo y del acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo en tanto son riesgos laborales de naturaleza psicosocial, especialmente prevalentes entre las mujeres.

Por lo que se refiere a la normativa interna española, hasta 2007 la cuestión de la prevención de riesgos laborales de las mujeres se venía limitando, como se ha indicado anteriormente, al factor diferencial meramente reproductivo. La feminidad (y feminización) de ciertos riesgos laborales viene siendo invisible en todos los campos normativos, aunque podía inferirse, desde hace más de veinte años, de la literalidad de los arts. 15 (principios de la acción preventiva: adaptación del trabajo a la persona) y 16 (evaluación de riesgos: la empresa deberá tener en cuenta las características de las personas trabajadoras que deban desempeñar los distintos puestos de trabajo existentes) de la LPRL y de los arts. 2.2.b, 4.1.b, 4.2.c y 5 del Real Decreto 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; en todos estos preceptos, aunque no se alude expresamente al género, ni al sexo, sí se hace referencia a las características de la «persona», desde la consideración de la necesaria atención a la *diversidad*.

Cabe citar asimismo, sin perjuicio de hacer hincapié en su singularidad, alguna norma reglamentaria de carácter técnico que sí hacía –y hace, aún– referencia expresa a los aspectos preventivos diferenciales entre hombres y mujeres: el RD 487/1997, sobre disposiciones

mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.

En cualquier caso, el impulso normativo efectivo hacia la introducción de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales no se produce en nuestro Derecho interno hasta la aprobación de la LOI, en marzo de 2007. Hay en ella tres preceptos clave a destacar en este sentido:

- a) El art. 27 (sobre *Integración del principio de igualdad en la política de salud*, incluyendo expresamente el ámbito de la salud laboral).
- b) El art. 46.2, relativo a los Planes de Igualdad, al señalar expresamente como parte de su contenido la «prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo».
- c) Y, muy especialmente, la D.A. 12ª, que introduce un apartado nuevo (el 4) en el art. 5 LPRL, y exige la integración de los factores de riesgo ligados al sexo en la política de prevención de la empresa y en los estudios sobre prevención de riesgos laborales.

En línea con ello, la *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2015-2020)*¹⁴ –aprobada por el Gobierno de España en abril de 2015 y diseñada junto con las Comunidades Autónomas y los interlocutores sociales–, señala: «Asimismo, la creciente incorporación de la mujer al trabajo en las últimas décadas hace necesario promover un enfoque de género en las actividades preventivas que permita detectar particularidades y garantizar su protección». De acuerdo con ello, la *Estrategia* establece en el epígrafe 4 de sus *Líneas de Actuación*, las siguientes:

¹⁴ Accesible en:
http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST%2015_20.pdf

- Fomentar la identificación y el intercambio de buenas prácticas para mejorar el nivel de protección de determinados colectivos de trabajadores, como los temporales, jóvenes, trabajadores de edad avanzada y mujeres.
- Impulsar la integración de aspectos de género en la actividad preventiva, especialmente en sectores con mayor presencia de la mujer.
- Analizar la evidencia científica sobre el efecto que los disruptores endocrinos presentes en el ámbito laboral tienen para la salud de los trabajadores y trabajadoras y, en particular, para las trabajadoras embarazadas o en edad fértil, en base a los estudios epidemiológicos realizados.

Sin embargo, y a pesar de estas bases –tanto legales como de políticas de acción–, a fecha de hoy aún no puede hablarse de mejoras normativas en el Derecho español que recojan la integración de la dimensión de género en los riesgos laborales en general, ni en los psicosociales, en particular, ni tampoco la adopción de estrategias preventivas específicas de sexo ni de género.

Y ello, no obstante las numerosas evidencias puestas de manifiesto por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), en tanto órgano científico técnico especializado de la *Administración General del Estado* en su tarea de análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Y es que entre hombres y mujeres existen notables diferencias anatómicas, fisiológicas, antropométricas y un diferente grado/frecuencia de exposición a determinados riesgos, y que resultan relevantes a los efectos de:

- a) Establecer los valores límite de exposición a determinados agentes lesivos presentes en el medio ambiente de trabajo.

- b) Evaluar la eventual mayor incidencia sobre uno de los sexos de los riesgos derivados de ciertas condiciones de trabajo.
- c) Diseñar las medidas preventivas necesarias desde una perspectiva de eficacia.

En, al menos, una veintena de *Notas Técnicas de Prevención* (de carácter orientativo, aunque sin valor normativo) el INSHT documenta criterios diferenciados en función del sexo o del género, que cabe tener en cuenta en lo relativo a la exposición a los siguientes riesgos laborales¹⁵, si bien no han sido incorporados con carácter obligatorio en los correspondientes reglamentos sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud frente a riesgos específicos:

1) Causados por agentes QUÍMICOS:

- NTP 542 (vigente). Compuestos químicos tóxicos para la reproducción femenina (infertilidad-subfertilidad-menopausia precoz).
- NTP 758 (vigente). Alteradores endocrinos.
- NTP 557 (vigente). Sensibilidad química múltiple.
- NTP 487 (vigente). Agentes neurotóxicos.

2) Causados por agentes FÍSICOS:

- NTP 784 (vigente). Vibraciones de cuerpo completo.
- NTP 963 (vigente). Vibraciones: vigilancia de la salud en trabajadores expuestos.

¹⁵ Sobre el particular, *vid., in extenso*, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 8, agosto-septiembre, 2017, pp. 763-785.

- NTP 542 (vigente). Radiaciones X y gamma.
- 3) Relacionados con la CARGA FÍSICA DE TRABAJO:
- NTP 177 (vigente). Carga física del trabajo.
 - NTP 657 y 658 (vigentes). Trastornos músculo-esqueléticos (TME) de las mujeres.
 - NTP 819 (vigente). Evaluación de posturas de trabajo estáticas: el método de la posición de la mano.
 - NTP 907 (vigente). Evaluación del riesgo por manipulación manual de pacientes: método MAPO (Movilización Asistencial de Pacientes Hospitalizados), contemplada en la ISO/NP TR 12296 «Ergonomics – Manual handling of people in the healthcare sector».
 - NTP 1011 (vigente). Determinación del metabolismo energético mediante tablas.
- 4) Causados por CONDICIONES AMBIENTALES DEL LUGAR DE TRABAJO:
- NTP 1012 (vigente). Unidades de olor: evaluación de la molestia en ambientes interiores industriales.
 - NTP 1036 (vigente). Estrés por frío (I).
- 5) Causados por agentes de naturaleza PSICOSOCIAL:

Entre otras, han de destacarse las siguientes NTP:

- NTP 507 (vigente). Acoso sexual en el trabajo.
- NTP 603 (vigente). Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (I).
- NTP 702 (vigente). El proceso de evaluación de los factores psicosociales.
- NTP 730 (vigente). Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial.
- NTP 776 (vigente). Promoción organizacional desleal: *trepismo*.

Paradójica e inadmisiblemente resulta, habida cuenta de la constancia científica de tales diferenciales, de su expresión documental y del carácter especialmente cualificado del criterio técnico que los sustenta, la ausencia de su integración en los correspondientes reglamentos técnicos de prevención. Tales normas reglamentarias, en su contenido actual y vigente, ignoran las especificaciones preventivas relacionadas con el sexo femenino y sus roles de género—, por lo que, a la fuerza, y por haber devenido obsoletas, deben ser revisadas y modificadas, para ajustarlas a los criterios técnicos expuestos. Al Gobierno de la nación corresponde, en este sentido, atender sin demora el mandato contenido en el art. 6.2 de la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales: «Las normas reglamentarias indicadas en el apartado anterior se ajustarán, en todo caso, a los principios de política preventiva establecidos en esta Ley, mantendrán la debida coordinación con la normativa sanitaria y de seguridad industrial y serán objeto de evaluación y, en su caso, de revisión periódica, de acuerdo con la experiencia en su aplicación y el progreso de la técnica»).

RESUMEN

La igualdad de género es una cuestión de justicia, por lo que se incorpora como principio jurídico y como objetivo político; pero, además, la igualdad de género es también una condición necesaria para el desarrollo económico y social.

Desde el último cuarto del siglo XX se ha operado un cambio en los roles tradicionales «masculinos» y «femeninos» y ambos sexos deberían –por lo que a formación, aptitudes y competencias se refiere– estar en disposición de desarrollar carreras profesionales iguales y con idénticas oportunidades. Es cierto que la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo se ha generalizado pero la contumacia de las cifras demuestra que nuestro actual modelo de relaciones laborales dista mucho de ser equitativo, desde el punto de vista de sexo y de género, y tampoco muestra tendencia alguna proclive a un cambio dramático a corto o medio plazo.

Los primeros años del nuevo milenio han traído a nuestro ordenamiento laboral una serie de medidas dirigidas a la consecución de la igualdad de trato y oportunidades de las mujeres y los hombres en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, si bien las previsiones normativas no acaban de dar los frutos esperados. Las previsiones de alcance potestativo, orientadas tanto al fomento de la igualdad de género (la posibilidad negocial de establecer medidas de acción positiva –reservas, preferencia– en la contratación –para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones–, y en la clasificación profesional, promoción y formación –para fomentar su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo en que estén infrarrepresentadas–) como a la corresponsabilidad en la atención de las responsabilidades familiares (la implantación misma del permiso –y la prestación– por paternidad) han tenido, de facto, un impacto anecdótico. Ni siquiera los muy explícitos imperativos legales (tales como el deber de la negociación colectiva de abordar medidas para promover la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres; el deber negocial de establecer criterios de clasificación profesional neutros desde el punto de vista de género; la obligación de igual retribución para trabajos de igual valor; la obligación de las empresas de adoptar –y negociar– medidas de para evitar la discriminación laboral de las mujeres... – algunos, incluso, con carga sancionatoria administrativa–), han permitido garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en tanto persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres. Las razones del fracaso normativo son múltiples: la pervivencia de los roles sociales tradicionales relacionados con el trabajo reproductivo y la «economía del cuidado»; la ineficiente (cuando no deficiente) formulación (y re-formulación) normativa de algunos derechos y deberes en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el trabajo (en materia de conciliación, procedimiento de elaboración y contenido de planes de igualdad, definición de criterios y sistemas de clasificación profesional, definición de criterios de valoración del trabajo e, incluso, la integración de los diferenciales de sexo y género –técnicamente conocidos– en los reglamentos técnicos de prevención de riesgos laborales); finalmente, las inercias de la negociación colectiva, las prioridades negociadoras contingentes y, en ocasiones, incluso, la burda sustracción de la materia al espacio negocial. En cualquier caso, las siguientes páginas abordarán algunos de estos temas desde una perspectiva constructiva, pero no exenta de la necesaria crítica, que aspira a contribuir a la superación definitiva de los hándicaps indicados y a la construcción de un sistema de relaciones laborales exento de discriminación por razones de sexo y de género y, por ello, justo, eficiente y sostenible.

Palabras clave: Discriminación por razón de sexo/género; empleo; igualdad de género; clasificación profesional; conciliación de la vida laboral y familiar; corresponsabilidad; salud laboral.

ABSTRACT Gender equality is a matter of justice, so it is incorporated as a legal principle and as a political objective. But, moreover, gender equality is also a necessary condition for economic and social development.

Since the last quarter of the twentieth century a change has been carried out in the traditional roles «masculine» and «feminine» and both sexes should –as far as training, skills and competencies are concerned– be in a position to develop equal professional careers and with identical opportunities. It is true that the participation of women in the labour force has been widespread but the contumacy of the figures shows that our current model of labour relations is far from equitable, from the point of view of sex and gender, nor does it show tendency to a dramatic change in the short or medium term.

The first years of the new millennium have brought to our labour system a series of measures aimed at achieving equal treatment and opportunities for women and men in the field of employment, although the normative provisions do not gave the expected fruit. The forecasts of optional scope, oriented both to the promotion of gender equality (the negotiating possibility of establishing measures of positive action –reserves, preference– in recruitment –to promote women’s access to all professions, and in the professional classification, promotion and training–to encourage their access to the professional group or workplace in which they are represented–) and to shared responsibility in family care (the very implementation of the leave –and the allowance– for paternity) have, *de facto*, had an anecdotal impact. Not even the very explicit legal imperatives (such as the duty of collective bargaining to address measures to promote equal treatment and opportunities for women and men; the negotiating duty to establish professional classification criteria gender-neutral; the obligation of equal remuneration for works of equal value; the obligation of companies to adopt –and negotiate– measures to prevent women from working discrimination... –some even with administrative penalties– have made it possible to guarantee the effectiveness of equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, while intolerable inequalities persist in the working conditions for both. The reasons for the normative failure are multiple: the survival of the traditional social roles related to reproductive work and the «economy of care»; the inefficient (if not deficient) formulation (and re-formulation) of certain rights and duties relating to the effective equality of women and men at work (in the area of work-life balance, elaboration and content of equality plans, definition of criteria and systems of professional classification, definition of criteria of valuation of the work and, even, the integration of the sex and gender differentials –technically known– in the technical regulations of labour risks prevention). Finally, the inertias of collective bargaining, contingent negotiating priorities, and sometimes even the crude subtraction of matter into the negotiating space. In any case, the following pages will address some of these issues from a constructive perspective, but not without the necessary criticism, which aspires to contribute to the definitive overcoming of the indicated handicaps and to the construction of a gender fair system of labour relations and, therefore, efficient and sustainable.

Keywords: Sex/gender based discrimination; employment; gender equality; professional classification; work-life balance; sharing responsibility; occupational health.

Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva en género

Systemic discrimination and effective gender equality policies

JULIA LÓPEZ LÓPEZ*

SYSTEMIC DISCRIMINATION Y GENERO

La definición normativa de los diferentes conceptos de discriminación, prohibiendo la discriminación directa, indirecta y el acoso en sus múltiples manifestaciones, ha ido tejiendo un mapa donde poder avanzar hacia una igualdad más efectiva entre mujeres y hombres pero también, es cierto, que la igualdad es un objetivo más que una realidad. Así, dentro de los objetivos del Milenio de Naciones Unidas el Objetivo quinto plantea «lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas» y el punto de partida es que «si bien entre 2000 y 2015 se produjeron avances a nivel mundial con relación a la igualdad entre los géneros, las mujeres y las niñas siguen sufriendo la discriminación y la violencia en todos los lugares del mundo»¹.

* Catedrática de Derecho del Trabajo, UPF.

¹ Naciones Unidas recuerda que en la actualidad, una de cada cinco mujeres – entre 15 y 49 años han experimentado violencia física o sexual en los doce meses anteriores a ser preguntadas, hay 49 países, declara Naciones Unidas, que no tienen normas de protección frente a la violencia doméstica y a pesar de los avances frente a la mutilación genital y el matrimonio infantil todavía queda mucho camino declara NU por recorrer para acabar con este tipo de prácticas.

El primer punto de partida es por tanto que existe a nivel global una desigualdad efectiva que afecta a las mujeres, con mayor o menor intensidad por países, pero que está presente en todos los escenarios geográficos.

El segundo punto de referencia, desde Naciones Unidas, es que la igualdad efectiva entre los géneros no es solo un derecho humano sino la base imprescindible para «conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible». La igualdad efectiva pasa por «la igualdad a las mujeres y niñas en el acceso a la educación, a la atención médica, a un trabajo decente, y una representación en los procesos de adopción de decisiones políticas y económicas»².

² Aspiramos a un mundo en el que sea universal el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación; donde se respeten las razas, el origen étnico y la diversidad cultural y en el que exista igualdad de oportunidades para que pueda realizarse plenamente el potencial humano y para contribuir a una prosperidad compartida; un mundo que invierta en su infancia y donde todos los niños crezcan libres de la violencia y la explotación; un mundo en el que todas las mujeres y niñas gocen de la plena igualdad entre los géneros y donde se hayan eliminado todos los obstáculos jurídicos, sociales y económicos que impiden su empoderamiento; un mundo justo, equitativo, tolerante, abierto y socialmente inclusivo en el que se atiendan las necesidades de los más vulnerables, cfr. Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas,

Así pues en el siglo XXI seguimos aún con el reto de lograr sociedades en las que no se discrimine por razón de género, las luchas de las mujeres no han logrado, a pesar de los avances, la efectividad que a estas alturas tendríamos que haber conseguido. Los procesos de movimientos sociales para avanzar en la obtención de la igualdad de forma efectiva son procesos, que al margen de entrar en la polémica de si son o no procesos revolucionarios a nivel formal, son sobre todo procesos democráticos³. Es interesante observar como la economía feminista se ha ido desplazando conceptual y políticamente de la discusión sobre el trabajo doméstico a la idea más reciente de sostenibilidad de la vida, con debates de más intensidad desde los movimientos sociales y laborales que desde la academia y con fuerte carga política⁴.

La igualdad efectiva es por tanto una cuestión que se ha de enmarcar en los debates sobre derechos y modelos de democracia. La eliminación de la discriminación por género presenta un aspecto que, creo, es interesante de destacar que es el que hace referencia a las políticas de eliminación de la systemic discrimination que produce nichos de desigualdad que se siguen perpetuando en el tiempo.

La definición de systematic discrimination implica determinados patrones de prácticas o políticas que ofrecen un amplio espectro de discriminación en un sector o en un tipo de trabajo⁵. La Comisión de Derechos Humanos de Ontario partiendo de la implicación que la systemic discrimination presenta de comportamientos, políticas o prácticas que forman parte de las estructuras o de las organizacio-

nes y que crean o perpetúan desigualdad, con referencia a raza, ofrece una serie de pautas que serian aplicables a los supuestos de género y que ofrecen muchas ventajas en cuanto a los resultados.

En primer lugar la exigencia de datos que cuantifiquen la desigualdad, las diferencias, en segundo lugar, políticas, prácticas y procesos de tomas de decisión que no toman en consideración la diferencia y se rigen por el patrón general más generalizado, lo que la Comisión denomina de manera gráfica: el camino normal de hacer las cosas y en tercer lugar, toma como referencia la cultura de las organizaciones e instituciones que tanto desde los procesos de toma de decisiones como de organización no son inclusivas⁶.

El enfoque de las políticas en contra de la systemic discrimination en la lectura anterior suma un conjunto de actores, Estado, instituciones, representantes de trabajadores y empresarios y de fuentes, normas, convenios colectivos, planes de igualdad que permiten una mayor eficacia aun teniendo los retos que implica la coordinación. En esta línea y conectando este concepto con los modelos de democracia se ha destacado un incremento de actores institucionales – equality bodies – que son una tendencia en crecimiento –comisiones, institutos, ombudsman–, tanto en temas de igualdad como de derechos humanos⁷.

DIFERENCIAS POR GÉNERO: BRECHAS Y DIAGNOSIS DE SYSTEMIC DISCRIMINATION

Es interesante, en mi opinión, como punto de partida el dato de brechas en la relación trabajo remunerado y no remunerado, frente a las 39 horas semanales de trabajo de los hom-

25 de septiembre del 2015, «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible».

³ TOURAINE, A. El mundo de las mujeres, Paidós, estado y Sociedad 149, página 44.

⁴ CARRASCO, C. *La economía feminista. Un recorrido a través del concepto de reproducción* Ekonomiaz N.º 91, 1.º semestre, 2017, pag. 54.

⁵ Ver MERCAT-BRUNS, M. Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality, European Equality Law Review, European Commission, 2018/2, página 3.

⁶ Ver también Victoria Equal Opportunities, Act 2010, n. 16 / 2010.

⁷ CROWLEY, N. Merging mandates of equality bodies and national human rights institutions a growing trend, European Equality law review 206/2.pag. 34

bres por semana como media en la Unión Europea las mujeres en este indicador trabajan 33 horas en empleos pagados, cuando este dato se combina con trabajos no remunerados los hombres dedican 10 horas semanales mientras que las mujeres dedican en media semanal 22 horas. Las diferencias entre hombres y mujeres presentan pues diferente patrón cuando se trata de trabajos remunerados o de cuidados –doméstico no remunerado⁸. Esta división entre tiempos de trabajo remunerados y tiempos de trabajo de cuidados o doméstico está en la raíz de otros patrones de systemic discrimination que son su consecuencia.

La combinación de causas, procesos y políticas introduce en la búsqueda de soluciones efectivas un elemento de complejidad del que es difícil escapar. Los resultados de las reformas laborales han tenido como consecuencia un impacto negativo sobre los derechos sociales y ha incrementado los niveles de fragmentación de las desigualdades basados en trabajo formal e informal, trabajo estable y trabajo precario, salario y condiciones de trabajo injustas o no, derechos de conciliación de vida familiar o ausencia de éstos, derechos de protección social o desprotección en este campo, entre otros factores.

En esta línea, los crecientes procesos de funcionalización del derecho del trabajo a los mercados que imponen individualización de las condiciones de trabajo⁹, fuerte tendencia de des-laboralización de las relaciones de empleo, segmentación de derechos sociales con proliferación de estatutos de ordenación, una flexibilidad que en nuestro caso hay que definirla como flexi-precariado y por último un descenso de los niveles de protección de los sistemas de seguridad social en el marco general para estudiar la systemic discrimination.

⁸ Ver 2017 Report on Equality between women and men in the EU, European Commission, pag. 12.

⁹ Ver CASTELLI, N. Contrato, consenso, representación. Reflexiones sobre juridificación de las relaciones laborales, Bo-marzo, Albacete, 2014.

Este escenario complejo se ordena con un sistema de fuentes multinivel que se corresponde con actores e instituciones de diferentes niveles geográficos, lo que Ferrarese ha denominado *diritto sconfinato*¹⁰. Existen por tanto una multiplicidad de normas– hard, softlaw y normas híbridas– de ámbito internacional, nacional –como leyes orgánicas–, además de convenios colectivos, planes de igualdad o protocolos de prevención del acoso que actúan dentro del sistema de ordenación de las políticas de igualdad efectiva. La eliminación de la discriminación entre mujeres y hombres pone en juego esta pluralidad de fuentes, actores e instituciones para implementar políticas y pautas que vayan detectando y diferenciando los niveles de lucha contra la desigualdad y contra la discriminación, incluyendo los casos en los que la discriminación es sistémica. Una primera aproximación obliga a diferenciar la situación de brechas por género y la de discriminaciones entre hombres y mujeres. La brecha salarial en la Unión Europea con variaciones por países es en 2015 en promedio del 16,3 %, España está en el 16% de brecha en este campo entre hombres y mujeres¹¹.

Todas las personas, hombres y mujeres, tienen derecho a tener unas condiciones de trabajo justas, el contenido de la retribución justa implicaría, para las normas, la eliminación de discriminaciones salariales por razón de género para trabajos idénticos o de igual valor pero. Junto a estas discriminaciones, aparecen las brechas salariales que jurídicamente no pueden ser integradas en su conjunto como discriminatorias. Las brechas salariales hacen emerger la situación de desigualdad de los colectivos vulnerables en el mercado de trabajo de forma patente, siempre obedecen a una causalidad múltiple y pueden ser el indicador de si existe o no una systematic discrimination pero no todas las diferencias presentan el patrón discriminatorio. En este sentido las brechas salariales se dan en toda la pirá-

¹⁰ Ver FERRARESE, MR. *Dirittos sconfinato. Inventiva giuridica e spazinel mondo globale*, Editorial Laterza, Roma, 2006.

¹¹ Cfr. 2017 Report in equality *op. cit.*, pag. 20.

mide del empleo y están presente tanto para mujeres con empleos que exigen titulaciones superiores como las que trabajan en puestos de trabajo sin titulación. Sin duda hay que articular propuestas diferenciadas para la brecha que para la discriminación, ambas están dentro de la política de lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres pero no pueden plantearse de manera indiferenciada su erradicación. Nuestros indicadores en brecha salarial están en la media de los países de la Unión Europea en cambio la discriminación salarial está todavía muy por encima de esa media europea.

Las brechas o diferencias entre las condiciones de empleo y de protección social tienen como un primer referente las que afectan a la remuneración. Todavía sigue pendiente limpiar totalmente de discriminaciones la composición de la remuneración que todavía aparece en la negociación colectiva con elementos de composición de los salarios no neutros. Esta fase de eliminación de las discriminación a través de la eliminación de los elementos de configuración de las clasificaciones profesionales que, pasa por una auditoría de *gender mainstreaming*, y que tiene unas consecuencias directas sobre el salario es todavía un trabajo en proceso donde no solo los negociadores sino también los jueces han de seguir trabajando.

Pero junto a las discriminaciones salariales existen as brechas salariales no discriminatorias— que en sentido legal no remuneran trabajo idéntico o de igual valor—, y que exigen políticas más complejas que incluyan entre otras las de conciliación de la vida familiar y laboral. El debate sobre los tiempos de trabajo — que obviamente están también definiendo los de no trabajo como tiempos de descanso y de otras actividades— ha de tener en cuenta que las mujeres son las que hoy concilian y es por esta razón por la que se produce la brecha salarial en toda la pirámide profesional de las mujeres¹².

¹² Ver RODRIGUEZ ESCANCIO, S. Sobre discriminación salarial, La discriminación retributiva por causa del sexo y del géne-

Las propuestas de combatir la brecha salarial se han de plantear como un cambio radical del modelo de empleo de las mujeres en la que aparecen sectores y ámbitos de infra-representación en la que los salarios son más altos y sectores de supra-representación en sectores de salarios más bajos. Las políticas deben de tener en cuenta estos datos para la políticas de becas universitarias, formación ocupacional y promoción profesional pero además una política de lucha contra la brecha salarial. Si no se toma como referencia la seriedad en el diseño de la conciliación de la vida familiar y laboral desde el *gender mainstreaming* no se avanzará en términos de igualdad efectiva. En 2016 la brecha salarial por hora de las mujeres fué 16,2% por debajo de los hombres en la Unión Europea.

En esa línea, las brechas en salario entre mujeres y no hombres no son separables de la política de tiempos de trabajo. Así la OIT¹³ incluye los límites diarios y semanales a la distribución de tiempos de trabajo, el control de horas extras, el cómputo de los límites de horas de trabajo no superen los periodos de una semana, no eliminación de los descansos semanales de facto, restricciones la posibilidad de posponer o dividir las vacaciones anuales, protección a los trabajadores nocturnos, igualdad de trato a los trabajadores a tiempo parcial, la toma en consideración de la incidencia de las nuevas formas de trabajo en la distribución de tiempos de trabajo. Se insiste en el papel de la negociación colectiva debe jugar en la configuración de la distribución de las horas de trabajo y la necesidad que los tiempos de trabajo no se presenten con una complejidad que dificulte la tarea a los inspectores de trabajo o a los jueces.

ro: factores desencadenantes y pautas de solución. Documentación laboral, ISSN 0211-8556, Nº 113, 1, 2018. Ejemplar dedicado a: La recepción del Derecho de la Unión Europea en los ordenamientos laborales de España y Portugal, págs. 7-30

¹³ ILO (International Labour Conference, 107th sesión 2018) sobre Ensuring decent working time for the future es la Agenda de Trabajo Decente y la Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda.

Otro aspecto que hay que analizar a la hora de valorar las brechas entre mujeres y hombres es la formación. Los modelos de flexiseguridad impulsados desde la Estrategia Lisboa por la Unión Europea configuran la formación como parte de los equilibrios que garantizan una mayor empleabilidad de los trabajadores desempleados junto con la cobertura por desempleo. La planificación de la formación sin tener en cuenta la diferencia puede jugar un papel en la consolidación de espacios de *systemic discrimination*¹⁴ y otro aspecto a tener en cuenta en relación con la ordenación de tiempos de trabajo en las empresas o sectores.

El siguiente punto que hay que abordar son los modelos de contratación que crean sin lugar a duda *systemic discrimination* para las mujeres. El modelo de contratación—precaria—acentuado en los últimos años por las políticas de reformas afecta a colectivos vulnerables de una manera más acentuada, tiene impacto en los salarios de pobreza y en la desprotección social. La contratación temporal sin causa y encadenada ha demostrado ser un instrumento inútil de creación de empleo así como una contratación a tiempo parcial que presenta a nivel legal unos perfiles de difícil identificación respecto a los contratos a tiempo completo. Las mujeres presentan un cuadro más precario de contratos de trabajo, formas temporales y a tiempo parcial, que los hombres¹⁵.

Las propuestas para reducir la precariedad, tanto de los contratos temporales como los que se han realizado a tiempo parcial, han de pasar por la vuelta a contrataciones temporales y de tiempo parcial estructurales. La contratación temporal causal exigiría la reducción de figuras temporales y la configuración legal de formas contractuales temporales en las que hay equivalencia entre el tipo de contrato y la necesidad temporal en la empresa. La aplicación de la normativa comunitaria

de control de las cadenas abusivas de contratación temporal es también imprescindible y para ello la claridad de la normativa española facilitaría la tarea tanto de la Inspección de Trabajo como de los jueces a la hora de controlar el cumplimiento de normas y convenios colectivos. El papel de los convenios colectivos en el control de la precariedad es clave, pero en la fase aplicativa de una normativa que sea clara en el diseño de un modelo de contratación laboral no precario.

El tema de la precariedad laboral tiene además una conexión intrínseca con las formas de extinción de los contratos de trabajo ya que a una lista excesiva de formas precarias se suma una regulación abusiva de los periodos de prueba y de la extinción del contrato de trabajo. En la aplicación del modelo de flexi-seguridad promovido desde la UE el modelo de relaciones laborales ha desarrollado los mecanismos de flexibilidad y no de seguridad convirtiendo el modelo español en un modelo de flexi-precariedad. Por tanto hay que recuperar los equilibrios del sistema de ordenación en no solo de contratación como forma de entrada en el mercado, sino además en la regulación de los mecanismos de salida.

La causa, la duración que evite encadenamientos abusivos de los contratos temporales y por último la eliminación de los sistemas de bonificaciones a las empresas por contratación ayudaría a ir marcando mejoras en el modelo de contratación¹⁶. Brechas de precariedad laboral que penalizan especialmente a las mujeres en sus condiciones de trabajo y que le repercuten además en protección social. La reformulación de la contratación a tiempo parcial desde una reconocibilidad de la figura contractual. No se puede seguir definiendo la contratación parcial en los términos que se hace en la normativa actual. La eliminación de las horas complementarias for-

¹⁴ La Comisión Europea el 10 de junio del 2016 ha situado de forma central la formación como parte de la Agenda social en la Communication: a New Skills Agenda for Europe.

¹⁵ Ver datos 2017, Report on equality, *op. cit.* Anexo 1.

¹⁶ LOPEZ, J.; DE LE COURT, A. y CANALDA, S. Breaking the nexus between flexibility and security: flexiprecarity as the Spanish version of the model, en *European Labour Law Journal*, Vol. 5 (1), 2014.

ma parte esta estrategia. La precariedad en la contratación a tiempo parcial– ignorando la proporcionalidad y voluntariedad– está penalizando derechos sociales como la conciliación de la vida personal y laboral, los derechos de representación y el de huelga así como, en materia de protección social, las cotizaciones como fuente de financiación de la Seguridad Social. Las mujeres de nuevo presentan aquí otra brecha en la contratación que penaliza la igualdad efectiva. El modelo contratación han de pensarse desde el gender mainstreaming ya que la precariedad se ceba con las mujeres teniendo un impacto relevante en su entrada, permanencia y salida del mercado de trabajo.

Los patrones o pautas de brechas entre mujeres y hombres y de systemic discrimination afecta, entre otros, dentro del al acceso,

permanencia y salida del mercado de trabajo, a los sistema de promoción en el trabajo, a los tiempos de trabajo, a las condiciones de trabajo en materia retributiva, al modelo de conciliación de vida personal y laboral y a los derechos de protección social. Principio de igualdad efectiva que presenta por tanto diferentes momentos que se complementan y que no pueden tratarse de forma separada como contenido de los derechos de igualdad efectiva.

Por último, las brechas en materia de protección en la seguridad social entre hombres y mujeres son claramente la consecuencia de las brechas que se generan previamente en la carrera profesional de las mujeres condiciona por su situación social y laboral. El efecto se ve claramente en la brecha que en cobertura de pensiones se hace a continuación.

GENDER GAP IN PENSIONS COVERAGE (Pensioners aged 65-74) (2013-2015)

	2013	2014	2015
Dinamarca	0	0,2	-0,6
Finlandia	-0,9	-0,1	-0,1
Alemania	3,7	2	0,8
Holanda	0	0,5	0,5
Portugal	7,7	7,4	6,4
España	27,6	27,7	28,7

Fuente: Elaboración propia de EUROSTAT (SILCSurvey).

Si se analiza la tabla, España es de los países de la Unión Europea con una brecha más elevada en ámbito de cobertura en pensiones, no comparable con países como Dinamarca, Finlandia, Alemania o en Holanda pero junto a esta realidad los datos de brecha de cobertura de Portugal dan una idea no solo de la situación de ese país sino de la situación en el nuestro. Nuestra brecha de cobertura en pensiones comparada con Portugal es un 20% superior y además a diferencia del caso portugués que va reduciendo la brecha España va incrementando ésta ¿no se puede argumentar que existe una systemic discrimination que se deriva de los factores diferenciales que se han descrito previamente?.

SOBRE LAS FUENTES DE ORDENACIÓN: NORMAS GARANTISTAS EN CASCADA Y DETECCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO

El cuadro normativo de fuentes que ofrece el ordenamiento es uno de los puntos fuertes en el avance de la lucha contra la discriminación. Normas transnacionales, como Convenios de la OIT, derecho originario, Carta de Derechos Fundamentales de la UE – con dos capítulos uno sobre Igualdad y otro sobre Solidaridad que incluyen contenidos de igualdad efectiva– derecho derivado de la Unión Europea, texto constitucional, leyes orgánicas, leyes en las CCAA, negociación colectiva in-

terconfederal, de sector y de empresa además de los innumerables instrumentos soft law en todos los niveles, entre otros Women's Charter and the Strategic engagement for gender equality 2016-2019 de 5 de marzo del 2010 o el Plan Estratégico 2016-2020 adoptado por el Consejo el 26 de octubre del 2015 o por último el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁷. Por tanto estamos delante de una serie de instrumentos que con diferencias en cuando a su eficacia normativa se caracterizan por moverse en un mapa multinivel¹⁸, en cascada y que producen un efecto spill over para erradicar la systemic discrimination. No se trata por tanto de falta de instrumentos.

La Constitución española ha recogido un modelo de Estado social y democrático de derecho en el Título Preliminar que consagra la igualdad como clave del edificio democrático teniendo su desarrollo en los art. 9.2, 10, 14 y 149.1.1 CE. La Constitución por tanto no consagra un modelo estático sino dinámico que exige a los poderes públicos la puesta en marcha de mecanismos legales y de ordenación que hagan avanzar hacia la igualdad efectiva a las mujeres. La Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombre supuso, en mi opinión, un salto de gigante en

el nivel normativo de garantía del derecho de igualdad y no discriminación¹⁹.

La construcción de la Ley orgánica criticada por sectores de la doctrina por su naturaleza²⁰ o por la ruptura que supone respecto a la uniformidad de la definición de ley²¹ ha supuesto, en mi opinión, una estabilidad normativa en la protección de los derechos fundamentales que en los más dinámicos, como el de igualdad y no discriminación en su versión de igualdad efectiva, es más que relevante. El carácter de ley orgánica supone una protección jurídica extra que implica la conversión de estos debates y sus políticas en debates democráticos que exigen un juego de mayorías parlamentarias que llevan a plantear la consecución de la igualdad efectiva como un tema de modelo no de opción política puntual. En este sentido creo que la erradicación de la discriminación exige estabilidad de instrumentos para mejorar resultados.

La Ley orgánica de igualdad efectiva entra dentro de estas leyes garantistas de las estructuras del modelo de social y democrático de derecho que se consagra en el art. 1.1 CE. El estudio detallado de la Ley 3/2007 arroja además unas consideraciones que es mi opinión son relevantes.

En primer lugar por la forma orgánica goza de estabilidad, como se ha comentado, para avanzar en los contenidos que consagra.

En segundo lugar, la Ley orgánica de igualdad efectiva se constituye como ley marco que

¹⁷ Ver RAMOS QUINTANA, M. El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea, RDS 37, pag. 19.

¹⁸ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006; Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC; Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010; Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011; Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 Directiva 2012/29/EU de 25 October 2012.

Sentencias, entre otras, como Defrenne II judgment of 8 April 1976 (Case 43/75): the Court recognised the direct effect of the principle of equal pay for men and women and ruled that the principle not only applied to the action of public authorities but also extended to all agreements which are intended to regulate paid labour collectively; Bilka judgment of 13 May 1986 (Case C-170/84); Barber judgment of 17 May 1990 (Case C-262/88); Marschall judgment of 11 November 1997 (Case C-409/95), Test Achats judgment of 1 March 2011 (Case C-236/09).

¹⁹ Entre los trabajos previos a la LO 3/2007 de igualdad efectiva ver, entre otros, RODRIGUEZ ESCANCIO, S. La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras, Cedecs, Barcelona; 2002. RUIZ PEREZ, E. (coord.) Mujer y Trabajo, edit. Bomarzo, 2003 y MARTINEZ GALLEGU, E. M. REGUERO CELADA, J. (coord.) Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad, edit. Comares, Granada, 2004,

²⁰ Ver GARRORENA MORALES, A. Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica, Revista de Estudios Políticos número 13, enero-febrero 1980.

²¹ DIEZ PICAZO, L.M. Concepto de Ley y tipos de leyes ¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?, Revista española de Derecho Constitucional, año 8, num. 24 septiembre-diciembre 1988.

ha de ser no solo respetada en sus contenidos sino desarrollada en sus políticas. La ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio; y con carácter específico o sectorial, se incorporan también pautas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo (Exposición de Motivos de la Ley).

En tercer lugar, la Ley 3/2007 presenta unos contenidos que permiten desarrollar políticas de eliminación de las brechas diferenciales y contra la systemic discrimination, contiene aspectos normativos sustanciales en la eliminación de la discriminación tanto directa, como indirecta así como las formas de acoso. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional (Exposición de motivos de la Ley).

En cuarto lugar, la Ley para la Igualdad efectiva además de los actores públicos incluye las relaciones entre particulares, la regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración (Exposición de Motivos).

En quinto lugar, la políticas laborales de igualdad efectiva integra una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa. La Ley pretende promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido (Exposición de Motivos).

En la línea anterior con Ferrajoli²² se ha de subrayar que los derechos fundamentales han de ser garantizados y satisfechos y que en este sentido el garantismo es la otra cara del constitucionalismo, en una triple dirección, la garantía de todos los derechos, incluyendo los derechos sociales, frente a todos los poderes, no solo públicos sino también privados y en todos los niveles, tanto nacionales como internacionales. En este sentido la Ley orgánica de igualdad efectiva se integra dentro de los parámetros del llamado garantismo y constituye en el caso español una referencia fundamental de lucha en contra de la desigualdad²³. Los principios recogidos en la Ley— de forma muy precisa el preventivo— y la obligatoriedad en las empresas grandes de Planes de Igualdad son sin duda puntos muy relevantes en la norma.

La Ley orgánica se configura como una norma marco de referencia y dio lugar a un efecto de contagio con normas sobre igualdad efectiva en las CCAA. La Llei 17/ 2015, de 21 de juliol, d'igualtat efectiva es uno de los ejemplos, la censura de algunos preceptos de esta norma por el TCo es criticable, en mi opinión,

²² FERRAJOLI, L. Sobre los derechos fundamentales, Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 15, julio-diciembre del 2006.

²³ Ver Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI, edit. CARBONELL, M. y SLAZAR, P. Edit. Trotta, 2005.

entre otros motivos porque el mismo contenido se habría validado dentro de un convenio colectivo. La eliminación de la discriminación, en concreto de la systemic discrimination exige una pluralidad de instrumentos que permitan en primer lugar hacer los diagnósticos con precisión de los patrones discriminatorios y en segundo lugar nuclear la coordinación de las políticas de lucha contra la discriminación en todos los niveles territoriales de forma descentralizada.

CONVENIOS COLECTIVOS Y PLANES DE IGUALDAD: DIAGNOSIS Y COORDINACIÓN COMO BASES DE POLÍTICAS EFICACES DE IGUALDAD EFECTIVA

El art. 3 del Estatuto de los Trabajadores no ha sido modificado en su redacción inicial, a pesar de todas las reformas laborales que la normativa laboral ha sufrido en los últimos años y conserva un sistema de fuentes en el que el convenio colectivo es una fuente de ordenación de relevancia a la hora de implementar políticas laborales. Es cierto que el juego ley y convenios si se ha visto modificado no solo en la relación entre fuentes autónomas y heterónomas sino además en las relaciones entre los distintos niveles de negociación en referencia, entre otros mecanismos a la ordenación, el descuelge y a la ultratractividad de los convenios colectivos.

En el sistema de fuentes de la ordenación de la igualdad, la no discriminación y la igualdad efectiva los convenios colectivos tienen un papel clave. La LO 3 /2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva recoge en el art. 43 el papel de la negociación colectiva en la promoción del derecho «mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva de principio de igualdad.». Por otro lado, en el 45.2 de la Ley orgánica se establece la obligatoriedad en las empresas de más de 250 de establecer un Plan de Igualdad, que deberá—

los términos previstos por la legislación laboral— ser objeto de negociación. En el art. 45.5 de la misma norma se establece que en los demás casos la elaboración de un Plan de Igualdad será voluntaria previa consulta con los representantes de los trabajadores. El papel de la negociación colectiva es fundamental en la consecución de la igualdad efectiva pero es la relación con los Planes de Igualdad lo que aquí interesa. En este sentido la incidencia de la negociación colectiva en la reducción de las brechas, tanto de contratación, como de formas contractuales, de condiciones de trabajo y consecuentemente de seguridad social es insustituible pero es importante, en mi opinión, ver cual es la relación entre estos dos instrumentos de políticas de igualdad porque está marcando el modelo de detección de las desigualdades y de la discriminación.

Un primer rasgo de la relación negociación colectiva y planes de igualdad es la incidencia que la gestión de la crisis ha producido. La negociación colectiva en el último periodo de crisis económica y de ajustes sociales se ha debilitado por una tendencia de ordenación de las relaciones de empleo no solo dentro del contrato de trabajo sino de otras formas contractuales o del trabajo autónomo. Junto a lo anterior, el modelo se caracteriza por la reducción del efecto *erga omnes* de los convenios colectivos y por la limitación de la ultratractividad. El Libro de Modernización del Derecho del Trabajo marcaba la tendencia de des-laboralización y las últimas reformas las de reducción del valor del convenio colectivo estatutario. A pesar de esta tendencia se siguen negociando a nivel nacional los ANEC, así el 2018²⁴, capítulo IX con contenidos que afectan muy directamente a la igualdad o Acuerdos Interconfederales, como el celebrado para el País Vasco promoviendo el convenio de sector por ejemplo²⁵ y que sin duda tiene efectos directos sobre las políticas negociadas de igualdad.

²⁴ Resolución de 17 de julio del 2018, BOE de 18 de julio del 2018.

²⁵ Así el AI para el País Vasco, Resolución de 16 de febrero del 2017, establece en su Artículo 3.— Negociación colectiva sectorial y prioridad aplicativa.

Un segundo rasgo es que la negociación colectiva en su relación con los Planes de Igualdad es el aumento de estos instrumentos fuera del contenido del convenio colectivo. En la gestión de la crisis las políticas de igualdad se plasman no solo como contenido de negociación colectiva sino también a través de instrumentos de responsabilidad empresarial. La declaración programática de contenidos y sobre todo la falta de una política compacta e inclusiva de condiciones de trabajo, modelos de contratación, conciliación de vida y laboral, tiempos de trabajo, salud laboral de lucha es uno de los déficits más llamativos a tener en cuenta.

En tercer lugar, la LO 3/2007 elige empresas de más de 250 trabajadores y apuesta por esta unidad para los Planes de Igualdad, que además como se ha visto, pueden ser o no negociados. Las últimas reformas laborales, especialmente la del 2012, han ido empujando las unidades de negociación hacia la empresa debilitando los convenios colectivos de ámbito sectorial incluyendo— a través de los mecanismos del descuelgue— la posibilidad de una vez celebrados se hagan disponibles para las unidades inferiores en algunos de sus contenidos. La llamada de atención de la doctrina²⁶ sobre la necesidad de revitalizar en sector tiene como justificación que los convenios de sector

1.- El presente acuerdo interprofesional garantiza, al amparo de lo establecido en el artículo 83.2 del ET, la prioridad aplicativa de los convenios y acuerdos territoriales e interterritoriales suscritos en Euskadi, sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal preexistente o posterior a la firma de este acuerdo interprofesional.

2.- Se reconoce prioridad aplicativa a los convenios y acuerdos territoriales e interterritoriales de la CAPV actualmente vigentes, tanto durante el período expresamente pactado, como en la fase de ultractividad convencional o legalmente establecida.

3.- Se reconoce la misma prioridad aplicativa a los convenios y acuerdos territoriales o interterritoriales que se suscriban en la CAPV a partir de la entrada en vigor del presente acuerdo interprofesional.

²⁶ Ver EWING, K. D.; HENDY, J. y JONES, C. A. *Manifiesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of workers' rights*, The Institute of Employment Rights, London 2016 y EWING, K.D.; HENDY, J. y JONES, C. *Rolling out the Manifiesto for Labour Law*, The Institute of Employment Rights, London, 2018.

ofrecen unos mejores resultados en temas de igualdad y no discriminación y actúan como posibles marcos de referencia de las políticas de igualdad en sentido amplio esto es eliminación de discriminaciones y avances en igualdad efectiva por eliminación de las brechas entre hombres y mujeres.

En las unidades empresariales, un primer modelo sería contenidos normativos sobre igualdad en el texto de convenio colectivo pero no *gender mainstreaming* y a través de responsabilidad social corporativa se implementa la política de igualdad. Por ejemplo, Por Resolución de 15 de enero del 2018²⁷ se registra y publica el Convenio Colectivo de Telefónica. El Convenio Colectivo presenta el contenido normativo típico de las normas negociada haciendo referencia a la organización de la actividad laboral, régimen retributivo— en el que se incluye un complemento de disponibilidad—, jornada laboral y horarios, excedencias y suspensión de contratos indemnizaciones y percepciones no salariales, representación y acción sindical formación, régimen disciplinario, acción social y seguridad y salud. La política de igualdad no se incluye en el texto del convenio colectivo sino en un Informe «+ de 100» en las que Telefónica destaca que se trata de reforzar el cumplimiento de la legislación sobre igualdad ya que la Ley de Contratos del Sector Público exigía un Plan de Igualdad. Medidas estrella son la posibilidad de excedencia de hasta 4 años por cuidado de hijos o familiares, excedencia voluntaria de hasta 8 años, permisos no retribuidos de hasta 30 días al año, la implantación de la jornada continuada, reducción de la jornada de noche treinta minutos, 30 días laborables de vacaciones, anticipos de hasta tres mensualidades, asistencia médica complementaria, la puesta en marcha de un Plan de Impulso de la Diversidad y de una Comisión de Igualdad y de un Comité Técnico para erradicar y prevenir el acoso.

Un segundo modelo es el de integración del Plan de Igualdad dentro del convenio co-

²⁷ BOE de 25 de enero del 2018.

lectivo, pero de nuevo sin un *gendermain streaming* que abarque a todo la empresa y su modelo de relaciones laborales. Dentro de este modelo se encuentra, por ejemplo, el Convenio Colectivo de Mercadona SA, Fornis Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados SL y Saskive SL²⁸ mejora en el Plan de Igualdad que se integra en el Convenio Colectivo a siete semanas la paternidad, excedencias por cuidado de hijos hasta los 12 años y creación de un Observatorio de composición paritaria.

Integrando los contenidos de igualdad y no discriminación en el Convenio Colectivo pero solo a nivel programático, el art. 59 del Convenio Colectivo de la Clínica Uner SL²⁹, con un capítulo completo que incluye del art. 45 al art. 56 pero con carácter declarativo o programático el Convenio Colectivo de Philips Ibérica, SA³⁰ y X Convenio Colectivo de Siemens SA³¹ dedica el Anexo 21 a medidas programáticas del II Plan de Igualdad y del Protocolo de prevención y actuación del acoso. El convenio colectivo de Repsol Exploración SA³² presenta un Plan de Igualdad integrado en el texto que incluye un protocolo de prevención contra el acoso y este Convenio Colectivo tiene un carácter mixto en cuanto a contenido que por lado es obligatorio al tratarse de cláusulas programáticas, pero junto a éste presenta también contenidos normativos de mejora de la normativa para conciliar vida personal y laboral, es más completo que otros ya que recorre además de los contenidos clásicos de permisos y excedencias, el teletrabajo y el derecho de desconexión dentro de del Plan de Igualdad. De nuevo no hay una metodología de *gendermain streaming* en la articulación de las políticas de igualdad.

²⁸ Resolución de 17 de enero del 2014, BOE 30 de enero del 2014.

²⁹ Resolución de 23 de noviembre del 2018, BOE de 8 de diciembre del 2018.

³⁰ Resolución de 23 de noviembre del 2018, BOE de 8 de diciembre del 2018.

³¹ Resolución de 31 de octubre del 2018, BOE de 23 de noviembre del 2018.

³² Resolución de 31 de octubre del 2018, BOE de 17 de noviembre del 2018.

Por otra parte, en los convenios colectivos de sector las medidas de igualdad se insertan en el propio convenio pero no hay, como en los de nivel de empresa, una aproximación desde el *gendermain streaming* a la totalidad del convenio colectivo. Por ejemplo, por Resolución de 8 de mayo del 2013³³ se registra y publica I Convenio Colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, un sector con una fuerte presencia de mujeres. El Convenio Colectivo dedica un artículo, el 46 a la igualdad de trato y no discriminación con carácter programático de políticas y no contenidos normativos. Por Resolución de 22 de febrero del 2018³⁴ se registra y se publica el XVII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, estudios de mercado y opinión pública. El art. 40 repite la normativa comunitaria del art. 37 ET, repitiendo además los arts 45 y 46 de la LO 3/2007. En esta línea de mimetizar la normativa se pueden encontrar muchos ejemplos, así los art. 42-45 del Convenio Colectivo del comercio de flores y plantas³⁵ o el Plan de Igualdad, el art. 63 a 69, del Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de promoción de autonomía personal, residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio), sector con fuerte presencia de mujeres³⁶.

Como resumen, en los casos en los que el Plan de Igualdad se inserta en el Convenio Colectivo hay un primer grupo en el que el Plan está dentro del Convenio Colectivo, con dos modelos con variaciones mínimas, aquellos convenios colectivos que absorben el Plan de Igualdad dentro de los contenidos obligacionales y repitiendo la normativa sobre igualdad y no discriminación, el segundo modelo es híbrido y combina mimetización normativa como contenido obligación y mejoras de la normativa

³³ BOE de 23 de mayo 2013.

³⁴ BOE de 6 de marzo del 2018.

³⁵ Resolución de 28 de agosto del 2018, BOE de 6 de septiembre del 2018.

³⁶ Resolución de 11 de septiembre del 2018, BOE 21 de septiembre del 2018.

laboral en cuanto a permisos y excedencias básicamente. En todos estos convenios colectivos el diagnóstico de la situación sobre la que se actúa no aparece y la auditoria de resultados es un punto muy débil. El segundo grupo serían los Planes de Igualdad que aparecen separados como instrumento del Convenio Colectivo, aquí la estructura al menos en algunos de ellos presenta un diagnóstico al menos descriptivo de la situación de las mujeres en el ámbito de referencia, combina contenidos programáticos y contenidos reguladores y la auditoria de resultados no es convincente.

El auge de los Planes de Igualdad— que incluso cuentan con registros en algunos casos³⁷— no puede ser interpretado de forma global como un avance sustancial de erradicación de la discriminación. Partiendo de su valoración como instrumento positiva hay que ver el equilibrio que presenta con los convenios colectivos en cuanto a contenidos y a obligatoriedad. Adelantando que no es posible la erradicación de las bolsas de systemic discrimination con las diagnosis en convenios colectivos y planes de igualdad tal y como se presentan hoy y sin mejorar de manera sustancial las auditorias de resultados.

SYSTEMATIC DISCRIMINATION: LA DIAGNOSIS DE LA SITUACIÓN, LA DETECCIÓN DE LOS PATRONES DE DISCRIMINACIÓN Y LA PUESTA EN MARCHA DE LAS POLITICAS

La erradicación systemic discrimination ha sido un motor de avance en casos como el

canadiense, tomando como referente la causa racial de discriminación, para poner en marcha políticas eficaces de igualdad efectiva. Los puntos fuertes de esta metodología se basa en que la diagnosis de la situación es la base, los datos, las estadísticas, el análisis de estos datos permite luego indagar la causalidad y los factores implicados en este resultado. La transparencia de la situación es primordial para posteriormente poner en marcha las políticas de igualdad que por tener claro el punto de partida al ser auditadas permiten la trazabilidad de los resultados. La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo recoge en el art. 15 de manera contundente el principio de transversalidad, en el 17 el Plan estratégico de Igualdad de oportunidades, en el 18 el informe periódico, en el 19 los informes de impacto de género, en el 20 la actuación de las estadísticas y estudios, en el 21 la colaboración entre las Administraciones Publicas y en el 21 las acciones de planificación equitativa de los tiempos. Esta, no es una lista tediosa de preceptos, es la base que la Ley orgánica ofrece para articular las políticas de igualdad y de manera concreta para eliminar nichos de systemic discrimination que se perpetúan en el tiempo sin remedio. La lista está hay que cumplir las normas jurídicas, el 91% de la población europea³⁸ al ser preguntada si es importante promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres responden que si, que se lograrían sociedades más justas y democráticas, aquí tenemos la contestación de si se debe o no eliminar la systemic discrimination entre mujeres y hombres.

³⁷ Es el caso del Registro de Planes de Igualdad que ofrece la Direcció General de Igualtat de la Generalitat de Catalunya.

³⁸ Special Eurobarometer 465, summary gender equality 2017. Gender equality, stereotypes and wone in politics, European Commission.

RESUMEN

La igualdad efectiva entre mujeres y hombres es todavía un reto ya que, a pesar de los avances, todavía la desigualdad y la discriminación entre mujeres y hombres es un problema global. Dentro del marco de referencia que son los debates sobre derechos y modelos de democracia la metodología del tema a través de la noción *systemic discrimination* es interesante de abordar. La definición de *systemic discrimination* implica determinados patrones de prácticas o políticas que ofrecen un amplio espectro de discriminación en un sector o en un tipo de trabajo. Así la Comisión de Derechos Humanos de Ontario partiendo de la implicación que la *systemic discrimination* presenta de comportamientos, políticas o prácticas que forman parte de las estructuras o de las organizaciones y que crean o perpetúan desigualdad, con referencia a raza, ofrece una serie de pautas que serían aplicables a los supuestos de género y que ofrecen muchas ventajas en cuanto a los resultados.

La exigencia de datos que cuantifiquen la desigualdad, las políticas, prácticas y procesos de tomas de decisión que no toman en consideración la diferencia y se rigen por el patrón general más generalizado y tomar como referencia la cultura de las organizaciones e instituciones, tanto desde los procesos de toma de decisiones como de organización, permite por un lado un diagnóstico más certero de las desigualdades sistémicas y por otro, sumar un conjunto de actores, Estado, instituciones, representantes de trabajadores y empresarios y de fuentes, normas, convenios colectivos, planes de igualdad con una mayor eficacia aun teniendo los retos que implica la coordinación.

Las diferencias entre mujeres y hombres presentan diferente patrón cuando se trata de trabajos remunerados o de cuidados –doméstico no remunerado. Esta división entre tiempos de trabajo remunerados y tiempos de trabajo de cuidados o doméstico está en la raíz de otros patrones de *systemic discrimination* que son su consecuencia. Los resultados de las reformas laborales han tenido como consecuencia un mayor impacto negativo sobre los derechos sociales y ha incrementado los niveles de fragmentación de las desigualdades basados en trabajo formal e informal, trabajo estable y trabajo precario, salario y condiciones de trabajo injustas o no, derechos de conciliación de vida familiar o ausencia de éstos, derechos de protección social o desprotección en este campo, entre otros factores.

La necesaria identificación de brechas y discriminación es relevante a la hora de implementar políticas efectivas. Dentro del conjunto de instrumentos que se tienen en consideración, en este artículo, a la hora de regular el derecho de igualdad hay que destacar la LO 3/2017 de 22 de marzo de igualdad efectiva situando esta norma dentro de la teoría del garantismo de los derechos sociales el estudio de la igualdad efectiva. El papel de esta Ley orgánica es determinante en toda la estructura, la puesta en marcha de unos principios básicos– la prevención, el *gender mainstreaming*, la coordinación y la reparación– configuran todo el edificio de la igualdad efectiva. En este contexto, la obligación de planes de igualdad efectiva en las empresas plantea un tema que es de relevancia y que es la relación entre los convenios colectivos y estos instrumentos.

En la línea anterior se aborda la relación en el trabajo, no siempre pacífica, de los convenios colectivos con los planes de igualdad. Hay que tener en cuenta que la Ley orgánica 3/2007 sitúa los planes de igualdad en el nivel de empresa y aquí encontramos el primer reto que es la coordinación de los planes con las políticas de igualdad a nivel de empresa y de sector. Un segundo punto que es relevante es la línea marcada por empresas grandes de sacar fuera del contenido del convenio colectivo los planes de igualdad situándolos dentro de la responsabilidad social corporativa. El trabajo clasifica los modelos de relación entre convenios colectivos y planes de igualdad pero insiste, en la importancia que tiene el dato de tendencia de incluir de forma no compacta medidas de conciliación de

vida personal y laboral dentro del convenio colectivo, sin diagnóstico de la situación de la empresa y por tanto sin auditoría posterior de resultados, y fuera del convenio colectivo—por tanto fuera de su eficacia vinculante— las políticas de planes de igualdad. Dentro del trabajo este es un punto nuclear porque esta situación de falta de políticas de gender mainstreaming que de forma transversal recorran toda la ordenación del empleo impide la detección de las formas de systemic discrimination que producen para las mujeres la precariedad laboral o un planteamiento de la conciliación de la vida personal y laboral que no se basa en medidas de acción positiva contundentes, que incluyan acciones no solo a nivel laboral sino cultural, político etc.

La utilización del concepto de systemic discrimination para abordar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en los parámetros marcados por la puesta en marcha en Canadá obligaría a una diagnóstico más compleja y junto a ella a una trazabilidad de las políticas de igualdad efectiva en las auditorías. Las acciones positivas que se generan en esta aproximación son indiscutibles y permiten eliminar los nichos de systemic discrimination que se han hecho crónicos para las mujeres.

Palabras clave: Systemic discrimination; género; igualdad efectiva; planes de igualdad; convenios colectivos; precariedad; gender mainstreaming.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT Effective equality between women and men is still a challenge because, despite progress, inequality and discrimination between women and men continues to be a global problem. Within the reference framework about the debates on rights and models of democracy, it is interesting to deal with the methodology of the subject through the notion of systemic discrimination. The definition of systemic discrimination implies certain patterns of practices or policies that offer a wide spectrum of discrimination in a sector or in a type of work. Thus, the Human Rights Commission of Ontario takes the involvement of the systemic discrimination as the starting point of behaviour, policies or practices that are part of the structures or organizations and that create or perpetuate inequality, with reference to race discrimination, and offers a series of guidelines that would be applicable to gender assumptions that present many advantages in terms of results.

The requirement of data that quantify inequality, policies, practices and decision-making processes that do not take the difference into account and are governed by the most widespread general pattern and take the culture of organizations and institutions as a point of reference, either from the processes of decision-making or from the organization, allows, on the one hand, to have a more accurate diagnosis of systemic inequalities and, on the other, to add a set of actors: State, institutions, representatives of workers and employers, and sources, standards, collective agreements, plans of equality with greater effectiveness even taking the challenges involved in coordination.

The differences between women and men present a different pattern when it comes to paid work or unpaid domestic care. This division between working time for paid jobs and domestic work is at the root of other patterns of systemic discrimination that are its consequence. The results of labour reforms have resulted in a greater negative impact on social rights and have increased the levels of fragmentation of inequalities based on formal and informal work, stable work and precarious work, wages and unfair or fair working conditions, rights on work-life balance or absence of them, rights on social protection or lack of protection in this field, among other factors.

The necessary identification of gaps and discrimination is relevant when implementing effective policies. Within the set of instruments that are taken into consideration in this article, when regulating the right to equality, we must highlight the Organic Law (LO) 3/2017 of March 22 on effective equality; the study of effective equality places this rule into the theory of guarantees of social rights. The role of this Organic Law is crucial throughout the structure, the implementation of some basic principles –prevention, gender mainstreaming, coordination and reparation– builds up the effective equality. In this context, the obligation of having effective equality plans in companies raises a relevant issue, which is the relationship between collective agreements and these instruments.

In relation to the previous subject, this paper deals with the relationship at work, not always peaceful, between collective agreements and equality plans. It must be taken into account that Organic Law 3/2007 places equality plans at the company level and here we can find the first challenge, which is the coordination of plans with equality policies at company and sector level. A second relevant point is the line pointed out by large companies to take out equality plans outside the content of the collective agreement, placing them within the corporate social responsibility. This paper classifies the patterns of relationship between collective agreements and equality plans but insists on the importance that the trend parameter has to include measures of work-life balance within the collective agreement in a non-compact way, without diagnosing the situation of the company and, therefore, without any subsequent audit of results, and outside the collective agreement –therefore, outside its binding effectiveness– the policies of equality plans. This is a core point in the paper because this situation of lacking gender mainstreaming policies that cross over all the employment management prevents the detection of any form of systemic discrimination that produces job insecurity for women

or an approach to work-life balance policies that is not based on forceful positive action measures, which include actions not only at labour level but also cultural, political level, etc.

The use of the concept of systemic discrimination to address effective equality between women and men according to the parameters set by its implementation in Canada would require a more complex diagnosis and, together with it, a traceability of effective equality policies in audits. The positive actions that are generated in this approach are indisputable and allow the elimination of the niches of systemic discrimination that have become chronic for women.

Keywords: Systemic discrimination; gender; effective equality; equality plans; collective agreements; job insecurity; gender mainstreaming.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa

Women and employment: perspective of gender and active policies in the administrative contracting

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO*

1. LA MEJORA DE LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS MUJERES COMO *DESIDERATUM*: HACIA LA IGUALDAD DE RESULTADOS

Pese a los avances normativos introducidos por las instancias internacionales, europeas y españolas que han apostado por el tránsito, de un lado, desde la igualdad formal a la igualdad efectiva a través de la prohibición de la discriminación indirecta, y, de otro, desde la igualdad de trato a la igualdad de resultados, pasando por la igualdad de oportunidades¹, el fácil recurso a la estadística sigue insistiendo en mostrarnos una realidad de desigualdad entre hombres y mujeres en el empleo y en las condiciones laborales. La participación ocupacional de las mujeres sigue siendo significativamente más baja, pues su tasa de actividad es once puntos inferior (53,29% frente a 64,62%) alcanzando el porcentaje de empleo femenino tasas notablemente menores (43,11% frente a 54,60%); asimismo, el parámetro de temporalidad es superior al de los hombres (27,77% frente a 25,91%), siendo muy elevado el peso de

la mujer en la contratación a tiempo parcial (del total de ocupados bajo esta modalidad, el 74,76% son féminas); al tiempo, las mujeres concentran sustancialmente su actividad (en más del 60%) en seis sectores fundamentales: comercio al por menor, hostelería, educación, actividades administrativas, sanitarias y, sobre todo, de servicios sociales y del hogar².

Tres factores principales dan sobradas muestras de los «estereotipos sexistas» que todavía circundan en el mercado de trabajo actual³: por una parte, la difícil y tardía incorporación de la mujer al mundo laboral, quedando por lo común relegada a ocupaciones de carácter temporal o con jornadas inferiores; por otra, la segregación vertical (escasa participación en puestos directivos) y horizontal (concentración en cometidos con remuneraciones limitadas, de baja productividad y feminizados), acompañadas habitualmente de interrupciones en su vida profesional y de una menor trayectoria temporal en la empresa por motivos tales como la maternidad o

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

¹ SÁEZ LARA, C.: «Presentación», en AA.VV. (SÁEZ LARA, C. (Coord.): Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas, 2ª edición, Murcia (Laborum), 2018, pág. 12.

² ARAGÓN GÓMEZ, C.: «Mujer y acceso al mercado de trabajo», Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 6, núm. 4, 2018, págs. 47-48, donde realiza un exhaustivo análisis de la Encuesta de Población Activa en diversos de sus parámetros.

³ RAMOS QUINTANA, M.I.: El futuro del trabajo y las mutaciones del empleo», Revista Trabajo y Derecho, núm. 11, 2015, págs. 13-14.

las decisiones a favor del cuidado de la familia⁴; en fin, las mujeres, como «colectivo diana», se ven inmersas en situaciones de extrema dificultad para acceder a un empleo en un contexto de escasez de ofertas, de alta precariedad e inestabilidad de los que se consiguen, de temporalidad excesiva, constante rotación, de trabajos a tiempo parcial no elegidos como tales, de deficientes condiciones laborales en lo que hace a jornada, seguridad y salud laboral, movilidad y modificación unilateral por parte del empresario, de fácil y repetida pérdida de la ocupación y de habitual extensión temporal dilatada del desempleo, del subempleo o del preocupante quehacer informal⁵. Estas circunstancias todavía se endurecen más cuando la mujer no sólo se enfrenta a las tradicionales barreras derivadas del reparto de roles sino también simultáneamente a otras circunstancias adicionales como la discapacidad, la condición de víctima de violencia de género o de trata de seres humanos, de drogodependiente, de inmigrante o de cabeza de una familia monomarental, pues las consecuencias se padecen de forma agregada y con un efecto cuantitativamente mayor⁶.

Las considerables dificultades sufridas por las mujeres para el acceso a una ocupación, así como en el desarrollo y progreso de su carrera profesional e, inclusive, de una más reducida (casi en un 34 por 100) protección social (singularmente, respecto del desempleo y la jubilación)⁷ exigen una actuación promocional de

los poderes públicos⁸ tendente a eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad real y a corregir situaciones de victimización mantenidas a lo largo de los años⁹, diseñando una actividad promocional, tanto positiva (impulso de condiciones que aseguren una igualdad material y no meramente formal), como negativa (remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud)¹⁰.

Un paso decisivo en este camino viene de la mano de la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH), que da acogida explícita a las acciones positivas a favor de las féminas con el fin de hacer efectivo el «derecho constitucional de igualdad», corrigiendo «situaciones patentes de desigualdad de hecho» respecto de los varones¹¹ (art. 11), aspiración que concreta el art. 42, señalando que «las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres»¹². No se trata, pues, de un mecanismo de carácter neutro que beneficia, en la práctica, a la mujer en mayor medida que al hombre, sino que representa un instrumento

⁸ CASAS BAAMONDE, M.E.: «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», Revista Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 1, 2017, pág. 7.

⁹ LAHERA FORTEZA, J.: «Fomento y mejora del empleo de la mujer», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B., Dirs.): Igualdad de género y relaciones laborales, Madrid (MTIN), 2008, pág. 101.

¹⁰ SSTCo 128/1997, 222/1992 y 269/1994, comentadas por PÉREZ DEL RÍO, T.: «El significado del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género: la acción positiva», en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.M., Coord.): Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016, pág. 403.

¹¹ LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva», en AA.VV. (BALLESTER PASTOR, M.A., Coord.): La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010, pág. 92.

¹² PÉREZ DEL RÍO, T.: «El significado del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género: la acción positiva», en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.M., Coord.): Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016, pág. 403.

⁴ RAMOS QUINTANA, M.I.: «Emancipación y trabajo de las mujeres: el futuro igualitario que queremos», en AA.VV. (MORA CABELLO DE ALBA, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Dirs.): El futuro del trabajo que queremos, Albacete (Bomarzo), 2017, pág. 40.

⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Dificultades para la integración laboral de los jóvenes, en general, y de las mujeres jóvenes, en particular», en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2015, pág. 296.

⁶ FERRANDO GARCÍA, F.M.: «La discriminación múltiple e intersectorial en el ámbito laboral», Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 428, 2018, págs. 19 y ss.

⁷ PUMAR BELTRÁN, N.: «Retribución y brecha salarial: herramientas de análisis jurídico», en AA.VV.: Un futuro sin brecha, Murcia (Laborum), 2016, pág. 83.

que utiliza el sexo como criterio de diferenciación, favoreciendo a un colectivo en detrimento del alternativo. De ahí la excepcionalidad de este tipo de mecanismos de corrección y la necesidad de que su aplicación se encuentre justificada, superando el examen de razonabilidad y proporcionalidad¹³.

Siguiendo estas estelas, dentro de este marco legítimo de intervención pública en favor de la igualdad de la mujer trabajadora, ocupa también un lugar destacado, como instrumento particularmente apropiado, el denominado sistema de «cuotas reflejas o indirectas» diseñado a través del entramado de contratación pública, es decir, los cauces inducidos desde los poderes adjudicadores para que las empresas privadas que pretenden conseguir un contrato con las Administraciones Públicas colaboren en el objetivo de fomentar la inserción laboral de la mujer y en un mantenimiento digno del puesto de trabajo una vez conseguido¹⁴.

Así, sin necesidad de remontarnos a antecedentes más remotos, cabe recordar que ya el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptaron medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, publicado mediante Orden de Presidencia de 7 de marzo, se propuso la introducción de la técnica de la incorporación de cláusulas en los pliegos de condiciones generales que favorecieran el reclutamiento de féminas en las empresas que concursaran a contratos públicos¹⁵. Con mayor decisión se ha manifestado la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre,

de Contratos del Sector Público (LCSP), que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, pues entre sus objetivos principales, destaca la introducción de variadas medidas tendentes a la garantía social de las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas o concesionarias buscando una mejor adecuación del parámetro calidad-precio a la hora de dispensar el servicio público, dedicando especial atención a la inserción laboral igualitaria y a la mejora de la calidad del trabajo de las mujeres en nuestro país e intentando, a la postre, corregir una situación de partida desfavorable¹⁶.

2. EL DISEÑO TRANSVERSAL DE «CLÁUSULAS SOCIALES». LA LUCHA CONTRA LOS «ESTEREOTIPOS DE GÉNERO»

Las exigencias de control del gasto y racionalización de recursos, que han pesado sobre las Administraciones Públicas como importante contribución en aras a la reducción del déficit público, han tenido como uno de los efectos más destacados la opción frecuente por la prestación indirecta de servicios a los ciudadanos por medio de agentes privados, quienes, tras un procedimiento reglado en competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las atribuciones de las Administraciones en un devenir que ha alcanzado en las últimas décadas un acusado desarrollo.

En efecto, la tipicidad de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente

¹³ CABALLERO SÁNCHEZ, R.: «La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales», en AA.VV. (MONTAÑA MELGAR, A., Dir.): Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres), Madrid (Civitas), 2007, pág. 241.

¹⁴ SELMA PENALVA, A.: «Las cláusulas sociales como herramienta de apoyo a los planes de igualdad en las Administraciones Públicas», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales, Pamplona (Aranzadi), 2017, pág. 285.

¹⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites», Temas Laborales, núm. 135, 2016, págs. 79 y ss.

¹⁶ FERRANDO GARCÍA, F. y RODRÍGUEZ ECIO, M. M.: «Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al dumping social», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales, Pamplona (Aranzadi), 2017, pág. 220.

en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado de Bienestar (singularmente, educación, sanidad y servicios sociales)¹⁷, llegando a alcanzar el 20 por 100 del PIB nacional. Como con acierto se ha dicho, «el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones como decisión imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la ansiada eficiencia en la dispensa del quehacer de interés general a favor de los ciudadanos al menor coste posible rebasando incluso los contornos de lo permitido»¹⁸.

Bajo la premisa cierta de que quienes quieran acceder a los procedimientos de licitación pública y resultar finalmente adjudicatarios de un contrato público deben cumplir forzosamente con las cautelas y exigencias predefinidas de antemano por los poderes adjudicadores, la nueva LCSP es consciente de que se puede lograr que las empresas contratistas o concesionarias colaboren en la obtención de estándares sociales, en concreto, en la eliminación de la desigualdad laboral entre hombres y mujeres. Se aprovecha así el complejo fenómeno de las relaciones triangulares, donde la Administración interviene como uno de los vértices, que despliega mediante los vínculos jurídico-contractuales que establece con el empleador privado y, por tanto, sin conexión jurídica formal con los empleados de este último, para condicionar *in*

bonus el régimen laboral evitando desequilibrios por razón de sexo¹⁹. No cabe duda que a través de los contratos públicos se genera un gran número de empleos ocupando un volumen cuantioso de trabajadores que realizan mediatamente un trabajo para la Administración, a la que no puede ser indiferente la conducta del empleador-contratista, de manera que queda habilitada para imponer deberes específicos a observar por los adjudicatarios, pergeñar criterios como requisitos de admisión e introducir elementos de valoración o condiciones de ejecución del contrato con el fin de promover el objetivo de la paridad laboral²⁰.

Desde tales perspectivas, es menester reseñar cómo un peligro esencial, en el camino de la superación de aquellos límites que entorpecen la evolución potencial de las mujeres en el mercado de trabajo, ha emergido en los últimos años consecuencia del curioso fenómeno de reconversión empresarial de antiguas empresas contratistas dedicadas básicamente al contrato de obras públicas, que tiene por objeto la construcción, conservación o mantenimiento de una infraestructura, hacia la proliferación de entidades dedicadas a la gestión integral de contratos públicos, de modo que se han creado organizaciones productivas, o más frecuentemente, grupos de corporaciones multiservicios que se ofrecen como edificadores y gestores *omnibus* de actividades públicas de todo tipo (desde la limpieza viaria o la recogida de basuras, gestión de residuos, mantenimiento de parques, instalaciones públicas, alumbrado, control de accesos, telefonía y recepción, logística, asistencia técnica, etc.)²¹. La ausencia de una normatividad *ad hoc* permite a las empresas

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español», *Temas Laborales*, núm. 25, 2014, pág. 35.

¹⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, Barcelona (Federación de Municipios de Cataluña), 2010, pág. 13.

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: «Claves laborales de la participación privada en la actuación pública», *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pág. 17.

²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Aspectos laborales de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2018, pág. 808.

²¹ ESTEVE SEGARRA, A.: «Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUEDASA, S., Dirs.): *La externalización productiva*

prestadoras de servicios múltiples esquivar la aplicación de los convenios sectoriales, eligiendo el que corresponde con aquella de las múltiples actividades que reconozca las menores retribuciones o elaborando convenios propios a escaso coste, ahorro que va a permitir participar en los procesos de licitación realizando ofertas a la baja²².

A ello se une un dato fácilmente contrastable: la propia limitación temporal de los contratos administrativos comporta que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario sean contratados a través de tipologías contractuales de duración determinada²³, de manera que mediante el recurso a este fenómeno se asiste a una suerte de «sustitución de lo que debería ser empleo de carácter indefinido ligado a la propia Administración por un empleo temporal a través de la empresa privada que se hace cargo de la prestación del servicio público»²⁴. Además, la rebaja de los precios de los contratos públicos en los momentos de restricciones presupuestarias derivados de la crisis de 2008 va a afectar de manera directa y negativa sobre las condiciones laborales, que se ven perjudicadas, no sólo en la vertiente salarial, sino también en otros aspectos como una mayor inestabilidad en el empleo, un importante incremento de la carga de trabajo o una definición más polivalente de las funciones a realizar, circunstancias que se agravan ante un modelo de selección de contratistas o concesionarios que imponía una clara preferencia por los aspectos económicos²⁵. La precariza-

ción de las condiciones en aspectos salariales, jornada y carga de trabajo ha venido siendo manifiesta, al igual que el incremento de la siniestralidad, tanto por la mayor presión en el desarrollo de la actividad como por la menor dotación de recursos para la prevención de riesgos laborales, pues el interés empresarial se centrará en conseguir sus objetivos al menor coste posible logrando garantizar un margen de beneficios. De la misma manera, la privatización perjudica la protección colectiva de estos trabajadores, pues, por una parte, van a quedar extramuros del ámbito de actuación participativa de los órganos constituidos en la Administración, y, por otra, por la forma en que prestan sus servicios, las posibilidades de que sean atendidos por los cauces representativos de la empresa adjudicataria también resultan escasas. Ello sin olvidar, como postulado general, que las condiciones laborales aplicables serán las propias de su rama o –casi siempre– de su empresa, por lo común mucho más precarias que las previstas en el convenio colectivo de la Administración matriz para la que indirectamente se trabaja, quedando sometidos a una continua rotación y viendo impedida la generación de antigüedad y la marginada la promoción profesional²⁶. Todas estas circunstancias cobran todavía más virulencia en la mano de obra femenina, que siempre ha sido el colectivo más propicio a la hora de sufrir la precariedad laboral.

Con el fin de terminar con esta deplorable realidad, el apartado 3 del art. 1 LCSP establece que «en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales siempre que guarden relación con el objeto del contrato»²⁷, en la convicción de que su inclusión

a través de la subcontratación empresarial, Granada (Comares), 2016, pág. 79.

²² MERINO SEGOVIA, A.: «La problemática legitimación de las representaciones sociales para negociar y suscribir convenios colectivos en las empresas multiservicios», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Dir.): La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio, Madrid (Cinca), 2018, pág. 134.

²³ STS, Social, 15 enero 1997 (rec. 3827/1995).

²⁴ SANGUINETTI RAYMOND, W.: «Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo», Revista de Derecho Social, núm. 39, 2007, pág. 23.

²⁵ MONERO PÉREZ, J.L.: «Identidad de las empresas de servicios. Régimen jurídico y responsabilidades», en AA.VV.: Descen-

tralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (Cinca), 2018, pág. 261.

²⁶ TRILLO PARRAGA, F.J.: Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales, Albacete (Bomarzo), 2017, pág. 24.

²⁷ MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: «Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», Trabajo y Derecho, núm. 37, 2018, pág. 110.

en las fases de preparación, adjudicación y ejecución (esto es, en todos los posibles emplazamientos del proceso de contratación: dentro del objeto, como criterio de solvencia, como parámetro de valoración de las ofertas, o como presupuesto de materialización obligatorio para los adjudicatarios)²⁸ proporciona una mayor eficiencia y eficacia en la utilización de los fondos públicos, sin olvidar afianzar el cumplimiento de la garantía de la libre concurrencia, pues evita que los licitadores busquen el incumplimiento de las condiciones laborales como medio para reducir costes o se aprovechen de la precariedad característica de algunos colectivos vulnerables, como sucede con las mujeres²⁹. Esta línea estratégica se repite a lo largo del articulado de la Ley en varios pasajes cuyo análisis merece una reflexión detenida agrupando su contenido atendiendo a las distintas fases del procedimiento de contratación.

3. LICITACIÓN Y SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

Entre las referencias tendentes a evitar el peligro de *dumping social* exigiendo el cumplimiento por los licitantes tanto de la legislación laboral como de los convenios colectivos aplicables con particular atención a la segregación por razón de sexo, cabe citar las siguientes referencias como más significativas:

²⁸ MARTÍNEZ SALDAÑA, D. y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X.: «Cláusulas sociales, subrogación por pliegos y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 209, 2018, págs. 129 y ss.

²⁹ FERRANDO GARCÍA, F. y RODRÍGUEZ EGÍO, M.: «Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al dumping social», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales, Pamplona (Aranzadi), 2017, pág. 236.

3.1. Prohibición para contratar por incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad

Sin desmerecer la importancia del art. 35.1 c) LCSP, en virtud del cual «los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidos en los pliegos, deberán incluir, necesariamente... (la) definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta (precisamente) en la definición del objeto las consideraciones sociales...», lo cual va a permitir incorporar, en el momento mismo de elección del fin del contrato, metas sociales de interés para las mujeres como puede ser, en paradigmático ejemplo, la construcción de guarderías o residencias de ancianos o viviendas para víctimas de violencia de género, lo cierto es que una de las claves más destacadas para garantizar el derecho a la no discriminación por razón de sexo en la empresa se encuentra en el art. 71 LCSP. Dentro del elenco de exigencias dirigidas a asegurar que los contratistas y concesionarios están sujetos a la ley y al derecho, evitando la licitación de aquellos sujetos que infringen o transgreden el ordenamiento jurídico³⁰, este precepto incluye, en su apartado d), el veto para contratar con aquellas «empresas de más de 250 trabajadores, que no hayan cumplido con la obligación legal de contar con un plan de igualdad de acuerdo con lo previsto en el art. 45 LOIEMH». Este instrumento se constituye, por ende, en condición indispensable para cuantas grandes empresas quieran resultar adjudicatarias.

La virtualidad de los planes de igualdad no puede soslayarse, pues permiten la eliminación de barreras que dificultan el acceso de las mujeres a determinadas profesiones y puestos de trabajo cualificados, en paridad de condiciones que los hombres. Por su contenido, son una medida de acción positiva que puede

³⁰ BERMEJO VERA, J.: «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», Revista Aragonesa de Administración Pública, número monográfico, 2008, págs. 109 y ss.

favorecer el reclutamiento de las mujeres mediante la inclusión de cláusulas que les otorguen preferencia o que traten de eliminar los obstáculos que impiden llegar a ocupaciones o vacantes cualificadas. Incorporan, por ende, 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, así como la eliminación de la discriminación por razón de sexo (art. 46 LOIEMH). En su articulado, deben contener los concretos objetivos de igualdad a lograr en la corporación, las estrategias y prácticas a adoptar para la consecución y el establecimiento de sistemas eficaces de evaluación de los objetivos fijados³¹. Dicho en otros términos, a través de los mismos se canalizará el conjunto de medidas de incorporación al empleo, clasificación y promoción profesional, formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, destinadas a diseñar en la organización productiva, después de realizar un análisis detenido del contexto, la paridad (art. 45 LOIEMH). Los planes de igualdad tendrán, además, tres partes: 1) la fijación de los objetivos a alcanzar; 2) la estrategia y prácticas a adoptar para su consecución; 3) el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46.1 LOIEMH)³². Es más, la propia LOIEMH se encarga de precisar el procedimiento para la articulación de este deber de negociar planes de igualdad (que no el deber de llegar a un acuerdo, como ya consta) en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores: «en los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios; en los convenios de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se

formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad» (art. 85.2 ET)³³.

Sin duda, esta nueva prohibición para contratar será un poderoso estímulo para la conclusión efectiva de planes de este tipo, habida cuenta la utilidad que pueden tener para favorecer la obtención de licitaciones, fuente principal de ingresos en muchas empresas. La mano invisible de la economía se revelará así como una eficaz alidada, inesperada o silenciosa, de la consecución de la igualdad en la empresa³⁴, máxime cuando el cumplimiento de esta exigencia debe efectuarse a través de la declaración responsable del art. 140 LCSP, previniéndose también una posible forma alternativa de acreditación consistente en la certificación administrativa o del registro de licitadores³⁵.

Ahora bien, pese a la valoración positiva de exigir la disposición de un plan de igualdad para conseguir una adjudicación de un contrato público en los términos del art. 71 d) LCSP, cabe realizar una crítica en relación con la técnica jurídica utilizada, pues la referencia expresa a las empresas de más de 250 trabajadores (escasas en términos cuantitativos en el panorama empresarial español) parece limitar la aplicación de las posibilidades que otorga la LOIEMH, en cuanto a la existencia de planes de igualdad en empresas de menores dimensiones, esto es, «cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo» (apartado 3 del art. 45) o «previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuan-

³¹ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos disponibles en tiempos de crisis», en AA.VV. (SAEZ LARA, C., Coord.): Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas, Murcia (Laborum), 2017, pág. 32.

³² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres», Relaciones Laborales, núm. 9, 2007, págs. 61 y ss.

³³ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La igualdad en la responsabilidad social de las empresas», Aranzadi Social, núm. 12, 2007, pág. 22.

³⁴ MIRANDA BOTO, J.M.: «La subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 8, 2018, pág. 863.

³⁵ FALGUERA BARÓ, M.A.: «Una –preocupada– lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público», Ciudad de Trabajo, núm. 14, 2018, pag. 55.

do 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 fijan en el indicado acuerdo» (apartado 4 del art. 45)³⁶. No hay que olvidar, a la postre, que las prohibiciones han de interpretarse de forma restrictiva, de manera que solo afectan al tenor legal expresamente reseñado en el art. 71 d) LCSP, quedando el resto de supuestos extramuros de su ámbito de actuación.

3.2. Acreditación de solvencia. Pasos para difuminar el «techo de cristal»

La Ley 9/2017 reclama que el licitante sea solvente y lo acredite, es decir, que demuestre la capacidad económico-financiera y técnica necesarias para llevar a cabo el encargo asumido³⁷. Así, la Administración Pública contratante puede exigir la especificación, en la oferta o en la solicitud de participación en la convocatoria, de los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. Este detalle puede dar sobradas muestras de la composición de la plantilla, esto es, si está equilibrada por razón de sexo o las mujeres están subrepresentadas.

El actual art. 85 va regular de manera detallada los medios para acreditar solvencia económica y financiera por parte del licitador (volumen de negocio, seguro de responsabilidad civil, patrimonio neto...), quedando incorporado en el contrato de obra [art. 88 e) LCSP], en el de servicios [art. 90 g) LCSP] y en el resto distintos de los de obras, suministros y servicios [art. 91 LCSP por remisión al anterior], entre la enumeración de los medios

para valorar dicha cualidad, la obligación del titular de la organización productiva de efectuar una «declaración sobre la plantilla media anual de la empresa» y, como novedad, «del número de directivos durante los tres últimos años»³⁸. Esta previsión contribuirá no sólo a reducir los índices de inestabilidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español y sus deplorables efectos particularmente negativos para la mano de obra femenina (descualificación, inseguridad profesional y personal, siniestralidad, disminución del consumo, etc.), sino también para saber de cuántos directivos dispone y de qué perfil, contribuyendo en la lucha contra ese «suelo pegajoso» que dificulta a las mujeres ocupar los puestos superiores de los escalafones ubicados en la órbita de la toma de decisiones³⁹. Colmo es de sobra conocido, la perenne atribución social del rol doméstico y reproductivo a la mujer actúa como rémora que limita sus posibilidades reales de medrar al mismo tiempo que el varón en la esfera productiva quedando seriamente limitada su posibilidad de implicarse en los niveles de mayor responsabilidad⁴⁰.

3.3. El denominado «mercado tutelado»

Teniendo en cuenta las necesidades especiales de aquellos colectivos con mayores dificultades de acceso a una ocupación remunerada como sucede significativamente con las mujeres, el art. 99.4 LCSP diseña la posibilidad de ceder una cuota del volumen de contratación a las entidades de prestación de servicios que tratan de compensar las desventajas de partida, tal y como sucede con las empresas

³⁸ MORENO MOLINA, J.A.: Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica, Albacete (Bomarzo), 2018, pág. 46-47.

³⁹ ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares, Madrid (CES), 2004, pág. 23.

⁴⁰ AGRA VÍFORCOS, B.: «La mujer en el sindicato y en la organización empresarial», en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva, Pamplona (Aranzadi), 2016, pág. 31.

³⁶ SIERRA HERNÁIZ, E.: «El papel de los planes de igualdad en la implantación de medidas de igualdad efectiva en las empresas», Lan Harremanak, núm. 38, 2017, págs. 204 y ss.

³⁷ LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E.: «La influencia de la nueva regulación sobre contratación pública en materia de cláusulas sociales», Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 42, 2016, pág. 304.

de inserción, centros especiales de empleo y, en general, entidades no lucrativas de carácter social⁴¹. Por las mismas razones, permite también un porcentaje mínimo de reserva para programas de empleo protegido. A estas posibilidades se refiere igualmente la disposición adicional 4ª LCSP sobre «contratos reservados», los cuales tratan de ofrecer la oportunidad de contratar con las Administraciones Públicas a empresas y organizaciones que se encuentren en posición de inferioridad competitiva en cualquier licitación ordinaria⁴². El interés de estas medidas para las mujeres no puede ser ignorado.

La operatividad de estas reservas exige, en primer término, que el porcentaje de trabajadores en situación de exclusión social de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los citados programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. En segundo término, que en el anuncio de licitación se haga mención a esta reserva, lo cual garantiza la publicidad. Y, en tercer lugar, que exista acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, estableciendo, además, una regulación supletoria en el sentido siguiente: el Acuerdo del Consejo de Ministros deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo, no se hubiera formulado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, parámetros aplicables sobre el importe global de los procedimientos de

adjudicación de suministros y servicios (disposición adicional 4ª LCSP).

Por otra parte, el art. 99.4 LCSP habilita también a los órganos de contratación de los poderes adjudicadores a reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud (precisamente, sectores donde la tasa de actividad de las mujeres es elevada), siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos marcados por la disposición adicional 48ª: «a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios mencionados. b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, dicha distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación. c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas. d) Que el poder adjudicador no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes. e) La duración máxima del contrato que se adjudique no excederá de tres años. f) En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se dará publicidad a esta reserva»⁴³.

En cuanto afecta específicamente a los servicios sociales, sector en el que presta servicios un importante volumen de mano de obra femenina y además en condiciones de gran precariedad, cabe señalar también que el art. 11.6 LCSP excluye, como novedad, del ámbito de aplicación de esta Ley la prestación de tales servicios «por entidades privadas, siempre que se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de

⁴¹ GARCÍA ROMERO, M.B.: «Cláusulas de inserción laboral y contratación pública», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Pamplona (Aranzadi), 2017, pág. 252.

⁴² BUZARCO SAMPER, M.: «Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales», *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2016, pág. 293.

⁴³ GARCÍA BLANCO, J.: «La contratación socialmente responsable en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Cunial. Revista de Estudios Locales*, núm. 205, 2017, págs. 94 y ss.

estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación». Asimismo, el art. 107.1 LCSP recoge la posibilidad de que el órgano de contratación exima del requisito de constituir garantía financiera definitiva «justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, especialmente en el caso de ... contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social». Además, el art. 167 f) LCSP remite al procedimiento de licitación con negociación cuando se trate «de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio»⁴⁴.

Este régimen jurídico supone, a la postre, una modernidad frente a la regulación anterior, pues permite la inclusión de un régimen no contractual o de un entramado de contratación pública especial para los servicios sociales (y sanitarios), máxime cuando, incluso, la disposición adicional 47ª LCSP habilita para introducir criterios de valoración de las ofertas que pongan el acento en conceptos técnicos y de calidad, atendiendo a cómo se viene desempeñando y cómo se debe llevar a cabo esa actividad. Se admite también la existencia de un régimen de acción concertada para esos servicios, incluidos los de educación, a través de una previsión legal expresa (disposición adicional 49ª LCSP).

Junto a estas reservas, no hay que olvidar tampoco que si el objeto del contrato así lo permite, la Administración Pública podrá establecer un procedimiento de adjudicación del con-

trato restringido (arts. 160 y ss. LCSP). Gracias a esta modalidad se consigue limitar el número de concurrentes, pues sólo podrán presentar solicitudes aquellas empresas que cumplan los presupuestos concretos exigidos por la Administración. En este caso, la exigencia que se impone no puede estar relacionada con el cumplimiento de las obligaciones que ya vinieran impuestas por una norma jurídica (como podría ser encontrarse al corriente de sus obligaciones fiscales o con la Seguridad Social, cumplir los requisitos legalmente establecidos en materia de prevención de riesgos laborales, etc.), sino que se debe tratar de presupuestos adicionales, objetivos y fácilmente acreditables, voluntariamente incluidos por la entidad pública contratante que, aun cuando obligue a los licitadores a elevar las exigencias mínimas impuestas por ley, lo hace con la finalidad de mejorar el grado de consecución de cierto objetivo de interés social. Cabe mencionar así, a título de ejemplo interesante para la mano de obra femenina, la posibilidad de establecer la necesidad de la empresa solicitante de acreditar que, en el momento de formular su solicitud de participación en el concurso, cuenta con un plan de igualdad vigente (aunque no alcance 250 trabajadores), mantiene una proporción equilibrada entre mujeres y hombres en la plantilla o entre los cargos directivos, ha obtenido un distintivo en materia de igualdad de género, demostrativo de que varones y féminas presentan similares niveles de antigüedad y estabilidad laboral, justifique que ha puesto en práctica medidas que faciliten la conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras, etc.⁴⁵.

3.4. La desagregación de género en cuanto a los costes laborales se refiere

El art. 100 LCSP, sobre el presupuesto base de la licitación, entendido como límite máximo

⁴⁴ Díez Sastre, S.: «Las cláusulas sociales en la contratación pública», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 21, 2017, págs. 195 y ss.

⁴⁵ Selma Penalva, A.: «Las cláusulas sociales como herramienta de apoyo a los planes de igualdad en las Administraciones Públicas», cit., pág. 291.

de gasto de un contrato, determina que si el montante de las retribuciones de las personas empleadas para la ejecución del vínculo forma parte del precio total, se indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia (art. 100 LCSP). Esta previsión supone un paso importante en lo que se refiere a la tutela de la mano de obra femenina porque, sin duda, va a permitir visibilizar las compensaciones económicas de las mujeres y hombres, analizarlas en términos cuantitativos y así determinar mejor las medidas precisas para alcanzar la equidad, no en vano en el contexto sociolaboral actual las féminas ganan un salario porcentualmente inferior al de sus compañeros varones⁴⁶.

Esta idea se refuerza en los pasajes siguientes: el art. 101 LCSP deja claro que «en el cálculo del valor estimado de los contratos deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial... En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación»; igualmente, el art. 102. 3 LCSP sienta que «en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios»⁴⁷;

algo similar ocurre en el art. 103.2 LCSP aplicable en el caso de revisión posterior de precios, una vez el contrato esté vigente, al permitirse aquélla en determinadas modalidades cuando «el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa»⁴⁸; por su parte, el art. 116.4 LCSP se refiere a la inclusión en el expediente de contratación del valor estimado del contrato de los costes laborales.

Se consideran muy convenientes las referencias expresas al incumplimiento del convenio colectivo sectorial, alterando el sistema de fuentes establecido en el ET, en virtud del cual, en determinadas materias el convenio colectivo de empresa tiene prioridad aplicativa sobre el sectorial (art. 84)⁴⁹, pues en muchas ocasiones los convenios de empresa se han hecho para, tras un descuelgue, reducir de manera importante las condiciones laborales esenciales de los trabajadores, principalmente las salariales. Con esta previsión parece que se termina con las dudas que planteaba, en paradigmático ejemplo, la incorporación de previsiones garantistas de este tipo en algunas disposiciones forales en relación con contratos de obra, respecto de las cuales la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había considerado necesaria la intervención del legislador⁵⁰. En fin, la imposi-

Contencioso-Administrativo, de 30 de diciembre de 2014, rec. núm. 643/2013», Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 387, 2015, págs. 108 y ss.

⁴⁶ FALGUERA BARÓ, M.A.: «Una –preocupada–lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público», cit., pág. 56.

⁴⁹ PÉREZ DEL RÍO, T. y ZAMBONINO PULITO, M.: «La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de las cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas», Revista de Derecho Social, núm. 43, 2008, pág. 52.

⁵⁰ SSTS, Cont-Admtoivo, 23 mayo, 31 mayo y 2 junio 2016 (rec. 1383/2015, 1242/2016 y 852/2015). LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E.: «La introducción del salario mínimo en la contratación pública: análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV», Revista de Derecho Social, núm. 71, 2015, págs. 125 y ss. o LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E.: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública», Lan Harremak, núm. 1, 2017, págs. 138 y ss.

⁴⁶ ARIAS MARTÍNEZ, M. y PAJARÓ CALVO, M.: «El carácter transversal de la perspectiva de género en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 188, 2017, pág. 250.

⁴⁷ Sobre la posibilidad de introducir previsiones de esta naturaleza en los pliegos, MARCOS GONZÁLEZ, J.I.: «Cláusulas sociales en los contratos del sector público: ¿una opción legal de corrección de la reforma laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo

ción de obligaciones a los empresarios contratistas relativas a la calidad de las condiciones de retribución derivadas de la regulación de la negociación colectiva sectorial, quedando marginado el convenio de empresa, actúa como *lex specialis* en el ámbito de la contratación pública que constituye su objeto⁵¹, desactivando la presentación de ofertas de baja tarifa conexas a salarios inferiores con el fin de corregir la competencia desleal en los contratos públicos y dignificar las condiciones de trabajo, objetivo del máximo interés para las trabajadoras⁵².

Tal prioridad aplicativa del convenio del sector no plantea problema alguno cuando existe identidad entre las actividades objeto del contrato público y de la empresa, rigiéndose esta última por el convenio sectorial (por ejemplo, contrato de obra y empresa constructora). Ahora bien, puede ocurrir que la empresa tenga convenio propio, aun dentro del mismo sector, o que por la actividad principal que realice sea de aplicación otra norma colectiva sectorial distinta de la aplicable al objeto del contrato público, incluso, que no exista convenio sectorial. Entendiendo que la LCSP se refiere siempre al convenio colectivo sectorial propio del objeto del contrato público, habría que considerar que si existe convenio de empresa y este establece condiciones contractuales inferiores al sectorial (una posibilidad muy generalizada en determinados ámbitos tras la reforma del art. 94.2 por obra de la Ley 3/2012), se aplicaría el convenio de sector, de manera que el empresario debería de establecer una condición más beneficiosa o lograr un acuerdo de empresa limitado a los trabajadores adscritos a la contrata, de forma que cuando se extinga la contrata el empresario habrá

de acudir a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET⁵³.

La conclusión es idéntica (aplicación de convenio colectivo sectorial coincidente con el objeto del contrato público) si a la actividad de la empresa no le resulta de aplicación ningún convenio sectorial o cuando la actividad principal de la empresa no sea coincidente con la del objeto del contrato público, siendo la norma convencional de aquella menos favorable para los trabajadores que la derivada de la actividad objeto del contrato. Sin embargo, cabe entender que si existe convenio de empresa más favorable que el sectorial y si la actividad principal de la empresa se regula en otro convenio sectorial más favorable habría que estar a estos últimos instrumentos olvidando la regla establecida en la LCSP⁵⁴. El principio *pro operario* actúa aquí como garantía de especial virtualidad para la mano de obra femenina.

4. PREPARACIÓN DEL CONTRATO

Son cuantiosas las disposiciones sensibles con la igualdad por razón de género en la contratación laboral que la LCSP introduce para su aplicación durante la fase de preparación del contrato, pudiendo mencionar las siguientes fundamentales:

4.1. Pliegos de condiciones particulares

El papel de los pliegos de condiciones es sustancial en el proceso de contratación, pues a sus términos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios, cuya presentación ante el órgano de contratación supone la aceptación incondicional de sus cláusulas e incorporados al vínculo contractual como anexo del mis-

⁵¹ CASAS BAAMONDE, M.E. y GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «La negociación colectiva en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 8, 2018, pág. 895.

⁵² LAHERA FORTEZA, J.: «Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017», Temas Laborales, núm. 144, 2018, pág. 45.

⁵³ PRECIADO DOMENECH, C.H.: Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, Albacete (Bomarzo), 2018, pág. 87.

⁵⁴ FALGUERA BARÓ, M.: «Una –preocupada–lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público», cit., pág. 62.

mo constituyen el marco expreso que ha de regir las relaciones jurídicas bilaterales⁵⁵. El art. 122.2 LCSP recoge expresamente la inclusión en dichos instrumentos de «la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación»⁵⁶, de manera que mientras dure el contrato público se ha de entender que el empresario tendrá vedado el poder recurrir a los mecanismos que la legislación laboral actual reconoce para poder inaplicar lo dispuesto en materia retributiva en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, esto es, al descuelgue de las condiciones salariales previstas o a la aplicación prioritaria de lo dispuesto en el convenio empresarial respecto a otro de ámbito superior. Se está corrigiendo, una vez más, al menos en el ámbito de la contratación administrativa, una de las aportaciones sustanciales de la reforma laboral de 2012, a saber, la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa sobre los convenios de sector, en los términos previstos en el art. 84 ET, al venir obligadas las empresas licitadoras a satisfacer, en todo caso, los salarios (previsiblemente superiores) del convenio sectorial correspondiente a la actividad externalizada como medida para dignificar las condiciones de trabajo de los trabajadores (y trabajadoras todavía peor retribuidas) adscritos a la contrata y evitar estrategias de licitación a la baja a base de reducir costes laborales con grave distorsión de la concurrencia⁵⁷. En efecto, se evita así que las corporaciones participantes en los procedimientos de contratación pública puedan incurrir en competencia desleal respecto a otras ofreciendo propuestas económicamente más favorables para la Administración mediante la reducción de los

costes salariales posibilitada por la inaplicabilidad de lo dispuesto en el convenio sectorial, práctica habitual hasta ahora de la mano de las empresas multiservicio⁵⁸. Con esta regulación se pone fin a la polémica anterior, pues tal garantía retributiva sectorial había venido siendo admitida por el TACP de Madrid⁵⁹, pero fue declarada nula por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 7 de junio de 2017, que consideró desproporcionada la asignación de 15 puntos a la aplicación del convenio de sector en un contrato de servicios para la protección y seguridad de edificios públicos municipales⁶⁰.

Igualmente, el art. 122.4 LCSP dispone que en los pliegos se habrán de incluir las condiciones sociales laborales que se establezcan como criterios de solvencia, de adjudicación o de condiciones especiales de ejecución, cuya virtualidad en la lucha contra la discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales es indiscutible y la exigencia de difusión es una garantía de su conocimiento por los interesados. Por su parte, el art. 129 LCSP establece que el pliego podrá dar publicidad al «organismo u organismos donde los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente» sobre «las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo..., condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios

⁵⁵ SSTs, Cont-Admtivo, 21 enero 1994 (rec. 1912/1989) y 28 noviembre 2000 (rec. 4964/1996).

⁵⁶ En línea con la STJCE 115/14, de 17 de noviembre de 2015, asunto RegioPost.

⁵⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Pamplona (Aranzadi), 2017, pág. 271.

⁵⁸ MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: «Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018, pág. 110.

⁵⁹ Resoluciones 3 febrero 2016, 6 octubre 2016, 18 enero 2017, 1 febrero 2017 y 18 julio 2017.

⁶⁰ Núm. 220/2017. ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos: comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, núm. 220/2017, de 7 de junio de 2017», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 415, 2017, págs. 196-201.

prestados durante la ejecución del contrato», mencionando de forma expresa «la igualdad de género», debiendo en este caso el órgano de contratación solicitar a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos «que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en las materias citadas».

En fin, el art. 130 LCSP se refiere a la información sobre las condiciones de subrogación de contratos de trabajo cuando así proceda, debiendo poner en conocimiento de los licitadores las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados por el trasvase⁶¹. Con mayor detalle, el párrafo primero de este precepto utiliza el siguiente tenor: «cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte

la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista». Se trata, pues, de una garantía de transparencia sobre la realidad laboral existente de cara a los eventuales licitadores en los supuestos de sucesión de contratos, lo cual garantiza una subrogación viable cuando menos por lo que respecta a los costes laborales y permite dar visibilidad a las condiciones laborales de las mujeres (normalmente inferiores) en un ejercicio de transparencia que puede dar lugar a controles públicos a través de la Inspección de Trabajo o al ejercicio de acciones resarcitorias por parte de las trabajadoras preteridas frente a sus compañeros⁶².

Al tiempo, el art. 130. 4 y 5 LCSP prevé una acción directa contra el antiguo contratista si una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los informados y recoge la obligación del contratista saliente de responder de los salarios impagados a los trabajadores⁶³. Todas estas cautelas redundarán en la consecución de trabajos más decentes en beneficio de las mujeres.

4.2. Prescripciones técnicas: etiquetas y distintivos

La LCSP, en el artículo 127, pretende impulsar determinadas vías para probar la existencia de la implicación empresarial con la igualdad, determinando que si los órganos de contratación tienen la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo social, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que tales obras, servicios o suministros cumplen con las característi-

⁶² GARATE CASTRO, J.: «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (Cinca), 2018, pág. 32.

⁶³ RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M.: «Aspectos laborales de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2018, pág. 810.

⁶¹ ALFONSO MELLADO, C.: «Contratos del sector público: sucesión de contratos y reversión a la gestión pública», *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 34.

cas requeridas. Se refiere tanto a etiquetas de tipo social, como a aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT o, cómo no, la «igualdad de género», siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto. b) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y no resulten discriminatorios. c) Que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, consumidores, interlocutores sociales, fabricantes, distribuidores y organizaciones no gubernamentales. d) Que las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas. e) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva. f) Que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación».

A la luz de estas disposiciones, cabe insistir en la importancia de estas «etiquetas» (*labels*), que se pueden exigir en las prescripciones técnicas, como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, las cuales confirman el cumplimiento de determinados requisitos, entre los cuales es menester mencionar la evocación y estímulo de la labor de las empresas comprometidas con la no discriminación. Destaca, así, el distintivo de «igualdad en la empresa», que supone un reconocimiento de excelencia y buenas prácticas acreditadas en materia de igualdad de oportunidades por parte de las corporaciones que ejerzan su actividad en el territorio español, reforzando su marca empresarial en materia de igualdad de oportunidades⁶⁴. No hay que olvidar

tampoco que fue precisamente la LOIEMH la que contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este emblema, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Empleo un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 LOIEMH). Para la concesión de tal referente se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la paridad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 LOIEMH)⁶⁵. Todos estos requisitos se encuentran desarrollados en el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre.

5. ADJUDICACIÓN

Las consideraciones sociales en favor de las mujeres también se tienen en cuenta en la adjudicación de los contratos, sobre todo en dos momentos fundamentales:

5.1. Criterios cualitativos de evaluación: el género como parámetro

El art. 145 LCSP es la clave de la bóveda de la fase de adjudicación. Al regular los requisitos y clases de pautas de adjudicación del

blicas en retroceso y derechos disponibles en tiempos de crisis», cit., pág. 36.

⁶⁵ BALLESTER PASTOR, I.: «El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de Derecho internacional y comunitario», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 67, 2007, págs. 175 y ss.

⁶⁴ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas pú-

contrato, abre la puerta al destierro del simple «mejor precio»⁶⁶, sentando en su párrafo 1º que «la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio», que «se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos», de modo que, precisamente cerrando el círculo, «los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato» (párrafo 3º). Tal vinculación se entiende de la siguiente forma: «cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».

Por tanto, mientras en el texto previo (Real Decreto Legislativo 3/2011) la definición de la «relación con el objeto del contrato» era netamente finalista por el tipo de actividad a desarrollar desde un perspectiva subjetiva («necesidades... propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar»), en la Ley actual el nexo causal es general u objetivo («formas de producción prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas»)⁶⁷, si bien en todo caso debe de

manifestarse aunque en estos términos mucho más laxos. A título meramente ejemplificativo, se ha considerado ilícito valorar como criterio de adjudicación la tenencia de un sello de igualdad en la empresa en un contrato de seguridad por falta de relación directa con el objeto del contrato⁶⁸.

Entre el vasto elenco de criterios atributivos a ponderar, el art. art. 145.2.1º LCSP menciona expresamente a «los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres y el fomento de la contratación femenina o la conciliación de la vida laboral, personal y familiar». Para garantizar la inclusión de estos criterios cualitativos se exige que supongan, al menos, el 51 por 100 de la puntuación en los contratos de servicios listados en el anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter individual. En fin, el art. 157.5 LCSP añade: «cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano competente... podrá requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales»⁶⁹. La mención expresa de las asociaciones de mujeres junto a los sindicatos no puede pasar desapercibida.

De todas maneras –y como límite–, se descarta la posibilidad de que sólo aparezcan criterios cualitativos, pues en el último párrafo del art. 145.2 LCSP se dispone que estos deberán ir acompañados de una pauta relacionada con los costes, que a elección del órgano de

⁶⁶ MIRANDA BOTO, J.M.: «La subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2018, pág. 861.

⁶⁷ FALGUERA BARÓ, M.A.: Una –preocupada–lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público», cit., pág. 58.

⁶⁸ Resolución 972/2018, de 26 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 811/2018).

⁶⁹ ROMERO RUÍZ, A.: «Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, 2017, págs. 127 y ss.

contratación, podrá ser el precio o una regla basada en la rentabilidad⁷⁰.

5.2. El rechazo de ofertas anormalmente bajas

Como complemento, la Ley 9/2017 introduce una regulación más estricta que sus precedentes en cuanto al rechazo de las ofertas anormalmente bajas (*low price*) basadas en unas condiciones de trabajo progresivamente devaluadas, pues el art. 149.4 deja claro que, en todo caso, «los órganos de contratación rechazarán aquellas propuestas que «no cumplen las obligaciones aplicables en materia...social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201», que remite a un listado de convenios de la OIT de tanto calado como los siguientes: n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, n.º 29, sobre el trabajo forzoso, n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, n.º 138, sobre la edad mínima, n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), n.º 100, sobre igualdad de remuneración o n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. Todos ellos forman parte de la selección de convenios realizada por la «Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998», pues entiende que tales instrumentos se aplican a la generalidad de los ciudadanos en todos los territorios.

La repercusión de lo previsto en el art. 149.4 LCSP en la dignificación de las condiciones salariales de las mujeres es indudable.

⁷⁰ VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: «Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos», Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 417, 2017, pág. 193.

5.3. El desempate entre propuestas equivalentes

Aun cuando la incidencia de parámetros de desempate va a quedar muy relegada en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, no en vano en una valoración en la que se incluyen décimas o centésimas de puntos resulta bastante improbable un efectivo equilibrio técnico entre distintas propuestas para la inclinación de la balanza, lo cierto es que el art. 147 LCSP habilita a los poderes adjudicadores para señalar, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares⁷¹, la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas), en los supuestos de equidistancia en la valoración⁷², a favor de aquellas proposiciones presentadas por determinados empleadores que reúnan unas cualidades subjetivas determinadas. En concreto, el apartado e) del art. 147.1 LCSP otorga prioridad a «las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres», después de otras menciones referidas a sociedades que den ocupación a personas con discapacidad, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de comercio justo⁷³.

Para el juego de la presente previsión tiene capital importancia la actuación de los agentes sociales como representantes

⁷¹ VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P.: «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid (Civitas), 2004, pág. 1161.

⁷² TORNOS MAS, J.: «De las actuaciones relativas a la contratación», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid (Civitas), 2004, pág. 282.

⁷³ GALA DURÁN, C.: «Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios», Relaciones Laborales, núm. 13, 2010, págs. 27 y ss.

de los intereses de los trabajadores (léase, trabajadoras) dentro de una determinada organización productiva, máxime cuando la LOIEMH ha ampliado las competencias de los comités de empresa, modificando el art. 64.1 ET con el fin de atribuirles «el derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre los que se incluirán datos sobre la proporción de unas y otros en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre el mismo» (art. 64.1 ET); el derecho de «vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres» [art. 64.1.9 c) ET]; y el derecho a «colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de las medidas de conciliación» (art. 64.1.13 ET)⁷⁴.

Además, el art. 147.2 a) LCSP determina que, en defecto de previsión en los pliegos, tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato, el empate entre varias ofertas se resolverá teniendo en cuenta, por el siguiente orden, el mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en cada una de las empresas, primando en caso de igualdad el mayor número de trabajadores fijos, el menor porcentaje de contratos temporales o, en tercer lugar, el mayor porcentaje de mujeres empleadas. Si ninguno de los anteriores criterios hubiera dado lugar al desempate se procederá al sorteo⁷⁵.

6. CONDICIONES DE EJECUCIÓN: LA APUESTA POR EL EMPLEO DE CALIDAD DE LA MUJER

Consciente de que el principio de riesgo y ventura asumido por el contratista o concesionario le animará, como es obvio, a reducir todas aquellas partidas económicas que sea posible, con el objetivo de aumentar el lógico beneficio empresarial que preside su actividad acompañado de una repercusión directa (negativa) en cuanto a las condiciones de trabajo hace, la Ley 9/2017 incluye el cumplimiento de la normativa laboral de aplicación dentro del catálogo de deberes que el adjudicatario ha de observar frente a la Administración. Ello se deduce de lo previsto en el art. 201 LCSP, que impone a los órganos de contratación la adopción de las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o en las disposiciones de derecho internacional social y laboral que vinculen al Estado⁷⁶. Además, permite establecer cláusulas sociales que complementen la regulación laboral general, siendo de gran interés en cuanto a las condiciones de trabajo de las mujeres hace.

Así, cabe recordar cómo el art. 33 LOIEMH establece que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, «podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público»⁷⁷.

⁷⁴ JUAN GÓMEZ, M.C.: «Breves apuntes sobre discriminación positiva por razón de género y contratación pública», *Diario La Ley*, núm. 8978, 2017, pág. 5.

⁷⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Aspectos laborales de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», cit., pág. 811.

⁷⁶ PRECIADO DOMENECH, C.H.: Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cit., pág. 107.

⁷⁷ Admitiendo la utilización de un criterio de discriminación positiva a favor de la mujer en la contratación pública, TOBLER, C.: «Encore: women's clauses in public procurement»

Cabría incluir, aquí, la adopción de cualesquiera de las medidas mencionadas en los arts. 43, 45, 48, 73 o 75 LOIEMH en clara referencia, respectivamente, a la promoción de la igualdad en la negociación colectiva, elaboración y aplicación de planes de igualdad, prevención del acoso sexual y por razón de género en el trabajo, acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de paridad sexual y participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles⁷⁸. Es más, en relación con las condiciones tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, la LOIEMH establece que, anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluirlas⁷⁹.

En esta línea, el actual art. 202 LCSP recoge la obligación de incorporar al pliego de cláusulas administrativas particulares, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución que enumera, haciendo referencia expresa a las mujeres dentro de un catálogo muy amplio en el sentido siguiente: «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, favoreciendo la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar», así como «combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración».

Se exige ahora, no obstante, la vinculación al objeto de contrato, lo cual incorpora un condicionante que limitará el juego de

estas condiciones, pero que viene exigido por el considerando 98 de la Directiva 24/2014⁸⁰, parámetro a aquilatar atendiendo a los generosos términos del art. 145 LCSP ya conocidos, que permitirían, por ejemplo, incluir como condición especial de ejecución la realización de talleres ocupacionales específicos para mujeres paradas de larga duración en un contrato de asistencia domiciliaria⁸¹. Sin embargo, se han considerado ilegales cláusulas que establecían como criterio de adjudicación la presencia de mujeres en el equipo técnico que iba a desarrollar los trabajos en un contrato de asistencia técnica sobre la gestión de huertos ecológicos, puesto que, aun cuando se puntuara sólo con 0,47 puntos, dicho criterio no guardaba relación con el objeto del contrato⁸².

Por su parte, el art. 202.4 LCSP añade, también como novedad, que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo, exigencia que evitará la precarización de las condiciones de trabajo en las cadenas de subcontratación, tan frecuentes en la práctica.

En cualquier caso, las condiciones de ejecución, debidamente señaladas en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, se convierten en obligatorias para el adjudicatario del contrato. Las empresas, al participar en una licitación, se comprometen, en consecuencia, a cumplir el requisito social señalado en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no aceptara la obligación en cuestión no se ajustaría al pliego de condiciones y no po-

Ander Community Law», *European Law Review*, núm. 6, 2000, págs. 618 y ss.

⁷⁸ PÉREZ DEL RÍO, T. y ZAMBONINO PULITO, M.: «La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de las cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, pág. 52.

⁷⁹ SÁEZ LARA, C.: «Las cláusulas sociales en los contratos del sector público», cit., pág. 528.

⁸⁰ GALA DURÁN, C.: «Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010, pág. 27.

⁸¹ SELMA PENALVA, A.: «Las cláusulas sociales como herramienta de apoyo a los planes de igualdad en las Administraciones Públicas», cit., pág. 294.

⁸² Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra de 8 de agosto de 2016.

dría, por tanto, ser seleccionada⁸³. Es más, en caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos una vez adjudicado el contrato, el órgano administrativo puede optar por resolver el vínculo o por imponer penalidades, según disponga el pliego⁸⁴.

El art. 211 LCSP incluye una nueva causa de resolución del nexo en su apartado i) cual es «el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato», disposición de gran interés para las trabajadoras atendiendo a la precariedad laboral en la que se encuentran sumidas y la brecha salarial que padecen.

El art. 212 LCSP aclara además que «la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. No obstante lo anterior, la resolución del contrato por la causa a que se refiere la letra i) del artículo 211.1 solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los montantes adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio».

Todo ello sin olvidar que, según el art. 28 LCSP, «podrá interponer el recurso especial en

materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, «las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados»⁸⁵. Hubiera sido muy conveniente, en aras a eliminar los «estereotipos sexuales» existentes en el mercado de trabajo, la atribución de legitimación a las asociaciones de mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- AGRA VIFORCOS, B.: «La mujer en el sindicato y en la organización empresarial», en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Pamplona (Aranzadi), 2016.
- ALFONSO MELLADO, C.: «Contratos del sector público: sucesión de contrataciones y reversión a la gestión pública», *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos: comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, núm. 220/2017, de 7 de junio de 2017», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 415, 2017.

⁸³ LESMES ZABALEGUI, S.: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 81.

⁸⁴ PÉREZ-ILLZARBE, J.A.: «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, pág. 29.

⁸⁵ RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A.: «El recurso especial en materia de contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, págs. 149 y ss.

- ARAGÓN GÓMEZ, C.: «Mujer y acceso al mercado de trabajo», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 4, 2018.
- ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid (CES), 2004.
- ARIAS MARTÍNEZ, M. y PAJARÓ CALVO, M.: «El carácter transversal de la perspectiva de género en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 188, 2017.
- BALLESTER PASTOR, I.: «El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de Derecho internacional y comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007.
- BERMEJO VERA, J.: «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número monográfico, 2008.
- BUZARCO SAMPER, M.: «Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales», *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2016.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: «La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales», en AA.VV. (MONTROYA MELGAR, A., Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*, Madrid (Civitas), 2007.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017.
- y GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «La negociación colectiva en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2018.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Pamplona (Aranzadi), 2017.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Claves laborales de la participación privada en la actuación pública», *Temas Laborales*, núm. 135, 2016.
- DÍEZ SASTRE, S.: «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres», *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2007.
- ESTEVE SEGARRA, A.: «Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUEDASA, S., Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada (Comares), 2016.
- FALGUERA BARÓ, M.A.: «Una –preocupada–lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público», *Ciudad de Trabajo*, núm. 14, 2018.
- FERRANDO GARCÍA, F.M.: «La discriminación múltiple e intersectorial en el ámbito laboral», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 428, 2018.
- FERRANDO GARCÍA, F. y RODRÍGUEZ ECÍO, M.M.: «Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al *dumping social*», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Pamplona (Aranzadi), 2017.
- GALA DURÁN, C.: «Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010.
- GARATE CASTRO, J.: «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca), 2018.
- GARCÍA BLANCO, J.: «La contratación socialmente responsable en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Cunil. Revista de Estudios Locales*, núm. 205, 2017.
- GARCÍA ROMERO, M.B.: «Cláusulas de inserción laboral y contratación pública», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Pamplona (Aranzadi), 2017.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Dificultades para la integración laboral de los jóvenes, en general, y de las mujeres jóvenes, en particular», en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2015.

- JUAN GÓMEZ, M.C.: «Breves apuntes sobre discriminación positiva por razón de género y contratación pública», *Diario La Ley*, núm. 8978, 2017.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Fomento y mejora del empleo de la mujer», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B., Dirs.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid (MTIn), 2008.
- «Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017», *Temas Laborales*, núm. 144, 2018.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E.: «La introducción del salario mínimo en la contratación pública: análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV», *Revista de Derecho Social*, núm. 71, 2015.
- «La influencia de la nueva regulación sobre contratación pública en materia de cláusulas sociales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2016.
 - «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública», *Lan Harremanak*, núm. 1, 2017.
- LESMES ZABALEGUI, S.: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005.
- LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva», en AA.VV. (BALLESTER PASTOR, M.A., Coord.): *La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «La igualdad en la responsabilidad social de las empresas», *Aranzadi Social*, núm. 12, 2007.
- MARCOS GONZÁLEZ, J.I.: «Cláusulas sociales en los contratos del sector público: ¿una opción legal de corrección de la reforma laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de diciembre de 2014, rec. núm. 643/2013», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 387, 2015.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: «Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D. y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X.: «Cláusulas sociales, subrogación por pliegos y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018.
- MERINO SEGOVIA, A.: «La problemática legitimación de las representaciones sociales para negociar y suscribir convenios colectivos en las empresas multiservicios», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Dir.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid (Cinca), 2018.
- MIRANDA BOTO, J.M.: «La subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites», *Temas Laborales*, núm. 135, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Identidad de las empresas de servicios. Régimen jurídico y responsabilidades», en AA.VV.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca), 2018.
- MORENO MOLINA, J.A.: *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Albacete (Bomarzo), 2018.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «El significado del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género: la acción positiva», en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.M., Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016.
- y ZAMBONINO PULITO, M.: «La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de las cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.
- PÉREZ-ILLZARBE, J.A.: «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006.
- PRECIADO DOMENECH, C.H.: *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Albacete (Bomarzo), 2018.
- PUMAR BELTRÁN, N.: «Retribución y brecha salarial: herramientas de análisis jurídico», en AA.VV.: *Un futuro sin brecha*, Murcia (Laborum), 2016.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: El futuro del trabajo y las mutaciones del empleo», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2015.
- «Emancipación y trabajo de las mujeres: el futuro igualitario que queremos», en AA.VV. (MORA CABELLO DE ALBA, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Dirs.): *El futuro del trabajo que queremos*, Albacete (Bomarzo), 2017.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A.: «El recurso especial en materia de contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018.

- RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos disponibles en tiempos de crisis», en AA.VV. (SÁEZ LARA, C., Coord.): *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Murcia (Laborum), 2017.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, Barcelona (Federación de Municipios de Cataluña), 2010.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español», *Temas Laborales*, núm. 25, 2014.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Aspectos laborales de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2018.
- ROMERO RUÍZ, A.: «Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, 2017.
- SÁEZ LARA, C.: «Presentación», en AA.VV. (SÁEZ LARA, C., Coord.): *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, 2ª edición, Murcia (Laborum), 2018.
- SANGUINETTI RAYMOND, W.: «Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo», *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007.
- SELMA PENALVA, A.: «Las cláusulas sociales como herramienta de apoyo a los planes de igualdad en las Administraciones Públicas», en AA.VV. (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Pamplona (Aranzadi), 2017.
- SIERRA HERNÁIZ, E.: «El papel de los planes de igualdad en la implantación de medidas de igualdad efectiva en las empresas», *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017.
- TOBLER, C.: «Encore: women´s clauses in public procurement under Community Law», *European Law Review*, núm. 6, 2000.
- TORNOS MAS, J.: «De las actuaciones relativas a la contratación», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 2004.
- TRILLO PARRAGA, F.J.: *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*, Albacete (Bomarzo), 2017.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 2004.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: «Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 417, 2017.

RESUMEN

Las presiones para contener el déficit público y las consignas de estabilidad presupuestaria han tenido como uno de los efectos más destacados en las últimas décadas la opción frecuente por la prestación indirecta de servicios a los ciudadanos por medio de agentes privados, quienes, tras un procedimiento reglado en competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las atribuciones de las Administraciones. En efecto, la tipicidad de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las destinadas a dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado de Bienestar (singularmente relacionados con la seguridad, la educación y los servicios sociales).

Bajo tales premisas, es menester recordar que la rebaja de los precios de los contratos públicos en los momentos actuales de restricciones presupuestarias va a afectar de manera directa y negativa sobre las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas y concesionarias, que se ven perjudicadas, no sólo en la vertiente salarial, sino también en otros aspectos como una mayor inestabilidad en el empleo, un importante incremento de la carga de trabajo o una definición más polivalente de las funciones a realizar, circunstancias que se agravan ante un modelo de selección de contratistas o concesionarios que imponía una clara preferencia por los aspectos económicos. Es más, la precarización no solo alcanza a todas las circunstancias laborales, sino que se manifiesta en el mismo momento de acceso al empleo, pues la modalidad habitual de reclutamiento es el vínculo para obra o servicio determinado, justificado en la temporalidad de la contrata.

Como fácilmente puede adivinarse, toda esta coyuntura adversa ve magnificado su impacto sobre uno de los grupos más vulnerables cual es el de las mujeres, que reclama medidas de acción pública de tutela capaces de corregir una situación de deplorable de partida caracterizada por presentar de forma simultánea los niveles más altos de desempleo y de precariedad y por encontrarse concentradas en gran medida en ocupaciones mal remuneradas. Dicho en expresión gráfica, todavía a día de hoy, las mujeres constituyen una fuerza de trabajo secundaria con fundamento en los resistentes “estereotipos sexistas” que circundan en el mercado de trabajo actual, a saber: por una parte, la difícil y tardía incorporación de la mujer al mundo laboral, quedando por lo común relegada a ocupaciones de carácter temporal o con jornadas inferiores; por otra, la segregación vertical (escasa participación en puestos directivos) y horizontal (concentración en cometidos con remuneraciones limitadas, de baja productividad y feminizados), acompañadas habitualmente de interrupciones en su vida profesional y de una menor trayectoria temporal en la empresa por motivos tales como la maternidad o las decisiones a favor del cuidado de la familia.

Ante esta realidad no puede sino valorarse de forma positiva la promulgación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que apuesta con rotundidad por dibujar una política de contratación pública no sólo orientada a la consecución de objetivos de transparencia y eficiencia económica, sino también al logro de metas sociales, entre las cuales ocupa un lugar muy destacado facilitar la inserción profesional de las mujeres y evitar la precarización de las condiciones laborales de las trabajadoras al servicio de empresas contratistas o concesionarias. Se trata de una disposición legal que adopta como prevalente punto de vista un concepto de no discriminación que supera la mera prohibición formal de tratamientos diferenciales para contemplar la necesidad de

atender la situación del colectivo femenino en su conjunto con el fin de hacer posible su igualdad material en cuanto a su posición como demandantes de empleo o asalariadas. Ante la clara preterición de origen, el poder público no se limita a adoptar una posición pasiva, de no injerencia, sino que interviene en las propias reglas del mercado para corregir su rumbo natural que se centraría en la sola consecución de una doble meta: de un lado, el máximo beneficio empresarial por parte de los licitadores y, de otro, el menor coste en la dispensa del servicio público por parte de los poderes adjudicadores. No cabe duda que a través de los contratos públicos se genera un gran número de empleos ocupando un volumen cuantioso de trabajadores que realizan mediatamente un quehacer profesional para la Administración, a la que no puede ser indiferente la conducta del empleador-contratista, de manera que queda habilitada para imponer deberes específicos a observar por los adjudicatarios o por los licitadores en favor de las féminas en cuanto trabajadoras.

Desde la perspectiva cierta de que quienes quieran acceder a los procedimientos de licitación pública y resultar finalmente adjudicatarios de un contrato público, deben cumplir forzosamente con las cautelas y exigencias predefinidas de antemano por los poderes adjudicadores, la nueva Ley 9/2017 es consciente de que se puede lograr que las empresas contratistas o concesionarias colaboren en la obtención de estándares sociales, en concreto, en la eliminación de la desigualdad laboral entre hombres y mujeres. Esta exigencia se manifiesta en las fases de preparación, adjudicación y ejecución, esto es, en todos los posibles emplazamientos del proceso de contratación (dentro del objeto, como criterio de solvencia, como parámetro de valoración o como presupuesto de desarrollo obligatorio para los adjudicatarios), evitando que los licitadores busquen el incumplimiento de las condiciones laborales como medio para reducir costes o, dicho en otros términos, se aprovechen de la precariedad de algunos colectivos vulnerables, como sucede con las mujeres. Las considerables dificultades sufridas por las féminas para el acceso a una ocupación, así como en el desarrollo y progreso de su carrera profesional se convierten en el motor de la actuación promocional de los poderes públicos adjudicadores coadyuvando a eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad real y a corregir situaciones de victimización mantenidas a lo largo de los años, no en vano las empresas privadas prestadoras de servicios públicos se ven compelidas a colaborar en el objetivo de fomentar la inserción laboral de la mujer y en un mantenimiento digno del puesto de trabajo una vez conseguido.

Palabras clave: Mujer trabajadora; género; cláusulas sociales; contratación del sector público; discriminación por razón de sexo en el empleo.

ABSTRACT

The pressures to contain the public deficit and the slogans of budgetary stability have had as one of the most important effects in recent decades in the frequent option for the indirect provision of services to citizens through private agents, who, after a regulated procedure in competition, they assume the realization of plots associated with the attributions of the Administrations. In effect, the typicity of the techniques of productive decentralization is not limited to the private sector, but has also penetrated and already has a general and strong presence in the public sector, where it is present in almost all its activities, both in those required for the ordinary functioning of the entities that comprise it (surveillance, cleaning of premises, maintenance of facilities and equipment, administrative management, etc.), as in those required to provide citizens with the services or services inherent to the State of Well-being (singularly related to security, education and social services).

Under such premises, it is necessary to remember that the reduction of the prices of public contracts in the current moments of budgetary restrictions will directly and negatively affect the working conditions of the workers at the service of the contractors and concessionaires, which they are adversely affected, not only in terms of wages, but also in other aspects such as greater instability in employment, a significant increase in the workload or a more versatile definition of the functions to be performed, circumstances that are aggravated by a model of selection of contractors or concessionaires that imposed a clear preference for economic aspects. Also, the precarization not only reaches all labor circumstances, but manifests itself at the same time of access to employment, because the usual form of recruitment is the link for work or service determined, justified in the temporality of the contract.

As can easily be imagined, all these adverse characteristics have magnified their impact on one of the most vulnerable groups, the one of women, which demands measures of public protection action in order to correct a situation of deplorable departure characterized by presenting simultaneously the highest levels of unemployment and precariousness and because they are concentrated to a large extent in low-paid occupations. Said in graphic expression, still to this day, women constitute a secondary work force based on the resistant “sexist stereotypes” that surround the current labor market: on the one hand, the difficult and late incorporation of women into labor world, being usually relegated to temporary occupations or with shorter working days; on the other hand, vertical segregation (low participation in managerial positions) and horizontal segregation (concentration in tasks with limited remunerations, low productivity and feminized), usually accompanied by interruptions in their professional life and a shorter time path in the company for reasons such like motherhood or decisions in favor of family care.

Taking into account this reality, it should be considered positive the proulation of the new Law 9/2017, of Public Sector Contracts, which firmly bets on drawing a policy of public procurement not only aimed at achieving objectives of transparency and economic efficiency, but also to the achievement of social goals, among which it occupies a very prominent place to facilitate the professional insertion of women and to avoid the precarization of the working conditions of the workers at the service of contractor companies or concessionaires. It is a legal provision that adopts as prevalent point of view a concept of non-discrimination that goes beyond the mere formal prohibition of differential treatments to contemplate the need to address the situation of the female collective as a whole in order to make possible their material equality in terms of their position as jobseekers or employees. Faced with the clear preterition of origin, the public power is not limited to adopting a passive position, of non-interference, but intervening in the market's own rules to correct its natural course that would focus on the mere achievement of a double goal: on the one hand, the maximum business benefit on the part of the bidders and, on the other hand, the lower cost in the exemption of the public service by the contracting authorities. There is no doubt that through public contracts, a

large number of jobs are generated by occupying a large volume of workers who perform a professional task for the Administration, to which the behavior of the employer-contractor can not be indifferent, so that it is empowered to impose specific rules to be observed by the businessmen in favor of the females.

From the certain perspective that those who want to access public bidding procedures and finally win a public contract, must comply with the precautions and pre-defined requirements in advance by the contracting authorities, the new Law 9/2017 is aware that it is possible to obtain that the contractor companies or concessionaires collaborate in the obtaining of social standards, in particular, in the elimination of the labor inequality between men and women. This requirement is manifested in the preparation, adjudication and execution phases, that is, in all possible sites of the contracting process (within the object, as a solvency criterion, as a valuation parameter or as a mandatory development budget for the successful bidders), preventing bidders from seeking non-compliance with labor conditions as a means to reduce costs or, in other words, take advantage of the precariousness of some vulnerable groups, as happens with women. The considerable difficulties suffered by these women in accessing an occupation, as well as in the development and progress of their professional career, become the driving force behind the promotional activities of the public contracting authorities, helping to eliminate the obstacles that hinder real equality. and to correct situations of victimization maintained over the years, because private companies providing public services are compelled to collaborate in the objective of promoting the labor insertion of women and in a dignified maintenance of the job once got.

Keywords: Working women; gender; social clauses; contracting of the public sector, discrimination based on sex in employment.

La igualdad entre mujeres y hombres en el Empleo Público

Equality between women and men in Public Employment

CARMEN SÁEZ LARA*

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS CIFRAS DE PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN EL EMPLEO PÚBLICO

El incremento del empleo de la mujer es uno de los cambios sociales más relevantes impulsado por nuestro Estado Social. Esta afirmación es, aún más absoluta, referida al sector público, donde las mujeres representamos el 55,9% del empleo público, con un crecimiento neto y sostenido de un 80% de aumento anual, durante los últimos cuarenta años¹. En España, las administraciones públicas han liderado, en efecto, el proceso de incor-

poración de las mujeres al mundo del trabajo, en las últimas cuatro décadas. Los principios de igualdad, mérito y capacidad y la prohibición de discriminación por razón de sexo, garantizados por la Constitución, así como la igualdad entre mujeres y hombres, reconocida por los Estatutos de Autonomía, han favorecido el acceso de las mujeres al empleo público. La igualdad entre mujeres y hombres se ha desarrollado pues en mayor medida en el acceso al sector público.

Ahora bien, este porcentaje de empleadas públicas, por encima del 55%, cambia por sectores. En los últimos datos suministrados destaca la presencia femenina en sanidad, docencia no universitaria y justicia, donde 7 de cada 10 efectivos son mujeres, siendo muy baja su presencia en las fuerzas y cuerpos de seguridad (con 1 de cada 10 empleados) y en las instituciones penitenciarias (con 3 de cada 10). Si la participación de la mujer en la Administración Autonómica es 7 de cada 10, en la Administración Pública Estatal es 3 de cada 10².

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

¹ Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2018. Aunque la participación de la mujer en el empleo público ha crecido significativamente aún esta a una distancia de cuatro puntos del promedio OCDE, lejos de países escandinavos, Francia, Canadá y también menor que en Alemania o Italia: LUXÁN MELÉNDEZ (de), J.M., Brecha salarial o discriminación laboral. Retribuciones y carrera profesional de las mujeres en el sector público, en Derecho de las Relaciones Laborales, 3/2018, p. 290.

² Las Mujeres en la Administración Pública. Análisis del empleo público en España. Análisis BEPSAP enero 2017; Boletín

En la Administración de las Comunidades Autónomas se concentra, en efecto, el mayor porcentaje de mujeres, concretamente el 69,07% de los efectivos, frente al 30,93% de hombres. En la Administración Local el número de mujeres es algo inferior al de los hombres y donde hay mayor diferencia es en la Administración Pública Estatal con el 69,32% de hombres (diferencia motivada sobre todo por los efectivos de las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad).

Además, estos datos generales sobre el empleo de las mujeres en la Administración Autónoma deben complementarse con datos específicos sobre la mayor temporalidad, la menor presencia en los puestos directivos, un mayor uso de los derechos de conciliación y unos salarios menores de las empleadas públicas³.

En efecto, las cifras y datos positivos sobre la participación de las mujeres en el empleo público no pueden llevarnos a una imagen irreal, que considere las administraciones públicas como terrenos al margen de la realidad social. Es preciso atender a análisis cualitativos que muestran el nivel de estabilidad del empleo femenino, su participación en el personal interino de las administraciones, así como en puestos de dirección⁴.

Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2018. Como en otros ámbitos, en los mayores niveles retributivos hay más hombres, también a mayor edad hay más hombres. Por subgrupos de titulación en los ministerios y sus áreas de actividad: en el subgrupo A1 y A2, los hombres son mayoría a partir de los 50 años. Con menos de 50 años las mujeres están por encima, llegando a representar el 59,79% de los puestos del A1 entre los 30 y 39 años.

³ Los diferentes planes de igualdad parten de diagnósticos y cifras a este respecto. Por ejemplo, el II Plan para la Igualdad de mujeres y hombres en la Administración General y sus organismos autónomos en Euskadi. En el Pla d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes del'Adminstració de la Generalitat de Catalunya (2017-2021) los datos muestran que las medidas de conciliación son utilizadas en mayor medida por las mujeres que los hombres, el 77,6% frente al 22,4% respectivamente. En relación con los datos sobre reuniones fuera del horario laboral, la presencia masculina es mayor y el número de reuniones fuera de jornada es mayor entre el personal directivo.

⁴ Por ello, es un obstáculo el hecho de que, desde una perspectiva de género, falte en ocasiones información estadística

La aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público ha afectado a las reglas y normas que rigen los procesos de selección, en menor medida, a las de promoción y, aún menos, al acceso a los puestos directivos más relevantes en el sector público. Esta segregación vertical de género, junto con los efectos económicos negativos derivados de las situaciones de embarazo y maternidad, se conectan para conformar la existencia de una brecha salarial de género, también en el empleo público. Esta brecha salarial, medida en la diferencia entre salarios por hora, se situaría en el 13% en el sector público, por debajo del sector privado, donde se asienta en el 19%⁵.

En las próximas páginas analizaremos aquellas cuestiones específicas en el ámbito de la igualdad en el empleo público, fundamentalmente, en el ámbito estatal y de las comunidades autónomas y al hilo de los asuntos suscitados en la aplicación práctica de sus respectivas normativas. Así abordaremos los temas del acceso al empleo público, la brecha salarial y los derechos de conciliación entre la vida profesional y familiar. Con carácter previo, son precisas unas consideraciones generales sobre el marco normativo de referencia, dada su complejidad y los principales problemas aplicativos que ha venido suscitando.

2. MARCO NORMATIVO COMPLEJO SOBRE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL EMPLEO PÚBLICO

Junto con las normas constitucionales sobre prohibición de discriminación por razón por

tica sobre el sector público. Las estadísticas sobre el empleo público tienen un nivel reducido de desagregación por sexos. Es preciso mejorar los sistemas de información sobre el empleo público: LUXÁN MELÉNDEZ (de), J.M., Brecha salarial o discriminación laboral. Retribuciones y carrera profesional de las mujeres en el sector público, *cit.*, p. 289.

⁵ LUXÁN MELÉNDEZ (de), J.M., Brecha salarial o discriminación laboral. Retribuciones y carrera profesional de las mujeres en el sector público, *cit.*, p. 290. Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2018.

sexo, igualdad efectiva e igualdad en el ámbito del empleo público así como los correspondientes preceptos sobre igualdad entre hombres y mujeres contenidos en los Estatutos de Autonomía, en el marco normativo de referencia hemos de destacar que la normativa antidiscriminatoria europea, desde sus primeras Directivas de la década setenta del siglo pasado, ha sido aplicada a la función pública. De hecho, debemos recordar que sentencias significativas en la lucha por la igualdad de las mujeres europeas han recaído precisamente en el ámbito del empleo público, (en relación con las acciones afirmativas y en relación con las garantías de indemnidad profesional de las empleadas embarazadas).

Ahora bien, centrándonos en la normativa estatal y de las comunidades autónomas, el análisis de las medidas sobre la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público obliga a una labor de estudio, a través de un marco normativo complejo, donde, además de las leyes estatales de igualdad entre mujeres y hombres, del estatuto básico del empleado público y del estatuto de los trabajadores⁶, es preciso atender a las diversas leyes de igualdad y de la función pública de las comunidades autónomas. Finalmente, resulta igualmente necesario analizar los acuerdos y convenios colectivos⁷, así como los planes de igualdad suscritos en cada administración, así, en concreto, en la AGE⁸ y en las administraciones de las diversas comunidades autónomas. En definitiva, un marco normativo complejo con normas diversas en los distintos territorios.

⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI, en adelante). Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante) y Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante).

⁷ Sin interés desde la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombre convenios tan significativos como el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

⁸ II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 20 de noviembre de 2015.

En España, la LOI fue la primera referencia normativa a medidas de fomento de la igualdad en el empleo público. Hasta esa fecha, el tema venía presidido por las consecuencias derivadas del reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). La LOI dedicaría el Título V al principio de igualdad en el empleo público (arts. 51 a 64), estableciendo en el art. 51, precepto de carácter básico, los criterios, principios y mandatos de actuación genéricos dirigidos a las administraciones públicas en general para que, en su ámbito competencial, pongan en marcha diversas acciones que contribuyan a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Consta de siete apartados cuyo contenido debe ser aplicado por todas las administraciones, central, autonómica y local, del Estado español⁹.

Aunque el resto de los artículos se aplican solo a la Administración General del Estado, los criterios que introducen pueden servir de guía para el resto de las administraciones, que también están constreñidas por el principio de igualdad. Así la presencia equilibrada en los órganos directivos y en los órganos de selección y comisiones de valoración (artículos 52 a 54 LOI), o todo lo que abarca el Cap. III como me-

⁹ De este modo su implementación debe hacerse a través de las distintas legislaciones autonómicas. El Consejo Económico y Social emitió un dictamen en el que aconsejaba incluir también a los organismos y entidades dependientes, que finalmente no fue seguido.

El art. 51 entre los criterios de actuación fija expresamente la obligación de todas las administraciones públicas de a) remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional; b) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional; c) Fomentar la formación en igualdad, tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional; d) Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración; e) Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo; f) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo y g) Evaluar periódicamente la efectividad del principio de igualdad en sus respectivos ámbitos de actuación.

didadas de igualdad efectiva: informe de impacto de género, permisos y beneficios de protección a la maternidad y conciliación de la vida personal, familiar y laboral, tiempo que se computará como trabajado a los efectos de provisión de puestos de trabajo, licencia por riesgo de embarazo o lactancia, computo de vacaciones, acciones positivas en las actividades de formación para las empleadas que se incorporen al servicio activo después de una baja por maternidad, y reserva de un 40% de plazas en los cursos de promoción. También se establece un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Finaliza este capítulo con dos artículos que obligan directamente a la Administración, que debe evaluar la aplicación efectiva del principio de igualdad y la aprobación, al inicio de cada legislatura, de un Plan para la igualdad entre mujeres y hombres.

Por lo que respecta al EBEP, la igualdad entre hombres y mujeres no será un objeto de especial atención, aunque pueda afirmarse que este principio sí sería aplicado en diversos sectores, así en materia conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 49 a), b) y c) EBEP); violencia de género (art. 49 e) y art. 82 EBEP); órganos paritarios de selección y sistemas selectivos (arts. 42, 60 y 61 EBEP); régimen disciplinario (art. 95.2 b)); la previsión sobre los planes de igualdad (disposición adicional octava) y la más genérica obligación de las administraciones públicas de respetar la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral y adoptar medidas para evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. Además, se prevé en esta disposición adicional la elaboración y posterior aplicación de un plan de igualdad (objeto de desarrollo por acuerdo o convenio colectivo)¹⁰.

¹⁰ La LOI modificó el redactado de diversos preceptos de las entonces vigentes leyes reguladoras de la función pública, destacando por su entidad la modificación operada en los artículos 29 (situaciones de los funcionarios) y 30 (permisos) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Un mes más tarde la Ley 7/2007, del EBEP incorporaría las novedades y mejoras que la LOI introducía en lo referente a situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, así como en relación a la jornada de trabajo, per-

Por su parte, el ET, tras su reforma por la citada LOI, garantiza junto con el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente por razón de sexo (art. 4.2a) y art. 17) la protección frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 4.2. e)); prevé la fijación por la negociación colectiva de acciones positivas en materia de acceso al empleo, a la promoción y a la formación profesional (art. 17.4) y como elemento clave los planes de igualdad (art. 17.5 y art. 85). También el ET complementa los derechos de conciliación (art. 37.4,5 y 6, y art. 46.3 y 48, 4 y 5) con el derecho a la adaptación de jornada (art. 34.8) y el permiso de paternidad (art. 48.7).

La unificación del régimen jurídico de todas las personas, funcionarias y personal laboral de las administraciones públicas (estatal, autonómica, local e institucional, art.7 EBEP) que se extendería al sistema de selección de ambos tipos de empleados públicos (concurso-oposición o concurso de méritos), generaría cuestiones de inseguridad jurídica, tanto en la normativa aplicable, como en los distintos principios que regirían las diferentes jurisdicciones competentes para aplicar la misma norma. Respecto al personal laboral, no quedaría claro cuál es la norma que prevalece (si el EBEP o el ET) respecto a determinadas condiciones de trabajo, derechos, deberes y permisos¹¹.

En las próximas páginas analizaremos aquellas cuestiones específicas que la igualdad de género suscita en el empleo público. Se abor-

misos y excedencias que son recogidas en los mismos términos en el EBEP (arts. 85 y siguientes y arts. 47 y siguientes EBEP, respectivamente). TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., Las políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el Estatuto Básico del Empleado Público en AAVV, La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea: especial referencia a España y al sector público (coord. por Francina ESTEVE GARCÍA, Mariona ILLAMOLA DAUSÀ) 2011.

¹¹ Atendiendo al art. 7 EBEP en relación con la disposición final 4, punto 3 EBEP («hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto»). TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., Las políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el Estatuto Básico del Empleado Público, *cit.*

dará el acceso al empleo público¹² desde la perspectiva de la igualdad de género, las causas de la brecha salarial y los avances en los derechos de conciliación entre la vida profesional y familiar en el empleo público.

3. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO E IGUALDAD DE GÉNERO

La LOI, al fijar las líneas de actuación para las administraciones públicas, en su art. 51, estableció que el acceso al empleo público también este presidido por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres obligando a las administraciones a fomentar la formación en igualdad, tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional, y la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los tribunales de selección. Más concretamente, para la AGE, la LOI establecería además que el tiempo de conciliación se computará como de trabajado a los efectos de provisión de puestos de trabajo, así como acciones positivas en las actividades de formación para las empleadas que se incorporen al servicio activo, después de una baja por maternidad, y la reserva de un 40% de plazas en los cursos de promoción.

Por su parte, en el EBEP, la igualdad de género en el acceso al empleo público orienta las regulaciones relativas a los órganos de selección, determinando los arts. 42 y 60 EBEP que los órganos de selección deben garantizar unas condiciones de igualdad, por lo que su composición no sólo debe ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad, sino que también debe haber entre sus miembros una tendencia a la paridad entre mujeres y hombres. En la misma línea, los sistemas selectivos

de trabajadores de la Administración pública deben garantizar el respeto a la igualdad de oportunidades entre sexos (art. 61 EBEP).

Estas líneas de actuación fueron adoptadas por diversas normas autonómicas, que incorporan además nuevas medidas de acción positiva a favor de las mujeres en los procedimientos de selección, que también se incluyen en los planes de igualdad vigentes en muchas administraciones públicas. Como después se analizará, algunas de estas medidas han sido impugnadas ante nuestros tribunales y otras están aún pendientes de solución por el Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva más general hemos de señalar ahora que, en efecto, el ajuste constitucional de las medidas de acción positiva en el empleo público nos plantearía la pregunta de si la igualdad en el acceso (art. 23.2 CE) debería interpretarse a la luz del principio jurídico de igualdad entre mujeres y hombres.

De una parte, debe recordarse que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, (que se proyecta no sólo en el momento del ingreso a la función pública sino también a lo largo de la carrera profesional en los procedimientos de provisión y formación), exige que las normas reguladoras del proceso selectivo aseguren a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad, estableciendo requisitos y condiciones de acceso en términos abstractos y generales, con la interdicción de referencias individualizadas o de convocatorias *ad personam* y de requisitos discriminatorios¹³. También de conformidad con la doctrina constitucional, dentro de este principio se ha exigido que las condiciones y requisitos que se establezcan sean referibles a los principios de mérito y capacidad, estableciéndose por el TC «que pueden considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que sin esa referencia, establezcan una diferencia entre ciudadanos»¹⁴.

Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a la cuestión de la constitu-

¹² Sobre el tema, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., El acceso al empleo público, 2005, CEF; FERNÁNDEZ RAMOS, S., Acceso al empleo público: igualdad e integridad, en Revista General de Derecho Administrativo, 46/2017; PULIDO QUECEDO, M., Discriminación positiva de la mujer en el acceso al empleo público: las enseñanzas del Derecho Comunitario Europeo. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num.9/2000, Aranzadi, BIB 2000)655.

¹³ STC 27/2012, de 1 de marzo (FJ 5).

¹⁴ STC 138/2000, de 29 de mayo (FJ 6).

cionalidad de las acciones positivas, en favor de la mujer, en el ámbito de los procedimientos selectivos en la función pública. Y lo ha hecho partiendo de la doctrina constitucional sobre las acciones positivas en favor de la mujer y de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre acciones positivas para el acceso al empleo.

Así, en primer lugar, a modo de recapitulación de su doctrina, el TC ha señalado sobre la constitucionalidad de acciones positivas en favor de la mujer, las siguientes notas definitorias: a) su fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; b) para su exigibilidad es preciso una concreción normativa previa; c) la medida en todo caso debe resultar proporcionada; d) su vigencia se presupone temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; y d) en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, no puede suponer la conculcación de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)¹⁵.

En segundo lugar, hemos de recordar que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre acción positiva, en el acceso al empleo público¹⁶, ha declarado que una acción positiva encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario:

- a) cuando no conceda de modo automático e incondicional una preferencia a las candidatas femeninas,

- b) cuando la prioridad en la selección o promoción se concede a una candidata femenina, que presenta igual capacitación que el candidato masculino y
- c) cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

En base a lo anterior, para el TC las medidas de acción positiva, que pudieran fijarse en el acceso y la promoción del empleo en la función pública, no pueden dictarse ni ser aplicadas al margen de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), que se integran en el contenido del derecho fundamental de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Y conforme al ordenamiento de la Unión europea que nos vincula y es fuente a su vez de interpretación de nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE), tampoco es posible establecer un sistema de selección en el empleo que otorgue una preferencia automática a la mujer, sin articular reglas en ese procedimiento que garanticen el examen de todas las circunstancias personales de los candidatos, susceptibles de ser tenidas en cuenta en la ponderación de los méritos exigidos (cláusula de apertura)¹⁷.

Así, el TC, en el caso examinado, acceso a una plaza de presidencia de TSJ, inadmitiría la pretensión de aplicación de la medida de acción positiva, afirmando ajustada a Derecho la decisión del órgano de selección, que había razonado sobre los mayores méritos del candidato varón, finalmente elegido y afirmando que lo pretendido era una preferencia automática de la candidata mujer, que sería contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia, que es en definitiva la que fundamenta el razonamiento jurídico de la resolución del TC¹⁸.

¹⁵ ATC 119/2018, de 13 de noviembre (FJ 6).

¹⁶ Doctrina que inició la Sentencia de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, Eckhard Kalanke contra Freie Hnasesstadt Bremen sobre la no conformidad con la Directiva 76/207/CEE, de una normativa sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública de la ciudad de Bremen, donde se imponía en procesos de selección la preferencia automática de las mujeres frente a los candidatos varones en los sectores donde aquéllas se encontrasen infrarrepresentadas. Sentencia Marschall contra LandNordrhein-Westfalen, (asunto C-409/95); Sentencia Badeck y otros (asunto 158/97); Sentencia Abrahamsson y Anderson contra Fogelqvist (asunto C-407/98); Sentencia Lommers contra Minister Van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (asunto C-476/99); Sentencia Brihve contra Ministre de L'Interieur (asunto C-319/03).

¹⁷ ATC 119/2018, de 13 de noviembre (FJ 8).

¹⁸ Lo que no puede pretenderse, se afirma, es que la recurrente deba ser puesta en posesión de la plaza para compensar la falta de mujeres en las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, olvidando cualquier otra consideración, cuando el órgano de selección ha razonado que el otro candi-

Sin embargo, como se pone de relieve en los tres votos particulares a este Auto del Tribunal Constitucional, la resolución constitucional suscita más dudas que certezas.

En primer lugar, puede formularse una observación de fondo pues el Auto basa su declaración (inexistencia de vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo) en el razonamiento del órgano de selección sobre los mayores méritos del candidato hombre para ocupar la plaza, pero, en contra de esta afirmación, se alzaría el hecho de que resultaban indiscutidos los mayores méritos objetivos de la candidata mujer y de que el puesto se otorgó al candidato varón al considerar prevalentes sus méritos subjetivos¹⁹.

En segundo lugar, la doctrina constitucional nos deja abierto algún interrogante importante, ¿un plan de igualdad cubre la exigencia de previsión normativa de la medida de acción

dato posee más méritos para ocupar la plaza: ATC 119/2018, de 13 de noviembre (FJ 8).

¹⁹ Como señala el voto particular del Magistrado Xiol Ríos al que se adhiere el Magistrado Valdés Dal-Ré, la circunstancia de que la plaza en litigio no haya sido adjudicada a la candidata mujer a pesar de que resultan indiscutidos sus mayores méritos objetivos y de que se haya otorgado al candidato varón al considerar prevalentes sus méritos subjetivos dota a este asunto de relevancia social y considerando la carrera judicial «ámbito en el que la brecha de género es difícilmente explicable» dada la desigual composición de la pirámide judicial, lleva a afirmar al voto que no es manifiesta la inexistencia de la vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo aducida por la recurrente. Teniendo además en cuenta que en la carrera judicial hay un 52,7 por 100 de mujeres y que solamente una mujer es Presidenta de un Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma, de un total de diecisiete tribunales de este tipo.

Por su parte, la Magistrada Balaguer Callejón expresa en su voto particular que «cabe pensar entonces si podría existir un problema de discriminación sistémica o estructural de las mujeres en el seno de la carrera judicial. Parece evidente que si las mujeres constituyen aparentemente una mayoría numérica en la carrera judicial, a la que se accede mediante pruebas objetivas y ciegas al género, exclusivamente basadas en la valoración de actitudes personales objetivables, y esa presencia no se replica, en proporciones equivalentes, o al menos próximas, en los puestos de gobierno cuya selección corresponde al Consejo, debería indagarse si existe algún problema con la discrecionalidad en los nombramientos. Al menos, en lo que hace a la aplicación, como límite de dicha discrecionalidad, del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres».

positiva? En efecto, en relación con el requisito de que la medida de acción positiva precisa para su exigibilidad de concreción normativa previa, no queda claro en el Auto 119/2018 si este se cumpliría mediante el acuerdo plenario del Consejo General del Poder Judicial de 22 de junio de 2005, sobre medidas de acción positiva en el Consejo y la carrera judicial, y en concreto si se cumpliría por el plan de igualdad de la carrera judicial de 14 de febrero de 2013 del mismo Consejo General del Poder Judicial, conforme a los cuales, a igualdad de méritos entre los candidatos participantes, debe ser preferida la candidata mujer²⁰.

En tercer lugar, esta resolución constitucional ha sido una oportunidad perdida para construir la doctrina constitucional sobre las acciones positivas en un ámbito tan importante como el acceso al empleo público. Como se ha puesto de relieve es preciso avanzar en esa doctrina y establecer que tales medidas, una vez previstas por el legislador, conforman el ámbito garantizado por el artículo 14 CE. Este cambio doctrinal conllevaría que estas medidas de acción positiva no solo no serían lesivas del principio de igualdad, como sostiene la doctrina de este Tribunal, sino, que, además, integrarían el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo²¹.

²⁰ Así se expresa el voto de la Magistrada Balaguer Callejón, para la cual (además del art. 16 de Ley Orgánica 3/2007) el artículo 3.3 del Reglamento 1/2010 del Consejo General del Poder Judicial, exige que el Consejo efectúe la adecuada ponderación de los méritos y la capacidad para dar prioridad a la selección de mujeres en sectores profesionales infrarrepresentados, con respecto a los criterios hermenéuticos que exige la perspectiva de género, de manera que su valoración tenga en cuenta la finalidad de la paridad de género en los órganos judiciales. Los preceptos constitucionales concernidos (arts. 9.2, 9.3, 14, 23, 24 y 103 CE), han de ser interpretados de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, que se erige en «principio informador del ordenamiento jurídico» conforme al sistema de fuentes establecido en el artículo 1 del Código civil vigente.

²¹ Como señala el voto particular del Magistrado Xiol Ríos al que se adhiere el Magistrado Valdés Dal-Ré, la inclusión de este tipo de medidas en la configuración legal del derecho a la no discriminación conllevaría, por tanto, que su incumplimiento, además de una infracción legal, fuera un acto discriminatorio prohibido por el artículo 14 CE. Hubiera sido necesario

En definitiva, a mi juicio, en la doctrina constitucional sigue manteniéndose una concepción de las acciones positivas como derogaciones del principio de igualdad de trato, cuando tras la concepción de la igualdad ya formulada por el Tratado de Amsterdam las acciones positivas son también herramientas para alcanzar la igualdad, de conformidad con el vigente art. 157.4 del TFUE²². En aquel Tratado se superarían ya los estrechos márgenes en los que la Directiva 76/207 aceptaba las acciones positivas y que fue el marco normativo en el que se estableció la doctrina del Tribunal de Justicia analizada y seguida por el TC. Por ello, las acciones positivas resultan legitimadas por el vigente TFUE, al margen de cláusulas de apertura y al margen del principio de proporcionalidad superando esa doctrina judicial europea. El TC debería haber realizado un análisis de las medidas de acción positiva que actualizará la doctrina del TJUE de conformidad con el vigente marco normativo europeo.

No se trataría de conceptualizar estas medidas positivas solo como medidas temporales en favor de las mujeres, en tanto permanezcan la realidad de desigualdad real de las mismas en el empleo, sino como medidas estructurales para la participación paritaria de hombres y mujeres, exigencia derivada del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Como declararía el TC, en la Sentencia 12/2008, de 29 de

«un análisis específico en el que se ponderase si la persistente brecha de género que sigue existiendo en casi todos los ámbitos de la sociedad justifica una protección jurídica reforzada de las medidas de acción positiva que, en garantía de la igualdad real y efectiva, establezca el legislador».

²² La previsión que contenía el artículo 141.4 del TCCE, hoy contenida en el artículo 157.4 del TFUE establece 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.

La admisibilidad de las acciones positivas en el acceso al empleo público se deduce igualmente de la interpretación sistemática de los art. 3 y 4 de 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.

enero, una participación equilibrada de ambos sexos, supone hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE y, en concreto, la efectividad del art. 14 CE. Se pretende, en suma, que la igualdad, efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo, no se desvirtúe en el empleo público y en concreto en los puestos superiores, como era el caso considerado.

Pues bien, una vez vistos los presupuestos generales, analizaremos a continuación las diversas medidas introducidas en aras de la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo público y los problemas jurídicos que su aplicación ha suscitado.

3.1. Presencia equilibrada de mujeres y hombres en los tribunales de selección

El artículo 51 d) LOI establece que las Administraciones públicas, en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración. En similares términos, el EBEP establece en su artículo 60.1 relativo a los órganos de selección que su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre. En relación con la AGE, el artículo 53 de la LOI dispone que todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Como ejemplo de normativa autonómica, podríamos citar la Ley 4/2005, de 18 de febrero, de Igualdad entre mujeres y hombres en el País Vasco, cuyo art. 20.4 b) establece que, sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir una cláusula por la que se garantice en los tribunales de

selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada²³.

Sobre este tema se pronunció la STC 13/2009, de 19 de enero, que abordó la constitucionalidad de la normativa del País Vasco sobre la composición paritaria de los tribunales selectivos de acceso provisión y promoción del empleo público, en concreto, del citado art. 20.4 de Ley 4/2005 y del art. 31.3 de la 6/1989 de 6 de julio de la Función Pública Vasca. De conformidad con esta normativa, «se considera que existe una representación equilibrada cuando en los tribunales, jurados u órganos afines de más de cuatro miembros cada sexo está representado al menos al 40 por 100. En el resto, cuando los dos sexos estén representados»²⁴.

Pues bien, en primer lugar, el TC declaró que no puede considerarse inconstitucional tal previsión de representación equilibrada, en cuanto los porcentajes de representación establecidos se refieren por igual a ambos sexos, teniendo cada uno de ellos asegurada una representación que se sitúa en una horquilla del 40/60 por 100 de la composición admitida como posible. Esta

²³ En Andalucía, la Ley de Igualdad de 2018 introduce en el art. 31 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, un nuevo apartado 4 que, en términos semejantes, establece la obligación de incluir en tales procesos selectivos en el empleo público una cláusula por la se garantice una representación equilibrada de mujeres y hombres, pero sin referencia a las exigencias capacitación, competencia y preparación adecuada. Sería conveniente incluir tal previsión de conformidad con la STC 13/2009, de 19 de enero.

En Cataluña, la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres señala en su Art. 16 2 que «Las administraciones públicas de Cataluña deben impulsar la representación paritaria de mujeres y hombres en la composición de los tribunales u órganos técnicos de selección».

En Valencia, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, en su artículo 57, también dispone que la composición y funcionamiento de los órganos técnicos de selección se establecerá (...) tendiendo a la paridad entre mujeres y hombres.

En Galicia, el Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, también regula, en su artículo 48, la composición paritaria de tribunales examinadores.

²⁴ Art. 20.6 a los efectos del art. 20.4 y 20. 5 de la citada Ley 4/2005, de 18 de febrero.

fórmula, según la STC 12/2008, de 29 de enero (F. 5) hace posible, de manera razonable, una composición equilibrada que no puede estimarse contraria al art. 14 CE (FJ 4).

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, partiendo de recordar que de conformidad con el art. 23.2 CE quienes integren los tribunales de selección han de reunir las condiciones de mérito y capacidad exigidas por el art. 103.3 CE, entendería que la redacción de los preceptos impugnados, el art. 20.4 de la Ley 4/2005 se refería a la capacidad, competencia y preparación adecuada y el art. 31.3 Ley 6/1989 preveía que el porcentaje establecido para alcanzar la presencia equilibrada pudiera excepcionarse, si se justifica debidamente que su no pertinencia daba satisfacción al requisito inexcusable del mérito y la competencia, que han de concurrir en los miembros de los órganos administrativos, sea cual sea su sexo²⁵.

En definitiva, asegurados el mérito y la capacidad por las mismas normas impugnadas, es evidente que no puede apreciarse la infracción del art. 103.3 CE. La medida adoptada, cifrada en la representación equilibrada de ambos sexos y, en consecuencia, dispensando a hombres y mujeres el mismo tratamiento y operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras, resulta conforme con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenido en el art. 9.2 CE.

A mi juicio, aun considerando correcta la anterior doctrina, en la práctica, se comprueba que la garantía de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los tribunales de selección está actuando también como garantía de que estas personas reúnen las condiciones de mérito y capacidad exigidas por los arts. 103.3 y 23.2 CE.

3.2. Cláusulas de desempate a favor de la mujer

Las preferencias en favor de las mujeres en el acceso al empleo público eran comunes

²⁵ STC 13/2009, de 19 de enero (FJ 5).

en países europeos y habían sido analizadas ya en el siglo pasado por decisiones del TJCE que fijaron la doctrina europea sobre las acciones positivas. No fueron objeto sin embargo de previsión expresa en la regulación sobre el empleo público contenida en la Ley de igualdad o en el EBEP, pero este tipo de cláusulas sí están previstas por parte de la normativa autonómica, como es el caso del País Vasco²⁶, Galicia²⁷ o Andalucía²⁸.

²⁶ Nuevamente, podemos hacer referencia al art. 20 4 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, de Igualdad mujeres y hombres País Vasco pues establece que..., las normas que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir una cláusula por la que, en caso de existir igualdad de capacitación, se dé prioridad a las mujeres en aquellos cuerpos, escalas, niveles y categorías de la Administración en los que la representación de éstas sea inferior al 40%, salvo que concurran en el otro candidato motivos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida, como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para el acceso y promoción en el empleo.

²⁷ En el Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, el art. 49 sobre actuaciones especiales en casos de infrarrepresentación prevé lo siguiente:

1. Cuando en un determinado cuerpo, escala, grupo o categoría de la Administración pública gallega se verificara la infrarrepresentación del sexo femenino, en la oferta de empleo público se establecerá que, de existir méritos iguales entre dos o más personas candidatas, serán admitidas las mujeres, salvo si considerando objetivamente todas las circunstancias concurrentes en las personas candidatas de ambos sexos existen motivos no discriminatorios para preferir al hombre.

2. Se entiende, a estos efectos, la existencia de infrarrepresentación cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, veinte puntos entre el número de mujeres y el número de hombres.

²⁸ En Andalucía, la Ley de Igualdad de 2018 introduce en el art. 31 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía un nuevo apartado 4 según el cual las normas que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir una cláusula por la que, en caso de existir igualdad de capacitación, se dé prioridad a la mujeres en aquellos cuerpos, niveles y categorías de puestos de trabajo en los que la representación de estas sea inferior a un 40%.

En todo caso, debe destacarse que tales previsiones ya aparecen en las ofertas de Empleo público en Andalucía como puede verse en el Decreto 130/2017, de 1 de agosto, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2017 de los Centros Sanitarios del Servicio Andaluz de Salud.

En concreto, en sede judicial se declaró ajustado a Derecho la regulación gallega sobre acciones positivas en favor de la mujer, a igualdad de méritos y en caso de infrarrepresentación, es decir, si existe una diferencia porcentual de al menos veinte puntos, en un determinado cuerpo, escala, grupo o categoría de la Administración Gallega²⁹.

Pues bien, para valorar estas cláusulas hemos de referirnos a la doctrina constitucional y a la doctrina del TJUE sobre las acciones positivas. Como se recordará, el TC ha señalado que en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, la medida de acción positiva no puede suponer la conculcación de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)³⁰. Y, por su parte, el Tribunal de Luxemburgo de forma reiterada ha expresado que «una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas

De otra parte, hemos de referirnos a las acciones positivas fijadas en el Decreto 213/2017, de 26 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 28/12/2017) correspondiente a los sectores de Administración General, Administración Educativa y Administración Sanitaria. Según la Disposición adicional primera las convocatorias de los procesos selectivos podrán establecer medidas de acción positiva a favor de las personas aspirantes del sexo femenino y del sexo masculino, en aquellos grupos, subgrupos, cuerpos, especialidades, opciones o subopciones o categorías profesionales, en las que estas personas se encuentren especialmente subrepresentadas, de acuerdo con los datos actualizados del Índice de Presencia Relativa de Hombres y Mujeres, con el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

²⁹ STSJ de Galicia, de 22/12/2010 (Rec. 1163/2008) declaró ajustado a Derecho el entonces vigente artículo 37 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres relativo a la regulación de las actuaciones especiales en casos de infrarrepresentación, se establecía que cuando en un determinado cuerpo, escala, grupo o categoría de la Administración pública gallega se verificara la infrarrepresentación del sexo femenino, en la oferta de empleo público se establecerá que, de existir méritos iguales entre dos o más candidatos, serán admitidas las mujeres, salvo si considerando objetivamente todas las circunstancias concurrentes en los candidatos de ambos sexos existen motivos no discriminatorios para preferir al hombre. Se entiende, a estos efectos, la existencia de infrarrepresentación cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, veinte puntos entre el número de mujeres y el número de hombres.

³⁰ ATC 119/2018, de 13 de noviembre (FJ8).

en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos»³¹.

Pues bien, la normativa autonómica transcrita en nota cumple las anteriores previsiones pues ni conculcan los principios de mérito y capacidad ni establecen preferencias automáticas e incondicionadas para las mujeres. En todo caso, debe de plantearse la cuestión relativa a la idoneidad de que las acciones positivas se establezcan en términos neutros, es decir, concretamente, que estas cláusulas de desempate se formulen en favor del sexo infrarrepresentado, tal y como también acontece en normativa autonómica y en planes de igualdad³².

³¹ Sentencia de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros, C-158/97, (apart. 23) citada por la Sentencia de 30 de septiembre de 2004, asunto C-319/03, Sege Briheche contra Ministre d l'Interieur, Ministre de l'Éducation Nationale y Ministre de la Justice en un asunto relativo a las desigualdades entre hombres y mujeres, en materia de fijación de una edad límite para el acceso al empleo público cuando la persona ha enviudado.

³² Por ejemplo, en el Decreto 213/2017, de 26 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 28/12/2017). Por su parte, el Pla d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes del'Administració de la Generalitat de Catalunya (2017-2021) apuesta por la representación paritaria por lo que concibe las medidas positivas a favor del sexo menos representado. Así, en el capítulo de las actuaciones propone fomentar una representación paritaria en puestos de dirección, y los de libre designación y en todos los órganos colegiados, y en términos más generales, incrementar la presencia del sexo menos representado en los colectivos específicos y en los grupos de trabajo. En el Pla d'igualtat citado también establece la promoción de la composición paritaria de las representaciones sindicales y de los órganos de representación, consulta, participación y negociación. Recuérdese que, aunque referido al ámbito de la normativa laboral por ser competencia estatal, la STC 159/2016, de 22 de septiembre declararía la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que preveían participación paritaria de sexos en los órganos de negociación.

Como se ha señalado, tras la concepción de la igualdad formulada por el Tratado de Amsterdam las acciones positivas son herramientas para alcanzar la igualdad, de conformidad con el vigente art. 157.4 del TFUE. En aquel Tratado se superarían ya los estrechos márgenes en los que la Directiva 76/207 aceptaba la acciones positivas y que era el marco normativo de la doctrina del Tribunal de Justicia analizada. Por ello, las acciones positivas resultan legitimadas por el vigente TFUE al margen de cláusulas de apertura y al margen del principio de proporcionalidad superando esa doctrina judicial europea.

Es cierto que en nuestra LOI encontramos ambos conceptos de acción positiva, como acción temporal, razonable y proporcional en favor de las mujeres en base a la desigualdad real de la mismas (art. 11.1) y como acción en favor del sexo menor representado como un instrumento estructural de la igualdad de género dirigido a alcanzar la paridad o un representación proporcional de hombres y mujeres (disposición adicional décimo primera). En definitiva, se trata de previsiones perfectamente acordes con el concepto de acción positiva, contenida en la normativa comunitaria. En efecto, el actual art. 157.4 admite para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, 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.

A mi juicio, en el ámbito de las cláusulas de desempate en el acceso al empleo público, las acciones positivas deberían configurarse de forma bilateral en favor del sexo menos representado. No se trataría de conceptuar estas medidas positivas como medidas temporales en favor de las mujeres en tanto permanezcan la realidad de desigualdad real de las mismas en el empleo, sino como medidas estructurales para la participación paritaria de hombres y mujeres en el trabajo, exigencia de la igualdad entre hombres y mujeres.

3.3. Inconstitucionalidad de las reservas o cupos por razón de género

La reserva de plazas para mujeres, en procedimientos de acceso a cuerpos o escalas de empleados, en los que su presencia en muy baja, cuestionada en sede judicial ha sido tachada de contraria a la igualdad y a la prohibición de discriminación sexual, en base a la doctrina del Tribunal de Justicia antes transcrita³³. En estos casos se afirma en sede judicial que, en primer lugar, no existe ninguna norma con rango de Ley, nacional o autonómica, que prevea reserva de plazas a favor de las mujeres en el acceso a la función pública, en la promoción, o provisión y, en segundo lugar, una normativa nacional que estableciera una preferencia automática e incondicional resultaría contraria al Derecho Comunitario³⁴.

En igual medida, resultan contrarias a la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público otras reservas o cupos por razón de sexo. Así, la elaboración de dos listas, una común y otra especial, comprensiva de aque-

³³ STSJ País Vasco, de 26/10/2010(RJCA\2011\300) en relación con la reserva de plazas para las mujeres en el procedimiento selectivo para el ingreso en la categoría de agente de la Escala Básica de la Ertzaintza. El número de plazas que se convocaban era de 120, de las cuales 60 serán cubiertas por mujeres y otras 60 por el resto de aspirantes que mayor puntuación obtengan. La sentencia declara la nulidad de la Base primera de la convocatoria que otorga una preferencia automática e incondicional al 50% de las plazas, al margen de cualquier previsión con rango de Ley que lo posibilite.

³⁴ Sin embargo, debe recordarse que en acciones positivas en formación sí existe cupo de reserva a favor de las mujeres. LOL, art. 60. 2. Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquéllas que reúnan los requisitos establecidos. En el Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, el art. 50 relativo a las acciones positivas en las actividades formativas establece una reserva de un cincuenta por ciento de las plazas a mujeres que reúnan los requisitos exigidos en la convocatoria, que accederán al turno reservado sólo si no hubiera suficientes solicitudes de participación de las mujeres.

llos puestos que por el grado de fortaleza exigido han sido reservados a los hombres, a los efectos de la provisión de vacantes por incapacidad temporal del personal de una residencia geriátrica³⁵.

3.4. Exigencias de altura o resultados físicos para hombres y mujeres en los procedimientos de selección

La vulneración del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo en relación con la exigencia de requisitos de altura o de aptitudes físicas, comunes o diversos por razón de sexo, ha sido otro de los temas litigiosos clásicos en la jurisprudencia europea y ha sido objeto también de debate en nuestro país.

Se trata de soluciones judiciales que llegan a conclusiones diversas en supuestos de hecho no tan distintos. En principio se ha declarado que las previsiones sobre edad mínima y máxima y de estatura mínima han de ser razonables y proporcionadas, atendiendo a las funciones correspondientes³⁶. Pero, en concreto, en relación con el acceso a plazas de bombero, se ha declarado que exigencias de estatura mínima, comunes para candidatos hombres y mujeres, aunque tengan un impacto adverso sobre estas últimas, estarían justificadas atendiendo a las funciones³⁷.

³⁵ STS 15/03/2004 (RJ 2005\3670). Igualmente la STSJ de Madrid, de 7/04/2016 (JUR 2016\117014) ha desestimado la solicitud de funcionarias de instituciones penitenciarias de asignación de servicio en puestos de trabajo de servicio interior mujeres pues tras la entrada en vigor la LO 3/2007, en el nombramiento ya no se distinguía entre escalas, pudiendo acceder a todos los puestos de trabajo vacantes ofertados, sin adscripciones exclusivas por razón de género.

³⁶ Podemos recordar de partida la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 20/12/1999 (RJCA 1999\5074) en relación con un concurso oposición para Mossos d'Esquadra conocería de la impugnación por discriminatorias de las bases al contener requisitos de edad mínima de 21 y máxima de 40 años, y de estatura mínima. Se declararía que tales previsiones de las bases carecían de razonabilidad y proporcionalidad atendiendo a las funciones.

³⁷ En sentido contrario a la anterior sentencia, la STSJ de Madrid, de 7/03/2011 (Rec.690/06) avalaría el requisito de talla

Sin embargo, la doctrina europea ha entendido que, en principio, se oponen a la normativa comunitaria requisitos de estatura mínima comunes para mujeres y hombres, pues dado su impacto adverso sobre las candidatas mujeres para no ser una discriminación indirecta, además de estar justificadas, han de ser adecuadas para alcanzar el fin perseguido³⁸. Por consiguiente, considero que serían más ajustadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres y, concretamente con la prohibición de discriminación indirecta en el acceso al empleo público, que sean diversas las exigencias físicas en los procesos de selección en el empleo público pues sólo así será posible el acceso de las candidatas mujeres en condiciones de igualdad.

En definitiva, hemos de entender de conformidad con alguna doctrina judicial que no vulnera el derecho a la igualdad de los aspirantes hombres, su derecho a la igualdad de trato en el acceso al empleo, promoción y formación profesional, por la razón de contemplar en la prueba de aptitud física distintos ejercicios para hombres y mujeres o distinta valoración de los mismos³⁹. Siendo importante esta solución judicial, lo que hemos de desta-

car es que la misma no establece que la igualdad entre hombres y mujeres exija diferencias en requisitos de altura o en pruebas físicas, que sigue siendo una cuestión de valoración judicial caso por caso⁴⁰.

3.5. Valoración de méritos en procedimientos selectivos: exclusión como mérito del tiempo de ejercicio de derechos de conciliación

El art. 57 de la LOI prevé para la AGE y sus organismos que, en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo, se compute, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones de licencia, excedencia, reducción de jornada por causa de maternidad y/o conciliación.

Sin embargo, la cuestión de la valoración de los tiempos de conciliación no parece pacífica. Recientemente, el Tribunal Supremo⁴¹ ha admitido a trámite el recurso de casación en el que la Sala de lo Social habrá de pronunciarse, precisamente, sobre si la exclusión como méritos en los procedimientos selectivos del periodo de tiempo de las licencias y permisos asociados a la maternidad, constituye o no una discriminación por razón de sexo. El debate jurídico versa pues sobre la valoración como méritos de la experiencia correspondiente a estos periodos de disfrute de permisos y licencias derivadas de la maternidad para el

mínima de estatura igual para hombre y mujer establecida en las bases de la convocatoria para la oposición libre de 15 plazas de bombero-conductor en el Ayuntamiento de Fuenlabrada. La Sala considera que tal igualación de estatura o talla mínima, que en principio puede provocar una diferencia entre sexos dada la menor estatura de la mujer española, tiene una justificación razonable y objetiva, y aunque pueda no estar acertadamente recogida en el cuadro de inutilidades, está basada en el propio desempeño de las funciones para las que se oposta.

³⁸ La STJUE 18/10/2017 Asunto María Eleni Kalliri (C-409/16) declararía que se opone a la normativa comunitaria una normativa nacional que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la escuela de policía, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

³⁹ STSJ del País Vasco, de 17/06/2015 (JUR 2015) relativa a la distinta puntuación de las pruebas físicas entre hombres y mujeres en el proceso de selección al curso de capacitación

de escoltas para funcionarias y funcionarios de carrera de la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza.

⁴⁰ Por ejemplo, en la pasada oferta pública de empleo de Castilla y León se establecía como medida de discriminación positiva que en aquellos procesos selectivos en los que existan pruebas físicas, éstas establecerán baremos diferentes para mujeres y hombres, cuando la naturaleza de las pruebas lo requiera o exista alguna justificación legítima y proporcionada: Oferta Pública de Empleo correspondiente al año 2017 aprobada por Consejo de Gobierno de 28 de septiembre de 2017 de la Junta de Castilla y León.

⁴¹ ATS de 20/02/2018 (Rec. 4816/2017).

acceso a la función pública, concretamente, en el ingreso como facultativo especialista del área de farmacia hospitalaria⁴².

El tema se relaciona (pero no coincide) con la cuestión relativa al cómputo de los periodos de tiempo correspondientes al descanso por maternidad o por embarazo de riesgo, a efectos de determinación de la antigüedad, o a efectos de determinar el importe de complementos salariales y con el asunto de la retroacción de efectos de la toma de posesión. Unos asuntos que han sido resueltos favorablemente por la jurisprudencia europea⁴³ y la española, por lo que la aplicación de su doctrina debería conducir al Tribunal Supremo a dar una respuesta favorable a la valoración como mérito de experiencia de estos periodos de tiempo. Para ello, el razonamiento judicial debe alejarse de cualquier comparación con periodos de descanso (licencias, permiso) por cualquier otra causa y considerar que se trata de derechos relacionados con el embarazo y la maternidad de los que no se puede derivar perjuicio alguno, de conformidad con el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

En este tema, las normativas autonómicas son más avanzadas y establecen en la regulación sobre la valoración de méritos una puntuación específica (adicional) por el ejercicio de derechos de conciliación⁴⁴. Esta previsión

⁴² Se impugna la Sentencia de 14 de junio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Recurso de apelación núm. 246/2016).

⁴³ STJUE (Sala Segunda), de 16 de febrero de 2006, C-294/04, y la STJUE (Sala Primera), de 6 de marzo de 2014, C-595/12). Por el contrario, el TJUE no equipara el periodo de tiempo del permiso paternal al periodo del permiso de maternidad STUE de 4 de octubre de 2018, C-12/17.

⁴⁴ El art. 51 del Decreto Legislativo 2/2015, en materia de igualdad en Galicia, que bajo el título de promoción del ejercicio de derechos de conciliación establece que cuando «las pruebas de promoción interna comprendan la valoración de méritos de los candidatos y candidatas se establecerá a favor de los mismos que, sean mujeres o sean hombres, estén utilizando o hubieran utilizado, en los últimos cinco años, una licencia de maternidad, un permiso de paternidad, una reducción de jornada o una excedencia para el cuidado de familia-

normativa ha sido avalada judicialmente⁴⁵ admitiendo que las normativas autonómicas puedan establecer otras medidas positivas en los procesos selectivos. Así, se ha afirmado, que tales previsiones normativas no serían contrarias al art. 61 EBEP, cuando prevé que los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este estatuto. Es decir que este art. 61 EBEP no puede interpretarse, se afirma en sede judicial, para limitar a los poderes públicos a la hora de adopción medidas de discriminación previstas en materia de igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres⁴⁶.

3.6. Imposibilidad de concurrencia a pruebas selectivas por embarazo, parto y puerperio

La imposibilidad de las aspirantes de acudir a los exámenes (en procesos selectivos públicos) por circunstancias vinculadas a su embarazo y maternidad ha determinado situaciones discriminatorias para las mujeres,

res, una puntuación específica que se graduará en función del tiempo utilizado en el ejercicio de esos derechos.

⁴⁵ En concreto, la aplicación de esta previsión normativa, establecida para pruebas de promoción, en un concurso oposición para el ingreso en el empleo público gallego, ha sido avalado por la STSJ de Galicia de 28/03/2018 (JUR 2018\134020. Se impugnaba la Resolución de la Dirección Xeral de Recursos Humanos del servicio Galego de Saúde de fecha 22 de diciembre de 2016, por la que se convoca concurso-oposición para el ingreso en diversas especialidades de la categoría de facultativo especialista de área, a través de los sistemas de acceso libre, acceso de personas con discapacidad o promoción interna.

⁴⁶ Para la Sala, además ha de admitirse la extensión del artículo 51 del Decreto Legislativo 2/2015 a todos los procedimientos de acceso al empleo público, (sea el de ingreso por el turno libre, sea por el turno de discapacitados, sea el acceso a puestos de categoría superior por el procedimiento de promoción interna), siempre que se trate de procedimientos en los que se acuda al sistema de concurso o concurso oposición, y por tanto, que incluyan la valoración de méritos de los candidatos y candidatas, que hayan prestado servicios en la Administración pública, (y que, por tanto, durante su prestación hayan podido disfrutar de los permisos de conciliación).

que han tenido que ser resueltas en sede judicial⁴⁷.

El Tribunal Supremo también había tenido ocasión de pronunciarse en diversos casos⁴⁸ y, finalmente, ha resultado relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2014⁴⁹, que ha impuesto a los tribunales calificadoros la obligación de llevar a cabo una interpretación de las bases de los procesos de selección que sea acorde con la igualdad, y que permita a todas las aspirantes, también las que se encuentren embarazadas o hayan dado a luz, el acceso a las pruebas (FJ5^o). Para la Sala, al tribunal calificador se le presentó una solicitud dirigida a restablecer las condiciones de igualdad, que la inminencia del parto había alterado, en perjuicio de la aspirante, es decir, una circunstancia específica que solamente concurre en la mujer que está a punto de dar a luz, la cual por ese solo hecho ve impedida su normal participación en el proceso selectivo⁵⁰. Es precisa, para el TS, una interpretación de las bases de los procesos selectivos conforme a la Constitución o, si se prefiere, a la igualdad y así el tribunal calificador ha de buscar la for-

ma de acoger la petición de la aspirante, o de establecer cualquier otra, como aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio sufrido⁵¹.

Pues bien, en la actualidad, la igualdad se garantiza también, a través de la fijación en los procesos selectivos, como excepción al llamamiento único para la celebración de las pruebas, la hospitalización o reposo domiciliario con motivo de embarazo y/o parto de las aspirantes, en el día de la celebración de alguno de los ejercicios en los que tengan que participar. En consecuencia, el proceso selectivo quedará aplazado, reanudándose a la terminación de la causa, siempre y cuando tal aplazamiento no menoscabe el derecho del resto de los aspirantes a una resolución del proceso ajustada a tiempos razonables. En todo caso, la realización de las pruebas selectivas pendientes deberá tener lugar antes de la publicación de la lista de aspirantes que hayan superado el proceso selectivo.

4. DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE GÉNERO

La brecha salarial de género es inferior en el sector público (13%), que en el sector privado de la economía, (19 %)⁵². Esta diferencia salarial se conecta fundamentalmente con las dificultades de acceso a puestos directivos y, vinculado a ello, pero también como una causa propia, a las situaciones de embarazo, maternidad y conciliación⁵³. Junto a estos factores

⁴⁷ Por ejemplo, la STS de Extremadura de 25/02/2003 (RJCA 2003\454) declaró la existencia de discriminación por razón de sexo, en un caso de denegación de aplazamiento de la fecha del primer ejercicio del proceso selectivo de promoción interna a una funcionaria, ingresada en centro hospitalario, debido a una complicación posterior al parto.

⁴⁸ SSTs de 6/03/2006 (Rec.10507/2003) y de 27/04/2009 (Rec.4595/2005).

⁴⁹ STS 14/03/2014 (Recurso 4371/2012) dictada en un proceso selectivo convocado para la provisión de plazas de diplomado/a en enfermería en el que se presentó solicitud de aspirante embarazada para celebrar el ejercicio en su domicilio o en el centro sanitario en el que estuviere ingresada, ante la previsión de que en la fecha de las pruebas estuviera de parto. La Sala confirma la improcedencia de la denegación a esta solicitud, imponiendo al tribunal calificador una interpretación de las bases acorde con la igualdad, que permitiera a la aspirante el acceso a las pruebas (FJ5).

⁵⁰ No se trata de una enfermedad, pues el embarazo y el parto no lo son, ni tampoco es equiparable a una intervención quirúrgica urgente en el sentido que se le da a esta expresión. Dar a luz no parece, en fin, una causa de fuerza mayor, ya que es el punto final de un proceso natural cuyo único extremo indeterminado es el momento concreto que se produce si bien se sitúa dentro de un periodo de tiempo delimitado.

⁵¹ A partir de esta Sentencia se han previsto soluciones de aplazamiento, sin menoscabar el derecho del resto de los aspirantes a una resolución del proceso ajustada a tiempos razonables (Orden ESS/1905/2015; Orden JUS/2684/2015); realización de la prueba en un lugar alternativo, aplazarla o adoptar ambas medidas conjuntamente (Orden 2411/2017). Cepeda González, M.I., Discriminación por sexo en el acceso al empleo público: Caso de España, en Revista Internacional de Pensamiento Político, 12/2017, p. 337.

⁵² Medida la brecha salarial por hora, brecha salarial de género, Eurostat, 2018.

⁵³ En su diagnóstico, el II Plan para la Igualdad de mujeres y hombres en la Administración General y sus organismos autónomos en Euskadi afirma que no existe discriminación salarial directa, pero las mujeres cobran un 8,48% menos que los

que explican la brecha salarial de género, como se sabe, en términos generales, también existe una causa discriminatoria explicativa de la brecha salarial de género que se conectaría con las diferencias salariales para trabajos de igual valor. Esta parte de la brecha salarial deriva de la tradicional segregación horizontal de las mujeres en el empleo, que además de en el sector privado, puede apreciarse en el empleo público.

A continuación, abordaremos de forma separada estas causas de la brecha salarial de género en el empleo público.

4.1. Brecha salarial de género y segregación vertical: Soluciones en planes de igualdad

Como ya se ha señalado, si la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres ha dado sus frutos en el acceso al empleo público, hoy la discriminación de la mujer podría estar vinculada, en parte, al acceso a los puestos relevantes en el sector público. Los diversos planes de igualdad, tanto de la AGE, como de diversas comunidades autónomas⁵⁴, parten de un diagnóstico que sitúa en mayor

hombres porque ocupan mayoritariamente puestos de trabajo con inferior categoría y sueldo que los hombres. La razón primera y principal es la necesidad de conciliación de las mujeres que no se observa entre los hombres: el 87,14% de las medidas de conciliación para el cuidado de familiares las solicitan las mujeres frente al 12,8% de los hombres. Otra razón es que las mujeres tienen menos antigüedad derivada de la propia situación del mercado laboral muy masculinizado en los años 80.

⁵⁴ El diagnóstico del citado II Plan para la Igualdad en Euskadi nos muestra que la administración pública vasca está feminizada, pues las mujeres representan el 61,8% de la plantilla y su media de edad es de 49,40 años. Sin embargo, sufren mayor inestabilidad profesional que los hombres: son el 66% del personal funcionario interino (sin plaza fija) y el 64,8% del personal laboral temporal. Los puestos de jefatura están muy masculinizados en el funcionamiento de carrera y feminizados en el funcionamiento interino.

El Pla d'Igualtat de Catalunya (2016-2020) citado, señala en su diagnóstico que globalmente se constata que el número de mujeres con vinculación temporal, interinos y personal laboral temporal es del 44,1% frente al 28% de los hombres (p.80).

medida a los hombres en los grupos y escalas superiores.

Igualmente, los datos sobre participación en formación muestran que las mujeres han realizado más cursos virtuales que los hombres, pero en cambio en la formación para puestos directivos la presencia de hombres es superior a la de las mujeres⁵⁵.

La segregación vertical de género en las administraciones públicas obedece, se afirma, a que la carrera profesional depende de procedimientos de provisión de puestos que se realizan frecuentemente mediante convocatorias específicas, individualizadas para cada puesto, lo que facilita la perpetuación de resultados desfavorables para las mujeres⁵⁶.

Para promocionar el acceso de las mujeres a los puestos directivos encontramos diversas propuestas en los planes de igualdad. Así, entre los ejes de actuación se encuentra revisar la oferta formativa desde una perspectiva de género y hacer una propuesta de cursos y acciones formativas que respondan a las necesidades detectadas en el diagnóstico, así como profundizar en los factores que afectan a la brecha salarial⁵⁷. Pero también se encuentran en los planes de igualdad medidas positivas más incisivas como serían que, en los concursos de provisión de puestos de jefatura, los empates se dirimen en favor del sexo menos representado o, por ejemplo, la aplicación del principio de representación equilibrada en la provisión de puestos de trabajo, mediante el

⁵⁵ Pla d'Igualtat de Catalunya *cit.*, (p. 79). El I Plan para la Igualdad en Euskadi, desde el año 2007, contrasta la participación en los cursos de formación de personal público en materia de igualdad con un 75% de mujeres, con la participación en los cursos en materia de liderazgo, gestión de equipos y habilidades directivas donde el 55,24%, de las personas inscritas han sido hombres.

⁵⁶ LUXÁN MELÉNDEZ (de), J.M., Brecha salarial o discriminación laboral. Retribuciones y carrera profesional de las mujeres en el sector público, en Derecho de las Relaciones Laborales, 3/2018

⁵⁷ Plan de igualdad en el País Vasco, *cit.*

sistema de libre designación y en los puestos de dirección⁵⁸.

Estas acciones deben ser valoradas muy positivamente pues adoptan medidas positivas en favor del sexo menos representado o exigencias de paridad que se ajustan al significado del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

4.2. Brecha salarial de género y segregación laboral: Algunos casos judiciales de desigualdad salarial

Como ya se sabe, la participación de las mujeres en el empleo público se concreta en determinados sectores como enseñanza, sanidad y servicios sociales si bien faltan datos precisos sobre los efectos salariales de esta segregación horizontal. Más concretamente, sobre la segregación horizontal relativa a los cuerpos, escalas, grupos o categorías predominantemente formados por hombres y mujeres, la legislación autonómica prevé evaluaciones técnicas sobre el valor de los diversos trabajos y los salarios previstos, a los efectos de detectar y corregir en su caso diferencias salariales para trabajos de igual valor que, como se sabe, explicarían parte de la actual brecha salarial de género⁵⁹.

Igualmente, en sede judicial, se ha cuestionado la diferencia salarial en perjuicio de las

⁵⁸ El Plan de igualdad de mujeres y hombres de la Administración de la Generalitat Valenciana, aprobado por el Acuerdo del Consell, de 10 de marzo de 2017; El Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015. Concretamente el Plan de igualdad de la Generalitat de Catalunya, en el capítulo de las actuaciones propone fomentar una representación paritaria en puestos de dirección, y los de libre designación y en todos los órganos colegiados, y en términos más generales, incrementar la presencia del sexo menos representado en los colectivos específicos y en los grupos de trabajo.

⁵⁹ Art 52 del Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad.

mujeres entre diversos cuerpos, solicitándose la comparación de los salarios de colectivos diversos de funcionarios para fundar la alegación de discriminación sexual. En concreto, diversas sentencias⁶⁰ han analizado la diferencia económica en el complemento específico y de destino existente entre dos colectivos diferenciados de funcionarios, el de los Inspectores farmacéuticos y el de los Inspectores veterinarios, claramente superior el de éstos últimos, que produce un efecto discriminador por razón de sexo, al tratarse de un colectivo ocupado predominantemente por hombres⁶¹. Sin embargo, las decisiones judiciales no consideran acreditada la alegada discriminación indirecta, ni siquiera indiciariamente, pues no admiten los términos de la comparación, al tratarse, se afirma, de colectivos pertenecientes a distintas consellerías, con cometidos diferenciados.

A mi juicio, esta argumentación no puede compartirse pues no se ajusta y ni siquiera analiza la doctrina del Tribunal de Justicia que había admitido la comparación entre los salarios de colectivos profesionales diversos, incluso sujetos a distintos convenios colectivos⁶².

4.3. Brecha salarial por maternidad

En este ámbito de la discriminación retributiva por razón de género, un número importante de asuntos judiciales han recaído en el empleo público, y la mayor parte de los mismos hacen referencia a la discriminación económica

⁶⁰ Entre otras, las SSTSJ Galicia de 22/01/2014, (Rec 334/2014) y de 17/06/2015 (Rec. 813/2015).

⁶¹ En efecto, la comparación se ha pretendido entre el colectivo de los Inspectores farmacéuticos fuertemente feminizado y masculinizado el de Inspectores Veterinarios. Compuesto el primero por 64 mujeres y 10 hombres (es decir hay un 86,48 % de mujeres) mientras el colectivo de los Inspectores Veterinarios está compuesto por 107 hombres y 37 mujeres (es decir un 73,30 % de hombres).

⁶² En efecto, en la STJCE de 27/10/1993, Enderby, C-127/92, se compararían los salarios de logopedas y farmacéuticos, en su mayoría mujeres y hombres, respectivamente.

(y profesional) ligada a la situación de embarazo y maternidad de las empleadas públicas⁶³.

Analizaremos, en primer lugar, las reclamaciones formuladas por las empleadas públicas por discriminación salarial por razón de su embarazo o maternidad. Se trata de asuntos que versan sobre los derechos económicos durante estas situaciones de embarazo de riesgo y/o maternidad. De partida, hemos de recordar que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el derecho a ingresos durante el permiso de maternidad es muy restrictiva. El TJ ha declarado que el principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres no impone la obligación de mantener la retribución íntegra de las empleadas durante el permiso de maternidad, doctrina que también se ha aplicado en relación con los ingresos que reciban, en caso de traslado o suspensión contractual por riesgo durante su embarazo⁶⁴. Y más concretamente, el Tribunal de Justicia ha negado así que durante el permiso de maternidad se mantenga el derecho al abono de una gratificación extraordinaria concedida con carácter voluntario como incentivo al trabajo futuro y/o fidelidad a la empre-

sa⁶⁵, a un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo⁶⁶, o una compensación judicial especial⁶⁷. De igual forma, se ha negado a una trabajadora, destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo por riesgo durante su embarazo, el derecho a una remuneración equivalente a la percibida, como promedio, antes del citado traslado⁶⁸ y a una trabajadora, dispensada provisionalmente de trabajar a causa de su embarazo, el abono del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo⁶⁹.

En consecuencia, se ha concluido que las empleadas no pueden acogerse al principio de igualdad salarial del art. 157 TFUE para exigir su retribución anterior «como si continuasen ocupando efectivamente, como los demás trabajadores, su puesto de trabajo»⁷⁰.

De ahí la importancia que ha tenido entre nosotros la Sentencia del Tribunal Supremo de 24/01/2017⁷¹, que ha declarado la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por sexo cuando, por causa de riesgo durante el embarazo y lactancia, se produce la adaptación del puesto de trabajo, con la correspondiente eliminación de la prestación de servicios en régimen de guardias de atención continuada y no se mantiene el derecho a percibir guardias, no realizadas por tal causa. En esta sentencia, el TS ha rechazado la posibilidad de que como consecuencia de la adaptación del puesto de trabajo se produzca una disminución de la retribución de la empleada afectada.

En materia de discriminación económica y profesional de las empleadas públicas, un segundo grupo de asuntos va referido a la indem-

⁶³ Otros casos de discriminación por razón de embarazo en el empleo público importantes han sido de cese por razón de embarazo: STSJ Navarra de 29/06/2009 (RJCA 2009\779) señala que el cese «instrumental» de la empleada se ha producido tras el ejercicio prolongado de derechos que el ordenamiento concede a la mujer en situaciones previas, posteriores o coincidentes con el parto, vulnera el principio de igualdad. Igualmente la STSJ de Andalucía (Granada) de 7/07/2014 (JUR 2015\134099) ha afirmado la existencia de una discriminación directa por razón de sexo vinculada a la maternidad en un caso en el que duración de la contratación viene determinada y reducida por la situación de embarazo y fecha prevista de parto de la empleada. Otro ejemplo importante de discriminación por maternidad se encuentra en el supuesto resuelto por la STS de 26/02/2018 (RJ\2018\1056), en el que la selección de candidata de una bolsa de trabajo y nombramiento para el desempeño del puesto recae sobre una mujer embarazada, en situación de riesgo, por lo que ante la imposibilidad de iniciar la prestación de servicios, no se verifica su alta en la Seguridad Social. El TS considera que el alta era procedente y por tanto se ha producido una discriminación por razón de sexo.

⁶⁴ SSTJCE de 13/02/1996, Gillespie, C-342/93 y de 1/07/2010, Parviainen, C-471/08, respectivamente.

⁶⁵ STJCE de 21/10/1999, Lewen, C-333/97.

⁶⁶ STJUE de 1/07/2010, Gassmayr, C-194/08.

⁶⁷ STJUE de 14/07/2016, Ornano, C-335/15.

⁶⁸ STJUE de 1/07/2010, Parviainen, C-471/08.

⁶⁹ STJUE de 1/07/2010, Gassmayr, C-194/08.

⁷⁰ SSTJUE 13/02/1996, Gillespie, C-342/93 (apartado 20), de 30/03/2004, Alabaster, C-147/02 (apartado 46), de 1/07/2010, Gassmayr, C-194/08 (apartado 86) y de 14/07/2016, Ornano, C-335/15 (apartado 34).

⁷¹ Rec. 1902/2015 y relativa al personal médico residente.

nidad económica (y profesional) consecuencia de la maternidad, ámbito en el que la normativa y la jurisprudencia europea ha sido la guía para nuestro país. La normativa comunitaria establece que la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado dicho periodo, a reintegrarse a su puesto de trabajo, o a uno equivalente, en los términos y condiciones que no le resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia, de conformidad con el art. 15 de la Directiva 2006/54/CE, precepto que tiene efecto directo⁷².

Pues bien, como se sabe, el reconocimiento de este mecanismo de tutela de la trabajadora por la normativa comunitaria estuvo precedido por la doctrina del Tribunal de Justicia que declaró con rotundidad, que resulta discriminada una mujer que sufre un trato desfavorable en su promoción profesional debido a una ausencia por el permiso por maternidad y, en concreto, que la igualdad exige garantizar que el tiempo del permiso de maternidad debe ser computado como tiempo de servicios prestados⁷³.

En aplicación de esta garantía de indemnidad profesional, el Tribunal de Justicia ha declarado, por ejemplo, discriminatorio excluir el cómputo de la duración íntegra de un permiso de maternidad a efectos de promoción profesional⁷⁴, o negar a una empleada que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección⁷⁵. También se ha declarado contraria a esta garantía de indemnidad que durante el permiso por maternidad no se pueda acceder a una formación profesional necesaria a efectos de promoción profesional⁷⁶.

Siguiendo esta doctrina, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14CE) exige, en el caso de una empleada pública, la retroactividad de los efectos económicos y profesionales inherentes al nombramiento a la fecha en la que la mujer hubiera podido tomar posesión, de no haber mediado permisos o licencias ligadas a su maternidad o a un eventual embarazo de riesgo⁷⁷.

Por su parte, el Tribunal Supremo también avanza en la misma línea, declarando contraria al art. 14 CE la práctica empresarial que consiste en computar como ausencias, tanto la baja maternal como la derivada de riesgo de embarazo, a los efectos de acreditar el número de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los incentivos variables⁷⁸. Entre nosotros, en efecto, diversas sentencias sobre la garantía de indemnidad económica se han referido al cómputo del tiempo del permiso por riesgo en el embarazo y de maternidad como tiempo de trabajo efectivo pues, como se recordará, el TJ había ya declarado que el tiempo del permiso de maternidad debe computar como tiempo de servicios prestados⁷⁹.

Sin embargo, la doctrina judicial no es unánime y no siempre admite el cómputo de este periodo para el abono de complementos salariales⁸⁰. Acertadamente, otras sentencias si han declarado que el tiempo del periodo de suspensión por riesgo y por maternidad computa a efectos de antigüedad y, por tanto, en

⁷² STJUE de 6/03/2014, Napoli, C-595/12.
⁷³ STJCE de 30/04/1998, Thibault, C-136/95.
⁷⁴ STJCE, de 18/11/2004, Sass, C-284/02.
⁷⁵ STJCE de 16/02/2006, Sarkatzis, C-294/2004.
⁷⁶ STJUE de 6/03/2014, Napoli, C-595/12.

⁷⁷ STC 66/2014, de 5 de mayo y la STC 162/2016, de 3 de octubre, (funcionaria judicial y magistrada, respectivamente) que aplican la doctrina de la, anteriormente citada STJCE de 16/02/2006 Sarkatzis, C-294/2004, que resolvería un caso muy similar.
⁷⁸ STS de 10/01/2017 (Rec. 283/2015). V. también STS de 31/03/2015 (Reud. 1505/2014) y de 27/05/2015 (Rec. 103/2014) donde estaba en liza la cuestión del tratamiento de los periodos de baja por maternidad como ausencias que no devengaban ulteriores bonificaciones variables por incentivos.

⁷⁹ STJCE 30/04/1998, Thibault, C-136/95.

⁸⁰ STSJ Andalucía (Social) (Málaga) de 4/06/2015, (Rec. 3/2015) aunque con un brillante voto particular del Magistrado Gómez Ruiz. La citada Sentencia que fue anulada por la citada STS de 10/01/2017, que acoge la tesis del voto particular.

relación con todos aquellos beneficios o derechos contractuales vinculados con una cierta permanencia en la empresa⁸¹. Por consiguiente, constituye una discriminación por razón de sexo la exclusión de su cómputo, a los efectos de acreditar el porcentaje de tiempo exigido como requisito para el cambio de nivel retributivo⁸².

Y así se ha declarado que constituye una discriminación por razón de sexo de una empleada pública la exclusión del cómputo de tiempo de asistencia al trabajo del periodo de incapacidad temporal vinculado al estado de gestación, a los efectos del cálculo del complemento de productividad⁸³. Igualmente, vulnera la prohibición de discriminación por sexo la decisión desestimatoria de la solicitud de una empleada de reincorporación al puesto anterior al disfrute de excedencia por cuidado de hijos y en iguales condiciones económicas⁸⁴.

En definitiva, de las decisiones judiciales vistas se desprende que la discriminación salarial de las empleadas se relaciona con la maternidad y con el ejercicio de los derechos de conciliación, por lo que, en la previsión normativa futura sobre la igualdad salarial, es preciso prohibir expresamente cualquier perjuicio económico y profesional, tanto directo como indirecto, vinculado con el embarazo y la maternidad.

⁸¹ STSJ Madrid de 21/05/2012 (Social) (Rec. 2587/2012) También en relación con la empresa IBERIA ha declarado la discriminación por razón de sexo derivada de la exclusión del cómputo de prestación de servicios de los periodos de bajas por riesgo de embarazo y maternidad a efectos de promoción profesional.

⁸² SSTSJ de Madrid de 28/06/2010 (Rec. 2412/2010) y de 4/02/2008 (Rec. 5553/2007).

⁸³ STSJ de Madrid, de 22/07/2016 (Rec. 851/2016).

⁸⁴ STSJ de Galicia de 7/06/2017 (JUR 2017\183209). Se le deniega la reincorporación al puesto de coordinadora de técnicos de radioterapia que venía desempeñando con anterioridad al disfrute de su excedencia por cuidado de su hijo. La Sentencia declara su derecho a realizar las funciones materiales propias del puesto y percibir el complemento que se le venía abonando por dichas funciones denominado «progresión especial atención continuada localización» en las mismas condiciones económicas que venía disfrutando.

5. CONCILIACIÓN ENTRE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL

Si, inicialmente, la regulación laboral aplicable a los trabajadores asalariados lideró el avance en los derechos de conciliación, hoy el protagonismo corresponde a las normativas autonómicas y a los acuerdos y convenios colectivos aplicables a los empleados públicos. Por ello, resulta de interés analizar estos nuevos derechos de conciliación y comprobar asimismo si su regulación se dirige a alcanzar la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo.

Además, es preciso estudiar, con carácter previo, algunos aspectos del régimen jurídico básico para funcionarios y personal laboral, pues la aplicación de los derechos de conciliación ha determinado problemas particulares en el empleo público, derivados de la propia complejidad del marco normativo.

5.1. Marco normativo de la conciliación familiar

El marco normativo de los derechos de conciliación de los empleados públicos, más allá de sus referentes internacionales y europeos⁸⁵, se encuentra en el ámbito estatal formado por diversas leyes. La citada LOI establecería que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las

⁸⁵ Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, (que aplica el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre la Business Europe, la UEAPME, la CEEP y la CES); Directiva 92/85/CEE sobre embarazo y maternidad; art. 15 Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)); cláusula 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (9 de diciembre de 1989); art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Convenio número 156 OIT (1981), y la Recomendación número 165 OIT (1981).

responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (art. 44 punto 1). Además, la LOI dispone que, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, las Administraciones Públicas facilitarán la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional (art. 51. b)⁸⁶.

Centrando nuestra atención en la normativa reguladora del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el EBEP constituye, desde su inicial aprobación por la Ley 7/2007, de 12 de abril, la primera regulación conjunta de los derechos de conciliación de los empleados públicos. En efecto, en su artículo 14, entre los derechos individuales de los empleados público, el EBEP reconoce hoy el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (letra j), además del derecho a la no discriminación por razón de género, sexo u orientación sexual... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (letra i).

En desarrollo de estos derechos, el EBEP regula de forma específica, en su art. 49, los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, si bien bajo el título genérico de permisos de los funcionarios públicos y también establece un buen número de permisos y derechos de reducción de jornada para favorecer la conciliación, en su art. 48, (lactancia, cuidado de hijos y familiares, fallecimiento, enfermedad grave o accidente, por ejemplo). Además, el EBEP reconoce expresamente la excedencia por agrupación familiar y por cuidado de hijos.

Debe tenerse presente que el EBEP en 2007 actualizó el capítulo de derechos de los empleados públicos, incorporando derechos de reciente reconocimiento en esa fecha, como era el derecho a la conciliación de la vida

personal, familiar y laboral y en cuyo impulso constituyó un hito significativo el llamado «Plan Concilia» para la Administración General del Estado, que facilitó una primera fase de desarrollo de los derechos de conciliación⁸⁷.

Igualmente, en este ámbito de los derechos de conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, no podemos olvidar que el ET contiene un conjunto de derechos para la conciliación de la vida familiar, personal y laboral de los trabajadores, que inicialmente fue la referencia para la configuración de los mismos en el sector del empleo público. En este terreno, numerosas normas de reforma del ET han ido adaptando, actualizando y ajustando al marco constitucional y comunitario la regulación de las medidas y derechos para conciliar trabajo y familia⁸⁸.

La complejidad del régimen jurídico aplicable a los derechos de conciliación deriva de una doble variable subjetiva y objetiva. De

⁸⁷ Contenido en el capítulo cuarto del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre). Allí se reconoce el permiso de paternidad de 10 días; la flexibilización de una parte del horario de trabajo, permitiendo la finalización de la jornada a las 18 horas, o la posibilidad de sustituir el permiso de lactancia por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente; permiso retribuido de dos meses para el desplazamiento en el caso de adopciones internacionales; extensión temporal de la excedencia por cuidado de familiares. También debe recordarse el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos (Acuerdo Consejo de Ministros 28/01/2011) y el II Plan de Igualdad de la AGE, que se aprobó por Resolución de 26 de noviembre de 2015.

⁸⁸ Las dos normas fundamentales fueron la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la citada LOI. Ley 39/1999 reguló de forma exclusiva y conjunta los por esta norma denominados por primera vez derechos de «conciliación» introduciendo la titularidad individual de los mismos y las garantías para su ejercicio. La citada LOI, por su parte, incorporó el permiso de paternidad para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, asumiendo expresamente el principio de corresponsabilidad entre mujeres y hombres en las labores domésticas y en la atención a la familia (arts. 14.8 y 44).

⁸⁶ También los arts 56 y 58 de la LOI se refieren a los permisos por maternidad y conciliación y a los permisos por riesgo durante el embarazo y lactancia, respectivamente.

una parte, existen diferencias sustantivas en el régimen jurídico aplicable, atendiendo a la naturaleza administrativa o laboral de la relación de empleo público. De otra parte, concurren divergencias en un mismo régimen jurídico, en atención a los propios derechos, que genéricamente englobamos bajo el concepto de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional. En efecto, la regulación de los distintos derechos de conciliación por el EBEP es diversa, en su ámbito de aplicación, en su consideración como derecho mínimo, o incluso en su posibilidad de ser objeto de la negociación colectiva.

Pues bien, en relación con este conjunto normativo podría adelantarse como claves para su interpretación, de una parte, que a mi juicio, el EBEP debería ser el necesario punto de partida para dibujar el régimen jurídico de gran parte de los derechos de conciliación para funcionarios y personal laboral (permisos y licencias) y, de otra parte, que el necesario complemento lo constituyen hoy los convenios y acuerdos colectivos aplicables.

5.2. Problemas aplicativos: Diferencias en los derechos de conciliación de funcionarios y del personal laboral

La unificación del régimen jurídico aplicable a los distintos tipos de empleados públicos ha suscitado dudas interpretativas, sobre el régimen jurídico aplicable al personal laboral, en relación con ciertos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Desde un perspectiva general, de partida, podría sostenerse la centralidad de la regulación del EBEP, en relación con buena parte de los derechos de conciliación de los empleados públicos, ya sean personas funcionarias o laborales. A favor de la centralidad del EBEP puede argumentarse que el art. 14 del citado EBEP reconoce el derecho individual de los «empleados públicos» a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (letra j) y que con-

cretamente el art. 49 EBEP regule expresamente los permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Sin embargo, el listado de derechos y medidas que favorecen la conciliación de los empleados públicos estaría incompleto sino se incluyen también buena parte de los permisos reconocidos en el art. 48 EBEP, bajo el genérico título de permisos de los «funcionarios públicos». Y ello es así, primero, porque materialmente reconoce permisos y reducciones de jornada para favorecer la conciliación, y segundo, porque los mismos pueden resultar aplicables a los empleados públicos, de conformidad con el art. 51 EBEP. En efecto, el artículo 51, con el título de «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral», establece, como cláusula de cierre de este capítulo IV del EBEP, que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente. Además debe tenerse en cuenta el art. 7 del EBEP sobre la aplicación al personal laboral de la normativa laboral y los convenios colectivos.

Como se ha señalado, el régimen del personal laboral en materia de jornada y permisos estaría afectado por la doble regulación laboral y funcional y ha de alcanzar los mínimos impuestos en ambas legislaciones⁸⁹.

Sobre la interpretación de este art. 51 EBEP existen diferencias doctrinales también en el ámbito judicial, planteadas fundamentalmente en eventuales conflictos de aplicación entre la regulación del EBEP y de los convenios colectivos. Frente a tales diferencias de criterio, se ha resuelto –quizá como doctrina ya definitiva– que no se puede obviar la aplicación de permisos del personal laboral previstos en el convenio colectivo, no siendo factible recurrir al «espiguelo» de aquellos preceptos más favorables del ET, EBEP o conve-

⁸⁹ ROQUETA BUJ, R., La conciliación de la vida laboral y familiar en las Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, 2016, p. 39.

nio colectivo; y, en este sentido, la Audiencia Nacional ha rechazado la ruptura de la indivisibilidad interna del convenio y ha optado por llevar a cabo una comparativa global de la norma más favorable con base en un bloque cerrado (permisos y vacaciones del convenio versus EBEP), criterio confirmado finalmente por el Tribunal Supremo.

Esta solución introduce en el esquema de fuentes una inseguridad jurídica importante, al obligar a los operadores jurídicos a llevar a cabo una comparativa de bloques normativos de los permisos fijados por convenio y por el EBEP. En todo caso, no puede dejar de señalarse que la doctrina extraíble de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, podría ser la aplicación al personal laboral de la legislación laboral y solo de forma supletoria el EBEP⁹⁰.

A nuestro juicio, en materia de conciliación atendiendo al bien jurídico protegido y al art. 14 EBEP que lo configura como derecho individual del empleado público sería preferible la tesis que aplica el EBEP en materia de permisos para conciliar a funcionarios y personal laboral. De esta forma, tanto el art. 49 del EBEP como el art. 48 del EBEP definirían un primer cuadro de derechos y medidas (permisos, licencias y reducciones de jornada) para favorecer la conciliación de los empleados públicos, ya sean funcionarios o personal laboral. En todo caso, como ya hemos señalado esta no es la tesis que sigue nuestro Tribunal Supremo.

Ahora bien, en relación con otro derecho para la conciliación, como es la excedencia, el régimen jurídico será diverso. En efecto, es distinta la regulación legal aplicable a funcionarios y personal laboral para las excedencias por motivos familiares. Las excedencias por motivos familiares están reguladas por el art. 89 del EBEP, precepto que, incluido en el

Título VI del EBEP relativo a las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, sólo se aplica al personal funcionario. Como expresamente establece el artículo 92 del EBEP, relativo a las situaciones del personal laboral, el personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación. Si bien establece este precepto *in fine* una importante matización, al señalar que los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación, en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, al personal laboral le será de aplicación en principio el art. 46.3 del ET, sobre la excedencia por cuidados familiares, no siéndole de aplicación el citado artículo 89 del EBEP⁹¹.

5.3. Problemas aplicativos del régimen de los derechos de conciliación de los funcionarios

La pretendida uniformidad del régimen legal entre funcionarios y laborales también debe llevar a reformar el EBEP en aquellos aspectos en los que se establece una regulación diversa de la laboral y, en perjuicio de la igualdad de género, como por ejemplo ocurre en relación con el derecho a acumular el permiso de lactancia.

En efecto, esta cuestión ha suscitado abundante litigiosidad en relación con el ejercicio por los padres del derecho a lactancia o cuida-

⁹⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 12/09/ 2011(Rec. 3567/2010); de 5/10/2010 (Rec.113/2009); de 29/6/2010 (Rec. 111/2009) y 8/6/2009.

⁹¹ Por último, es preciso señalar que el EBEP de 2015 introduce una disposición adicional decimosexta titulada Permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación, en la que se prevé que cada Administración Pública, en su ámbito, podrá establecer a las funcionarias en estado de gestación, un permiso retribuido, a partir del día primero de la semana 37 de embarazo, hasta la fecha del parto. En el supuesto de gestación múltiple, este permiso podrá iniciarse el primer día de la semana 35 de embarazo, hasta la fecha de parto. En relación con esta previsión normativa puede causar cierta sorpresa la falta de previsión de igual derecho para las trabajadoras en estado de gestación y su referencia a la funcionaria y no a la empleada pública en el EBEP.

do del hijo, pues la redacción e interpretación judicial del art. 48 f) del EBEP⁹², es a mi juicio, desafortunada. La aplicación literal del citado precepto lleva a la declaración judicial de que la funcionaria es la única titular del derecho a acumular este permiso y a reconocer este derecho de acumulación sólo si ambos progenitores trabajan y no en el caso de que uno de ellos este desempleado o desarrolle trabajo no remunerado⁹³.

Igualmente se adopta una interpretación literal de esta norma por parte del Auto del TC de 19/01/2016 que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el citada art. 48 f) LEBEP, al regular el derecho de ejercicio indistinto por uno u otro progenitor, en el caso de que ambos trabajen. Para el TC el párrafo primero del art. 48 f) LEEP establecería que si uno de los dos progenitores carece de ocupación retribuida, sea éste hombre o mujer, el permiso de lactancia le será denegado al otro (sea mujer u hombre). El Auto declara que no existe discriminación pues el precepto carga con el cuidado de los hijos de igual manera al padre o a la madre.

Por el contrario, el empleado si disfruta del permiso de lactancia en el caso de que la madre sea trabajadora por cuenta propia⁹⁴.

⁹² De conformidad con el art. 48. f) EBEP los funcionarios públicos por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

⁹³ Así por ejemplo, la STSJ Andalucía (Málaga) de 29/01/2016 (JUR 2016\110212) declara procedente la denegación de solicitud de la acumulación del permiso de lactancia de funcionario público por falta de constatación de la ocupación laboral de la madre que es condición necesaria para acceder al permiso.

⁹⁴ STSJ Murcia 23/01/2015 (RJCA 2015\238). La cesión del disfrute del permiso de maternidad al padre sería improce-

Otro tema planteado judicialmente es el relativo al derecho de excedencia de funcionarios interinos, debiendo destacarse que la doctrina judicial esta aplicando de forma restrictiva la STC 203/2000, de 24 de julio, interpretando que este derecho no existe si la funcionaria interina no supera los 5 años de vinculación⁹⁵. Un límite temporal que no se deduciría ni de la letra ni del espíritu de la doctrina establecida por aquella sentencia constitucional.

5.4. Derechos de conciliación y negociación colectiva

Como antes se señaló, el listado de los derechos y medidas que favorecen la conciliación familiar, personal y laboral de los empleados públicos (desarrollo del art. 14 EBEP) quedaría incompleto si no se atiende al contenido de los convenios y acuerdos colectivos pactados.

Para ello, hemos de partir de recordar que de conformidad con el art. 37.1 EBEP serán objeto de negociación, las materias referidas a jornada y permisos (letra m) y los criterios generales de acción social (letra i). En este sentido debe además traerse a colación que el art. 49 EBEP, sobre permisos por motivos de conciliación de la vida personal, parte de señalar que en todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas. Pues bien, hoy pueden entenderse disipadas las dudas relativas a la aplicación de las regulaciones pactadas sobre derechos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral derivadas de la previsión suspensiva establecida por el artículo 8.3

dente, al no ostentar la madre la condición de funcionaria, ni trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia sin derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional. El disfrute por el padre del permiso de lactancia sería procedente por tratarse de un permiso desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, una medida conciliadora de la vida familiar y laboral que puede ejercer cualquiera de los progenitores trabajadores.

⁹⁵ STSJ Castilla León Valladolid de 2/07/2012 (JUR 2002\248454).

del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁹⁶.

Recientemente, por lo demás, se han alcanzado importantes Acuerdos para la conciliación de la vida laboral y familiar en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, suscritos con CC.OO., UGT, CSIF y CIGA relativos al permiso de paternidad y a una bolsa de horas para el cuidado de hijos, unas medidas que después se analizarán.

5.5. Líneas de avance de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar

Como hemos ya destacado, las normas autonómicas han introducido avances o mejoras en relación con las medidas o derechos de conciliación de los empleados públicos. Las modificaciones introducidas aumentan la duración de los permisos, fundamentalmente, el de lactancia que se reconduce a un genérico permiso para cuidado de hijos⁹⁷, introducen

⁹⁶ Conforme establece la disposición adicional duodécima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, la limitación que el referido apartado establecía debe entenderse referenciada a la nueva redacción dada al artículo 48, letra k), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la citada Ley, y referida a los permisos por asuntos propios. Además, con la entrada en vigor del EBEP 2015 se restablecieron los derechos limitados por el referido RDL 20/2012, en días adicionales por antigüedad del permiso por asuntos particulares y de vacaciones.

⁹⁷ En el País Vasco el Anteproyecto de Ley del Empleo Público Vasco de 2018 (para sustituir a la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca regula en su art. 166 los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral entre los que se incluye un permiso por cuidado de hijo o hija menor de doce meses, al que los padres podrán reconducir el permiso por lactancia que se contempla a favor del padre o de la madre, indistintamente, incluso cuando ésta no trabaje. En el Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, el art. 89 regula el permiso por lactancia de hijo menor de 12 meses. La Administración de la Generalitat de Catalunya dispone

nuevos permisos⁹⁸, así como otras medidas⁹⁹. De esta forma, se tiende a conformar un cuadro completo de derechos de conciliación frente a las exigencias familiares de diverso orden que pueden plantearse (ordinarias, extraordinarias y de emergencia).

Desde la perspectiva de los distintos modelos de familia hay que señalar que no se aprecia especial atención a los titulares de familias monoparentales, modelo de familia cuantitativamente importante. De otra parte en relación con determinado modelo de familia frecuentemente presentado como el hoy predominante (heterosexual con dos progenitores laboralmente activos) la configuración de los derechos de conciliación debe atender también a alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, por lo que siguen siendo necesarias fórmulas (no transferencia, titularidad exclusiva del padre) que promuevan la corresponsabilidad y la asunción por los trabajadores varones de las responsabilidades familiares.

Igualmente, por lo que respecta a los concretos derechos, sin ignorar la importancia histórica y actual de los llamados derechos de ausencia (permisos y excedencias) no debe desconocerse sus efectos adversos sobre la carrera profesional fundamentalmente de las mujeres,

de normativa propia en la Ley 8/2006 de 5 de julio de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Catalunya.

⁹⁸ En el Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, el art. 88 regula un permiso retribuido para asistir y para acompañar a tratamientos de fecundación asistida y para acompañar a exámenes prenatales y a técnicas de preparación al parto. En el País Vasco el Anteproyecto de Ley del Empleo Público Vasco de 2018, igualmente se introduce un permiso para acompañar a consultas tratamientos y exploraciones de tipo médico.

⁹⁹ En el Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad se introducen otras medidas como Salas de reposo y lactancia (art. 90), preferencias en la elección del periodo de vacaciones (art. 91) o la flexibilización de la jornada por motivos familiares si bien en los términos que se determinen reglamentariamente (art. 92).

que son las que mayoritariamente los ejercitan¹⁰⁰. A estos clásicos derechos para conciliar, más recientemente, se les unen los derechos de reducción de jornada. Hoy la adaptación y la flexibilización de la jornada se identifican como los derechos para conciliar con mayor proyección de futuro, pues las nuevas fórmulas para conciliar se conectarían con una mayor flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo.

Desde las anteriores premisas una valoración positiva merecen las medidas de conciliación pactadas en los recientes Acuerdos para la conciliación de la vida laboral y familiar alcanzado en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado y suscritos con CC.OO., UGT, CSIF y CIGA¹⁰¹.

En primer lugar, se ha pactado la ampliación progresiva del permiso de paternidad hasta alcanzar la duración de 16 semanas en tres años. En concreto, se elevará de cinco semanas a ocho en 2019, a 12 semanas en 2020 y a 16 semanas en 2021, y será un permiso no transferible entre progenitores, aplicable a todos los empleados públicos de la AGE.

En segundo lugar, otra medida pactada es la aplicación de un sistema de bolsa de horas equivalente a un 5% de la jornada anual de cada empleado público (85 horas al año) para el cuidado de hijos menores de edad y para la atención de personas mayores y dependientes. Esas jornadas son necesariamente recuperables en el trimestre siguiente y se aplicará a todos los empleados públicos, funcionarios, laborales y estatutarios.

En esta misma línea, se sitúa la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 26/04/2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuyo objetivo es garantizar la implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres¹⁰². En enero de 2019 se alcanzó un acuerdo entre el Parlamento y el Consejo sobre una norma mínima europea de diez días de permiso de paternidad para los padres tras el nacimiento de un hijo, que se compensará económicamente con la cantidad que reciben los empleados en los supuestos de baja por enfermedad. Además se refuerza el vigente derecho a cuatro meses de permiso parental, estableciendo que dos meses no sean transferibles entre los progenitores e introduciendo una compensación para estos dos meses a un nivel que determinarán los Estados miembros¹⁰³.

También se ha acordado el permiso para cuidadores, mediante la asignación de cinco días por trabajador y año como nuevo derecho europeo para los trabajadores. Por último, las nuevas normas refuerzan el derecho de todos los progenitores y de los cuidadores a solicitar fórmulas de trabajo flexible¹⁰⁴.

La propuesta de la Unión Europea sobre derechos de conciliación ha partido de considerar que el actual marco normativo a nivel comunitario no permite a los hombres asumir sus responsabilidades familiares, objetivo esencial para alcanzar la igualdad. Entre nosotros esta futura directiva tendrá consecuencias normativas y esperemos que sociales, pues los cambios legales también pueden generar modificaciones de las normas sociales. Se abre así un camino hacia el cambio en

¹⁰⁰ Téngase en cuenta que estos derechos para conciliar (permisos y excedencias) han pasado de ser originariamente derechos laborales de la mujer trabajadora a ser derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares.

¹⁰¹ Resolución de 22 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publican los acuerdos para la ampliación del permiso de paternidad a dieciséis semanas y para la aplicación de la bolsa de horas prevista en la Disposición Adicional centésima cuatragésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE de 5 de diciembre)

¹⁰² COM (2017) 253 final, 2017/0085, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE.

¹⁰³ Lo que significaría una rebaja en relación con la Propuesta de 2017 que regulaba un Permiso parental como un derecho de cuatro meses intransferible entre progenitores y un derecho de cuatro meses remunerado como mínimo al nivel de la baja por enfermedad.

¹⁰⁴ El art. 9 de la Propuesta de Directiva, bajo el título de fórmulas de trabajo flexible, introduce la posibilidad de que cuidadores y trabajadores con hijos de hasta 12 años se acojan a las posibilidades de: a) horario de trabajo reducido; b) calendario laboral flexible; y c) trabajo a distancia.

España de las reglas sociales y de una inadecuada normativa sobre conciliación de la vida familiar y profesional que, entre otras consecuencias, ha tenido un impacto adverso sobre la igualdad en el empleo entre los hombres y las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- CEPEDA GONZÁLEZ, M.I., Discriminación por sexo en el acceso al empleo público: Caso de España, en Revista Internacional de Pensamiento Político, 12/2017.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, La participación laboral de las mujeres en España, 2017.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., El acceso al empleo público, CEF, 2005.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., Acceso al empleo público: igualdad e integridad, en Revista General de Derecho Administrativo, 46/2017.
- GENERALITAT VALENCIANA, Libro violeta de la función pública valenciana Garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la Ley de la función pública valenciana, 2016.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. Mujer e igualdad en el empleo público: elementos de reflexión para un debate, en Género y derecho: luces y sombras en el ordenamiento jurídico español / coord. por María Soledad de la Fuente Núñez de Castro, 2008.
- LUXÁN MELÉNDEZ (de), J.M., Brecha salarial o discriminación laboral. Retribuciones y carrera profesional de las mujeres en el sector público, en Derecho de las Relaciones Laborales, 3/2018.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., La administración promotora de la igualdad de género, Tirant lo Blanch, 2012.
- Las Mujeres en la Administración Pública. Análisis del empleo público en España. Análisis BEP-SAP, enero, 2017.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, Informe sobre la aplicación de las Políticas de Igualdad, 2017.
- PULIDO QUECEDO, M., Discriminación positiva de la mujer en el acceso al empleo público: las enseñanzas del Derecho Comunitario Europeo. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num.9/2000, Aranzadi, BIB 2000\655.
- REY GUANTER, S. (del), PÉREZ FERNÁNDEZ, M., SANCHEZ TORRES, E., Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público. Madrid: Ed. La Ley, 2008.
- ROQUETA BUJ, R., La conciliación de la vida laboral y familiar en las Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, 2016.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., Las políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el Estatuto Básico del Empleado Público en AAVV, *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea: especial referencia a España y al sector público* (coord. por Francina ESTEVE GARCÍA, Mariona ILLAMOLA DAUSÀ) 2011.

RESUMEN

El incremento del empleo de la mujer es uno de los cambios sociales más relevantes impulsado por nuestro Estado Social. Esta afirmación es, aún más absoluta, referida al sector público, pues en España, las administraciones públicas han liderado el proceso de incorporación de las mujeres al empleo en las últimas cuatro décadas. La aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad ha favorecido el acceso de la mujer al trabajo y la igualdad entre mujeres y hombres se ha desarrollado en mayor medida en el acceso al sector público. Pero incluso en las administraciones autonómicas, donde las mujeres son mayoría, las empleadas públicas tienen mayor temporalidad y menor presencia en los puestos directivos, utilizan en mayor medida los derechos de conciliación y reciben unos salarios menores.

La aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público ha afectado a las reglas y normas que rigen los procesos de selección, en menor medida, a las de promoción y, aún menos, al acceso a los puestos directivos más relevantes en el sector público. Esta segregación vertical de género, junto con los efectos económicos negativos derivados de las situaciones de embarazo y maternidad, se conectan para conformar la existencia de una brecha salarial de género, también en el empleo público.

El estudio aborda la igualdad entre mujeres y hombres, desde una perspectiva que combina el análisis de las cifras, del marco normativo, de los planes de igualdad y de las resoluciones judiciales más importantes.

En este trabajo, el estudio de la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo público, se centra en aquellas cuestiones que contienen alguna «especialidad» y, fundamentalmente, en relación con el ámbito estatal y de las comunidades autónomas. En primer lugar, se analiza la participación de la mujer en el empleo público. Las cifras y datos positivos sobre la participación de las mujeres en el empleo público no pueden llevarnos a una imagen irreal, que considere las administraciones públicas como terrenos al margen de la realidad social. Es preciso atender a cifras que muestran el nivel de estabilidad del empleo femenino, su participación en el personal interino de las administraciones, así como en los puestos de dirección.

En segundo lugar, se realizan unas consideraciones generales sobre el marco normativo de la igualdad de género en el empleo público, dada su complejidad y atendiendo a los principales problemas aplicativos que ha venido suscitando. En tercer lugar, se estudia el acceso al empleo público desde la perspectiva de la igualdad de género. En este estudio lamentamos la oportunidad perdida por el Tribunal Constitucional para formular una doctrina sobre las acciones positivas en un ámbito tan importante como el acceso al empleo público. El TC debería haber actualizado la doctrina del TJUE, de conformidad con el vigente marco normativo europeo. Por el contrario, el TC sostiene una concepción de las acciones positivas como derogaciones del principio de igualdad de trato, cuando tras la concepción de la igualdad ya formulada por el Tratado de Amsterdam las acciones positivas son también herramientas para alcanzar la igualdad, de conformidad con el vigente art. 157.4 del TFUE. No se trataría de conceptuar estas medidas positivas solo como medidas temporales en favor de las mujeres, en tanto permanezcan la realidad de desigualdad real de las mismas en el empleo, sino como medidas estructurales para la participación paritaria de hombres y mujeres, exigencia derivada del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

En cuarto lugar, el estudio de la brecha salarial de género se desarrolla en conexión con la segregación horizontal y vertical de la mujer. Las acciones positivas propuestas por diversos planes de igualdad oscilan desde introducir preferencias por el sexo menos representado, en caso de empate en los concursos de provisión de puestos de jefatura, a

la aplicación del principio de representación equilibrada en la provisión de puestos de trabajo, mediante el sistema de libre designación y en los puestos de dirección. Unas acciones que deben ser valoradas muy positivamente pues adoptan medidas positivas en favor del sexo menos representado o exigencias de paridad, que se ajustan al significado del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Igualmente, se analiza la brecha salarial por maternidad a través de un número creciente de decisiones judiciales de las que desprende que la discriminación salarial de las empleadas se relaciona con la maternidad y con el ejercicio de los derechos de conciliación, por lo que, en la previsión normativa futura sobre la igualdad salarial, es preciso prohibir expresamente cualquier perjuicio económico y profesional, tanto directo como indirecto, vinculado con el embarazo y la maternidad.

Finalmente, el avance de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar de los empleados públicos es objeto de comentario y valoración. Si, inicialmente, la regulación laboral aplicable a los trabajadores asalariados lideró el avance en los derechos de conciliación, hoy el protagonismo corresponde a las normativas autonómicas y a los acuerdos y convenios colectivos aplicables a los empleados públicos. Por ello, resulta de interés analizar estos nuevos derechos y comprobar asimismo si su regulación se dirige a alcanzar la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo.

En relación con los avances introducidos por las normativas autonómicas hemos de señalar que, desde la perspectiva de los distintos modelos de familia, no se aprecia especial atención a los titulares de familias monoparentales, (modelo de familia cuantitativamente importante) y que en relación el aumento de la duración de los llamados derechos de ausencia (permisos y excedencias) no debe desconocerse sus efectos adversos sobre la carrera profesional, fundamentalmente de las mujeres, si no implica periodos de tiempo no transferibles y en favor de los hombres. Por ello, deben ser valoradas positivamente las recientes medidas estatales de conciliación en el empleo público, y, en concreto, la ampliación del permiso de paternidad así como las medidas de flexibilidad horaria. Igualmente, entre nosotros la futura directiva europea sobre conciliación de la vida laboral y familiar tendrá consecuencias normativas y esperemos que sociales, pues los cambios legales también pueden generar modificaciones de las normas sociales. Se abre así un camino hacia el cambio en España de las reglas sociales y de una inadecuada normativa sobre conciliación que, entre otras consecuencias, ha tenido un impacto adverso sobre la igualdad en el empleo entre los hombres y las mujeres.

Palabras clave: Brecha de género; brecha salarial de género; brecha por maternidad; administraciones públicas; España.

ABSTRACT

The increase in the women's employment is one of the most relevant social changes driven by our Social State. This statement is even more absolute, referring to the public sector, because in our country, public administrations have led the process of women's access to the labour market in the last four decades. The implementation of equality, merit and ability has stimulated women's access to work. Equality between women and men has been developed to a greater extent in access to the public sector. But even in the autonomous administrations where women are in the majority, public employees work in temporary jobs and not in management positions. They use more parental leaves and receive lower salaries.

The application of the principle of equality between women and men in public employment has affected the rules and norms that govern the selection processes, to a lesser extent, those of promotion and, even less, access to the most relevant management positions in the public sector. This gender vertical segregation, together with the negative economic effects derived from situations of pregnancy and maternity, are connected to make up the existence of a gender wage gap, also in public employment.

The study addresses equality between women and men from a perspective that combines the analysis of figures, the regulatory framework, equality plans and the most important judicial decisions.

In this work, the study of equality between men and women in public employment focuses on those issues that contain some «specialty» and, fundamentally, in relation to the state and some autonomous communities. First, the participation of women in public employment is analyzed. The figures and positive data on the women's participation in public employment can not lead us to an unreal image, which considers public administrations as land outside the social reality. It is necessary to attend to figures that show the level of stability of female employment, their participation in temporary jobs, as well as in management positions.

Second, general considerations are made about the normative framework of gender equality in public employment, given its complexity and attending to the main application problems that it has been causing. Third, access to public employment is studied from the perspective of gender equality. In this study, we regret the opportunity lost by the Constitutional Court to formulate a doctrine on positive actions in an area as important as public employment access. The Court should have updated the doctrine of the CJEU, in accordance with the current European regulatory framework. On the contrary, the Court has a conception of positive actions as derogations from the principle of equal treatment, when after the conception of equality, already formulated by the Treaty of Amsterdam, positive actions are also tools to achieve equality, in accordance with the current art. 157.4 TFEU. It would not be a question of conceptualizing these positive measures only as temporary measures in favor of women, as long as the reality of their real inequality remains in employment, but as structural measures for the equal participation of men and women, a demand derived from the principle of equality between men and women.

Fourth, the study of the gender wage gap is developed in connection with the horizontal and vertical gender segregation. The positive actions proposed by equality plans range from introducing preferences for underrepresented sex for the provision of leadership positions, to the application of the principle of parity representation in the provision of jobs in management positions. Some actions must be valued very positively because they adopt positive measures in favour of the underrepresented sex or parity requirements that conform to the meaning of the principle of equality between men and women.

Likewise, the wage gap for maternity is analyzed through an increasing number of judicial resolutions, from which it follows that the wage discrimination of the employees is related to maternity and parental leave, so, in the forecast future regulations on equal

pay, it is necessary to expressly prohibit any economic and professional damage, both direct and indirect, linked to pregnancy and maternity.

Finally, the advance on work-life balance is subject to commentary and evaluation. If, initially, the labor regulation (applicable to salaried workers) led the advance on work-life balance, regional regulations and collective agreements in the public sector are the main character today. Therefore, it is of interest to analyse these new rights and also to check whether their regulation is aimed at achieving equality for women in the labour market.

In relation to the advances introduced by the regional regulations, we must point out that, from the perspective of the different family models, special attention is not given to holders of single-parent families, (a quantitatively important family model), and in relation to extend parental leave should not ignore its adverse effect on the women's career, especially if it does not imply non-transferable periods of time in favor of men. For this reason, the recent state measures in public employment, and in particular the extension of paternity leave as well as hourly flexibility measures, should be positively valued. Equally, between us the future European directive on work-life balance for parents and carers will have normative consequences and hopefully social, because legal changes can also generate social norms changes. This opens a path towards the change in Spain of social rules and inadequate regulations on work-life balance, which, among other consequences, has had an adverse impact on equality in employment between men and women.

Keywords: Gender gap; gender wage gap; maternity gap; public administrations; Spain.

Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT

Women and the future of work in the centenary of the ILO

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA*

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de efectuar un análisis acerca de las causas y factores que continúan obstaculizando los avances hacia la igualdad de género. Dicho análisis toma como referencia, entre otros, la Iniciativa de la OIT denominada como *Iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo: impulso en favor de la igualdad*, un documento de referencia para comprender dónde continúan estando radicados los elementos que directa e indirectamente frenan la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Igualmente, se pretende configurar un marco propositivo de respuestas con medidas susceptibles de ser acometidas a fin de superar el estado de cosas actualmente existente. Como es sabido, precisamente en el ámbito del acceso al trabajo y en el de las relaciones laborales se manifiestan las grandes diferencias injustificadas por causa del sexo y del género, pero indudablemente este es también el espacio en el que las mujeres han ido encontrando expectativas de emancipación, autonomía y desarrollo personal y profesional.

El aumento de los niveles de formación y cualificación de las mujeres no se ha visto reflejado en una homónima escalada a puestos de especial relevancia y a posiciones de liderazgo económico y social. La segregación «en la cumbre» y el «techo de cristal» continúan reflejando las fuertes dificultades con que tropieza la legítima aspiración a la igualdad en el terreno específico de la promoción profesional en el trabajo, haciendo muy difícil que, por la combinación de ciertos elementos y factores desincentivadores, las mujeres lleguen a ocupar puestos de máxima responsabilidad en las organizaciones y corporaciones.

La familia, su cuidado, el cuidado del hogar, la atención a la educación de los hijos e hijas y la protección de los dependientes ante las peculiaridades de sus características personales, continúan representando uno de los factores más relevantes en la persistente segregación de la sociedad por razón del género. La atención y el cuidado de las familias continúan estando sostenidos mayoritariamente por las mujeres, erigiéndose este extremo en determinante del alejamiento del trabajo «productivo», de la realización de un trabajo de un indudable valor económico, pero que no es retribuido y que la sociedad no reconoce; condicionante, asimismo, de una barrera al ingreso en el mercado de trabajo, así como a continuas dificultades para conservar un empleo o para avanzar en la carrera profesional.

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

Así lo pone de manifiesto también el Informe emitido en 2018 por el CES en nuestro país titulado «*El futuro del trabajo*»: la mayor parte del trabajo no remunerado en el mundo consiste en la producción doméstica que se realiza en el seno de los hogares y se encuentra a cargo de las mujeres, repercutiendo en sus niveles de participación laboral¹.

La encuesta OIT Gallup: *Hacia un futuro mejor para las mujeres en el trabajo: la opinión de las mujeres y de los hombres*² vino a revelar que la mayoría de mujeres y hombres prefieren que las mujeres tengan un empleo remunerado. La encuesta pone de manifiesto igualmente que son indispensables políticas públicas de apoyo a las familias, a fin de que las mujeres puedan permanecer en el empleo remunerado y progresar en sus carreras profesionales.

Por otra parte, el Informe OIT *Las mujeres en el trabajo. Tendencias 2016*³ examinó las políticas públicas más eficaces para combatir la desigualdad y que logran impulsar cambios transformadores en las relaciones de género. Dicho informe propuso líneas de avance en tres campos específicos: segregación en el mercado de trabajo por causa del género, disparidad salarial y deficiencias en el marco regulatorio para una adecuada integración del conflicto trabajo/familia. La Iniciativa de la OIT relativa a *las mujeres en el trabajo* en combinación con las primeras prácticas derivadas de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible podrían proporcionar lo que la propia OIT concibe como una «hoja de ruta» a fin de dar un nuevo impulso a la acción de los mandantes de la OIT para alcanzar la igualdad de género y la no discriminación.

Este año 2019, coincidiendo con la celebración del Día Internacional de la Mujer 2019 se dará a conocer un Informe específico sobre *El futuro de las mujeres en el trabajo* que podría contener una adecuada diagnosis de los factores obstaculizadores y de las barreras aun existentes para una igualdad efectiva, así como de las orientaciones de las políticas y acciones que en el futuro podrían contribuir a realizar un verdadero impulso para el logro de una sociedad más igualitaria.

Por último, el lanzamiento del documento final por parte de la Comisión Mundial encargada de elaborar para la OIT un Informe sobre el futuro del trabajo y que tuvo lugar el pasado 22 de enero de 2019, titulado *Trabajar para un futuro más prometedor* contiene numerosos aspectos relevantes en relación con el trabajo de las mujeres. Sin duda, un documento de referencia en el inmediato futuro y que puede contribuir a alumbrar el sentido de compromisos por parte de los mandantes tripartitos de la OIT e impulsar la orientación de políticas públicas en relación con el trabajo de las mujeres para robustecer el objetivo de la igualdad.

1. AVANCES PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES: SUPERAR LAS DISPARIDADES Y COMBATIR DISCRIMINACIONES

La igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos apareció reflejada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 (artículo 1). Casi cincuenta años más tarde, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en septiembre de 1995 en Pekín, los 189 gobiernos integrantes de Naciones Unidas en aquel momento suscribieron la Declaración de Pekín y una Plataforma de Acción para el reconocimiento, garantía y eficacia de los derechos de las mujeres. Transcurridos 20 años desde la Declaración, en 2015 tuvo lugar en Nueva York la Cumbre Mundial de Naciones Unidas (25 a 27 de septiembre) tan solo unos días antes de la celebración de

¹ Informe 03/2018, Madrid, CES, p. 22.

² Su texto fue dado a conocer con ocasión de la fecha del 8 de marzo de 2017 y puede verse en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_546256/lang--es/index.htm

³ Emitido el 8 de marzo de 2016.

Ver en https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang--es/index.htm

la 70ª Asamblea General que, como es sabido, concluyó con la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) o Agenda 2030. Un plan de acción que compromete a todos los 193 países que forman parte de Naciones Unidas en el período comprendido entre 2015 y 2030 para reorientar la Agenda de la ONU hacia un desarrollo sostenible.

Entre los ODS, figura el referido a *Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas* (Objetivo número 5). Sin duda alguna, este Objetivo será de aplicación universal y transversal, con una fuerte irradiación en todos los ámbitos de la vida pública y de las relaciones entre privados. No obstante, en el empleo y en las relaciones de trabajo encuentra un ámbito específico de proyección que se combina con el Objetivo número 8 de los ODS, como es el *trabajo decente*. Un trabajo digno demanda condiciones de igualdad, no tolerancia frente a las discriminaciones, superación de discriminaciones en las retribuciones y en las prestaciones públicas de los sistemas de protección social, condiciones de seguridad y de salud en el trabajo que integren la perspectiva de género y amplias posibilidades de promoción y desarrollo profesional.

Sin duda, la emancipación de las mujeres, como indican los numerosos trabajos de Naciones Unidas que fueron realizados en torno a la mencionada Cumbre Mundial, requiere disponer de autonomía. En primer lugar, una autonomía física, íntimamente relacionada con las circunstancias de carácter personal: es preciso afrontar la realidad de la violencia de género en todos los entornos, públicos y privados, bajo todas las formas en que se presenta, ya sea de forma directa como indirecta e, incluso, subliminal en múltiples mensajes culturales. Debe actuarse desde la educación, la cultura y la formación en valores cívicos de respeto a la dignidad de las mujeres. Sin duda, la violencia en el trabajo encuentra en las mujeres un destinatario sobre el cual, ya sean los estereotipos vinculados al sexo o los asociados al género, se proyectan mensajes, conductas y actos de

agresión y violencia que es preciso erradicar. La emancipación económica implica, a su vez, alcanzar una autonomía con la suficiencia que permita desarrollar el proyecto vital; entre otras medidas, hay que combatir estereotipos que llevan a considerar de menor valor muchos trabajos «feminizados», o a dificultar el acceso de las mujeres a trabajos y profesiones tradicionalmente «masculinizados». La emancipación política, por otra parte, exige fomentar una mayor participación de las mujeres en el acceso a los ámbitos donde se ejerce el poder, elevar su cuota de representación como grupo social, lo cual permitiría aprovechar el talento de las mujeres y facilitar su liderazgo en proyectos y realidades políticas.

De entre las metas específicas que el Objetivo número 5 de los ODS establece, algunas de ellas presentan un carácter o tendencia hacia la generalidad; no obstante, otras se proyectan de forma específica o inespecífica sobre las relaciones de trabajo:

- 5.1. Acabar con todas las formas de discriminación contra las mujeres y niñas en todo el mundo
- 5.2. Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas tanto en los ámbitos de lo público y de lo privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación
- 5.4. Reconocer y valorar los cuidados no retribuidos y el trabajo doméstico mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social, así como mediante la promoción de la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país
- 5.5. Velar por la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles de la adopción de decisiones en la vida política, económica y pública

Y, como objetivo genérico, se refleja el de aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas a todos los niveles, incluido, por consiguiente, el específico y propio de las relaciones en el mundo del trabajo.

Sin duda, las diferencias de trato cuyo origen es únicamente el sexo o el género obligan a adoptar medidas visibles, consistentes y disuasorias de las conductas discriminatorias, por cuanto atentan gravemente a la dignidad humana. Esta cuestión se sitúa, jurídicamente hablando, en un lugar del ordenamiento jurídico de máximo nivel, el de protección y tutela de los derechos fundamentales: la activación de procedimientos de resolución de conflictos ágiles, rápidos y gratuitos en los lugares de trabajo con órganos y procedimientos específicos es una vía que debe ser explorada. Por lo demás, el ordenamiento punitivo y sancionador debe activarse ante conductas, actos y prácticas que repudian al más elemental sentido del derecho a la igualdad, asegurando la reparación de daños y la reposición de los derechos fundamentales concernidos.

A tal fin, las acciones positivas⁴, en primer lugar, pero también la transversalidad de las iniciativas, así como el establecimiento de cuotas en favor de las mujeres, entre otras, son iniciativas que han permitido producir avances visibles de la igualdad. No obstante esos avances, los mecanismos introducidos para promover el empoderamiento y liderazgo de las mujeres se enfrentan a grandes disparidades en todo el mundo.

Pero, indudablemente, no habrá emancipación y autonomía de las mujeres sin trabajo.

⁴ «... la relación de igualdad sobre la que insiste la acción positiva se establece entre grupos», por lo que, «la acción positiva está encaminada a realizar esa igualdad efectiva de oportunidades, expresada en el concepto 'representación' proporcional de los diversos grupos», BALLESTRERO, M^a V., «Acciones positivas. Punto y aparte», DOXA, núm. 19, 1996, pp. 91-109, las citas en p. 92.

Su participación en la fuerza de trabajo y en los mercados de trabajo es pieza indiscutible e indispensable para asegurar una existencia propia, libre y digna. Por esta razón, se produce una estrecha imbricación entre la consecución del Objetivo número 5 de los ODS y el Objetivo número 8, en relación con el *Trabajo decente y crecimiento económico*, que define las metas a alcanzar en el mundo del trabajo entre 2015 y 2030.

A pesar de que la participación femenina en el trabajo denominado «productivo» ha registrado aumentos significativos, desde su inicial incorporación al mismo las mujeres lo han hecho con su impronta de género⁵: persiste la segregación ocupacional horizontal y vertical en función del sexo y se mantienen injustas disparidades de carácter salarial. La presencia de las mujeres en los servicios de cuidado no retribuidos sirve de catalizador por parte de ellas para evitar gastos a sus familias, pero frenan su acceso al mercado de trabajo; dentro de éste, su alta participación en la economía informal, el trabajo precario y en puestos de trabajo de baja retribución continúan siendo una constante, quedando relegadas en los segmentos laborales y sociales próximos a la pobreza (sectores y actividades como el trabajo doméstico, la agricultura, el trabajo a domicilio, y el trabajo asistencial representan espacios de actividad económica en los que muchas mujeres encuentran una oportunidad laboral para proveerse de ingresos, generalmente bajos)⁶.

Continúan ocupándose de las labores de cuidado de familiares, hijos, enfermos, de la organización del hogar familiar; en definitiva, de la mayor parte del trabajo asistencial en el ámbito doméstico, excluido de toda connotación que lo aproxime al trabajo productivo y, en consecuencia, es en realidad trabajo de gran valor económico y social, pero no reco-

⁵ ALCÁÑIZ, M., «Género con clase: la conciliación desigual de la vida laboral y familiar», RES, número 23, 2015, pp. 29 y ss.

⁶ Ver el Informe OIT *Las mujeres en el trabajo, Tendencias 2016*, especialmente, pp. 6 y ss, 17 y ss, 30 y ss.

nocido ni remunerado. La desigualdad en el reparto de responsabilidades familiares y la escasez de servicios públicos adecuados limitan extremadamente sus posibilidades reales de vivir en igualdad de oportunidades con los varones en el acceso al empleo, en las condiciones de permanencia en él, así como en la promoción de sus carreras profesionales.

La consecución de puestos de máxima responsabilidad y el ejercicio de cargos de dirección en la gestión empresarial registra bajos niveles de participación de las mujeres⁷, lo que mantiene una «brecha» social inexplicable. En las esferas del liderazgo económico, la desigualdad por causa del sexo y del género provoca que, lejos de constituir un objetivo cada vez más cercano –dados los altos niveles de formación alcanzados en los últimos años por las mujeres–, se vea lastrado y sometido a constantes dificultades e impedimentos.

Aunque la desigualdad se manifiesta con carácter general en los ámbitos de la vida pública y privada, emerge de forma intensa principalmente en el mundo de las relaciones de trabajo. Antes de encontrar un empleo, las mujeres se enfrentan a circunstancias concretas de falta de equidad en la lucha por incorporarse al trabajo productivo, como puede ser la reorganización del trabajo doméstico que habitualmente venían desempeñando, la distribución y reparto de las responsabilidades familiares de las que habían venido ocupándose en exclusiva y sin ayuda; por otra parte, se enfrentan y han de combatir estereotipos de edad, belleza y presencia física comúnmente asociados a mujeres exitosas, etc. Pese a estos obstáculos, únicamente, por y a través del trabajo, pueden iniciar un proceso de emancipación personal para poder desarrollar su propio proyecto vital.

⁷ Informe OIT «La mujer en la gestión empresarial. Cobranza impulso», 2015. Ver en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_356969.pdf

En consecuencia, estas desventajas que se manifiestan desde que se decide buscar empleo remunerado e incorporarse al mercado de trabajo no son más que el inicio de una trayectoria en la cual sobrevendrán otras posteriores relativas a las condiciones de trabajo: las dificultades del manejo del tiempo de trabajo combinado con el de la vida propia y la propia familia, unas retribuciones cuya falta de transparencia encubre diferencias completamente injustificadas con las de sus homónimos varones que realizan un trabajo de igual valor, los obstáculos de la maternidad para dar continuidad a sus carreras profesionales y obtener ascensos en paridad de condiciones, los bloqueos a los accesos a puestos de alta dirección y responsabilidad, los ambientes de trabajo tóxicos cargados de prejuicios y de hostilidad hacia las mujeres, etc.

El objetivo no puede ser la incorporación de más mujeres a empleos precarios, sino de transformar la dinámica de los mercados laborales⁸, una dinámica segregacionista que impide realizar plenamente el principio de la igual dignidad de los seres humanos (art. 1.1 DUDH).

2. DESIGUALDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO: CUATRO ASPECTOS A REVISAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La segregación presenta manifestaciones concretas en parcelas específicas de la realidad laboral que constituyen auténticas rémoras para la consecución de una igualdad plena, real y efectiva. Cuatro aspectos concretos en los que se aprecian de forma intensa las disparidades de género son: 1. Las dificultades para conciliar la vida laboral y privada. 2. La discriminación retributiva. 3.– La carrera profesional y el acceso a puestos de especial responsabilidad. 4.– La violencia en el trabajo.

⁸ RAMOS QUINTANA, M.I., «Transformaciones del trabajo y derechos de las mujeres», Trabajo y Derecho, núm. 18, 2016, pp. 12-17, la cita textual en p. 13.

En estos específicos ámbitos se manifiestan con especial crudeza las dificultades a que se enfrenta el futuro del trabajo de las mujeres, un futuro que, a la vista de los lentos progresos alcanzados hasta ahora, requiere de un reconocimiento expreso de derechos laborales efectivos y «específicos de las mujeres»⁹.

Mientras se mantengan los roles culturales y estereotipos que asocian a las mujeres con una especial capacidad y natural habilidad para el cuidado del hogar y de los hijos y familiares, no se darán las condiciones indispensables para construir y vivir en una sociedad que acepte su plena autonomía decisoria en igual condición que los hombres. Por otra parte, cuando la sociedad asuma como algo completamente habitual que los varones se responsabilicen de sus hijos o familiares y del trabajo doméstico, algo habrá cambiado para poder avanzar en igualdad. Por otra parte, los cambios en el mundo de las relaciones de trabajo son igualmente indispensables, de modo que la incorporación de las mujeres al mismo no conlleve, de nuevo, la entrada en un territorio en el que predomina la precariedad, segregación, disparidad y pobreza. Se trata, pues, de distintos espacios pero estrechamente interrelacionados e interdependientes donde la desigualdad está completamente instalada, quedando relegadas las mujeres a posiciones de desventaja en el inicio, en el recorrido y en los resultados¹⁰.

Salarios inferiores, retribuciones no transparentes, aspectos no contemplados para su justa y equitativa retribución se encuentran en la base de otras desventajas que se circunscriben al funcionamiento de los sistemas de seguridad social. Las menores cotizaciones debido a los inequitativos salarios, los tiempos muertos de cotización debido a la retirada del mercado de trabajo con ocasión de la

maternidad y otras circunstancias familiares, la influencia de los trabajos a tiempo parcial involuntario en la menor carrera de cotización, las dificultades para conseguir puestos de responsabilidad, generalmente bien retribuidos, constituyen las bases sobre las que se asienta la segregación y la «brecha en las pensiones»¹¹. Una brecha que directamente produce impacto en la calidad de sus prestaciones económicas y que se manifiesta generalizadamente, pero en toda su crudeza cuando llega el final de la vida y se requiere de una pensión de jubilación suficiente que evite caer en situación de pobreza¹².

La conformación de la sociedad no puede quedar supeditada a la prevalencia irracional de un grupo social frente al otro y, si el acceso a puestos de máxima responsabilidad y poder económico se bloquea a las mujeres, los roles y estereotipos de dominación masculina continuarán consolidándose. Si no se aborda esta cuestión vital para la sociedad en el momento actual, asistiremos en el futuro a un mundo dirigido casi exclusivamente por varones, de modo que nada habrá cambiado. Hasta ahora, las regulaciones por parte de los Estados sobre estas cuestiones no han sido ni son precisamente «neutras»¹³, y esto es algo que debe cambiar por razones de equidad, introduciendo elementos de corrección y de cambio con perspectiva de género para conseguir una sociedad más equilibrada. A fin de que la humanidad pueda beneficiarse de ese equilibrio equitativo, habrá que explorar y obtener las ventajas que derivan del reconocimiento de las capacidades

⁹ Así lo propone CASAS BAAMONDE, M^a E., «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», *Revista de las Relaciones laborales*, número 1, 2017, pp. 1-18.

¹⁰ Vid. BALLESTRERO, M^a V., «Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita», *DOXA*, núm. 29, 2006, pp. 59-76; especialmente, pp. 73 y ss.

¹¹ Sobre este tema, *vid.* la monografía de GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

¹² «La idoneidad de las prestaciones también se ve afectada negativamente por las diferencias salariales entre hombres y mujeres, que con frecuencia son considerables, y por la postura que se adopta en algunos sistemas de sustituir las prestaciones de los cónyuges por derechos individuales a las prestaciones». Véase el informe emitido por la Asociación Internacional de Seguridad Social, *Family gender and social security* (Serie megatendencias). Ginebra, 2017.

¹³ PIORE, M. y SABEL, C., *La segunda ruptura industrial*, Editorial Alianza, Madrid, 1990, p. 28 y ss.

y experiencia que las mujeres pueden aportar por medio de sus conocimientos.

Es preciso avanzar hacia «un cambio de paradigma frente a la desigualdad»¹⁴: mayor grado de implicación de los poderes públicos con legislación, apoyo económico y estímulos fiscales y financieros y mayores recursos destinados a la educación en igualdad; mayor grado de diálogo, negociación y compromiso de los agentes económicos, sociales asumiendo la realidad de la disparidad por causa del género y cerrando acuerdos con entidad suficiente para ir hacia una remoción de obstáculos a la igualdad en el empleo y en el trabajo de las mujeres (aún está por explorar todo el campo de actuación de que puede disponer la negociación colectiva en este ámbito; en nuestro país, no acaba de consolidar prácticas efectivas de lucha contra la desigualdad pese a las posibilidades que en su día introdujo la Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). No menos relevante será el papel de la sociedad civil, interviniendo de forma activa en las causas de la desigualdad y sus manifestaciones y promoviendo la creación de entes, órganos y procedimientos allí donde sea preciso combatirla (erradicando roles de subordinación femenina que ofrecen una imagen degradada de la dignidad de las mujeres).

2.1. El conflicto «trabajo/familia y vida privada» como conflicto social

Las dificultades y tensiones personales, familiares y en los lugares de trabajo para una conciliación efectiva de responsabilidades familiares y profesionales ha conducido a plantear acertadamente este tema en términos de

auténtico «conflicto»¹⁵. Un «conflicto social» que incide en los roles y estereotipos culturales tradicionalmente atribuidos a mujeres y hombres y que estalla ante la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo. Se trata, pues, de un conflicto sistémico, por cuanto se encuentra en la base de un sistema social basado en una segregación acerca de las funciones que los individuos están llamados a desarrollar en razón de su sexo.

La conciliación y el equilibrio de intereses confrontados en las relaciones de trabajo, que son relaciones entre privados, continúa siendo un objetivo de ansiada realización puesto que, aun cuando ciertamente se visibilizan ciertos avances, persisten obstáculos y barreras a la incorporación de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad por causa del género históricamente denunciados¹⁶. Un asunto que, sin duda, concierne a hombres y mujeres del momento presente, pero que producirá importantes consecuencias para la vida y el trabajo de las generaciones futuras.

La contractualización de las condiciones de trabajo vinculadas al concepto de conciliación se efectúa por medio del contrato de trabajo que, ciertamente, ha integrado determinadas categorías –relacionadas fundamentalmente con la organización y distribución del tiempo de trabajo, dando lugar a adaptaciones, pero sobre todo a reducciones de la jornada de trabajo (en nuestro país, así lo refleja lo dispuesto en los arts. 37.3 a 37.8 LET)–. Pero bien es sabido que su configuración jurídica es incompleta y continúa estando «pensada para las mujeres», de modo que, solicitando reducciones de jornada, pueden

¹⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Los desafíos del conflicto trabajo-familia en el contexto de la feminización de las migraciones», *Revista Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41, 2016, pp. 367-385.

¹⁶ *Vid.*, entre otros, BALLESTER PASTOR, M^a A., «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pp. 31-36. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Madrid, Tecnos, 2015.

¹⁴ RAMOS QUINTANA, M.I., «El futuro de las mujeres. El futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real», en *El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita (Vol II). Madrid, OIT, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 243-258, la cita textual en p. 250.

trabajar a tiempo parcial para continuar ocupándose del trabajo doméstico y las responsabilidades familiares, como siempre habían venido haciendo y sin que nada cambie en la distribución de tareas y responsabilidades domésticas y familiares. Una fórmula que no hace más que perpetuar roles en función del sexo y del género.

Otro núcleo susceptible de intervención con una regulación más exhaustiva lo constituye el de la maternidad: ésta no debe continuar funcionando como barrera a la igualdad o como fuente de discriminaciones directas o indirectas¹⁷. Sin embargo, el déficit de protección en la cobertura de prestaciones por maternidad debe ser objeto de una especial atención para introducir mejoras sustanciales. La tenencia de hijos no puede continuar erigiéndose, directa o indirectamente, en desincentivo para trabajar, para mermar posibilidades de promoción o impedir a las mujeres realizar carreras de cotización y carreras profesionales «limpias» de todo vestigio de disparidad con los hombres¹⁸.

El análisis de qué tipo de políticas públicas sería necesario promover, para hacer de la conciliación un verdadero compromiso por parte de los organismos internacionales y de los distintos países, exige valorar adecuadamente el impacto efectivo de las mismas en la transformación y cambio de los estereotipos culturales, conforme a los cuales se perpetúa la imagen de la mujer como ser llamado de forma natural a ocuparse prioritariamente de la casa/familia.

Los resultados hasta ahora alcanzados en relación con fórmulas que permitan afrontar el conflicto «trabajo/familia y vida privada»

ponen de manifiesto la insuficiencia de medidas orientadas fundamentalmente hacia el ámbito de lo privado. Se pretende que sean los individuos (varones también, pero, sobre todo, mujeres) quienes resuelvan por sí solos sus dificultades para compatibilizar ambas realidades (a base de permisos, excedencias, trabajo a tiempo parcial, apartamiento del mercado de trabajo). Las soluciones que actualmente se manejan, y de ello se dará cuenta más adelante, contemplan la superación del concepto de conciliación por el de corresponsabilidad, involucrando a los hombres en las ocupaciones del hogar y atención de los familiares.

Es sabido que las medidas de conciliación que comenzaron a ser introducidas con carácter general en los años 90 del siglo XX, como una acción incardinada dentro del principio de igualdad de oportunidades, han postulado básicamente el regreso al hogar, con permisos y licencias para facilitar la conciliación¹⁹, lo cual no ha alterado en lo más mínimo el viejo contrato social de base que adjudica a las mujeres ese rol tradicional. Las mujeres han lidiado con la «doble jornada»²⁰, considerada también como «doble presencia»²¹ o, en términos más realistas, «jornada interminable»²², en referencia a un supuesto de doble tiempo de la vida para el trabajo. En suma, la conciliación ha sido diseñada pensando en las mujeres y reproduce los esquemas de la división sexual del trabajo. Por consiguiente, continúa apartando a las mujeres del ámbito de lo público, lo que genera desigualdad en el acceso a los recursos en la libertad de realización de

¹⁹ Véase, BALLESTER PASTOR, M^a A., «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». Revista de Derecho Social, núm. 51, 2010, p. 31 y ss.

²⁰ FRIEDAN, B., *La segunda fase*, Plaza y Janés, Barcelona, 1983, p. 35 y ss.

²¹ BALBO, L., «La doble presencia» en AAW, *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Editorial Icaria, Barcelona, 1994, p. 14 y ss.

²² DURÁN, M^a A., *La jornada interminable*, Editorial Icaria, Barcelona, 1986, p. 22 y ss. FERNÁNDEZ-COLLADOS, M^a B., «La doble jornada femenina y sus consecuencias» en SÁNCHEZ-TRIGUEROS, C (Dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Thomson – Aranzadi, 2006, pp. 120 y ss.

¹⁷ En nuestro ordenamiento, así lo advierte el art. 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: «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».

¹⁸ El Informe OIT sobre *Mujeres en el Trabajo, Tendencias 2016*, ya citado, pone de manifiesto en cifras los déficit de cobertura en la protección de maternidad, p. 36 y ss.

los propios proyectos y en la capacidad de hacerlos efectivos²³.

Si verdaderamente se pretende acometer una nueva orientación sobre el conflicto «trabajo/familia y vida privada» que, al mismo tiempo combata estereotipos tradicionales y permita avanzar en igualdad, hay que introducir medidas diferentes con orientación distinta, inclusiva e igualitaria²⁴. Ello demanda efectuar un cambio sustancial, cuando menos, en dos ámbitos específicos:

Primero: en el ámbito privado, particularmente, en el de las relaciones de trabajo, con un replanteamiento en torno a cuatro núcleos de cuestiones: i) la atribución en exclusiva a los varones de determinados derechos laborales de conciliación que no sean susceptibles de ser compartidos por las mujeres; ii) la ordenación y organización del tiempo de trabajo (sustituir el modelo de la separación del mercado de trabajo por horario flexible con adaptación –que no, reducción– de la jornada de trabajo); iii) la introducción de medidas legislativas que impidan toda desventaja de las mujeres en la carrera profesional por la tenencia de hijos e hijas cubriendo las etapas del embarazo, parto y postparto; iv) el establecimiento dentro de los sistemas de protección social de mecanismos que eviten la pérdida de derechos de prestación por la tenencia de hijos o el cuidado de familiares.

Segundo: en el de los servicios públicos, con la creación de una red de servicios de cuidados familiares encaminados a atender fundamentalmente el de los menores y de las personas mayores; asimismo, el robustecimiento de los servicios sanitarios y otros, como el transporte público, o la incorporación de una medida específica como la limitación de horarios de trabajo por sectores productivos, contribuirían igualmente a hacer más viable la conciliación

del trabajo con las responsabilidades de la vida privada²⁵. La inversión pública en este tipo de servicios arrojaría resultados positivos para la actividad económica y la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Al mismo tiempo, contribuiría a romper esquemas tradicionales del imaginario colectivo en torno a roles y estereotipos asignados a varones y mujeres.

Un aspecto fundamental ya mencionado y que se ha colocado en el centro de las principales propuestas que emanan de la OIT es la necesidad de considerar, reconocer, valorar y dotar de caracteres de productividad el trabajo realizado en el hogar familiar, profesionalizándolo; esta es una de las líneas centrales en las que vienen trabajando los documentos más recientes de la OIT para un futuro del trabajo de las mujeres más igualitario. Esta opción de «recuperación» del valor económico y social de los trabajos de cuidado permitiría aflorar millones de puestos de trabajo e integrar dicho trabajo, que hasta ahora no contabiliza para medir el PIB de cada país, en los regímenes de cotización a los sistemas de protección social²⁶. Sin duda, encerraría un gran potencial de libertad para las mujeres y una vía de emancipación económica y social.

En suma, ofrecer un marco de propuestas para relanzar las políticas laborales a fin de hacer compatible la vida laboral y familiar corresponsabilizando a los hombres, implica potenciar ciertos mecanismos dentro de la legislación laboral. Es preciso configurar nuevos y más efectivos derechos de titularidad masculina en exclusiva, ampliar la duración de los permisos de paternidad, realizar ajustes en las carreras de cotización por los cuidados de familiares y trabajo doméstico, así como corregir los sesgos de segregación en cotizaciones, prestaciones y

²³ SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, Editorial Alianza, Madrid, 1995, p. 45 y ss.

²⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Editorial Comares, Granada, 2016, pp. 65-67.

²⁵ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., «*Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo*» RL, núm. 2, 2006, pp. 1201 y ss.

²⁶ RAMOS QUINTANA, M.I., «*Las mujeres y el futuro del trabajo: las iniciativas de la OIT*», Trabajo y Derecho, número 4, 2015, p. 99 y ss.

promoción profesional de las mujeres por causa de la maternidad²⁷.

2.2. La discriminación retributiva: la infravaloración del trabajo realizado por las mujeres en el origen de la misma

La verificación de las causas y la formulación de propuestas para superar la rémora histórica de la discriminación retributiva de las mujeres por causa del sexo y del género en los mercados de trabajo constituyen el segundo de los grandes núcleos necesitados de atención con propuestas renovadas de intervención.

Pese a que el Convenio número 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración (1951) estableció el conocido principio jurídico de: «*igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*» (artículo 1, b), y pese a que en zonas geográficas como Europa, ya desde la promulgación del Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea introdujo la prohibición de toda discriminación salarial entre hombres y mujeres (artículo 119), la segregación retributiva por géneros en el mercado de trabajo subsiste con carácter general²⁸, incluso entre mujeres con alto grado de cualificación profesional.

²⁷ Promover un mejor equilibrio entre vida laboral y vida privada es uno de los tres grandes retos que se propone alcanzar la UE por medio de la iniciativa aprobada en el Consejo de 7 de marzo de 2011, Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020). Este es, asimismo, uno de los principios que sustentan en Pilar Europeo de Derechos Sociales, Punto 5. *Igualdad de género y equilibrio de vida privada y profesional*: aumentar la participación de las mujeres en el trabajo; permisos parentales adecuados (para hombres y mujeres); acceso a servicios de cuidados; modalidades flexibles de trabajo, incluido el trabajo a tiempo parcial.

²⁸ CASAS BAAMONDE, M^a E., «*De la igualdad de retribuciones por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo Derecho antidiscriminatorio*», Relaciones Laborales, núm. 23/24, 2002, p. 107 y ss.

La continuidad de la «brecha» o *gap* existente no hace más que explicitar en cifras la desigualdad en la valoración del trabajo que realizan las mujeres²⁹. El análisis de los factores que la explican y la imputación de conductas claramente discriminatorias en este campo han justificado la adopción de medidas más insistentes en la legislación laboral, así como el interés despertado porque sea la negociación colectiva el instrumento artífice de la remoción de la situación de disparidad salarial.

Las desviaciones que conducen a la disparidad vienen representadas sobre todo por la alta concentración de mujeres en trabajos poco valorados y mal remunerados, el trabajo a tiempo parcial involuntario, los componentes de la estructura del salario que indirectamente perjudican a las mujeres como grupo social, por ejemplo, los estímulos a la antigüedad o vinculación ininterrumpida con la empresa, por lo que resulta justificada la reclamación de mayor transparencia en la determinación y composición del salario. Las interrupciones del trabajo debidas a la maternidad, o cuidado de familiares lastran los vínculos con la empresa y tiene su reflejo directo en los niveles de retribución en comparación con los homónimos varones.

El otro gran factor de desviación del salario y la retribución percibidos por las mujeres lo representa, en un elevado porcentaje, la escasa presencia de las mismas en puestos de especial responsabilidad empresarial, que normalmente conllevan mejores niveles de retribución, es otro elemento que, de transformarse las tendencias hasta ahora registradas, contribuiría decisivamente a combatir las desigualdades inexplicables de retribución.

La persistente desigualdad retributiva entre hombres y mujeres obliga a denunciar

²⁹ Véase, como obra de referencia en esta materia, BALLESTER PASTOR, M^a A., *Discriminación retributiva por razón de sexo*, Albacete Ed. Bomarzo, 2018, quien insiste en el concepto de estereotipada valoración del trabajo realizado por mujeres.

malas prácticas que se detectan, por cuanto aun utilizando una importante franja de indicadores para su verificación, sin embargo, revelan un amplio margen donde la disparidad retributiva «inexplicable». Ello lleva a considerar la probabilidad de que puedan existir verdaderas conductas discriminatorias. En estos momentos, resulta necesario acometer una serie de iniciativas de carácter evaluador y de diagnóstico en el campo de la retribución salarial a fin de adoptar medidas adecuadas y eficaces en sus resultados. A este respecto, los Informes anuales de la OIT sobre los salarios en el mundo resultan una herramienta fundamental para ajustar los diagnósticos y proponer medidas innovadoras que atajen la abrupta diferencia de valoración del trabajo prestado por las mujeres.

El más reciente informe mundial sobre salarios de la OIT 2018/2019 revela, por una parte, el lento crecimiento de los salarios en el año 2017, el más bajo crecimiento desde 2018, pese al crecimiento económico experimentado, lo que ha generado un intenso debate. Por otra parte, y desde la perspectiva de género, en casi todos los países existe disparidad salarial, registrándose un 20% de menor salario en las mujeres a nivel mundial. Los factores habituales que pueden justificar tal disparidad, como los niveles de educación, no son el motivo, dice el Informe. Asimismo, refleja que el salario de las mujeres que son madres es inferior al de las mujeres que no lo son, lo que conduce a establecer un nuevo parámetro para comprender las causas de desigualdad retributiva, como es la «disparidad por maternidad». Los salarios son más bajos en empresas en las que predomina el trabajo de las mujeres, en comparación con los salarios de empresas cuyo perfil productivo es similar, pero cuya composición de género es diferente (un aspecto contrastado en el ámbito geográfico de Europa, en particular). El Informe propone políticas y recomendaciones que pueden facilitar la reducción de la disparidad, a fin de contribuir a robustecer la meta 8.5 de

los ODS, esto es, el derecho a la igualdad de remuneración pro un trabajo de igual valor³⁰.

Es preciso aportar resultados rigurosos y conclusivos acerca de cuáles son los factores que continúan contribuyendo (directa o indirectamente) a la desigualdad retributiva entre hombres y mujeres, lo que, sin duda, constituye una labor de máxima relevancia; ofrecer, asimismo, resultados específicos acerca de cómo influyen dichos factores en los distintos ámbitos de la actividad económica, y si contribuyen a mantener la segregación ocupacional por géneros, atribuyendo a las mujeres mayoritariamente trabajos poco cualificados y escasamente retribuidos. Es de vital interés conocer los niveles retributivos de las mujeres que ocupan puestos de relevancia y liderazgo a fin de analizar si persisten discriminaciones directas o indirectas en la composición y cuantificación del salario en los niveles más altos de la carrera profesional. En cuanto a las modalidades contractuales, especialmente, se deben valorar las repercusiones del trabajo a tiempo parcial (voluntario e involuntario) en las carreras profesionales de las mujeres, así como en las prestaciones que les pueden proporcionar los sistemas de protección social.

Se puede comprender fácilmente que la introducción de factores de corrección en la determinación del salario base, los complementos salariales y no salariales de la retribución, en particular, los complementos vinculados a tiempo de trabajo, continuidad y antigüedad en el trabajo, son elementos de análisis necesarios, así como la exigencia de aplicar el principio de transparencia en la determinación y composición de los salarios en las empresas.

³⁰ El Informe titulado «*El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016. Transformar las economías para realizar los derechos*», emitido por ONU Mujeres, señalaba un 24% de brecha salarial entre hombres y mujeres en todo el mundo, de lo que cabe deducir que algunas medidas introducidas y en algunas zonas geográficas, básicamente, la brecha se ha reducido. Ver: <http://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/4/progress-of-the-worlds-women-2015>

Averiguar cuáles son las causas, dónde radican los elementos determinantes de la persistente disparidad salarial es completamente indispensable para combatirla: modalidades contractuales, tiempos de trabajo y sistemas de retribución deben ser analizados a fin de verificar si incorporan elementos aparentemente «neutros», pero que originan un efecto negativo en el grupo social de las mujeres. Ha de profundizarse en los sistemas de la distribución de los componentes de la retribución, aun en los de naturaleza extrasalarial y comprobar si los mismos responden a modelos en los que su distribución interna beneficia fundamentalmente a trabajadores varones³¹, produciendo desigualdad salarial en el trabajo y dentro de la propia empresa³² (Ramos Quintana, 2017).

En el año 2014, la Comisión Europea dio a conocer un documento titulado «*Cómo combatir la brecha salarial en la UE*», el cual establecía una serie de factores causantes y determinantes de la disparidad salarial: a) por discriminación directa o abrupta en el lugar de trabajo, percibiendo las mujeres un salario inferior por trabajo de igual valor; b) en diferentes empleos y en diferentes sectores marcadamente femeninos predominan salarios bajos, unido al trabajo en el hogar, que no es retribuido; c) las prácticas laborales y los sistemas salariales ponen de manifiesto que la estructura del salario y sus componentes pueden dar lugar a condiciones de remuneración diferentes; d) la infravaloración del trabajo y de las capacidades de las mujeres lleva a concluir que el mayor esfuerzo físico suele estar mejor retribuido, el predominio de hombres en actividades y sectores lleva aparejado fre-

cuentemente mayor nivel de retribución, las capacidades de las mujeres son objeto de infravaloración general y en las profesiones en que están muy representadas se abonan salarios bajos: e) la escasa presencia de mujeres en puestos de liderazgo y de alto nivel; f) ciertas tradiciones y roles de género inciden sobre el salario, pues determinan el papel a desempeñar en la sociedad, por lo que las mujeres que ocupan puestos de responsabilidad en sectores masculinizados cobran normalmente más que aquellas que los ocupan en sectores fuertemente feminizados; g) la conciliación de vida laboral y familiar lleva a las mujeres a trabajar menos horas, incrementándose la brecha salarial cuando las mujeres tienen hijos y trabajan a tiempo parcial.

Aquel documento, de utilidad valiosa, igualmente estableció cuáles serían las ventajas para la sociedad derivadas de la eliminación de la brecha, entre las que cabe destacar las siguientes: 1ª. Creación de una sociedad más justa e igualitaria, lo que produce beneficios económicos a la sociedad en general y contribuye a erradicar la pobreza, especialmente, tras la jubilación. 2ª. Creación de empleos de calidad, pues para atraer talentos resulta indispensable la presencia de las mujeres, dados los altos niveles de formación que han alcanzado. 3ª. Beneficios de las empresas, los trabajadores y la economía, potenciando las altas capacidades de las mujeres, lo cual representa un estímulo a la innovación. 4ª. Valorar a las mujeres por el trabajo que prestan, siendo remuneradas de forma justa por sus competencias contribuye a mejorar el rendimiento en la empresa, reteniendo al personal más cualificado y ofreciendo una imagen positiva a los clientes. Las empresas que aplican planes de igualdad ofrecen los mejores ambientes de trabajo y los trabajadores se sienten más motivados, innovadores y productivos. 5ª. Disminución de procesos judiciales y reclamaciones, evitando controversias por incumplimientos y prácticas discriminatorias. 6ª. La igualdad retributiva es la base para la recuperación y el crecimiento económicos, al haber contribuido sustancialmente las mujeres durante el período de la crisis a aumen-

³¹ Así lo puso de manifiesto en 2016 el Informe sobre salarios en el mundo de la OIT, señalando que los trabajos mejor retribuidos son los de trabajadores con puestos de especial responsabilidad; en tal sentido, la brecha existente en relación con el acceso de las mujeres a dichos puestos de trabajo, explica en parte la disparidad salarial que les perjudica, *Global Wage Report 2016/2017, Wage Inequality in the Workplace*, Geneva, 2016.

³² RAMOS QUINTANA, M. I., «Concentración de la riqueza y desigualdad salarial», *Trabajo y Derecho*, número 27, 2017, pp. 9 y ss.

tar las finanzas familiares; mantener vivas la igualdad y la erradicación de la brecha salarial contribuirá a la creación de empleo, la competitividad y la recuperación económica.

En síntesis, son algunas propuestas que merecen ser consideradas a fin de contribuir a superar la odiosa discriminación y la segmentación en el mercado de trabajo por razón de género, que sitúa a las mujeres en posición de desventaja al recibir el trabajo por ellas realizado una menor valoración económica y una menor consideración social y cultural.

2.3 La promoción profesional: las dificultades para ascender y ejercer liderazgo

En la gestión empresarial, ha ido adquiriendo especial importancia el ascenso de las mujeres a puestos de máximo nivel de responsabilidad. Del mismo modo que la consecución de puestos relevantes en el ámbito de lo público y el ejercicio de cargos políticos tuvo su recorrido y dificultades, y aún continúa teniendo, existe un debate específico en torno a cuáles son las dificultades que continúan impidiendo a las mujeres ocupar puestos directivos en las estructuras empresariales y, en fin, en los ámbitos de toma de decisiones económicas. Este aspecto se erige en piedra angular para que la sociedad pueda llegar a beneficiarse del talento y la capacidad de gestión de las mujeres, especialmente, en un momento histórico en que están en condiciones de aportar niveles muy cualificados de educación y formación.

En enero del año 2015, la OIT dio a conocer un Informe titulado *«La mujer en la gestión empresarial. Cobrando impulso»*, revelador de algunos datos de máximo interés para comprender las dificultades existentes en este ámbito a nivel global³³. Este es, quizá, uno de

los documentos de la organización internacional que mejor reflejan el panorama al que se enfrentan las mujeres en el mundo de la gestión empresarial. La conclusión de dicho Informe ha aportado una propuesta innovadora: promover la igualdad de género en el lugar de trabajo además de ser la opción justa es la más inteligente.

Por otra parte, el Informe del Fondo Monetario Internacional titulado *«Las mujeres, el trabajo y la economía: Beneficios macroeconómicos de la equidad de género»* reflejó que las mujeres representan más de la mitad de la población mundial, pero su contribución a la actividad económica medida, al crecimiento y bienestar se encuentra muy por debajo de su potencial y ello representa importantes consecuencias de índole macroeconómica³⁴. Continúan abiertos los interrogantes acerca del por qué las mujeres no alcanzan a ocupar puestos de máxima responsabilidad en la gestión empresarial, pese a que han aumentado exponencialmente sus niveles de formación y cualificación profesional.

Analizar y conocer cuáles son esos factores se erige en la tercera gran cuestión a abordar y resolver de forma justa y eficaz con el fin de identificar el perfil del futuro del trabajo de las mujeres, aportando propuestas que combatan esta realidad, permitiendo aprovechar económicamente el talento de las mujeres.

Dar a conocer las circunstancias por las cuales las mujeres no logran «tocar el techo de cristal» en condiciones equitativas respecto de los hombres, con ser imprescindible, no resulta suficiente. El objetivo final será proponer medidas acerca de cómo y de qué forma las empresas pueden implementar nuevas acciones encaminadas a robustecer la presencia de la mujer en los cargos de máximo ejercicio de poder y gestión.

³³ http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_335674/lang--es/index.htm.

³⁴ FMI: Departamento de Estrategia, Políticas y Evaluación y Departamento de Finanzas Públicas. Septiembre (2013).

Intercambio de experiencias empresariales combinadas con políticas públicas que incorporen acciones positivas y reserva de cuotas en los consejos de administración de las empresas pueden resultar dos tipos de medidas complementarias y eficaces. Las iniciativas empresariales que han dado lugar a resultados positivos y otras que pudieran comenzar a aplicarse disponen de un marco excepcional de intercambio, cual es el diálogo social y la negociación colectiva tanto en el sector público como en el privado. Se precisa realizar una diagnosis de la situación actual de las circunstancias en las que continúan impidiendo a las mujeres alcanzar los puestos y niveles de mayor responsabilidad y que permiten el ejercicio del poder y del liderazgo profesional, político y social.

2.4. Erradicar la violencia y el acoso a las mujeres en el trabajo

La violencia hacia las mujeres de forma general y, en particular, en las relaciones de trabajo constituye el epicentro de cualquier acción en favor de la igualdad. Representa el pilar esencial sobre el que únicamente puede construirse la igualdad, dado que la violencia en cualquiera de sus formas es la más clara manifestación de la vulneración y ataque a la dignidad de las mujeres. Las resistencias a los avances de la igualdad están presentes en múltiples manifestaciones recientes de violencia hacia las mujeres, que se unen a las que tradicionalmente se han proferido contra ellas tanto en el ámbito doméstico, como social, cultural y político.

La violencia contra las mujeres expresa la forma más abrupta de la discriminación. Como se recordará, la discriminación contra la mujer fue definida en el art. 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) aprobada por Naciones Unidas el

18 de septiembre de 1979³⁵. La Recomendación General n° 19 de la CEDAW está referida específicamente a la violencia contra la mujer y en 1993, Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer³⁶.

Un ambiente tóxico impregnado de convivencia con las distintas maneras y formas de agredir la dignidad de las mujeres impide cualquier forma de convivencia pacífica. Mientras poderes públicos y sujetos privados no aborden esta cuestión de forma decidida y sin tolerancia alguna a esas formas violentas, expresión de un dominio de hombres que la sociedad actual ya no soporta, será completamente imposible superar la desigualdad en ámbitos específicos, incluido el del trabajo. Las mujeres y las niñas tienen derecho a vivir en paz, llevando una vida con pleno respeto a su identidad como mujeres y desarrollando sus existencias como sujetos libres.

Por ello, a pesar de las medidas que se han venido adoptando especialmente en el ámbito específico del acoso laboral en todas sus modalidades, la violencia continúa teniendo múltiples manifestaciones en los lugares de trabajo o a causa o como consecuencia del trabajo³⁷, por lo que es preciso destacar que la iniciativa de la OIT y sus mandantes tripartitos de promover un instrumento de ordenación jurídica internacional que se encuentra en curso de avanzada tramitación puede considerarse un logro importante para un futuro donde mujeres y hombres puedan trabajar y convivir en paz.

³⁵ Entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981.

³⁶ Que no dispone de la misma fuerza vinculante que la CEDAW. El 20 de diciembre de 1993, en sesión plenaria, Naciones Unidas adoptó su Declaración Universal sobre la Eliminación de la Violencia sobre la Mujer, que los gobiernos pueden aprobar mediante Protocolo adjunto a la CEDAW.

³⁷ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., «La violencia en el trabajo: perfiles jurídicos» en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Pamplona, Thomson Reuters- Aranzadi, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017, pp. 315-334.

3. LA INICIATIVA MUNDIAL RELATIVA A LAS MUJERES EN EL TRABAJO

Una de las denominadas *Siete iniciativas del Centenario* se ocupa específicamente del trabajo de las mujeres³⁸. Es la identificada como *Iniciativa del centenario de la OIT relativa a las mujeres en el trabajo: impulso en favor de la igualdad*. Con ella se propone analizar por qué han sido tan lentos hasta ahora los progresos para hacer realidad el trabajo decente para las mujeres. Pero su función no reside únicamente en esa labor de diagnóstico de la situación actual, sino que trata de encontrar respuestas al interrogante mediante el cual se formula la pregunta: qué es necesario hacer con el fin de garantizar un futuro mejor para las mujeres en el trabajo.

La Iniciativa de las mujeres fue presentada en la Memoria del Director General ante la Conferencia Internacional del Trabajo (107ª reunión) correspondiente al año 2018³⁹. Con ocasión del cumplimiento de los primeros 100 años de la OIT en 2019, esta Iniciativa se sitúa en uno de los centros de atención de los debates globales suscitados a nivel mundial por iniciativa de la propia organización internacional. Mediante ella, sin duda, se ha querido dar un protagonismo específico a la realidad actual del trabajo en las condiciones en que es prestado por las mujeres.

La invisibilidad de un importante volumen de trabajo realizado por mujeres asociado al funcionamiento del hogar familiar (trabajo doméstico) y el cuidado de las familias, o de personas dependientes representa una fractura importante en el funcionamiento de los mercados de trabajo, que no integran debidamente este tipo de empleos ya que carecen de reconocimiento profesional, están poco, mal o

no remunerados y de forma ciertamente habitual se mueven en la economía informal. O son realizados por mujeres sencillamente por considerarlos trabajos que «ellas» deben asumir por su propia condición y sin esperar remuneración alguna a cambio. Un trabajo que no contabiliza, que carece de valor económico y social, resulta invisible y es sencillamente inexistente al cuantificar el producto interior bruto de los países.

La Iniciativa propiamente dicha invita a abrir un debate y ofrecer propuestas de regulación por parte de gobiernos, empleadores, trabajadores y sociedad civil considerando la necesidad de una eventual intervención a través de normas internacionales. Está llamada a formar parte de los grandes acuerdos y eventualmente de la adopción de los correspondientes instrumentos en la 108ª reunión de la Conferencia Internacional a celebrar en este emblemático año 2019 para la OIT.

Los contenidos de la Iniciativa específica relativa a las mujeres en el trabajo se centran en torno a seis núcleos temáticos. El primero de ellos aparece formulado en términos de interrogante: ¿Por qué es el mundo del trabajo injusto con las mujeres?. A dicha pregunta se ofrece una contestación basada en los datos extraídos de las condiciones de empleo y de trabajo registradas a nivel mundial. Básicamente, se destacan aspectos tan determinantes de la posición de desigualdad como los siguientes: Ser mujer significa un 30% menos de probabilidades de incorporarse a la fuerza de trabajo y, con frecuencia, trabajar en los últimos peldaños de la escala económica. Pocas mujeres logran alcanzar puestos de liderazgo y poder en el mundo de la empresa. La mayoría de mujeres con sueldos bajos trabaja mayoritariamente en trabajos informales y formas atípicas de empleo. En los últimos quince años, las mujeres se han concentrado mayoritariamente en el sector servicios con ocupaciones específicas y mal remuneradas. Continúan cobrando alrededor de un 20% menos al mes que los hombres, incluso si realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, por lo que sus ingresos han sufrido mayor

³⁸ Las seis restantes son las relativas al futuro del trabajo, para poner fin a la pobreza, la iniciativa verde, la iniciativa relativa a las normas, la relativa a las empresas y la iniciativa sobre la gobernanza. Todas ellas fueron presentadas en 2013 por el director General de la OIT, en el seno de la 102ª Conferencia internacional.

³⁹ Documento ILC.107/DG//B.

contracción. La probabilidad de ser víctima de actos de fuerza y violencia, como el acoso en el trabajo, es más elevada en las mujeres, que soportan un generalizado ambiente de hostilidad.

El segundo núcleo de cuestiones que postula la Iniciativa conduce a debatir y proponer respuestas en relación con *Nuevas oportunidades y problemas que datan de antiguo*. Se ha podido detectar cómo, pese a los importantes logros registrados en los últimos quince años en materia de igualdad, los resultados alcanzados en el mundo del trabajo continúan siendo escasos y decepcionantes. Esta realidad es la que condujo a convertir la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer en el Objetivo número 5 de la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030 de Naciones Unidas, a fin de lograr, entre otros, un trabajo decente para todas las mujeres y hombres, así como la igualdad retributiva por razón de género y por causa del sexo. Los trabajos y tareas de cuidado son esenciales para la sociedad: la atención y cuidado de los niños, pero también de personas de edad avanzada debido al aumento de la esperanza de vida, demandan una atención cada vez más especializada. Si la calidad de estos empleos es demasiado baja, el incentivo para trabajar en ellos fuera del hogar sería demasiado escaso para las mujeres y nulo para los hombres. Por consiguiente, la especialización y profesionalización de este nicho de empleos constituye una pieza fundamental para el avance de la igualdad.

Por otra parte, la digitalización de la economía y los cambios introducidos por las innovaciones tecnológicas podrían ser potencialmente fuente de aumento del empleo de las mujeres y su participación en el mercado de trabajo: la necesidad de emplear fuerza física en el manejo de máquinas y herramientas puede desaparecer paulatinamente en beneficio de nuevas tareas de carácter tecnológico; a las mujeres les podría resultar fácil acceder a las mismas superando la brecha segregacional de tradicionales puestos o trabajos considerados «masculinos». En la economía de plataformas o *gig economy* aparecen, sin

embargo, nuevos sesgos por razón de género y diferencias inexplicables en la valoración del trabajo de mujeres y hombres: segregación salarial, realización de tareas «poco complejas» por parte de las mujeres, mayoritariamente por causa de la atención de responsabilidades familiares. Por consiguiente, sería preciso determinar qué medidas se necesitan para gestionar las oportunidades y riesgos derivados de la economía digital, huyendo de perpetuar roles que conducen a la discriminación y a los salarios bajos para las mujeres.

El tercer eje temático de la Iniciativa analiza las relaciones existentes entre *trabajos-ingresos y libertad de acción*. El documento de la OIT revela que, tras las encuestas pertinentes, en todo el mundo se ha puesto de manifiesto que las mujeres como regla general desean «tener un empleo remunerado», con independencia de que se encuentren trabajando o estén inactivas o en situación de desempleo. Por consiguiente, es indispensable centrar el interés en buscar fórmulas que permitan colmar esas aspiraciones de acceso al trabajo remunerado, frente a la abrumadora realidad y circunstancias en que se desenvuelve gran parte de las tareas y los trabajos de los que se ocupan las mujeres.

El trabajo representa para las mujeres confrontar una triple dimensión: el uso del tiempo, la percepción de ingresos y la libertad de acción personal. Tiempo de trabajo y tiempo de descanso son dos variables que dependen fundamentalmente de las responsabilidades familiares y domésticas que deben asumir y con las que deben cargar. Esas variables no operan de igual modo en los hombres. Los roles de género y los estereotipos tradicionales vinculados al sexo masculino todavía existentes les permiten a ellos hurtar del tiempo necesario para atender sus responsabilidades familiares y domésticas el que continúan dedicando en favor del trabajo o del ocio, con una cierta conformidad social irracional e incomprensible. Asimismo, el nivel retributivo logrado por las mujeres se erige en factor condicionante de aspectos tan relevantes como su supervivencia y la de su familia, así como

su libertad de acción o autonomía personal. Esta emancipación como individuo y como ser social en las mujeres solo puede venir de la mano del trabajo remunerado. Es lo que les permite, además, huir y liberarse de relaciones abusivas y violentas.

La Iniciativa de la OIT pide propuestas y respuestas sobre cómo resolver esta ecuación de tiempo, descanso y libertad de acción, a sabiendas de que cuanto menos sean los ingresos del trabajo y menor el tiempo de descanso, menor será también el espacio de libertad humana y de acción de las mujeres. Y dicho bajo otros parámetros, esta misma ecuación permite verificar cómo la maternidad y la paternidad no afectan por igual a hombres y mujeres.

Dentro del cuarto núcleo de temas escogidos para abordar las perspectivas del futuro del trabajo de las mujeres, el documento de la OIT se pregunta si *vamos bien encaminados*, en el sentido de poner en cuestión si las medidas hasta ahora adoptadas resultan adecuadas, suficientes y están bien planteadas para resolver el grave problema de la desigualdad. Especialmente se pregunta por la labor que puede desarrollar la propia organización internacional para impulsar eficazmente la igualdad en un futuro. En el pasado, la OIT se propuso atender el trabajo prestado por mujeres desde la perspectiva de la *protección*, especialmente, en el campo de la salud laboral vinculado a la maternidad, si bien posteriormente ha integrado el valor de la igualdad de género como un avance en materia de justicia social. No se puede olvidar el abanderamiento que históricamente ha hecho la OIT en favor de la igualdad retributiva entendida como igual retribución por trabajo de igual valor, considerado de *«importancia particular y urgente»* en su Constitución de 1919 y consagrado posteriormente en el Convenio número 100, sobre igualdad de remuneración (1951).

Para la conciliación de la vida laboral y familiar, concebida con perspectiva de género, se adoptó el Convenio número 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981). El citado instrumento concibe la con-

ciliación del trabajo con las responsabilidades familiares como un medio apto para obtener buenas condiciones de trabajo y calidad de vida, cuestionando el modelo tradicional y presentando la necesidad de que los hombres participen en dicha conciliación; no obstante, es un Convenio que solo cuenta con 44 ratificaciones, pese a la importancia que este tema ha ido cobrando en las sociedades actuales. La maternidad, como aspecto vinculado a la necesaria protección social de las mujeres que trabajan – hasta ahora, generalmente y salvo excepciones, como es el caso de España, para las que trabajan solo de forma remunerada– como principio largamente defendido por la OIT, sin embargo manifiesta un elevado déficit de consecución a nivel mundial (el 70% de mujeres que trabajan no dispone de esta protección entendida como prestación económica).

Otros aspectos no menos relevante, como es el trabajo a tiempo parcial, en cuanto modalidad aparentemente neutra dentro de las de contratación laboral, sin embargo, ha sido objeto de análisis exhaustivos hasta encontrar en su interior manifestaciones de trabajo prestado de forma precaria e involuntaria, incorporando tácitos y explícitos elementos de segregación por género en el mercado de trabajo y en los sistemas de protección social. De todo ello ha dado cuenta la labor de la OIT, como asimismo en el campo de las realidades del trabajo de las mujeres, visibilizando como modalidad laboral el trabajo no remunerado para el cuidado de personas y valorando el trabajo doméstico realizado por las mujeres a título gratuito (19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, 2013). Por último, la violencia y el acoso en el trabajo conforman otro espacio relevante de acción internacional, considerando que lastra el acceso de la mujer al trabajo decente y al empoderamiento económico y dando lugar a una iniciativa que puede culminar en la adopción de nuevas normas internacionales a este respecto. Finalmente, las dificultades de las mujeres para acceder a puestos de liderazgo y de carácter ejecutivo centran un gran interés en la Iniciativa; en particular, en 2015 se llevó a cabo una encues-

ta mundial que mostró la necesidad de emprender medidas eficaces de conciliación y de ruptura con estereotipos sociales y culturales empresariales, haciendo varios llamamientos a valorar y aprovechar el talento de las mujeres en la gestión de empresas.

La Iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo propugna explorar y avanzar «*más allá de las prácticas habituales*». En este sentido, es importante resaltar cómo el documento toma en consideración la necesidad de producir avances, pero no de forma estanca y fragmentada, interviniendo sobre unos aspectos específicos en detrimento de otros, sino por el contrario, se reflexiona acerca de la conveniencia de introducir medidas interrelacionadas respecto de los avances en el campo de la igualdad de género. En este sentido, los propios objetivos de la Agenda 2030 se encuentran interrelacionados y son interdependientes entre sí, ya sea los específicos de la igualdad de las mujeres con los del trabajo decente, entre otros. Enfoques innovadores y transversalidad con interrelación pueden ser referentes significativos a seguir en la toma de decisiones si se pretende ir hacia un impulso efectivo y eficaz en el campo de la igualdad.

Una nueva economía del cuidado aparece como primera propuesta objetivamente formulada en la Iniciativa para ir *más allá de las prácticas ya conocidas* o experimentadas. La creación de una economía del cuidado basada en el trabajo decente aportará elementos para avanzar decisivamente en la igualdad de las mujeres: el déficit de servicios y estructuras de cuidados accesibles, unido a la circunstancia de que mayoritariamente los trabajos de cuidado no remunerados/no valorados/infra remunerados recaigan sobre las mujeres, permite albergar esperanzas de que un cambio de tendencia en ambos espacios redundará en una mayor igualdad. Ha de tenerse en cuenta que una quinta parte de las trabajadoras en el mundo se encuentra en los sectores de la educación, salud y trabajo doméstico. Esa economía no solo debe crecer, sino que ha de mejorar. El gran reto para la OIT sería contribuir eficazmente a fin de convertir los cuidados de

calidad (como ha propuesto el FMI y el BM) en un componente esencial de los sistemas nacionales de Seguridad Social.

Fortalecer el control por parte de las mujeres de su propio tiempo figura como otra idea destacada a explorar. Cualquier solución requiere, indefectiblemente, de una mayor asunción de tareas familiares y domésticas por parte de los hombres, si bien no basta con ello. Son precisas mayores dosis de servicios públicos y gratuitos de atención y cuidado –un aspecto en el que la Iniciativa no entra de forma específica–, profesionalizando tareas y creando empleos de calidad, y es imprescindible avanzar en el manejo y gestión del tiempo de trabajo no solo por parte de las empresas, sino también de las trabajadoras y trabajadores. Se habla del derecho de mujeres y hombres a pedir un horario de trabajo que responda a sus necesidades y preferencias individuales. Todo el proceso de diversificación de modalidades contractuales debería extenderse igualmente al lugar y al tiempo de trabajo, dos aspectos nucleares de toda relación de trabajo. El manejo y control del tiempo implica poder solicitar modalidades de trabajo flexibles, ocupar un papel relevante para determinar las horas de trabajo, velando siempre porque tales modalidades no incurran en déficit de trabajo decente para las mujeres, y donde el diálogo y la negociación colectiva estarían llamados a jugar un papel muy significativo. Pero, sin duda, los gobiernos de los países han de desarrollar una función fundamental en la promoción de estas modalidades, así como en la ordenación jurídica del tiempo de trabajo, permitiendo a los trabajadores poder solicitar regímenes específicos de organización de sus tiempos.

La justa valoración del trabajo realizado por mujeres se erige en otro aspecto a atender de forma particular: aun no existen métodos estadísticos que permitan valorar adecuadamente la contribución del trabajo de las mujeres a las economías, al producto interior bruto de cada país, sin excluir la adecuada medición del valor añadido que representa la aportación del trabajo de las mujeres («*el valor que añaden las mujeres a través del trabajo*», según

indica textualmente el documento de la OIT). El segundo elemento indispensable para esa justa y adecuada valoración exige introducir la transparencia en la retribución salarial: la combinación de políticas públicas con medidas privadas dentro de las empresas para hacer efectiva la transparencia aseguraría un mejor conocimiento de las causas de discriminación retributiva y un mejor modo de poner en práctica herramientas adecuadas que permitan combatirla.

Conocer la opinión y aumentar la representación de las mujeres constituye una propuesta específica formulada por la Iniciativa en su quinto punto. El aumento de las protestas a nivel mundial contra el maltrato sufrido por las mujeres en el trabajo y en otros ámbitos se ha disparado desde que fue anunciada la Iniciativa por la OIT, lo que pone de manifiesto la responsabilidad a asumir en esta materia. El uso de medios de comunicación para denunciar abusos y maltratos ha ido en aumento, generando importantes movimientos mundiales de protesta. De este modo, no solamente se postula una mayor participación de la voz y representación de las mujeres en el mundo del trabajo, sino también en la propia OIT. Actualmente, existe un consenso tripartito interno en la OIT por promover más y más eficaces formas de participación de la mujer que, sin embargo, no ha producido todos los resultados que cabría esperar.

Por último, acabar con la violencia y el acoso representa el objetivo y tema de cierre de reflexiones, propuestas y anuncios de acciones futuras que postula esta acertada Iniciativa. En estos momentos, existe un escenario de avances en las consultas planteadas a gobiernos, empleadores y trabajadores que permiten albergar confianza en que la OIT, nada más y nada menos que en la Conferencia Internacional conmemorativa de su primer centenario, pueda aprobar un instrumento específico llamado a combatir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, aspecto que, como es sabido, afecta en mayor medida a las mujeres.

El apartado Sexto de la Iniciativa se dirige específicamente a hacer varios llamamientos. Muy destacable entre ellos, el lanzado a los delegados de la Conferencia Internacional, por cuanto han sido llamados a presentar sus propuestas al Consejo de Administración, pero también a la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT.

Pues bien, el Informe mundial presentado por esta el pasado 22 de enero contiene un conjunto de medidas para lograr la igualdad de género que serán analizadas a continuación.

4. LOS AVANCES EN MATERIA DE GÉNERO EN EL INFORME DE LA COMISIÓN MUNDIAL DEL CENTENARIO DE LA OIT

Bajo el título *Trabajar para un futuro más prometedor* ha sido presentado el tan esperado Informe encargado a la Comisión Mundial. El apartado específico en relación con el futuro del trabajo de las mujeres aparece denominado como *Una agenda transformadora para lograr la igualdad de género* y ha aportado algunas paredes maestras que pueden representar logros importantes para avanzar en igualdad. El documento refleja lo que los expertos integrantes de la misma consideran que debe inspirar una auténtica «agenda» en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

Dicha agenda se presenta en su función de transformación de los estereotipos vinculados al género, insertándose dentro del Apartado 2 del Informe destinado a impulsar *El cumplimiento del contrato social: un programa centrado en las personas*. En ese contexto, el tratamiento del futuro del trabajo de las mujeres comienza indicando la innecesidad de recordar el imperativo social y económico de la igualdad de género. Tal imperativo se da por admitido en la sociedad actual. Y, sin embargo, se reconoce la lentitud en que se mueven los cambios que cabría esperar tras haber puesto en marcha medidas jurídicas e institucionales

para prohibir la discriminación y promover la igualdad, e igualmente ha de destacarse la paradoja que supone que, mientras en muchos países se ha alentado a las mujeres a incorporarse a los ámbitos dominados por los hombres, ese proceso no tiene un correlato inverso y no se invita a los hombres a adentrarse en los ámbitos tradicionalmente considerados femeninos.

La primera recomendación explícita en el Informe se refiere a las políticas para la promoción del objetivo conforme al cual hombres y mujeres compartan los cuidados y las responsabilidades domésticas:

- instauración y ampliación de aquellas prestaciones vinculadas a permisos que animen a ambos progenitores a compartir tales responsabilidades en pie de igualdad
- mayor inversión en servicios públicos de cuidados, con un reparto equilibrado de las obligaciones del Estado y de la familia
- impulso de medidas tendentes a fomentar la rendición de cuentas a fin de impulsar la igualdad (diagnóstico, iniciativas, evaluación de resultados serían medidas eficaces en este ámbito)
- tomar en consideración el trabajo dedicado a los cuidados, lo que repercutirá en una mayor valorización del mismo y puede revelar mejor el grado de bienestar nacional y mundial
- fomentar políticas de transparencia salarial que arrojar luz sobre las diferencias salariales basadas o con causa en el género y facilitar su corrección
- elaborar, medir y actualizar las acciones afirmativas, las cuotas entre ellas, con el fin de que verifiquen si continúan siendo pertinentes para avanzar en la igualdad
- configurar derechos de participación activa de las mujeres: es preciso, dice el In-

forme, que «se potencie la voz, la representación y el liderazgo de las mujeres» (p. 35). Esta potenciación ha de llegar al ámbito de la economía informal y de la formal, a los gobiernos, organizaciones de trabajadores y de empleadores, así como en las cooperativas, de modo que exista por parte de ellas una participación activa en todo proceso de toma de decisiones. El Informe clara y explícitamente pide a gobiernos, organizaciones sindicales y de empleadores que promuevan «una mayor representación de la mujer y den su apoyo a esta medida»

- aprovechar las oportunidades de las innovaciones tecnológicas, puesto que las innovaciones debidas a la introducción de la tecnología se consideran positivas a los efectos de contribuir a una mayor igualdad: facilidades para el conocimiento y acceso a oportunidades de empleo, el acceso a financiación y al crédito a través de dispositivos electrónicos puede ser un instrumento y acicate de determinados procesos de desarrollo económico
- advertir, no obstante, que los nuevos modelos de negocio en la economía digital están reproduciendo brechas de género: los algoritmos utilizados para encontrar puestos de trabajo con frecuencia contienen sesgos de género. Se trata de puestos de trabajo considerados «del mañana» por lo que se pide la adopción de medidas concretas para garantizar la igualdad de oportunidades.
- eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, algo que será indispensable para asegurar una efectiva igualdad de género

Estas son las medidas específicas que se proponen para dar contenido a la «agenda» en materia de igualdad.

No obstante, otras de carácter transversal que figuran en el propio Informe, sin duda

alguna, también contribuyen, aun desde su naturaleza universal, a la mejora de las situaciones de discriminación por causa del género. Entre ellas cabría considerar las siguientes.

Una de las medidas propuestas en el Informe es la implantación y puesta en marcha de una «garantía laboral universal» con el fin de facilitar un piso de protección social para todos los trabajadores y en todas las formas de empleo, incluyendo el trabajo por cuenta propia y asegurando una financiación sostenible y los principios de solidaridad y reparto de riesgos. Existen por otra parte, algunas regulaciones sobre este estándar mínimo en algunos Estados, si bien con características y naturaleza diferenciadas como es el caso de Canadá, Holanda o Finlandia. Una medida como esta influirá directa e indirectamente en un mayor grado de autonomía y de emancipación de las mujeres, ya que les aportará un mínimo ingreso para su propia subsistencia ante la perspectiva inmediata de continuar ocupándose de la realización de trabajo doméstico y de cuidados de la familia de forma no remunerada.

Otra medida transversal que repercutirá en gran medida en la posición de las mujeres en el trabajo del futuro es la relevancia que presenta la exigencia de un mayor y estricto cumplimiento de los derechos fundamentales. Entre ellos, hay que destacar que la prohibición del trabajo forzoso merece una actuación decidida no solo por parte de los empleadores sino también por los poderes públicos: gran parte del trabajo forzoso que aún continúa prestándose está vinculado a la trata de mujeres y la prostitución, un fenómeno que hay que combatir con medidas sancionadoras disuasorias, con formación e información adecuadas, para lo cual son precisas inversiones efectivas. Entre los derechos fundamentales en el trabajo, la prohibición de todo tipo de discriminación encuentra, de nuevo, en el género uno de los más importantes factores a combatir; un salario vital adecuado, que aparece considerado como nuevo derecho fundamental representa para las mujeres una aspiración no solo legítima sino un foco de reivindicaciones

vinculadas a disponer de ese salario «adecuado» incluyendo la percepción de la misma retribución por igual trabajo o trabajo de igual valor con respecto a un trabajador varón comparable.

La «garantía de la seguridad y salud en el lugar donde se preste la actividad» (ya no se contrae al «lugar de trabajo», sino a aquel en que materialmente «se presta» la actividad, lo que supone ampliar el radio de acción de su cobertura, alcanzando espacios nuevos como el domicilio o la calle u otros lugares donde tenga lugar la realización de trabajo) juega igualmente como elemento transversal para las mujeres. Una gran parte del trabajo a domicilio y del teletrabajo continúa siendo realizado por mujeres, a lo que se unen nuevas formas de trabajo en la economía digital al prestar servicios de transporte, suministro de alimentos o mercancías, servicios de alojamiento, etc. que se desarrollan mediante algoritmos y aplicaciones digitales, sin un «lugar físico» de trabajo aportado por la empresa. Igualmente, hay que recordar que las condiciones de seguridad y salud encuentran en la maternidad (embarazo, parto y lactancia) espacios propios de regulación específica para las mujeres, ya sea previniendo riesgos derivados del trabajo en estas situaciones (además de la protección de la función procreadora ante el contacto con agentes nocivos, un aspecto hasta ahora muy poco atendido), o bien otorgando prestaciones suficientes para hacer frente a la falta de ingresos debido a tales circunstancias.

Entre las medidas transversales es preciso insistir en la propuesta de ampliar la soberanía sobre el tiempo, mediante una ordenación del tiempo de trabajo que facilite a los trabajadores más opciones sobre sus horarios y su tiempo de trabajo para conciliar la vida profesional con la vida familiar.

Un aspecto fundamental, como es la limitación de tiempos máximos de horas de trabajo en ese marco de «soberanía» personal, guarda estrecha relación con la necesidad de hombres y mujeres de contemplar en ellos su distribución. Y tal distribución ha de

contemplar la obligación de ser adaptados y organizados teniendo en cuenta las responsabilidades familiares de cada uno. No basta, pues, con establecer la duración máxima (algo que realmente ya existía, pero no con esta consideración como «derecho fundamental del trabajo»), sino que la «limitación de tiempos máximos» vaya acompañada en su modo de organizarlos con el adecuado encaje con la conciliación, vinculada a otros derechos fundamentales, en particular, el de igualdad y el derecho a tener una familia.

Este, en particular, constituye un núcleo «duro» de regulación del tiempo de trabajo del que, aun cuando puedan beneficiarse por igual hombres y mujeres, no es menos cierto que en la realidad tendrá un impacto directo sobre el modo en que las mujeres organizan sus tiempos de trabajo y no trabajo: más opciones sobre sus horarios podría implicar más adaptaciones y menos reducciones de jornada, facilitando permanecer en el trabajo con más calidad y garantías sin tener que verse obligadas a recurrir a la fórmula del tiempo parcial como única vía para hacer posible el cuidado de los dependientes, los hijos, la familia y el trabajo doméstico.

Igualmente, teniendo en cuenta, como dice el Informe, las necesidades de los trabajadores de garantía de una horas mínimas de trabajo y de unas condiciones de trabajo previsibles, lo que redundaría en menos precariedad en función de la superación de fórmulas contractuales que permiten escasas horas de trabajo y conducen a la pobreza, se apunta la conveniencia de avanzar hacia relaciones de trabajo dotadas de condiciones que resulten «previsibles» para el trabajador. Tal previsión apunta esencialmente a dos núcleos importantes: jornada y salario. Sin duda, un mayor grado de certeza sobre cuál es la jornada de trabajo a cubrir –una exigencia que debería completarse con la obligación de que así figure en el contrato de trabajo– y una certidumbre acerca de cuál es la retribución a percibir por los servicios prestados y los conceptos por los que se retribuye otorga-

rían mayor certeza a las mujeres acerca de los presupuestos básicos para su autonomía personal: tiempo e ingresos. Representan dos variables esenciales para que las mujeres puedan avanzar en su aspiración de igualdad y emancipación. Desde luego que el reconocimiento del derecho a la desconexión digital fuera del horario habitual de trabajo, en cuanto novedad ya introducida en varios ordenamientos, significa un auténtico desafío de futuro para completar la configuración de la separación de los tiempos de trabajo y tiempo de vida privada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÑIZ, M., «*Género con clase: la conciliación desigual de la vida laboral y familiar*», RES, número 23, 2015, pp. 29-55.
- CASAS BAAMONDE, M^a E., «*¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?*», Revista de las Relaciones laborales, número 1, 2017, pp. 1-18.
- «*De la igualdad de retribuciones por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo Derecho antidiscriminatorio*», Relaciones Laborales, núm. 23/24, 2002, pp. 107-124.
- BALBO, L., «La doble presencia» en AAVV., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Editorial Icaria, Barcelona, 1994.
- BALLESTER PASTOR, M^a A., «*Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad*». Revista de Derecho Social, núm. 51, 2010, pp. 31-36.
- *Discriminación retributiva por razón de sexo*, Albacete Ed. Bomarzo, 2018.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., «*Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo*» RL, núm. 2, 2006, pp. 1201-1223.
- DURÁN, M^a A., *La jornada interminable*, Editorial Icaria, Barcelona, 1986.
- FERNÁNDEZ-COLLADOS, M^a B., «*La doble jornada femenina y sus consecuencias*» en SÁNCHEZ-TRIGUEROS, C (Dir), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Thomson – Aranzadi, 2006, pp. 120 y ss.
- FRIEDAN, B., *La segunda fase*, Plaza y Janés, Barcelona, 1983.

- GRAU PINEDA, C., y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad social. La brecha de género en el sistema de pensiones.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PIORE, M. y SABEL, C., *La segunda ruptura industrial*, Editorial Alianza, Madrid, 1990.
- RAMOS QUINTANA, M.I., «*Las mujeres y el futuro del trabajo: las iniciativas de la OIT*», Trabajo y Derecho, número 4, 2015, pp. 99-103.
- «*Transformaciones del trabajo y derechos de las mujeres*», Trabajo y Derecho número 18, 2016, pp. 12-17.
 - «*Concentración de la riqueza y desigualdad salarial*», Trabajo y Derecho, número 27, 2017, pp. 9-13.
 - «*El futuro de las mujeres. El futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real*», en *El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita (Vol II). Madrid, OIT, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 243-258, la cita textual en p. 250.
- RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., «*La violencia en el trabajo: perfiles jurídicos*» en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Pamplona, Thomson Reuters– Aranzadi, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017, pp. 315-334.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «*Los desafíos del conflicto trabajo-familia en el contexto de la feminización de las migraciones*», *Revista Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41, 2016, pp. 367-385.
- *Tiempo de trabajo y vida privada*, Editorial Comares, Granada, 2016.
- SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, Editorial Alianza, Madrid, 1995.

RESUMEN

Este artículo aborda el análisis de varios documentos lanzados por la OIT con motivo de la celebración de su centenario, cuyos contenidos postulan, entre otros aspectos, contemplar ciertas innovaciones jurídicas en relación con el futuro del trabajo de las mujeres.

Básicamente, hay que destacar, en primer lugar, los contenidos incluidos en la *Iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo*, una de las siete que se han puesto en marcha a partir de 2014. Por medio de ella, la OIT ha querido realizar una evaluación de la situación de la mujer en el mundo del trabajo en los años precedentes a 2019 –año del centenario–, así como formular propuestas para un impulso en favor de la igualdad. Desde entonces, se ha tratado de recabar la opinión de los mandantes tripartitos y los expertos de la OIT, así como de voces autorizadas en esta materia. El proceso ha concluido con las propuestas que sobre esta cuestión ha formulado la Comisión Mundial, encargada de elaborar el Informe sobre el futuro del trabajo, propuestas que son objeto de interés crítico en esta aportación.

Los trabajos de cuidado continúan estando generalmente fuera del «trabajo productivo». Con frecuencia son objeto de escasa valorización y de baja retribución o se mueven en el ámbito de la economía informal, formando parte del trabajo no declarado. Esa combinación de elementos representa un potente factor de segregación económica y social y de pobreza de las mujeres.

El análisis de ciertos factores que continúan produciendo segregación en el mercado de trabajo por causa del género y dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres constituye otro elemento central de esta contribución.

Las desigualdades continúan estando presentes en, al menos, tres fases del contacto de las mujeres con el mundo del trabajo: en el acceso al empleo, en la relación de trabajo y en el ámbito específico de la promoción profesional.

Las acciones a emprender para combatir la desigualdad deben ser abordadas fundamentalmente en relación con cuatro áreas específicas: conciliación de vida laboral y vida privada, enfrentar con eficacia la discriminación retributiva, garantizar el ascenso de las mujeres a puestos de liderazgo y especial responsabilidad y acabar con la violencia y el acoso a las mujeres en el mundo del trabajo.

La metodología empleada en la realización de este artículo parte del análisis exhaustivo de una serie de documentos ofrecidos por la OIT a lo largo de 2018 y comienzos de 2019 en los cuales se han sugerido propuestas de innovación jurídica sobre el trabajo realizado por las mujeres.

El análisis de dichos documentos pone de manifiesto que, si tales propuestas se llevaran a cabo efectivamente, ello comportaría la necesidad de introducir cambios e innovaciones en la legislación laboral internacional y, eventualmente, en la legislación interna de los países miembros de la OIT, incluida España. Tales cambios afectarían fundamentalmente a las siguientes cuestiones:

1. Las normas aplicables a la conciliación de la vida laboral y familiar. En este sentido, la OIT propugna nuevos avances para incorporar a los hombres a los trabajos domésticos y trabajos de cuidado de familiares, ampliar permisos de paternidad y dar mayor soberanía a trabajadores y trabajadoras en el uso y manejos de sus tiempos. Esto último implicaría una mayor certeza sobre los tiempos de trabajo efectivo y una clara separación con los tiempos indispensables para el desarrollo de la vida privada. Tales medidas repercutirán en una mayor igualdad por razón de género al permitir a las mujeres más autonomía e independencia personal.

2. Las normas aplicables a la retribución salarial de hombres y mujeres. Lejos de haber alcanzado el objetivo de una igual retribución por trabajo de valor igual entre hombres y mujeres, la disparidad retributiva persiste. Actualmente está cifrada a nivel mundial en un 20% menos para las mujeres. La OIT propone introducir mayor transparencia en la composición del salario y verificar las desviaciones que se producen en trabajos fuertemente «masculinizados» o excesivamente «feminizados». Ello permitiría comprobar la extensión sobre los salarios de los estereotipos sociales vinculados al género.
3. Las normas aplicables a la promoción profesional de las mujeres. Es preciso analizar por qué las mujeres continúan teniendo tantas dificultades para acceder a puestos de poder y de especial responsabilidad. En ese ámbito, se ha detectado que la maternidad y las responsabilidades familiares continúan actuando como barreras al ascenso y la promoción profesional de las mujeres.
4. Las normas aplicables a la violencia y el acoso sobre las mujeres en el trabajo. En este ámbito específico de la desigualdad más abrupta, la OIT está avanzando los trabajos correspondientes a fin de poder adoptar en 2019 un nuevo Convenio internacional que por vez primera introduzca una legislación laboral internacional que sanciona y castiga estas conductas en el trabajo.

La parte final de este documento aborda el examen exhaustivo del documento más reciente de la OIT, lanzado por la Comisión Mundial designada para elaborar el informe sobre *El futuro del trabajo* con ocasión del primer centenario de la OIT.

El informe contiene, por una parte, medidas específicas para la igualdad por razón de género, que son presentadas como una «agenda» transformadora de la realidad actual; por otra, contiene medidas generales y transversales que repercutirán igualmente en avances en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

Las medidas específicas insisten en mejorar las condiciones y el régimen jurídico de la conciliación entre vida laboral y familiar, superando estereotipos sociales que relegan a las mujeres a las responsabilidades familiares. Más servicios públicos para facilitar la conciliación entre trabajo y familia, así como una valoración de los trabajos de cuidado podrían repercutir positivamente en una mayor igualdad para las mujeres. Las medidas específicas contemplan la necesidad de superar la brecha salarial por género, resaltando el deber de introducir un mayor grado de transparencia y conocimiento de los elementos que componen el salario para superar los componentes que puedan ser discriminatorios (de forma directa o indirecta).

Entre las medidas generales, cabe destacar la implantación de la «garantía laboral universal» que garantice un mínimo de protección social para todos los trabajadores con independencia del tipo de empleo que tengan. Esta medida puede beneficiar principalmente a las mujeres que participan en trabajos precarios o en trabajo a tiempo parcial involuntario. Asimismo, les beneficiará el impulso de los derechos fundamentales en el trabajo que el informe propone realizar, así como la garantía de adecuadas condiciones de seguridad y salud en el trabajo, especialmente, por causa de la maternidad.

Por último, el informe invoca la necesidad de asegurar a los trabajadores mayor soberanía y control sobre sus tiempos de vida privada y de trabajo. Cualquier medida que se adopte sobre esta cuestión repercutirá directamente sobre el trabajo de las mujeres, atrapadas en situaciones de doble jornada y de doble presencia como resultado de sus responsabilidades laborales y familiares.

Palabras clave: Desigualdad; discriminación; género; mercado de trabajo; empleo; promoción profesional; liderazgo de las mujeres; trabajos de cuidado, pobreza.

ABSTRACT This paper analysis of several documents launched by the ILO in the context of its centenary celebrations, whose contents postulate, among other aspects, certain legal innovations in relation to the future of women's work.

In the first place, it is necessary to highlight the contents included in the promoted by ILO initiative entitled *The women at work*, one of the seven that have been launched since 2014. Through it, the ILO wanted to make an assessment of the situation of women in the world of work in the years preceding 2019 –centennial year–, and formulate proposals for a boost in favor of equality. Since then, efforts have been made to seek the views of tripartite constituents and ILO experts, as well as authorized voices in this area. The process has concluded with the proposals on this issue made by the World Commission, responsible for preparing the Report on the future of work, proposals that are the subject of critical interest in this contribution.

Care work continues to be generally outside «productive work». They are often subject to low valuation and low retribution or move within the informal economy, forming part of undeclared work. This combination of elements represents a powerful factor of economic and social segregation and poverty of women.

Another central element of this contribution is the analysis of certain factors that continue to produce segregation in the labor market due to gender and hinder effective equality between women and men.

Inequalities continue to be present in at least three phases of women's contact with the world of work: in access to employment, in the work relationship and in the specific field of professional promotion.

The actions to be undertaken to combat inequality must be addressed fundamentally in relation to four specific areas: reconciliation of work and private life, effectively addressing wage discrimination, guaranteeing the promotion of women to positions of leadership and special responsibility and ending violence and harassment of women in the world of work.

The methodology used in the preparation of this article is based on the exhaustive analysis of a series of documents offered by the ILO throughout 2018 and the beginning of 2019 in which proposals for legal innovation on the work done by women have been suggested.

The analysis of these documents shows that, if such proposals were actually carried out, this would imply the need to introduce changes and innovations in the international labor legislation and, eventually, in the internal legislation of the member countries of the ILO, including Spain. Such changes would fundamentally affect the following issues:

1. The rules applicable to the work and family life balance. In this sense, the ILO advocates new advances to incorporate men to domestic and family care work, expanding paternity leave and giving greater sovereignty to workers in the use and management of their times. The latter issue would imply a greater use about the times of effective work and a clear separation with the indispensable times for the development of private life. Such measures will result in benefit to gender equality by allowing women more autonomy and personal independence.
2. The rules applicable to the remuneration of men and women. Far from having achieved the objective of equal remuneration for work of equal value between men and women, the remuneration disparity persists. It is currently estimated worldwide at 20% less for women. The ILO proposes introducing greater transparency in the composition of the salary and verifying the deviations that occur in strongly «masculinized» or excessively «feminized» jobs. This would make it possible to verify the extension of social stereotypes linked to gender on wages.

3. The rules applicable to the professional promotion of women. It is necessary to analyze why women continue to have so much difficulty in accessing positions of power and special responsibility. In this area, it has been detected that motherhood and family responsibilities continue to act as barriers to the promotion and professional advancement of women.
4. The norms applicable to violence and harassment of women in the workplace. In this specific area of the most abrupt inequality, the ILO is advancing the corresponding work in order to be able to adopt in 2019 a new international Convention that for the first time introduces an international labor legislation that sanctions and punishes these behaviors at work.

The final part of this document deals with the exhaustive examination of the most recent ILO document, launched by the World Commission designated to prepare the report on the future of work on the occasion of the first centenary of the ILO. The report contains, on the one hand, specific measures for equality based on gender, which are presented as an «agenda» transforming current reality; on the other, it contains general and transversal measures that will also have an impact on progress in terms of equality between men and women.

The specific measures insist on improving the conditions and the legal regime of work and family life balance, overcoming social stereotypes that relegate women to family responsibilities. More public services to facilitate work and family life balance, as well as an assessment of care work could have a positive impact on more equality for women. The specific measures contemplate the need to overcome the gender wage gap, highlighting the duty to introduce a certain degree of transparency and knowledge of the elements that make up the salary to overcome the components that may be discriminatory (directly or indirectly).

Among the general measures, it is worth highlighting the implementation of the «universal labor guarantee» which guarantees a minimum of social protection for all workers, regardless of the type of employment they have. This measure can mainly benefit women who participate in precarious work or involuntary part-time work. Likewise, they will benefit from the promotion of fundamental rights at work that the report proposes to carry out, as well as the guarantee of adequate safety and health conditions at work, especially because of the maternity.

Finally, the report invokes the need to ensure workers more sovereignty and control over their private and working life. Any action taken on this issue will directly affect the work of women, trapped in double-day situations and double presence as a result of their work and family responsibilities.

Keywords: Inequality; discrimination; gender; labor market; employment; career advancement; women's leadership; care jobs; poverty.

Liderazgo femenino ante la cuarta revolución industrial

Female leadership in the face of the fourth industrial revolution

CONSUELO FERREIRO REGUEIRO*

«Mujer de ánimo varonil», así aparece descrita Isabel La Católica en diferentes crónicas y autores, considerando que esta identidad con lo masculino denotaba su capacidad para el gobierno al que estaba llamada. Otras crónicas, en este caso inglesas, atribuyen a Isabel I de Inglaterra las siguientes palabras: «Sé que no tengo el cuerpo necesario, el mío es el débil de una mujer, pero tengo el corazón y los estómagos de un rey, del rey de Inglaterra». De nuevo el arquetipo masculino es reclamado para sí por la propia soberana, para evidenciar la fuerza connatural al ejercicio del poder.

El poder, el ostentar el poder, concebido de forma diferente según las también diferentes etapas de la Historia, al tiempo que según las instituciones y entidades en donde reside, es más próximo a lo que en la actualidad se denomina «liderazgo» o desempeño de puestos de responsabilidad directiva.

1. LA DUDA TEÓRICA DEL MODELO MASCULINO DE LIDERAZGO

Si San Agustín¹ apreció la resurrección de la mujer, ser menos perfecto que el varón, en

su propio cuerpo, lo que zanjó una importante discusión de aquel momento, el Padre Feijoo introdujo un modelo de ejercicio del poder propio de ella cuando elaboró los presupuestos que jurídicamente articularían el principio de igualdad de trato –creo sin que esa fuera su voluntad– formulado cincuenta años después en la Revolución Francesa. En su «Discurso en Defensa de las Mujeres» (entre 1726 y 1739)² analizaba la igualdad no como la cualidad de una persona o de un objeto o de una situación en sí mismos, sino como originaria de la comparación entre personas, objetos o situaciones. Estimaba que la consideración diferente de los dos sexos en atención a su capacidad, que conlleva a un trato también diferente, no era racional y, por ello, debía concluir en lo que en la actualidad denominamos «proscripción de la discriminación». Y adelantaba un modelo de actuación de la mujer bien diferente del masculino recogido en el Discurso ya referido, sentenciando que: «Mi voto, pues, es que no hay desigualdad en las capacidades de uno y otro sexo. Pero si las mujeres, para rebatir a importantes despreciadores de su aptitud para las ciencias y las artes, quisieran pasar de la defensiva a la ofensiva, pretendiendo por juego de disputa superioridad respecto de los hombres, pueden usar de los argumentos

* (USC) Red Cielo.

¹ (1988). La ciudad de Dios. En: *Obras completas de San Agustín*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, XXII, 17, pág. 900.

² (1984). *Teatro Crítico Universal*. Santiago de Compostela: Edicións Sálvora, S.A., págs. 129 y ss.

propuestos más arriba, donde de las mismas máximas físicas con que se pretende rebajar la capacidad de las mujeres mostramos que, con más verosimilitud, se infiere ser la suya superior a la nuestra»³.

Surgió, pues, al menos desde la temprana Ilustración, una duda referida a si para la ostentación del poder, que obedecía a un modelo masculino, la mujer estaba capacitada, lo que significaba en caso de una respuesta afirmativa que podría haber otros modelos de liderazgo. Ocurrió, además y avanzados los tiempos, que el reconocimiento del principio de igualdad por razón de sexo puso en primera línea de discusión la crisis de ese modelo. En este sentido y pasando por alto los avances de la Filosofía Ilustrada y de la Revolución Francesa, del movimiento de las sufragistas y de la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo con ocasión de la II Guerra Mundial, conviene recordar la posición representada por Simone de Beauvoir, para quien la mujer no nacía, sino que se hacía producto de las fuerzas sociales que confluían en la construcción de su identidad, y que, por consecuencia, la mujer aprendía entonces a serlo y a ocupar el lugar para el que estaba llamada. Si se cambiaban los elementos de ese aprendizaje, la mujer podría adoptar otros comportamientos⁴, razón por la cual estaba en manos de la sociedad superar las diferencias y la detentación del liderazgo masculino.

Contrariamente, Helen Fisher, sin rechazar que los hábitos sociales colaboran en la conformación del carácter de la mujer, afirma que nace mujer y que esa sería la razón para sostener que tiene sus propias características⁵.

Desde cualquiera de las dos posiciones, el modelo masculino de ejercicio del poder –conocido hodiernamente como modelo «tacheris-

ta», por identificación con la que fue primera ministra británica Margaret Thatcher–, se descarta, y con él la imagen de la mujer que adopta las armas y estrategias de trabajo del hombre según se observa, entre otras, en las películas «Armas de mujer» (Mike Nichols, 1988) o «Lo que piensan las mujeres» (Nancy Meyers, 2000).

Por lo anterior, conviene traer a colación otros modelos y, por ser diferentes los criterios que afrontan el estudio del liderazgo⁶ según las también diferentes disciplinas, interesa en cuanto a la investigación de los del liderazgo transformacional y del transaccional. Judy Rosener⁷ considera propio del primero el estímulo de la participación y de las capacidades de los miembros del equipo, la colaboración, la organización del poder horizontal y el compartir información. Mientras que del segundo destaca la organización vertical del poder, la supervisión y control del rendimiento, la emisión de órdenes y la distribución de recompensas o de penalizaciones. Así, pudiera ser más cercano a las mujeres el liderazgo transformacional, y de los varones el otro. Supone tal retomar la discusión de si la mujer nace o se hace, de si ella ejerce ese liderazgo porque le es propio o por la influencia socio-cultural. También es cierto que para algunos no hay diferencia entre mujeres y hombres en el liderazgo –corriente negacionista⁸– o que esa diferencia, de existir, se encuentra en la variada

⁶ Sin ánimo exhaustivo, es interesante conocer desde la Psicología Organizacional como las conductas de los modelos de líder causan un impacto diverso en los equipos. En este sentido se ha pronunciado Daniel Goleman con su clasificación de líder visionario, entrenador personal, líder afiliativo, líder democrático, líder controlador o líder autoritario [(1996). *Inteligencia emocional*. Madrid: Kairós].

⁷ (1990). *Ways women lead*. En: *Harvard Business Review*, nº 68, págs. 119-123.

⁸ Cfr. LÓPEZ-ZAFRA, E. y DEL OLMO, S. (1999). *Estereotipia de género y liderazgo transformacional en contextos de trabajo típicamente femeninos*. En: *Revista de Psicología Social Aplicada*, nº 9, págs. 53 y ss. Esta posición ha sido muy defendida por el semanario *The Economist*, que argumenta que la variabilidad de estilos y cualidades dentro de cada género es mayor que la variabilidad entre géneros.

³ Ibid.

⁴ (2017). *El segundo sexo*. Madrid: Cátedra, pág. 6.

⁵ (2000). *El primer sexo. Las capacidades innatas de las mujeres y cómo están cambiando el mundo*. Madrid: Taurus, pág. 37.

percepción de las mujeres sobre el ejercicio del poder por los hombres y a la inversa⁹.

En cualquier caso, no corresponde a esta sede, con una perspectiva jurídica, determinar cuál es el correcto o el más apropiado para satisfacer las necesidades de las organizaciones de trabajo y de la empresa, sino partir de que la mujer debe ejercer el poder sin renunciar a ella misma y de que en la Cuarta Revolución Industrial la conformación de equipos constituye una pieza clave del rendimiento y de la productividad. Se ha de primar, entonces, la construcción de un modelo horizontal de las relaciones laborales con nuevas formas de trabajo como el teletrabajo y el *networking*, otros modos de desarrollo de la actividad con plataformas o con *cobots*, la intuición, el coraje, una importante conexión con la emoción y la ponderación del riesgo, todo ello en el marco de la corresponsabilidad en la vida familiar y laboral¹⁰.

2. EL IMPACTO DE LA DEMOGRAFÍA EN EL LIDERAZGO FEMENINO

Cierto es que el valorar la posición de la mujer de cara a su liderazgo en la Cuarta Revolución Industrial pasa por atender a la Demografía en cuanto ciencia que estudia el cambio *per se* de la población humana, su evolución y la de su estructura social, y no como una mera consecuencia de otros cambios relevantes de carácter económico, científico o

político¹¹ objeto de diferentes ciencias. El que las poblaciones hayan multiplicado y multipliquen el número de individuos, principalmente a partir del Siglo XIX, por mor de la progresiva disminución de la mortalidad infantil y el incremento de la esperanza de vida; y el que la reproducción deba ser fruto de decisiones racionales y no de un designio natural que recae sobre la mujer –la «sobredeterminación» reproductora–, condiciona la estructura de la población, afecta a la cohesión territorial y, en una visión jerarquizada del mercado de trabajo, incide en el acceso de la mujer al mismo y en su posición en puestos de poder.

En el informe del Instituto Nacional de Estadística –INE– «España en cifras» del año 2018¹² se indica que nuestro país incrementó su población en el 2017 en 87.825 personas, y que, de sus 46.500.000 habitantes (23,8 millones de los cuales son mujeres), 4.439.421 habían nacido en el extranjero, destacando que el saldo migratorio había vuelto a ser positivo a partir del 2016 tras resultados negativos que se arrastraban desde el 2010. Asimismo, en el 2016, la tasa de natalidad fue de 8,80 nacidos por 1.000 habitantes (la cuarta más baja de la Unión Europea, seguida por la de Chipre, Polonia y Portugal), mientras que la de defunción de 8,79 fallecidos por cada mil habitantes, cayendo ambas un 1,9 y un 2,3 por ciento respecto del año precedente. Entre tanto la tasa de fecundidad ha mejorado a 1,34 hijos por mujer, procediendo de madre extranjera el 18,2 por ciento del total. Además, el 46 por ciento de los nacimientos lo fueron de madre no casada y la esperanza de vida llegó a 80,3 para los hombres y 85,8 para las mujeres.

De lo anterior se infiere que se necesita la inmigración para el sostenimiento de la población y que la mujer tiende a decidir las

⁹ MAHER, K. J. (1997). *Gender-related stereotypes of transformational and transactional leadership*. En: *Sex Roles*, nº 37.

¹⁰ Según un estudio de «Catalyst», realizado en 2007, y extrayendo datos de la lista «Fortune 500», las sociedades que cuentan con mayor presencia femenina en sus órganos de dirección obtienen una rentabilidad sobre recursos propios un 53% superior. Por su parte, el estudio de «Infoma 2010» señaló que «las organizaciones con mujeres en la dirección tienen un perfil de riesgo un 4 por ciento más bajo que las que no cuentan con ninguna mujer en su consejo de administración». Todas las referencias pueden ser consultadas en: https://factorhuma.org/attachments_secure/article/8259/dona_i_lideratge_cast.pdf

¹¹ En este sentido, es relevante la posición de PÉREZ DÍAZ, J. en su blog: «Apuntes de demografía», que permite un acceso ilustrado a esta ciencia. Puede consultarse en: <https://apuntesdedemografia.com/>

¹² Vid. https://www.ine.es/produser/espa_cifras/2018/files/assets/common/downloads/publication.pdf?uni=4f7e7b429c56ccbc-4bf56b3e93ebc47b

condiciones en las que afronta su maternidad. Pero también algunos expertos vaticinan¹³ que España perderá población hasta llegar a 41 millones en el año 2052 (un 10 por ciento menos que en la actualidad) y tendrá un 37 por ciento de personas mayores de 64 frente al 17 por ciento en el 2016, si no se incrementa la natalidad y el saldo migratorio, se corrige los desequilibrios territoriales que frustran la cohesión¹⁴, se merma la precariedad y no se articula las mejoras entre la oferta y demanda de empleo.

Pues bien, los nuevos tiempos traen nuevas teorías, y en esta dinámica se enmarca la interpretación que merece una tasa de fecundidad reducida según la longitud de la vida de la población. En efecto, apunta Julio Pérez Díaz¹⁵ que la posibilidad de que dicha tasa no ayudase a alcanzar la tasa de remplazo (por ejemplo, porque los hijos habidos no llegasen la edad adulta) no tendría por que suponer un envejecimiento de la población según la teoría de la revolución reproductiva¹⁶, para la cual

¹³ Vid. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., en su análisis sobre el informe «España en cifras» recogido en: <http://elcorreoweb.es/opinion/columnas/la-insostenible-situacion-de-la-demografia-espanola-a-inicios-de-2018-GA3705448>

¹⁴ Interesa añadir en lo que atañe al problema de la cohesión territorial que el citado informe «España en cifras» destaca la pérdida de población del noroeste peninsular, en particular en Castilla-León (-3 %) y el Principado de Asturias (-2,9%), así como el incremento más significativo en Ceuta (14,7%), Melilla (23,2%), las Islas Baleares (14.5%) y Canarias (10.7%)

¹⁵ Determinante es la formulación, orígenes y desarrollo de la teoría por PÉREZ DÍAZ, J. (2012): «Apuntes de demografía», *cít.*

¹⁶ Precedida, en primer lugar, de la «teoría de la transición demográfica» o la constatación empírica de la superación del «antiguo régimen demográfico», por la llegada de la primera y segunda Revolución Industrial, que enunciaba el incremento de la población por mor de la disminución de la mortalidad y el aumento de la natalidad, aunque posteriormente por la también disminución de esta última, lo que constituyó un paradigma de la nueva demografía al tiempo que evidenció su limitación para explicar fenómenos tales como el «babyboom». A continuación se formuló la «teoría de la segunda transición demográfica» como una corrección de ese fenómeno, en el sentido de que el incremento de la población agudizado tras la II Guerra Mundial obedecía al descenso de la mortalidad, pero sobre todo al control de la natalidad –la tasa de fecundidad no alcanzaba las necesidades teóricas de la tasa de reemplazo– y

la supervivencia masiva de las generaciones dota de eficiencia reproductiva al sistema, sin precisar siempre y en todo caso de un esfuerzo reproductivo: «a menor supervivencia, mayor es la fecundidad necesaria, pero también es menor la «eficiencia» reproductiva que acompaña a cada uno de los nacimientos»¹⁷.

Esta teoría demográfica y quienes la sostienen tienen razón al afirmar que con ella la mujer se libera de su rol exclusivamente reproductivo. Mas la cuestión muestra, si cabe, mayor complejidad: la mujer puede desear tener descendencia y no poder llevar a término su deseo o puede carecer de la formación y autonomía necesarias para adoptar sus propias decisiones al respecto.

En efecto, que las mujeres tengan dificultades para afrontar la maternidad se prueba al conocer que la edad media por nacimiento del primer hijo se situó en el 2017 en 32 años¹⁸, cuando era de 25 años en 1950. La mujer se ha incorporado al mercado de trabajo y lo ha hecho para quedarse en él. Por eso, si el mercado no les es favorable por su precariedad o porque le exige un altísimo grado de dedicación profesional, se retrasa o se renuncia a la tenencia de hijos. Lejos de articular políticas natalistas cuyas medidas consistan en incentivar las tareas domésticas y el cuidado del hogar para las mujeres o en dificultarles el acceso al mercado –lo que constituye una injerencia en los derechos reproductivos y de salud reproductiva consignados en la Conferencia sobre Población e Desarrollo de El Cairo (1994) organizada por el Fondo de Naciones Unidas para las Actividades en Materia de Población–, cabe adoptar aquellas que faciliten la compatibilidad del trabajo con

a los movimientos migratorios para cubrir la diferencia entre el número de fallecimientos y el de nueva población [vid. VAN DE KAA, D. J. (1987). *Europe's Second Demographic Transition*. Population Bulletin 421].

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Cfr. informe del INE «España en cifras» 2018, en: https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2018/files/assets/common/downloads/publication.pdf?uni=4f7e7b429c56ccbc4bf56b3e93ebc47b

el desarrollo personal y familiar de la mujer y, si es el caso, con la corresponsabilidad del varón¹⁹.

Al tiempo hay mujeres que carecen de la formación y autonomía necesarias para adoptar sus propias decisiones con respecto a la natalidad y al rol que tradicionalmente se les ha asignado como cuidadoras. Es evidente que ello se agudiza en los países con menor desarrollo en donde a mayor tasa de fecundidad existe una también mayor tasa de pobreza infantil, pero no exclusivamente. En países desarrollados con menor tasa de fecundidad también subsiste una alta tasa de pobreza infantil, como el caso de España en donde ésta alcanza el 32,9 por ciento, únicamente seguida por detrás por Hungría (36%), Grecia (38%), Serbia (42%), Bulgaria (44%) y Rumanía (47%)²⁰. La falta de cohesión territorial arroja estos resultados.

En la década de los sesenta del pasado siglo tan rápida fue la concentración de nuestra población en las ciudades como el abandono y despoblamiento de las zonas rurales; en la de los ochenta tan precipitado fue el desmantelamiento de los sectores industriales primigenios (minería y astilleros, principalmente) como la deserción de las villas y ciudades en donde estaban enclavados. Mientras, en las ciudades que se convirtieron en polos receptores de esa población, la extrema distribución irregular de la riqueza —es posible que el 10 por ciento de la población con mayor riqueza acumule más del 53 por ciento de la riqueza total de los hogares en 2014²¹— y la precariedad en el trabajo y en las condiciones de vida,

¹⁹ Pone de manifiesto PAZOS, M. que ciertas investigaciones que muestran cómo, en los países desarrollados, las tasas de fecundidad más bajas son las de los países con modelos más tradicionales de matrimonio y cuidado de niños (cfr. (1999). *Demografía, sostenibilidad e igualdad de género*. En: Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global, nº 113).

²⁰ Datos extraídos de Eurostat 2017. Puede verse en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Archivo:Estad%C3%ADsticas_de_poblaci%C3%B3n_a_nivel_regional

²¹ Vid. el informe «La desigualdad de la renta, el consumo y la riqueza 2018», del Banco de España, en: <file:///C:/Users/Chelo/Downloads/do1806.pdf>

confirman la falta de cohesión territorial y de un aprovechamiento sostenible de los recursos endógenos.

Como es sabido la pérdida de población en edad de formar pareja y tener descendencia causa un doble envejecimiento: el de la propia pérdida y el de la incapacidad reproductiva futura. Ello eleva la tasa de dependencia demográfica, es decir, la *ratio* entre el número de personas mayores y el de las que están en edad de trabajar, siendo de entre ellas las mujeres las que asumen el rol de cuidadoras. Sea esta o no la causa de la asunción por la mujer del citado rol, su desarrollo puede impedir o dificultar que realice al tiempo un trabajo remunerado y mucho menos un trabajo bien remunerado, sabiéndose de antemano que la entrada de una única fuerte de recursos en las familias aboca a la pobreza.

Estrechamente ligado a lo dicho subyace la ausencia de un cálculo sobre el valor del trabajo ubicado en la denominada «economía del cuidado», de lo que deriva que determinados sectores de actividad consistentes en la realización de esas tareas de cuidado y atención a terceros se consideren como propios o naturales de las mujeres —«feminizados»— y carezcan de reconocimiento social y económico²².

De este modo, las mujeres que pasan parte importante de su vida fuera del mercado de trabajo o las que realizan trabajos remunerados temporales, a tiempo parcial, o en el ámbito de la economía irregular²³, no solo han carecido de oportunidades para la toma de sus propias decisiones, sino que se encuentran, cuando la necesitan, con una protección social menor por su escasa o nula aportación en cotización al Sistema de Seguridad Social.

En definitiva, la ausencia de los tres siguientes presupuestos dificulta hasta impedir

²² Vid. GÓMEZ GÓMEZ, E. (2008). *La valoración del trabajo no remunerado: una estrategia clave para la política de igualdad de género*. En: http://publications.paho.org/spanish/Capitulo_1_OT+184.pdf

²³ *Ibid.*

la realización de la mujer y de su proyecto vital, a saber:

- a) Del presupuesto de la cohesión territorial, pues su inexistencia genera notables diferencias entre ellas en atención al lugar de nacimiento y/o de residencia (por ejemplo, acceso a la educación o a los servicios sociales).
- b) Del presupuesto de la formación, dado que las priva de autonomía en la toma de sus decisiones y de los conocimientos necesarios y en boga para desarrollar un trabajo productivo.
- c) Del presupuesto de un empleo digno y suficiente, no precario, ya que la falta de recursos periclitó su deseo de ser madre por primera vez –y no se diga por segunda o más veces–.

En otras palabras, condicionado de tal manera la realización de la mujer y de su proyecto vital, el acceso al mercado de trabajo y el logro de cotas de responsabilidad y de poder lo estarán más. Sin embargo, es llegado el tiempo en donde las nuevas tecnologías, que han abierto la puerta a la generalización del conocimiento y a la inteligencia artificial, la cual permitirá la sustitución de la trabajadora o del trabajador en tareas más mecánicas y rutinarias, faciliten el desarrollo de la creatividad, el alcance del conocimiento y la obtención de la formación de cara a contar en la base de la pirámide poblacional mujeres preparadas para acceder al mercado de trabajo y, en él, a ascender a puestos de responsabilidad.

3. LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA TRANSFORMACIÓN PROVOCADA POR LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

La Estrategia Europa 2020 propone tres prioridades para los próximos años: crecimiento inteligente, crecimiento sostenible y crecimiento integrador. El crecimiento inteligente implica el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación como impulsores del

crecimiento futuro y cristalizará en la inteligencia artificial. Esto requiere mejorar la calidad de la educación, consolidar los resultados de la investigación, promover la innovación y la transferencia de conocimientos en toda la Unión, y explotar al máximo las TIC.

De las muy relevantes transformaciones en las formas de comunicación y de transmisión y generación del conocimiento, la de la inteligencia artificial es una de las cuatro que merece ese calificativo, siendo las otras tres el descubrimiento del papel, la invención de la imprenta y las tecnologías avanzadas de la información y la comunicación. De las muy relevantes transformaciones económicas, sociales y tecnológicas, ella ha sido también una de las que merece el calificativo de Revolución Industrial (la cuarta), siendo dos de las otras, casi en una misma secuencia, las referidas al acceso de una organización rural a otra de corte urbana y mecanizada (la Primera), y la incorporación de nuevas energías, nuevos medios de transporte e, incluso, de comunicación (la Segunda); y la incorporación en la vida cotidiana del Internet y del resto de las tecnologías de la comunicación y de la información (la Tercera). Ahora, la producción, el uso masivo de bienes y servicios y su colocación en un mercado global a través de las nuevas tecnologías, las prestaciones de servicios y de obras con máquinas inteligentes capaces de tomar decisiones automatizadas de mercado (*smart contracts*), con todos los cambios que ello supone en la organización personal y social, integran un concepto aproximado de la denominada Cuarta Revolución Industrial.

Aunque contradictorio con el neoliberalismo imperante, los Poderes Públicos han intervenido intensamente en la expansión y el control técnico –no tanto económico, como se deduce de una economía ya tildada de liberalde esas nuevas tecnologías y de la inteligencia artificial, ora por apoyo a la actividad empresarial y al fomento del consumo en mercados de bajo nivel, ora por el control de las ciudadanas y los ciudadanos y de sus decisiones.

No le quedaba otra a la Comisión Europea que aprobar en 2010 la «Estrategia Europa 2010» –actualizada y convertida en la «Estrategia Europa 2020»²⁴–, orientada al logro de un crecimiento inteligente e integrador en el seno de la economía del conocimiento y la innovación en un mercado digital único. De ahí nace la «Agenda Digital para Europa»²⁵, en donde se adoptan medidas concretas traducidas en ventajas económicas, arancelarias y sociales para la consecución del objetivo antes dicho.

La obligada reacción del Gobierno de España sobreviene con la aprobación, en el Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2013, de la «Agenda Digital para España»²⁶. Su preámbulo anuncia el conjunto de acciones definidas en materia de telecomunicaciones y de sociedad de la información. En particular, éstas se articulan en torno a cinco grandes objetivos: mejorar la administración electrónica y los servicios públicos digitales; promover la inclusión y alfabetización digital y la formación de nuevos profesionales TIC; fomentar el despliegue de redes y servicios para garantizar la conectividad digital; reforzar la confianza en el ámbito digital; desarrollar la economía digital para el crecimiento, la competitividad y la internacionalización de la empresa española; e impulsar la I+D+i en las industrias de futuro, en particular la inteligencia artificial.

Muy resumidamente, se trata de que las nuevas tecnologías se incorporen en nuestra vida cotidiana como nuestra única forma de comunicación, de trabajo y de entablar relaciones. Se trata, también, de contar con series de decisiones automatizadas que sean adoptadas por las máquinas inteligentes. Desde esta perspectiva, la decisiva intervención de los Poderes Públicos, aparte de la injerencia en la economía, estriba en impeler la relación con sus ciudadanos mediante la administración

electrónica de lo cual la alfabetización digital es un instrumento.

Intervenir de este modo fue obra, principalmente, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁷, que consolida los principios e instrumentos de una administración electrónica. Se instaura la tramitación electrónica de los procedimientos y consultas; se habilitan los sistemas de identificación de los interesados en tales procedimientos y consultas; se generaliza la práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos y la emisión de documentos electrónicos por las Administraciones; se determina la forma, validez y eficacia de las copias electrónicas realizadas por dichas Administraciones y se admite los documentos aportados electrónicamente por los ciudadanos. Para todo ello, se contará con el registro electrónico, el registro electrónico de apoderamientos, el registro de empleados públicos habilitados, además de crear el punto de acceso general electrónico de la Administración²⁸ y el archivo único electrónico²⁹.

Pero la Cuarta Revolución Industrial necesita contar con la confianza de los propios

²⁷ BOE de 2 octubre.

²⁸ Este «Punto» consignará la relación de servicios a disposición de los ciudadanos y su acceso a, debiendo mantenerse coordinado, al menos, con los restantes puntos de acceso electrónico de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos.

²⁹ La disposición final séptima de la Ley 39/2015 posponía su entrada en vigor hasta el 2 de octubre de 2016, con excepción de las prescripciones relativas al registro, el habilitar el punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo único electrónico que lo harían dos años después. Tras varias vicisitudes y la imposibilidad de que los medios digitales estuviesen disponibles y el acceso a ellos por los ciudadanos también, el art. 6 del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 4 septiembre), modifica la disposición final séptima de aquélla y pospone la eficacia de las ciertas previsiones al 2 de octubre de 2020, concediendo una deseada moratoria.

²⁴ Vid. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_es

²⁵ Vid. file:///D:/Users/Admin/Downloads/digital_agenda_es.pdf

²⁶ Vid. <http://www.agendadigital.gob.es/Paginas/index.aspx>

Poderes Públicos, de los económicos y de la ciudadanía, lo que activa la economía y decanta sus tendencias. Esa confianza procede de las garantías del uso de las nuevas tecnologías en el sentido de que se preservará cuanta información se obtenga referida a la vida, la intimidad, la integridad y a otros derechos fundamentales concordantes de las personas. La situación ha sido apremiante: vigente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal³⁰, se ha modificado en sus aspectos no afectados por el rango de derecho fundamental mediante el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos³¹, persiguiendo la adaptación al Derecho interno de las previsiones del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016³² (RGPD). Éste, en primer lugar, ha ampliado su ámbito de aplicación territorial comprensivo ahora de todas las empresas no establecidas en la Unión Europea si ofrecen bienes o servicios a residentes en ella o si controlan en el territorio europeo el comportamiento de éstos. En segundo lugar, exige el consentimiento de la persona física para el tratamiento de los datos de carácter personal que le conciernen, bajo la condición de que se obtenga de forma libre, específica, informada e inequívoca; en otras palabras, se proscriben el consentimiento tácito, el silencio, o la inacción. Y, en último lugar, se impone en determinados casos³³ la designación de un delegado de

protección de datos, quien deberá supervisar, informar y asesorar sobre el cumplimiento de la normativa aplicable.

En todo caso, esa confianza a la que se alude se está articulando por otros derroteros al margen del marco legal establecido, del juego de las garantías de transparencia y preservación de la intimidad. Tal ocurre con la tecnología conocida como «*blockchain*» que, perteneciente al género de «tecnologías de registro distribuido», permite que un conjunto combinado de ordenadores o de otros dispositivos análogos gestionen información compartiendo un registro distribuido, descentralizado y sincronizado entre y por ellos que sustituye a las bases de datos. Cuenta, desde luego, con la ventaja de que el uso de claves criptográficas garantiza el carácter fidedigno de la información y su custodia segura, sin intromisiones. En este tipo de confianza «digital», se ha asentado el valor y la utilidad del Bitcoin, por solo poner un ejemplo. Cabe preguntarse cómo se introducirá esta nueva tecnología en el funcionamiento interno de las Administraciones y en sus relaciones con los administrados preservando, a su vez, las garantías del procedimiento administrativo.

Con este estado de cosas y en una sociedad en donde las relaciones más básicas de las ciudadanas y los ciudadanos con los Poderes Públicos se articularán a través de las nuevas tecnologías, la posición de la mujer en el desempeño del trabajo y, con mayor motivo, en el ejercicio del liderazgo no es la adecuada. Refleja el estudio de «*Women in Business 2018*»³⁴ que el 27 por ciento de las mujeres trabajadoras en España ocupa un puesto directivo y que el crecimiento de este porcentaje se ha estan-

³⁰ BOE de 14 diciembre.

³¹ BOE de 30 julio.

³² DOUE de 4 mayo.

³³ Según el artículo 37.1 del RGPD designará un delegado de protección de datos siempre que:

a) el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; b) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala; y c) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales sobre el origen étnico o racial, las opiniones

políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física, o datos sobre condenas o infracciones penales (arts. 9 y 19 Reglamento 2016/679).

³⁴ Vid. <https://www.grantthornton.global/globalassets/1.-member-firms/global/insights/women-in-business/grant-thornton-mujeres-directivas-2018-embargo-8-march---es---web.pdf>

cado desde hace tres años: el avance destacado se produjo entre el 2014 y el 2015, pasándose del 22 por ciento a ese 27 por ciento. Al tiempo, el informe «Salarios y política laboral en el hipersector TIC 2017-2018»³⁵ de la patronal del sector tecnológico y digital (AMETIC) constata que la presencia de la mujer en el mismo, en todas las áreas y categorías profesionales apenas ha aumentado en casi 20 años: del 33 por ciento en 1999 al 37,4 por ciento en 2017. Además, el año 2018, el porcentaje de mujeres en el conjunto de Consejos de Administración de las empresas del Ibex-35 fue del 22,2 por ciento, muy insuficiente aun suponiendo ocho puntos más que en el año 2013.

En este ámbito particular de las nuevas tecnologías, pudiera considerarse que el cambio generacional ha sido un factor determinante. De ello, trató, entre otras cuestiones, el estudio «Mujeres y nuevas tecnologías de la información y la comunicación», elaborado por el Instituto de la Mujer y el por aquel entonces (2008) Ministerio de Igualdad. Así, mujeres entre 16 y 34 años utilizaban el ordenador en un 86 por ciento, mientras que las que tenían entre 65 y 74 años lo hacían en un 68,3. Lo llamativo fue que los hombres entre 16 y 34 años utilizaban internet en un 87,6 por ciento, y los de entre 65 y 74 en un 82,9 por ciento; de modo que la diferencia entre mujeres y hombres del primer tramo era del 1,6 pasando al 14,6 para el otro de los señalados.

En los datos suministrados por la serie de informes «Mujeres y hombres», correspondiente en este caso al último trimestre del año 2018, del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades en colaboración con el INE, se insiste en que, en el grupo de edad señalado de 65 a 74 años, los hombres usan internet un 5,3 por ciento más que las mujeres; siendo la diferencia de 3,8 puntos en el grupo de edad de 55 a 64 años. Frente a ellos, se sitúan las personas más jóvenes, entre 16 y 24 años, siendo usuarios de Internet un 96,7

por ciento de los hombres y un 97,2 por ciento de las mujeres.

Por ello, sí cabría aceptar el cambio generacional como factor válido para explicar los datos transcritos, pero al seguir persistiendo la «brecha digital», o sea, el uso no equitativo de las nuevas tecnologías entre mujeres y hombres, es necesario acudir a otro criterio que la explique.

Dejando al margen a las personas más jóvenes, en el citado informe de «Mujeres y hombres 2018», se consigna que en el doctorado universitario un 98,0 por ciento de hombres son usuarios frecuentes de Internet frente a un 94,8 de mujeres, lo que significa que ellas acceden masivamente a las nuevas tecnologías, pero por debajo de los varones, manteniéndose esa «brecha digital» que alcanza el 3,2 por ciento. Entonces, el otro factor que puede explicarla es el de la formación.

En la «Encuesta de percepción Social de la Ciencia y Tecnología 2018»³⁶ se apunta que el interés por la ciencia y la tecnología en las mujeres subió en 4 puntos desde el año 2014 —era del 9,9 por ciento—, si bien esa subida se ha de tomar con caución al saber que se trata de sólo 2 décimas desde el año 2016 —el 13,7 por ciento— situándose en el actual en 13,9 por ciento, y que en los hombres el porcentaje toca el 18,9 por ciento, incrementado en 4 décimas el de los últimos dos años. A mayor abundamiento, únicamente el 12 por ciento de las mujeres eligen carreras vinculadas a las nuevas tecnologías, en concreto la tasa de graduados en ciencias, informática, ingeniería, industria y construcción en el 2016 es del 30,1 por ciento de hombres y del 13,0 por ciento en las mujeres³⁷.

En fin, todavía desde la «Encuesta de percepción Social de la Ciencia y Tecnología

³⁶ Vid. file:///D:/Users/Admin/Downloads/resumen_resultados_epsc2018%20(1).pdf

³⁷ Véanse las significativas diferencias con relación a los datos arrojados por la UE, ya que en el año 2015 la tasa de hombres era el 24,9 por ciento y la de mujeres del 13,1 por ciento (ibid.).

³⁵ Vid. <http://ametic.es/es/publicaciones/salarios-y-pol%C3%ADtica-laboral-en-el-hipersector-tic-2016-2017>

2018», se confirma la tendencia suministrada por los datos recién recogidos cuando se anuncia que, en las Ciencias Naturales del total de doctores, 18,9 por ciento son hombres y un 14,4 por ciento mujeres; disminuye la diferencia en las Ciencias Sociales, pues el 10,8 por ciento correspondió a los hombres y un 9,4 por ciento a las mujeres; y supera muy levemente el número de mujeres al de hombres en las Ciencias Médicas: 10,5 por ciento ellas y 10,4 por ciento ellos.

De este magma de datos, y más que se podrían suministrar con similar lectura, ésta, la lectura, es, por una parte, que la formación determina la elección profesional de las mujeres, a mayor formación mayor manejo de las nuevas tecnologías; y, por la otra, que está pendiente la superación de los roles de género en la elección de la carrera profesional, debiendo potenciarse el estudio de las de perfil técnico o de Ciencias Físicas o Matemáticas, por citar algunas, para no acomodarnos en el atavismo de la cultura del cuidado o de la enseñanza por muy reconfortantes que ellas sean. El futuro se lidia en el sector tecnológico, las empresas se organizarán en la economía 4.0 y, pese a que mermarán menos los oficios y profesiones creativos ocupados mayoritariamente por mujeres, no es de recibo perder en este ámbito el impulso hacia el liderazgo.

Un último dato, ya no reciente, ilustra y confirma lo indicado. En el informe «La brecha digital de género en la juventud española», elaborado por el Observatorio e-Igualdad UCM (2010)³⁸, se valoró la relación entre las habilidades informáticas en la juventud de enseñanzas medias y la profesión de los familiares (progenitores y hermanos) que se dedicaban a las nuevas tecnologías, resultando una brecha significativa favorable a las jóvenes, un 86 por ciento, frente al 72 por ciento de los jóvenes. Paralelamente se matizó que las jóvenes con familiares que tienen habilidades informáticas muestran ellas mismas más

habilidades en este ámbito que las que no las tienen, y que unas y otras frente a los propios jóvenes con tales familiares, siendo la brecha más propicia para ellas en 15,8 puntos.

Bastante lejos queda la frase de Jean-Jacques Rousseau referida a que la educación de las mujeres debería estar siempre en función de los hombres: «Agradarnos, sernos útiles, hacer que las amemos y estimemos, educarnos cuando somos pequeños, cuidarnos cuando crecemos..., éstas han sido las tareas de la mujer y eso es lo que se las debe enseñar en su infancia»³⁹.

4. NUEVAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN DE LA ECONOMÍA EN LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Bajo variadas expresiones como industria digital, ciberindustria, ciberfábrica u organización o empresa o economía 4.0., se ha introducido un modelo de desarrollo y explotación económico inserto en la Cuarta Revolución Industrial cuyos efectos en las condiciones de vida son aún inciertos por desconocimiento de su alcance final, un modelo no consolidado –recuérdese la posible cita de Albert Einstein: «Temo el día que la tecnología sobrepase a la humanidad, entonces el mundo solamente tendrá una generación de idiotas»⁴⁰– del que es forzoso asegurar su control y, con él, la digna supervivencia del ser humano. Se supone que su presupuesto es hacer intensivo el uso de Internet, de las tecnologías punta, y de organizar la actividad económica –y la vida privada– a través de la inteligencia artificial con la robótica o la nanorrobótica a la cabeza, para generar empresas inteligentes que concilien la alimentación con energías también inteli-

³⁹ Cfr. (2011). *Emilio o de la educación*. Madrid: Alianza Editorial, pág. 23.

⁴⁰ Se advierte sobre la duda de la autoría de la frase en diferentes páginas web (por ejemplo: <https://www.elsoldemexico.com.mx/doble-via/virales/el-90-de-las-frases-atribuidas-a-einstein-son-falsas-949272.html>). No obstante, la elocuencia de ella parece justificar su aparición en este trabajo. Permitáseme, pues, esta licencia.

³⁸ Vid. file:///D:/Users/Admin/Downloads/brecha%20digi-tal%20genero%20juventud%20(1).pdf

gentes y respetuosas con el medio ambiente, obtengan una prestación de servicios cada vez más automatizada y eficaz no sometida a las vacilaciones o imprecisiones del trabajo humano, además de cadenas de producción de una inmediata colocación de ofertas y demandas en un mercado global. En otras palabras, el emprendedor de hoy necesita como herramienta de trabajo las nuevas tecnologías sea cual fuere el sector de actividad que desarrolle; la empresa consolidada y tradicional precisa, más está obligada, a una transformación de sus medios de producción con las nuevas tecnologías si quiere subsistir; y la Administración, según se ha dicho, actuará y contactará con las ciudadanas y los ciudadanos gracias a las nuevas tecnologías. De este modo, las nuevas tecnologías en sentido lato lo dominarán todo y, en sentido estricto, la inteligencia artificial reemplazará al género humano en múltiples trabajos.

La apreciación social de este fenómeno ha sido cuantificada por primera vez en la «Encuesta de percepción Social de la Ciencia y Tecnología 2018»⁴¹, con unos resultados que muestran cierto temor pues el 49,5 por ciento de las personas entrevistadas ven mucho o bastante riesgo en la robotización del trabajo y el 38,4 por ciento en la inteligencia artificial. Esa reacción de temor es consustancial a la existencia humana y al hecho de enfrentarse a algo desconocido y, tal vez, cambiante. Con ironía, cabría decir que no falta razón al tomar como ejemplo el caso de cierta empresa que utilizó un proceso automatizado para el reclutamiento de su personal y se apreció que el algoritmo generaba sistemáticamente el sesgo de primar la contratación de los varones.

Al margen de esta licencia, la Cuarta Revolución Industrial podría crear 133 millones de nuevas funciones en todo el mundo y modificar a 75 millones de trabajadores o trabajadoras las suyas habituales; y también provocaría que el 57 por ciento de las personas afectadas por la pérdida de empleo fuesen

mujeres. Por lo tanto, ellas serán las llamadas prioritariamente a cambiar de funciones (muchos trabajos «feminizados» como el doméstico se transformarán absolutamente), y obligadas a estudiar disciplinas de perfil técnico o de Ciencias Físicas o Matemáticas, por citar algunas. En cambio, su posición es más adecuada con relación a los empleos que requieren habilidades blandas, que se identifican con un pensamiento crítico, la resolución ágil de problemas, la creatividad, la innovación y las relaciones interpersonales, habilidades exigidas en las actividades no rutinarias y más complejas de automatizar a través de robots. En este sentido, conviene tener presente que las mujeres representan el 55% del alumnado universitario en las Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanidades y en las de la Salud.

Pues bien, esa Cuarta Revolución Industrial se manifiesta mediante nuevas formas de explotación económica de la actividad empresarial y de su organización, concentradas en el fenómeno de la disrupción, hasta el punto de poder afirmar que el contenido de la economía 4.0 es la propia disrupción⁴².

Así, las empresas innovadoras por identificar un sector bajo de la economía y transformar el mercado de forma brusca con el uso de las nuevas tecnologías, o sea, una empresa emergente (*start-up*), son disruptivas. Y, al tiempo lo son, cualesquiera empresas que transformen también bruscamente ese mercado pese a no calificarlas de emergentes. La

⁴² Desde el comienzo, existió una duda sobre la atribución de la autoría de esta expresión, disputada entre autores franceses y estadounidenses. Se señala al publicista JEAN MARIE Dru, que en 1992 registra la marca «disrupción» y la identifica con una «metodología creativa» orientada a sus clientes, como el pionero [(1984). *Le Saut créatif*. Paris: Jean-Claude Lattès; y (1997). *Disruption*. Paris: Village mondial]. Pero se apunta al profesor de la Universidad de Harvard, Clayton M. Christensen, como introductor de la expresión «tecnología disruptiva» (*disruptive technology*) en 1995, que transformó dos años más tarde en «innovación disruptiva», y definió en el sentido de tecnologías que introducen cambios o rupturas bruscas y/o sostenibles de por sí [(1997). *The innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press].

⁴¹ Cit.

disrupción supone una forma de actuación radicalmente distinta y diferente a lo conocido o a lo realizado antes por la propia empresa, si fuere el caso, o por sus competidores. El nicho de actividad que se encuentra procede bien de facilitar el acceso a un producto o a un servicio concreto a los clientes que antes no lo utilizaban por carecer de poder adquisitivo suficiente, lo que es conocido como «tecnologías de bajas prestaciones» (*lower-end*); bien de facilitar el acceso a tal producto o servicio por el empleo de las nuevas tecnologías cuya inexistencia anterior impedía contar con clientes (por ejemplo, de la telefonía móvil a la fija) u ofrecer un producto o un servicio de otra forma, eficiente o más atractiva que la utilizada antaño, a lo que se denomina «tecnologías de nuevo mercado».

Ejemplo de lo anterior son las empresas de plataformas colaborativas digitales que organizan parte importante de sus bienes o servicios a través de una herramienta informática, una interfaz, cuyo uso se permite a ciertas personas para que se conviertan en prestadores o dadores de tales bienes o servicios, siendo aquéllas en apariencia autónomas —más que subordinación estricta se aprecia en la relación jurídica una dependencia económica—, y siendo receptores los llamados «clientes».

También las empresas de multiservicios, tipo particular de la descentralización productiva o «*outsourcing*», que ofrecen medios personales, materiales, sistema de organización, a otra empresa principal, con el matiz de colaborar en una nueva forma de ese «*outsourcing*»: la reducción de las estructuras de las unidades productivas y su sustitución por unas «nanoestructuras» en empresas que tienden a la internacionalización de sus negocios por la globalización de la economía. No cabe duda que al igual que con las plataformas colaborativas, unas y otras producen el efecto particular de difuminar la figura del empresario y empeñarán al juzgador y al jurista académico en la búsqueda de argumentos jurídicos encaminados a descubrir el verdadero y escondido empresario, cosa que ya se hizo

cuando irrumpieron los grupos de empresa en nuestro país⁴³.

No cabe omitir, tampoco, la economía colaborativa o economía social, en donde se ha impuesto el uso de las nuevas tecnologías. Ello puede explicar el porqué de que en África sólo el 11 por ciento de las empresas no cuentan con mujeres en la alta dirección. Piénsese desde la *bona fides* que es el continente que cuenta con un mayor desarrollo de este tipo de economía (sin descuidar países concretos de América Latina como Argentina, Brasil, México y Perú); piénsese desde una menor utopía cómo entidades mercantiles que persiguen el ánimo de lucro se ocultan bajo este paraguas.

Pero no sólo desde la explotación de la actividad económica se aprecian cambios radicales; ello ocurre sin duda desde la propia prestación de servicios, asalariada o autónoma. Sectores emergentes o tradicionales de la actividad ordenarán tal prestación de servicios a través de robots y de cobots, o la exigirán dentro de redes (*network*) y de teletrabajo o de otras modalidades que acaban de irrumpir (*gib economy*).

Mención especial merece, en pura lógica, el citado teletrabajo, ya que se considera un paradigma de las nuevas tecnologías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Definido en el apartado 2) del «Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo» (2002)⁴⁴ como «una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular». Esta apertura conceptual rige en Derecho español por cuanto el capítulo VII del «Acuerdo Interconfederal sobre la Ne-

⁴³ Así lo investigó MARTÍNEZ GIRÓN, J. (1992). *El empresario aparente*. Madrid: Civitas.

⁴⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10131&from=ES>

gociación Colectiva» (2003) transpone literalmente lo dispuesto en el instrumento europeo. Pero solo alguna de las manifestaciones del teletrabajo cuenta con sanción legal. En efecto, el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET–, en donde antes disponía el tradicional «trabajo a domicilio», fórmula más propia de economías con un menor desarrollo industrial y de su desempeño por mujeres con escasa cualificación profesional; ahora dispone el «trabajo a distancia», más acorde con los avances de las nuevas tecnologías y de su incorporación a los sistemas de producción, del que forma parte el teletrabajo, pero ni consigna este sustantivo, ni está programado para abordar su régimen jurídico. Ello bien se deduce de la circunstancia de comprender exclusivamente una prestación de teletrabajo subordinada, por tanto, efectuada en el ámbito de organización y dirección de otro, con la concurrencia de dos requisitos: el lugar de la prestación ha de ser el domicilio de la persona trabajadora o el que ésta «libremente» escoja y su desarrollo obedece a un modelo mixto, de alternancia entre la actividad presencial en la empresa y la no presencial.

Entonces, quedan en evidencia otras manifestaciones del teletrabajo subordinado no incluidas en el art. 13 ET; en particular, los casos en que la empresa impone el lugar de la prestación, sea éste real o intangible, propiedad de aquélla o compartido, o si se trata de una prestación exclusivamente no presencial. Al tiempo, se encuentran fuera del ámbito de aplicación del ET y deben ubicarse en la Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo⁴⁵, las prestaciones de servicios de autónomos, que carecen de los presupuestos de la ajenidad y de la subordinación, es decir, efectuadas por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona: lo que en lenguaje político-económico se intenta conocer como emprendedor. Y las prestaciones de servicios «para subordinadas», o sea, las que se ubican en la zona gris tan próxima

al trabajo subordinado que la no inclusión en este ámbito puede devenir en ocasiones un fraude de ley. Esas prestaciones de servicios para subordinadas son propias no de una persona trabajadora autónoma, sino de una persona trabajadora autónoma económicamente dependiente (art. 11.1 y 2 Ley 20/2007), figura «excelsa» y criticable del Derecho español.

Solo en principio, la efectiva realización de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia que no exija la presencia permanente o continúa en una empresa o en un despacho u oficina parece atractiva para las mujeres. En España, nos encontramos todavía en una fase mediana de desarrollo del teletrabajo de lo que es prueba el informe «*Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*» (2017)⁴⁶ elaborado por la OIT y Eurofound. Se señala que únicamente el 6,7 por ciento de las personas asalariadas presta el servicio en régimen de teletrabajo –la media de la UE es del 17por ciento– y solo el 13 por ciento de las empresas ofrece esta posibilidad. Además, se ha concentrado su uso en el sector servicios, de suerte que se vuelve a perder una oportunidad de mejor explotación del sector primario y de adaptación a la Cuarta Revolución Industrial de otros sectores vitales en nuestra economía como la construcción y la industria. En lo que atañe a la distribución por sexos, los hombres lo emplean en un 54 por ciento, pero las mujeres lo hacen de manera más regular y preferentemente desde el hogar.

Una modalidad específica del teletrabajo, aunque no tan sólo ello, es la «*gig economy*». Se trata de prestaciones de servicios esporádicas de breve duración y que consisten en el desarrollo de una tarea concreta dentro de un proyecto. Realizadas en su mayoría a través de las nuevas tecnologías y desde el lugar elegido por la persona prestadora del servicio, también se admite su ejecución con instrumentos tradicionales y personales de trabajo, como sería el caso de la aceptación de encargos

⁴⁵ BOE de 12 de julio.

⁴⁶ http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_544138/lang--en/index.htm

relativos a mudanzas, instalaciones eléctricas u otro tipo de obras e, incluso, adquisición de productos. Asimismo, esas personas prestadoras del servicio pueden ser contratadas en función de una plataforma colaborativa o directamente por el cliente. En otras palabras, comprende el fenómeno un amplio grupo de prestadores, algunos verdaderos autónomos o «freelance», otros asalariados o con apariencia de para subordinados. Frente a la flexibilidad que invita a las empresas a reducir sus costes sociales y frente a la libertad de elegir por el ejecutor del servicio su propia carrera profesional, se alcanzan críticas que ponen de relieve la explotación y precarización de los «gib contrats» dada su generalización tras la crisis económica de 2008 para aprovechar la situación de necesidad de la juventud en busca de sus primeras experiencias laborales y de las personas mayores de 45 años desempleadas en la voluntad de reincorporarse al mercado.

En el informe «Freelancing in America: 2018 (FIA)»⁴⁷, se estima que 56,7 millones de norteamericanos trabajan como «freelance», lo que representa el 35 por ciento de fuerza laboral del país, habiendo aumentando en 7 puntos en los últimos cinco años, y ello gracias al auge de la «gib economy». Por contraposición, se precisa que el número de las personas asalariadas únicamente ha subido en ese mismo tiempo en 2 puntos y alcanza los 105,3 millones.

Ante todo lo dicho, parece posible que la economía 4.0, disruptiva o colaborativa, se articula a través de los instrumentos necesarios para reconocer y facilitar el liderazgo femenino: a) la existencia de equipos de trabajo mixtos que eviten áreas específicamente de mujeres (recursos humanos o marketing) y áreas de hombres (producción o logística); b) la rapidez en la toma de decisiones muy propia de un liderazgo apoyado, entre otras muchas cualidades, en la intuición, el coraje y las relaciones de lealtad y eficacia a distancia; y c) la

facilidad para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Sin embargo, de las nuevas formas de empleo y de los datos que arrojan, bien se puede convenir que algunas de ellas agudizan o, si no, mantienen la diferencia de roles cuando la mujer las escoge preferentemente para conciliar la vida familiar y laboral o, incluso, la vida personal y laboral.

Significa todo ello que los avances de las mujeres como trabajadoras, como emprendedoras, como líderes, además de no ser tan fructíferos, adolecen de seguridad en la Cuarta Revolución Industrial; y no es imputable a la falta de capacidad. Ilustrativo resulta que, en el Poder Judicial, donde el acceso a la función pública de mujeres y hombres responde a los principios de igualdad, mérito y capacidad –al igual que en toda Administración pública–, el 52,7 por ciento de los jueces fueran mujeres en 2017, elevándose al 64 por ciento en los menores de cincuenta años y disminuyendo al 40 por ciento en los de cincuenta y uno o más. Sin embargo, el liderazgo sigue notablemente limitado al obedecer a otros factores de promoción que entran de lleno en el modelo masculino y que conectan con una evidente diferencia generacional; de modo que el 37,1 por ciento de los magistrados de la Audiencia Nacional son mujeres, y que solo alcancen éstas el 13,5 por ciento de los puestos del Tribunal Supremo.

De forma similar en el ámbito del personal investigador, se aprecia una habitual «casualidad»: en el 2017 las mujeres cuentan con una participación más alta en las instituciones privadas sin fines de lucro –53,1 por ciento– y en la Administración pública –52 por ciento–⁴⁸.

Nada raro es que todavía el 61,1 por ciento de las Direcciones Generales y las Secretarías Generales Técnicas sean ocupadas por varones, no en vano ellos ostentan la titularidad de las dos terceras partes de los órganos superior-

⁴⁷ Vid. <https://www.upwork.com/press/2018/10/31/freelancing-in-america-2018/>

⁴⁸ Informe «Mujeres y hombres 2018», cit.

res y de la alta dirección de la Administración General del Estado⁴⁹.

Por consiguiente, el riesgo sigue siendo el de antaño: que la mujer esté condicionada por su lugar de origen y/o de residencia en el acceso a la formación y el conocimiento; que la mujer desarrolle trabajos de escasa rentabilidad, al margen de la economía oficial y cautivos por no haberse articulado la relación jurídica correcta con el prestatario del servicio; que la mujer acuda a las nuevas tecnologías para conciliar mejor las diferentes esferas de su vida; que la mujer no alcance el liderazgo en la economía 4.0, cuando los instrumentos de trabajo y de organización empresarial necesitan de cualidades de las que ella es poseedora, por un masculino criterio de selección de la formación profesional.

5. REFLEXIONES PARA UNA CONCLUSIÓN

La «brecha digital», es decir, el no uso equitativo de las nuevas tecnologías entre mujeres y hombres acrecienta la fractura social. Son estas palabras las que resumen el liderazgo de la mujer ante la Cuarta Revolución Industrial y que muestran, ni más ni menos, que una proyección de nuestro presente en el futuro inmediato: la dificultad para acceder a puestos de responsabilidad.

Por lo anterior y desde un punto de vista jurídico es necesario, al menos:

1º) Determinar un sistema de cuotas o cupos en la alta dirección, que supere al veladamente consignado en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁰, cuya disposición adicional primera exige la composición equilibrada de las plantillas de las empresas de modo que «en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni

sean menos del cuarenta por ciento». Fíjense que el cálculo de equilibrio se refiere a un conjunto a determinar, de modo que una empresa puede estar en equilibrio si la presencia femenina se acumula en los grupos profesionales menos lucrativos.

2º) Fomentar la formación como criterio de promoción curricular y profesional. Apréciase que el artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores determina un sistema de ascensos en la empresa apoyado en «la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario». Esta variedad de criterios ha conllevado a una preferencia implícita del varón cuya antigüedad solía ser mayor dada su sólida incorporación al mercado de trabajo; y puede conllevar en la actualidad a la misma preferencia de perder un modelo de liderazgo masculino y, por consiguiente, a una suerte de «meritocracia» bajo el mismo calificativo. Para la mujer es, así, determinante la formación, especializada en el correspondiente itinerario profesional y siempre la vinculada a los instrumentos de trabajo procedentes de las nuevas tecnologías. Es determinante que el programa de formación sea desarrollado durante la jornada de trabajo o, alternativamente, en un horario que facilite la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3º) Reubicar las políticas de conciliación de la vida, personal, familiar y laboral, para que no se incluyan en el exclusivo ámbito del principio de igualdad de trato por razón de género, pues, aunque están protegidas por el aura de un derecho fundamental, es falaz el tener como premisa que el peso de esa conciliación recae en la mujer. En un estudio del Instituto Nacional de Estadística (actualizado en octubre de 2018)⁵¹, se señala que el 47,4 por ciento de las mujeres trabajadoras realizan todos los días actividades de cuidado y edu-

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ BOE de 24 marzo.

⁵¹ https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472488&p=1254735110672&pagina=ProductosYServicios%62FPYSLayou¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888

cación de sus hijos o nietos, frente al y 31,5 por ciento de los hombres trabajadores; o que el 77,5 por ciento de las mujeres trabajadoras realizan todos los días actividades de cocina y otras tareas domésticas, frente al 32,9 por ciento de los hombres trabajadores.

4º) Adoptar las políticas públicas adecuadas para el logro de la cohesión territorial, la superación de la precariedad laboral en el mercado de trabajo, y la mejora entre la oferta y demanda de empleo.

Es posible que las estrategias y la perspectiva sobre los problemas y la forma de resolverlos no sean las mismas en mujeres y en hombres. Pero no creo que debamos disimular

nuestra forma de ser, no creo que debamos imitar la masculina, no creo que debamos definir unos estándares de liderazgo comunes, como si fuese un nuevo contrato social. Si a las mujeres se nos imputa la necesidad de contener emociones en la toma de una decisión, a los hombres, al menos, se les imputará que las impongan. La superación de los roles, el acceso de la mujer al liderazgo en general y al de la Cuarta Revolución Industrial en particular tiene como pieza clave el fomento de itinerarios formativos seguidos con mayor frecuencia por los hombres; y la incitación desde la infancia del conocimiento de las nuevas tecnologías por las niñas. De acuerdo con Audre Lorde: «El proceso de aprendizaje es algo que tienes que incitar, literalmente incitar, como una rebelión»⁵².

⁵² Vid. <https://glefas.org/download/biblioteca/feminismo-antirracismo/Audre-Lorde.-La-hermana-la-extranjera.pdf>

RESUMEN

De las muy relevantes transformaciones en las formas de comunicación y de transmisión y generación del conocimiento, y de las también muy relevantes transformaciones económicas, sociales y tecnológicas, la de la inteligencia artificial merece el calificativo de Cuarta Revolución Industrial, siendo dos de las otras, casi en una misma secuencia, las referidas al acceso de una organización rural a otra de corte urbana y mecanizada (la Primera), y la incorporación de nuevas energías, nuevos medios de transporte e, incluso, de comunicación (la Segunda); además de la incorporación en la vida cotidiana del Internet y del resto de las tecnologías de la comunicación y de la información (la Tercera). La cuarta Revolución Industrial supone así la producción, el uso masivo de bienes y servicios y su colocación en un mercado global a través de esas nuevas tecnologías –Economía 4.0–, las prestaciones de servicios y de obras con ordenadores inteligentes capaces de tomar decisiones automatizadas de mercado (*smart contracts*), con todos los cambios que de ello se deriva en la organización personal y social.

Se afronta esta Revolución sin un modelo de liderazgo adaptado al hecho de que sus protagonistas, tanto como actores decisivos cuanto como destinatarios, son mujeres y hombres. Más aun sin haber superado un modelo de liderazgo masculino. Y cabe preguntarse si concurren los presupuestos necesarios en la sociedad para la construcción de un modelo horizontal de relaciones interpersonales y laborales en el que se aprecie la intuición, el coraje y una importante conexión entre la emoción y la ponderación del riesgo, en el marco de la corresponsabilidad en la vida familiar y laboral.

Para responder a tal cuestión procede analizar, en primer lugar, la cohesión territorial derivada de las transformaciones demográficas. La mujer está condicionada por su lugar de origen y/o de residencia en el acceso a la formación y al conocimiento y necesita de unas específicas condiciones educativas, sociales y económicas que le permitan determinar su vida personal y laboral sin mayores restricciones.

En segundo término, la decisiva intervención de los poderes públicos en la transformación provocada por la Cuarta Revolución Industrial, los cuales abogan por los procedimientos electrónicos como único cauce de relación entre las Administraciones y las ciudadanas y los ciudadanos, sin haber sido tan eficaces en el diseño e introducción de políticas para la superación de los roles de género en la elección de la carrera profesional: la formación determina la elección profesional de las mujeres, a mayor formación mayor manejo de las nuevas tecnologías.

Y, en último lugar, las nuevas formas de explotación económica con las que las empresas optan por una descentralización de sus estructuras (disrupción empresarial) y por causa de las que el trabajo se organiza en torno a plataformas colaborativas, prestaciones a distancia (principalmente, teletrabajo) o “a demanda”, breves y disgregadas (*gigs economy*). La aceptación social y personal del desempeño por la mujer de estas y otras formas de trabajo con nuevas tecnologías para conciliar la vida familiar y laboral en asunción de su rol tradicional de cuidadora y la persistencia de métodos de reclutamiento basados en modelos masculinos, entre otras razones, impiden que ella alcance puestos de alta dirección.

La respuesta final ya se deduce, un insuficiente desarrollo de los presupuestos que impulsarían el liderazgo femenino. Por eso los instrumentos jurídicos en el ordenamiento español para coadyuvar en el cambio no son suficientes, ni se están aplicando de forma equitativa, porque el Derecho sucede a los hechos, a la realidad, no puede metodológicamente anticiparse.

Palabras clave: Cuarta Revolución Industrial; inteligencia artificial; economía 4.0; nuevas tecnologías; liderazgo; modelos de liderazgo; acceso al empleo; promoción profesional.

ABSTRACT The transformation of the communications, of the technology, of the economy and of the society because of the artificial intelligence may be qualified as the Fourth Industrial Revolution.

This one implies a production and an employment of services across these new technologies –economy 4.0–, besides the labor relations with the computer code running on top of a block chain containing a set of rules under which the parties to that smart contract agree to interact with each other.

From this perspective, it must therefore be asked if the conditions are now in place for the construction of the horizontal model of interpersonal relationships and of labor relations (new leadership model), which evaluated the intuition, the courage and the connection among the emotion and the risk weight.

In order to answer this question, it is important, firstly, to analyse the social and territorial cohesion. Women are conditioned by their birthplace and/or place of origin and/or place of residence and need the specific educational-socio-economic conditions that allow them to determine their personal and working lives without major restrictions.

Secondly, the decisive intervention of the public authorities in the transformation of the Fourth Industrial Revolution. They have introduced electronic connection procedures between the Administration and the citizens, but they have not been effective in designing policies that allow the overcoming of gender roles in the choice of studies.

And finally, the new forms of economic exploitation may facilitate the continuity of women's roles if they choose jobs with the new technologies to carry out their work of the home and the family caregiver.

Keywords: Fourth Industrial Revolution; artificial intelligence; economy 4.0; new technologies; leadership; leadership models; access to job; career advancement.

Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI

The challenges of genuine work-life balance in the Spanish society in the 21st century

M.^a LUISA MOLERO MARAÑÓN*

1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y REPLANTEAMIENTO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL Y FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La noción de conciliación en el Derecho español tiene ya una historia de casi veinte años en el campo de las relaciones jurídico-laborales¹. Como es sabido, la referencia introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y promovida por el derecho internacional y comunitario², hace su apari-

ción en el ordenamiento español, visibilizándose la tensión generada para los trabajadores diariamente, –y de modo particular para las mujeres–, por el intento de compatibilizar el tiempo dedicado al trabajo y el tiempo de cuidados de las personas que tienen a su cargo. Dicha norma declinaba la conciliación en términos neutros, desterrando cualquier con-

* Catedrática Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Con anterioridad el Estatuto de los Trabajadores de 1980 había recogido como única medida de conciliación, la excedencia por cuidado de hijos, con una formulación neutra, superando la regulación anterior que concebía dicha medida como de titularidad exclusivamente femenina (Vid. Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora y la Ley 16/1976 de 8 de abril, de Relaciones Laborales).

² Dicha Ley completa la trasposición de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé

el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, que posteriormente sería derogada por la Directiva 2010/18. Como se sabe, la igualdad entre mujeres y hombres es un valor y un principio fundamental de la Unión Europea (arts. 19 y 153 del TFUE, y arts. 23 y en el art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales, se hace referencia a la vida profesional y familiar). Además, a nivel internacional, en septiembre de 1995, se celebró en Pekín la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, que considero como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

dición sexista para su ejercicio³. En los términos literales de su exposición de motivos, la incorporación de la mujer al trabajo hace necesario «configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada». Ahora bien, sin poder ahora entrar en un análisis de detalle, seguramente, el mayor mérito de dicha Ley fue extraer dicho problema del núcleo privado y familiar para lograr que se incorporara y penetrara con fuerza en el debate público y social, reconociéndose la implicación de derechos y bienes constitucionales de primer orden [arts. 14, 35 y 39 CE], frente a cuya existencia el legislador debía de intervenir, promoviendo medidas que facilitarán dicho objetivo [art. 9.2 CE]. No obstante, cabe destacar que dicho concepto nace marcado en sus orígenes por dos orientaciones sostenidas en un doble presupuesto de partida que se ha mantenido con escasas variaciones a lo largo del tiempo, resultando con su devenir cada vez más discutibles.

La primera presupone que la necesidad de conciliación de forma nuclear se produce en personas trabajadoras —en su origen, subordinados en el empleo privado y público—, y para atender a los hijos menores y, por ello, las previsiones en conciliación giran alrededor fundamentalmente de ambos, como titulares y sujetos protegidos. Y ello, sin perjuicio, de poner de relieve que esta Ley ya visibiliza que la atención y cuidados de personas enfermas y mayores deben otorgar derechos de reducción y excedencias familiares, pero se ha de reconocer que el núcleo fuerte de las medidas se encuentra anclado en la asistencia de los descendientes. La segunda presupone que la conciliación cómo mejor se logra es configurando medidas que permitan al trabajador restar tiempo de su vida profesional

para dedicarlo a su vida familiar, o dicho de forma más explícita, se lanza el mensaje de que quien quiere conciliar tiene que dedicar un número menor de horas a la esfera laboral. Dicha respuesta es la más generalizada en el ámbito del Derecho del Trabajo, tanto entre nuestras fronteras, como en la mayoría de los países de la Unión Europea, configurándose en los distintos ordenamientos todo un arsenal de derechos de ausencia⁴. El ejercicio de la conciliación se identifica con la articulación de toda una serie de permisos, derechos de reducción de jornada, suspensiones de contrato y excedencias de distinta índole, en las que el asalariado reduce su presencia en el mundo laboral con repercusión en la mayoría de las ocasiones en sus retribuciones, y por ende, en su protección social y, en última instancia en su trayectoria profesional. Los textos legales parecen considerar que lograr una adecuada conciliación pasa por configurar un cuadro lo más completo y extenso posible en este ámbito de ordenación normativa, que otorgue facilidades para poder desvincularse de la prestación laboral, cuando la responsabilidades domésticas y de cuidado así lo requieran.

Indudablemente, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, dará varios pasos adelante y bien significativos en este terreno, al margen del acertado tratamiento transversal del objetivo de la igualdad de género^{5,6}. En primera instancia, elevará de rango las medidas de conciliación, comenzando a tener la trascendencia jurídica que merecen, al atribuirse-

⁴ Véase al respecto RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Granada (Comares), 2016, p. 27-41.

⁵ Vid. el estudio de QUINTANILLA NAVARRO, B., «Transversalidad de género», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y QUINTANILLA, B., Dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid (MTI), 2008, pp. 45 y ss.

⁶ Dicha Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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 la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

³ Vid. por todos, sobre el significado y alcance de esta Ley, RODRIGUEZ-PIÑERO, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL* (1999), vol. II, págs. 30 y ss

le la condición de Derechos en poder de las personas trabajadoras [art. 44 LOI]. Unido a ello, y no menos relevante, la conciliación se vincula a la noción de la *corresponsabilidad* «para trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares» [art. 44.1 LOI]. Dicha perspectiva se ha de llegar a convertir en una de las claves de bóveda del avance en dicho objetivo, debiéndose reforzar la participación masculina en el ejercicio de los derechos de conciliación, al demostrarse de forma persistente por las estadísticas que los derechos de conciliación son utilizados abrumadoramente por las mujeres. Nace así el permiso por paternidad, como derecho de titularidad propia del padre [art. 44.3 LOI]. De esta forma, se pretende otorgarle una posición más relevante en el cuidado de los hijos, desde el mismo instante de su nacimiento, pero con una diferencia cualitativa temporal, bien significativa, respecto al derecho de suspensión de la madre. Finalmente, la última de las novedades que cabe resaltar en esquema de síntesis en el ámbito de la conciliación fruto de este texto legal, es que el avance que pretende alcanzarse quiere implicar de forma decisiva a la *negociación colectiva en el objetivo de la igualdad*, tanto en la negociación de los convenios, como en la adopción de los planes de igualdad que se van a poner en marcha a raíz de su aprobación⁷.

Dicho punto de inflexión en materia de conciliación se ve acompañado de una doctrina constitucional especialmente sensible a este campo de actuación, al indicar que las negativas empresariales al ejercicio de estos derechos deben ser valoradas en clave constitucional, al estar en juego derechos constitucionales de primer orden [arts. 14 y 39

⁷ Sobre la trascendencia que adquiere el papel de la negociación colectiva en la Ley 3/2007, véase ESCUDERO RODRIGUEZ, R., «El complejo juego entre la ley la negociación colectiva en la nueva Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas», *RL* (2007), Tomo I, págs. 998 y ss, y VALDES DAL-RE, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley la negociación colectiva*, Madrid (Reus), 2010, pp. 63 y ss.

CE] [SSTC 3/2007, de 15 de enero, 26/2011 y 149/2017]. En suma, el reconocimiento de esta dimensión obliga también en la aplicación de la legislación ordinaria, cuando estén en juego las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar, «pues han de prevalecer, y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa» en su ejercicio concreto, ya que el logro efectivo de la conciliación tiene «una dimensión constitucional» que exige una especie de juicio de ponderación de derechos fundamentales (adecuación, necesidad, y proporcionalidad) por los órganos judiciales, de modo que las medidas limitativas empresariales sean las estrictamente imprescindibles en su afectación de los derechos de conciliación⁸.

Reseñadas en un esquema de síntesis las iniciales líneas de actuación, y al poco de contrastarse con su experiencia aplicativa comienzan a ponerse en cuestión las orientaciones marcadas por las políticas de conciliación, al discutirse la validez de sus presupuestos de partida, habiendo una conclusión muy cierta casi desde su origen, y es que las medidas adoptadas son utilizadas de forma mayoritaria por las mujeres. Una y otra vez las estadísticas van a poner al descubierto que el problema de la conciliación lo vive como propio el sexo femenino condicionando de forma radical la posición que ocupa la mujer en el mercado de trabajo, teniendo una implicación mucho menor el hombre en las responsabilidades domésticas y de cuidado, tal y como revelan las encuestas del uso del tiempo y la última Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (2015). Y es que el sexo masculino no vivirá con la misma intensidad y tensión la armonización de los tiempos laborales con los de la vida personal y familiar. Consecuentemente, como indica M.E. CASAS, «el fracaso de su utilización compartida con los hombres ante el peso de los estereotipos de gé-

⁸ Sobre la trascendencia constitucional de los derechos de conciliación. Vid. en detalle CASAS BAAMONDE, M.ª E., «Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales* (2018), nº 10, pp.1073 y 1074.

nero reproduce la discriminación de las mujeres que buscan modificar»⁹.

Todo ello provocará que la mujer, o bien, reduce sus tiempos de trabajo con la consecuente pérdida salarial y promoción profesional, o de forma simultánea o alternativa, descentraliza el trabajo del cuidado y la responsabilidad doméstica a través del recurso de las mujeres de la generación anterior, o recurre a la contratación de empleadas del servicio del hogar, o en el peor de los casos decide renunciar al mundo del trabajo, pasando a engrosar las cifras de las personas inactivas de la Encuesta de Población Activa que en su mayoría tienen una elevada responsabilidad en la función del cuidado¹⁰. En tal sentido, se ha de llamar la atención como España, al haberse caracterizado por ser un Estado del Bienestar familista, el recurso a los servicios de cuidado no se produce con tal frecuencia como en otros países, por el coste económico de los privados, y por la grave insuficiencia de los servicios públicos de cuidado en intensidad, ante una ausencia manifiesta de políticas públicas destinadas a tal fin¹¹.

En suma, todo lo anterior quiere poner de relieve que el presupuesto de partida del que inexorablemente se ha de partir es que la conciliación no ha funcionado en términos de corresponsabilidad, sino que por el contrario ha

⁹ «Conciliación de la vida familiar y laboral...», *cit.*, p. 1073.

¹⁰ Página web del Instituto de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, que conforme a las estadísticas del INE, establece que del total de personas que permanecen inactivas en el año 2017 por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), el 94,9% eran mujeres. El 32,5% de las mujeres inactivas por cuidar a personas dependientes tenían de 35 a 44 años y el 26,3% de 25 a 34 años. El 43,2% de las mujeres de 35 a 44 años inactivas por cuidar a personas dependientes alega como motivo de la inactividad no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de niños, y un 7,5% de mujeres inactivas de este grupo de edad alega no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos.

¹¹ BETTIO, F. y VERASCHAGINA, A., *Long-Term Care for the elderly. Provisions and providers in 33 European countries*. EGGE European Network of Experts on Employment and Gender Equality issues. Fondazioni Giacomo Brodolini (2010), pp. 52 y ss.

promocionado la perpetuación de los roles de género que contribuyen a la desigualdad entre hombres y mujeres, produciéndose toda una serie de consecuencias en cadena que afectan no sólo al sexo femenino, sino a la sociedad por entero¹². Ello es así, porque pese a que la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo es ya una realidad generalizada, configurándose como una de las transformaciones sociales más significativas del último siglo, la falta de atención o adecuada respuesta al problema de la conciliación está provocando toda una serie de efectos que se están dejando sentir en muy distintas esferas.

Indudablemente, las primeras afectadas son las mujeres, pero también los hombres a los que se les está reclamando un cambio en profundidad de sus valores personales y sociales, al ser cada vez más urgente que asuman una mayor cuota de responsabilidad en la tarea del cuidado y de lo doméstico. Asimismo, los menores han de convivir en un hogar familiar en el que ambos trabajan, debiéndose ver asistidos en guarderías o cuidadoras durante jornadas en ocasiones excesivamente prolongadas, habiendo desembocado en un aumento de las tasas de fracaso escolar a edades cada vez más tempranas. Del mismo modo, se está dejando sentir la debilidad de nuestro sistema en conciliación en nuestros mayores, enfermos y personas con discapacidad, cuya adecuada asistencia requiere cada vez con más premura una potente inversión económica en una red de servicios públicos que el Estado del Bienestar se encuentra con serias dificultades para su cobertura, sin que se haya todavía recuperado los niveles de inversión anteriores a la crisis económica. Las políticas públicas deben asumir una parte de la función de la tarea de cuidados que «tradicionalmente» las mujeres de la familia han regalado a la sociedad española, en un sistema que ya no se puede mantener, debiendo constituirse dicho sector

¹² GUERRERO VIZUETE, E., «La conciliación entre vida laboral, personal y familiar, una década después de la Ley Orgánica 3/2007», *Revista General Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (2018), nº 51, p. 4.

de actividad en un importante motor de generación de empleo que contribuiría decisivamente al avance de la mujer en clave de igualdad¹³. Finalmente, a cuenta de la conciliación las empresas y administraciones públicas ven aumentadas sus cifras de absentismo, produciéndose cada vez más conflictos por la falta de sensibilidad de nuestra normativa y de los empleadores y de los asalariados ajenos hacia dicha tensión diaria, realidad que, incluso, llega a quebrantar la propia paz social, cuanto más feminizada es la plantilla. Por último, el Sistema de Seguridad Social ve peligrar su sostenibilidad financiera por dos realidades que confluyen, y que ponen en peligro la viabilidad del sistema, motivadas por la alarmante reducción de nacimientos en España –1,3 hijos de media por mujer que no alcanza la tasa de reemplazo–, y la prolongación de la edad de vida de nuestros mayores.

Todo lo anterior, solamente quiere poner al descubierto que el replanteamiento de los postulados clásicos que giran alrededor de la conciliación deben dejar de contemplarse como una cuestión que afecta e incide en exclusividad en el sexo femenino, sino que aunque la principal perjudicada es la mujer, las respuestas o soluciones pasan por implicar a la sociedad por entero, al tener efectos decisivos sobre el conjunto de la misma.

A día de hoy, parece claro que el objetivo de conciliación, tal y como está planteado en nuestro ordenamiento actual, lejos de funcionar como mecanismo de equilibrio y reparto de las responsabilidades familiares entre ambos sexos, ha contribuido al mantenimiento de la des-

igualdad de género, siendo que dicha cuestión lejos de ser una realidad propia de nuestras fronteras es una preocupación que está presente en el marco de la Unión Europea, al ser conscientes que las políticas implementadas han sido inadecuadas. En fechas relativamente recientes, en el seno del marco europeo se ha debatido, reconociéndose que el logro del objetivo de conciliación ha de plantearse bajo nuevos presupuestos, al reconocerse expresamente su fracaso en términos de igualdad de género, reclamando un marco normativo renovado¹⁴. De este modo, y con ocasión de la aprobación de una 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» presentada en abril de 2017 por la Comisión Europea, *se ha reclamado un nuevo enfoque*, que trascienda claramente el derecho a los permisos parentales, debiendo situarse en un contexto más extenso y más complejo. La Unión Europea está tratando el tema de la conciliación con una nueva perspectiva, que tiene que perseguir un doble objetivo. Por una parte, se ha de promover la participación y el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, y por otra, se ha de incentivar la utilización de los instrumentos de conciliación por parte de los hombres, configurando políticas de conciliación que contribuyan a reequilibrar el reparto de responsabilidades en el hogar¹⁵.

¹⁴ Como ya se pondría de manifiesto en la Estrategia 2020, y se anticiparía, de modo particular en la Estrategia para la Igualdad entre Hombres y Mujeres 2016-2019 que sigue la Estrategia 2010-2015. De esta forma, la propia Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre conciliación declara lo siguiente: «Ha quedado demostrado que el desequilibrio en el diseño de permisos para hombres y mujeres, la falta de incentivos suficientes para que los hombres disfruten de permisos que les permitan ocuparse de sus hijos u otros familiares a cargo, las posibilidades limitadas para acogerse a fórmulas de trabajo flexible, la cantidad insuficiente de servicios asistenciales formales y los desincentivos económicos han agravado los problemas del empleo femenino».

¹⁵ *Vid.* al respecto, BALLESTER PASTOR, M.ª. A., «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *Revista de Relaciones Laborales* (2017), nº 38, pp. 67 y ss.

¹³ Según los últimos datos de la EPA del último trimestre del año 2018, el sector sanitario y de servicios sociales es la nueva locomotora española en la creación de empleo, por encima de otras profesiones masivas como la hostelería y construcción. Las actividades sanitarias y de servicios sociales emplean ahora un 35% más de personas que en el primer trimestre de 2008, la construcción ha caído a la mitad. En la última década, el empleo en la sanidad y servicios sociales ha ido ganando tanto peso que ahora mismo se sitúa en los mismos niveles que la hostelería: más de 1,6 millones de personas trabajan actualmente en cada uno de estos dos sectores.

Por consiguiente, los presupuestos anteriores conducen a que se deban cuestionar las políticas de conciliación hasta ahora adoptadas en el ordenamiento laboral español, tomando como referencia, como no podía ser de otro modo, las orientaciones europeas. Indudablemente, dicha temática es compleja por el conjunto de intereses en juego y por la pluralidad de medidas que entran en acción, por eso nuestro estudio no pretende efectuar un análisis completo de los derechos de conciliación tradicionales, sino que, bajo nuestro punto de vista, tiene un mayor interés abordar las cuestiones que necesitan un nuevo replanteamiento, si, de verdad, se quiere avanzar en un futuro en que el objetivo de conciliación sirva para lograr una mayor igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales, que estamos convencidos tendrá una repercusión directa en las otras esferas vitales. Por ello, nos centraremos en el propio concepto de conciliación que pese a su juventud debe ser revisitado en la propia situación de necesidad contemplada, así como se reflexionara sobre las acciones principales que deberían promoverse para una genuina y efectiva conciliación en corresponsabilidad, y finalmente, concluiremos con un breve análisis sobre la incidencia de las nuevas tecnologías de la comunicación e información sobre la conciliación. A nuestro modo de ver, dichas problemáticas constituyen los desafíos principales que tiene dicha temática, si se pretende que la mujer avance en su posición en el mercado de trabajo, y en una solución de mayor armonía entre su vida profesional y familiar.

2. SOBRE LA NECESIDAD DE REVISAR LA SITUACIÓN LEGAL EN LA QUE DESCANSA LA NOCIÓN DE CONCILIACIÓN

2.1. La urgente demanda de contemplar la diversidad de estructuras familiares para la modulación del ejercicio de los derechos

Lo primero sobre lo que hay que llamar la atención es que ni en la legislación española, ni

en la comunitaria hay un concepto cerrado de la situación de necesidad que reclama el ejercicio de los derechos de conciliación. Tradicionalmente, el triángulo formalmente implicado se encuentra configurado prioritariamente por la empresa, el trabajador asalariado y los hijos menores. No obstante, con el paso del tiempo la noción que genera la necesidad se ha ido ampliando, aun cuando a día del hoy, el núcleo fuerte sobre el que giran los derechos de conciliación siguen siendo dichos sujetos, generándose demasiadas ausencias que quiebran el avance deseable de una adecuada conciliación en este nuevo siglo. En efecto, la noción ha ido incorporando nuevas estructuras familiares, como las parejas del mismo sexo, como titulares de los derechos [art. 48.7 ET], modificándose también por obra de las reformas civiles a los menores atendidos [Ley 26/2015], integrando a los adoptados, o a los susceptibles de guarda con fines de adopción o acogimiento, en régimen de igualdad con los nacimientos biológicos, así como ampliándose progresivamente la edad del menor protegido. Ahora bien, a día de hoy es preciso que el texto legal evolucione y se adapte a los cambios que ha sufrido en las últimas décadas la estructura familiar, puesto que las situaciones de los *titulares* de los derechos denominados de conciliación, como de los *sujetos protegidos*, han variado significativamente con el tiempo, permaneciendo las normas laborales muy apegadas en sus líneas esenciales a un esquema predominante de familia.

A este respecto, y pese a los avances habido en la negociación colectiva cuando se articulan estos derechos que introducen en algunos casos novedades –todavía aisladas–, es importante que sea el legislador el que recoja dichos nuevos postulados, puesto que como se ha tenido oportunidad de comprobar en la experiencia negociadora, las cláusulas de convenios siguen en buena parte la inercia de las previsiones estatutarias en lo que afecta al supuesto de hecho que genera la activación de la medida de conciliación¹⁶.

¹⁶ Como tuvimos ocasión de comprobar en MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., «La necesaria reorientación de la conciliación de la

Desde esta perspectiva, es importante que el ejercicio de estos derechos no pueda seguir reglamentándose en función de un modelo de familia único, sino que ha de contemplarse la diversidad de estructuras familiares que deberían condicionar la ordenación de las medidas, que lejos de ser realidades aisladas, se encuentran plenamente extendidas en nuestro tejido social, y que en algunos casos deberán modalizar el ejercicio de estos derechos de forma transversal, al presentar mayores dificultades para la conciliación. Con relación a las ausencias más llamativas se ha de mencionar las relativas al cónyuge y a las uniones de hecho, inscritas en el registro de hecho o empadronadas, o a las parejas homosexuales que en este último caso son contempladas puntualmente en las reglas jurídicas a efectos de la suspensión de contrato [art. 48 ET], siendo cada vez más una situación carente de toda regulación, la posibilidad de conciliación de padres con descendientes de su pareja que conviven con ellos, detentando *de facto* funciones de asistencia y cuidado, y sin que la legislación laboral les reconozca derecho alguno.

Y es que la noción que está en la base de estas disposiciones legales se limita al cuidado entre familiares *strictu sensu*, restringidos a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Tanto en los derechos de reducción de jornada [art. 37.6 ET], como en las excedencias familiares [art. 46 ET], como incluso en los permisos retribuidos [art. 37.3 b) ET], se contemplan dichos beneficiarios, considerando como tales, como se sabe, de forma exclusiva, en el primer grado a los padres e hijos, y en el segundo se contrae a los abuelos, nietos y hermanos, quedando fuera supuestos

vida profesional y familiar y la negociación colectiva», *Relaciones Laborales* (2011), nº 19 pp. 24 y ss. Asimismo, el Observatorio de Igualdad de UGT en convenios colectivos y planes de igualdad, 2011 y 2013, en el que en este terreno, la negociación colectiva se mostraba muy apegada al texto legal y escasamente innovadora. Y más recientemente, FERNÁNDEZ COLLADOS, M.ª.B., «Negociación colectiva sobre adaptación de la jornada por razones personales o familiares», en *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, VVAA, Lex Nova Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 180.

tan comunes como el cuidado de los tíos por sus sobrinos, al no extenderse el parentesco al tercer grado, e incluyendo, por el contrario, y taxativamente el parentesco por afinidad que incluye la asistencia de los suegros¹⁷. Dichos ejemplos son simplemente un exponente de la necesidad de revisar dichas previsiones legales que están sin duda quedando obsoletas, con la evolución de la noción de familia que está dando lugar con el transcurso del tiempo a un concepto amplio y heterogéneo que no encuentra su reflejo en las normas legales dedicadas a articular los clásicos derechos de conciliación.

Ahora bien, al margen de estas realidades que están reclamando su inclusión dentro de la situación de necesidad, las realidades familiares más desprotegidas las constituyen las familias monoparentales en su mayoría constituidas por mujeres, y las familias numerosas. En ambas hipótesis, resulta indudable que la necesidad de los derechos de conciliación se intensifica frente a una familia con dos progenitores, o con dos descendientes o menos, y sin embargo, y salvo excepciones como en la excedencia familiar [art. 46.3 ET], el legislador no prevé medidas adicionales para la armonización de la vida profesional con la familiar, como si la situación de necesidad que subyace a los derechos de conciliación fuera una realidad unívoca¹⁸. Desde esta

¹⁷ Vid. sobre la exclusión del parentesco por afinidad, evitándose así que la mujer siga siendo la cuidadora de la familia política hasta el segundo grado, ya se pronunció, en su momento PEREZ DEL RÍO, T., «La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad» en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, P., Dirs), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, (Tirant lo Blanch), Valencia, 2011, p. 62.

¹⁸ A este respecto, resulta muy limitada la referencia a las familias numerosas que solamente se contempla en las excedencias familiares [art. 46.3 ET], sin que haya ninguna alusión adicional a la misma, en el resto de la regulación de los derechos de conciliación. Dicha reglamentación contrasta con la regulación de las prestaciones familiares no contributivas que prevé una prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad [art. 357 LGSS]. Vid. BARRIOS BAUDOR, G. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *Las familias numerosas entre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2014, pp. 23 y ss.

perspectiva, se debería tener en cuenta que la regulación de los derechos de conciliación debería atender al número de miembros que componen la unidad familiar en la que se reclama el cuidado, así como el número de trabajadores que tienen la responsabilidad de asumirla. Con carácter general, y salvo excepciones tasadas, los derechos de conciliación se regulan como una categoría jurídica única con independencia de las circunstancias del titular del derecho, y del beneficiario o sujeto protegido. Se debería replantear dicha premisa de partida desde la Ley, teniendo como efecto directo la modulación de los derechos de conciliación, al modo en que se ha realizado en el caso de las familias numerosas que ha conducido a una ampliación de la excedencia familiar [art. 46. ET], siendo a día de hoy una acción aislada en el campo de la conciliación, al margen de las previsiones de la negociación colectiva.

2.2. La necesaria revalorización de los derechos de conciliación de las personas mayores, enfermas y con discapacidad

A la vista del cambio demográfico que está sufriendo nuestra sociedad resulta absolutamente imprescindible que en el seno de los derechos de conciliación se incorpore con la misma intensidad que el cuidado de los menores, la asistencia de las personas mayores, enfermas o con discapacidad, no pudiendo atribuirseles a los titulares de estos derechos una *conciliación de segundo grado*, tal y como se manifiesta como botón de muestra en la regulación de las excedencias familiares [art. 46 ET]¹⁹. Y es que dicha diferencia de duración legal en un año muestra con claridad el tratamiento *in peius* de los derechos de conciliación de familiares respecto al cuidado de los hijos, que de nuevo se proyecta en la protección social conferida con

respecto a los períodos que se consideran como ocupación cotizada [art. 237 LGSS]. A día de hoy, no hay razones de peso para esa diferencia de reglamentación legal que sólo puede ser suplida a efectos laborales por la negociación colectiva. Es más, en el caso de las personas mayores dependientes, es relativamente habitual que la situación de necesidad se agrave, a medida que se incrementa la edad, siendo realmente conveniente que se pudiera extender la excedencia, si es el modo en que el trabajador elige conciliar.

Y es que realmente no se está afrontando con la trascendencia que tiene el envejecimiento demográfico en el diseño de los derechos de conciliación en la sociedad española, cuando se trata de una de las más envejecidas en el ámbito europeo y mundial, en una tendencia que no tiene vuelta atrás. Según los últimos datos del INE, el número de personas mayores de 65 años se ha duplicado en los últimos treinta y cinco años, pasando de 4,2 millones de personas en 1981 (11,2% de la población total) a 8,8 millones en 2017, siendo que las proyecciones estimadas prevén que en el año 2036, podrá alcanzar al 30 por 100 de la población en nuestro país. Las políticas públicas no están dando una respuesta adecuada, en especial en materia de servicios sociales, teniendo que la legislación laboral adaptarse a dicha realidad que está ya expulsando a un importante colectivo de mujeres de la actividad profesional, habiendo encontrado un tímido eco en las propuestas de la Unión Europea, pero no dentro de la legislación interna. Y ello es así en un país, cuya evolución demográfica va a provocar, como se ha dicho con razón, que en un futuro próximo se va invertir la pirámide del cuidado, siendo cada vez menor el número de hijos a atender, y mayor el número de personas de edad avanzada a asistir²⁰.

En este sentido, llama la atención como los textos legales que inciden en la legislación laboral, pese a ser coetáneos de la Ley 39/2006,

¹⁹ Vid. un estudio crítico completo en DILLA CATALA, M^a. J., «Derechos y políticas de conciliación en los cuidados de personas dependientes», en AA.VV. (MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., Dir.), *Dependencia (Long Term Care)*, y empleo en el Estado del Bienestar, Madrid (Aranzadi), 2018, pp. 477 a 503.

²⁰ OIT, «El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro del trabajo decente», 2018.

de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia –en concreto la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo– *eluden el concepto de persona dependiente*, aun cuando las normas laborales identifican una situación que en la mayoría de los casos puede coincidir con ella. De esta forma, los dos rasgos que distinguen dicha situación en las reglas estatutarias, tanto en el derecho de reducción de jornada previsto [art. 37.6 ET], como en la excedencia familiar [art. 46.3 ET], exigen que la persona por razones de edad, accidente o enfermedad «no pueda valerse por sí misma», y «no desempeñe actividad retribuida». En relación a la primera exigencia, quedarían fuera de la protección aquellas personas dependientes en grado moderado que pueden valerse por sí mismos, pero necesitan ayudas para determinados actos de la vida ordinaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal [art. 26.1 a) LAAD]; en tal caso, resultaría dudoso si los trabajadores que les atienden no podrían pedir una reducción de jornada. Con respecto a la segunda exigencia, también adquiere poco sentido, cuando se trata de personas con discapacidad que reclaman asistencia para llevar a cabo una vida autónoma o independiente, teniendo precisamente necesidad de apoyo por parte del núcleo familiar para llevar a cabo esa integración laboral, tan deseable, de acuerdo al espíritu de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Y es que como declara la propia Ley de Dependencia, dicho estado puede requerir ayudas o apoyos importantes para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, o las necesidades de apoyo que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad [art. 2.4 LAAD].

Y es que, sin duda, cuando se hace referencia a los derechos de conciliación se olvida la grave situación que tienen los trabajadores que tienen que atender diariamente a personas dependientes, sin que la legislación laboral este a

la altura de las circunstancias, produciéndose en más de los casos por los asalariados, bajas por incapacidad temporal que acaban en muchos casos concluyendo con la expulsión definitiva del mercado de trabajo. La atención a las personas dependientes constituye una de las razones por las que en nuestro mercado de trabajo se encuentran un 1.997.800 mujeres que no tienen empleo, ni lo buscan por razones familiares, frente a tan solo 130.800 hombres²¹, siendo absolutamente feminizada dicha función²². En tal sentido, parece claro que los preceptos que afectan a dichos derechos de conciliación por cuidado de familiares deben ser revisados, incorporando junto con las personas mayores, enfermas o con discapacidad, a las personas reconocidas como dependientes, puesto que, como se ha expuesto, en algunos casos quedan fuera de la noción vigente, sin que se deba exigir para ser beneficiario del cuidado la falta de ejercicio de una actividad retribuida. Dicho esto, su inclusión como desencadenante de la solicitud de estos derechos no debe implicar la desaparición a la referencia de las personas mayores, enfermas o con discapacidad. Y ello, porque, a día de hoy, en determinados territorios autonómicos el reconocimiento del estado de dependencia se alarga en exceso, requiriéndose medidas de conciliación normalmente desde el momento en que se solicita, y, adicionalmente, porque la condición de persona dependiente no cubre todas las hipótesis imaginables que se pueden dar en dichas situaciones de necesidad²³.

Pues bien, si nos trasladamos al ámbito de la Unión Europea son importantes los pasos que se están dando en este terreno que tienen que encontrar necesariamente eco en la legislación española. En primera instancia, nos hemos de

²¹ <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm> (2 julio 2018).

²² Página web del Instituto de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, que conforme a las estadísticas del INE, establece que del total de personas que permanecen inactivas en el año 2017 por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), el 94,9% eran mujeres.

²³ DILLA CATALA, M.ª J., «Derechos y políticas de conciliación en los cuidados de personas dependientes», *cit.*, p. 488.

referir a las alusiones realizadas en el Pilar de Derechos Sociales proclamado por el Parlamento, Comisión y Consejo Europeo adoptado el 17 de noviembre de 2017, cuya finalidad principal es servir de guía para los Estados de la Unión (en especial los de la zona euro) para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros, con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como para garantizar una mejor regulación de los derechos sociales. Entre los 20 principios que se proclaman, cabe mencionar el principio nº 9 sobre «Equilibrio entre vida profesional y vida privada», en el que por primera vez se menciona, no sólo a los padres como titulares de los derechos, sino también a las «personas con responsabilidades asistenciales», equiparándoles en su condición de titulares de derechos de conciliación, y proclamándose como derechos principales de conciliación, a «los permisos, a unas condiciones de trabajo flexibles, y a servicios de asistencia». Junto a dicho principio, es muy relevante traer a colación el principio nº 18 titulado «Cuidados de larga duración» que, en el ámbito europeo se identifica con la atención que reciben las personas dependientes²⁴, y en el que se establece que «toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles, y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y a servicios comunitarios». Su mero enunciado permite intuir la trascendencia que percibe la Unión que tiene el cuidado de personas dependientes, al que se dedica un apartado específico dentro del capítulo de «Protección e inclusión social», reglamentando por primera vez un *derecho al cuidado*, y como medida nuclear para atenderlo el desarrollo de los servicios comunitarios, y de modo especial la asistencia domiciliaria que, como su propio nombre indica, se da en los hogares familiares. Y es que atendiendo a los países que tienen un mayor desarrollo de su Estado de Bienestar en

dichas políticas de cuidado como los nórdicos, el fomento e inversión en el servicio de ayuda a domicilio es una de las respuestas nucleares para satisfacer la demanda de cuidado, que en España se ve cubierta esencialmente por las mujeres de la familia, y en su caso por las trabajadoras del servicio del hogar que constituyen uno de los recursos principales para la conciliación²⁵. A este respecto, la política pública que incentive dichos servicios sociales de proximidad es una medida cada vez más imprescindible para que los trabajadores puedan compatibilizar su vida profesional con la responsabilidad de cuidado que reclaman las familias.

Asimismo, y en segunda instancia, se ha de tener en cuenta la propuesta de Directiva sobre «Conciliación de la vida profesional y familiar de los progenitores y cuidadores» que ya en su propio título, amplía la titularidad de los derechos a los «cuidadores», poniendo claramente al descubierto que la conciliación no puede ya contemplarse cardinalmente desde el binomio maternidad/paternidad-natalidad. En tal sentido, en el marco europeo es indudable que dichos titulares de los derechos de conciliación han hecho acto de presencia, situándose en pie de igualdad con los progenitores, y estamos plenamente convencidos que en un futuro inmediato se van a convertir en protagonistas en el ámbito de la conciliación, sin que la legislación española hasta el momento haga referencia alguna a los mismos. A este respecto, llama la atención como la Unión Europea en los considerandos de dicha propuesta indique que «la maternidad en las mujeres conduce a trabajar menos horas», pero «se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, ya que lleva a algunas mujeres a abandonar el mercado de trabajo», puesto que «ellas son las que asumen la condición de cuidadora informal».

²⁴ El cuidado de larga duración («long-term care») se define como una serie de servicios para las personas que, como resultado de la fragilidad y/o discapacidad mental y/o física durante un período prolongado de tiempo, dependen de ayuda en las actividades básicas y/o instrumentales de la vida diaria (OCDE, Eurostat, OMS).

²⁵ Vid. en este sentido ZALACAIN, J., «Atención a la dependencia en la Unión Europea: modelos, tendencias y retos», *Revista de Derecho social y empresa* (2017), nº 8, p. 7, y PETERSON, E., «Eldercare in Sweden: An overview», *Revista de Derecho social y empresa* (2017), nº 8, pp. 94 y 95.

Consecuentemente, la propuesta de Directiva prevé toda una serie de medidas a su favor, identificando previamente las nociones de «cuidador» y «dependencia» con unas definiciones ciertamente confusas, pese a la trascendencia de ambos conceptos, si se tiene en cuenta la influencia tan decisiva que tiene una Directiva –aunque sea una propuesta– en las legislaciones nacionales. Desde esta perspectiva, se percibe que nos encontramos ante un campo de acción relativamente nuevo en el marco de la conciliación, en el que la propia terminología se ha de afinar para evitar ciertas incertidumbres sobre el alcance de los titulares del derecho o de los sujetos protegidos. Y así se viene a definir al cuidador, con el trabajador que «dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia de un familiar» (art. 3 c)). De dicha definición, se echa en falta como posible beneficiario del cuidado a la persona con discapacidad que no siempre coincide con la persona dependiente, al menos en la legislación española, así como una mayor precisión con el reconocimiento de una enfermedad grave.

Asimismo, y si recurrimos a la definición de dependencia, la inseguridad se intensifica, puesto que se enuncia como tal, a «la persona que necesita cuidados, con carácter temporal o permanente, debido a una discapacidad o a un problema médico serio distinto de una enfermedad grave» (art. 3 e)). En este caso, la imprecisión es todavía más patente, al incluir en este caso a la persona con discapacidad que necesita cuidados, cuando el objetivo de la asistencia en estos casos puede ser plural y diversa, intensificándose la confusión cuando se identifica la dependencia, con la necesidad de cuidados por un problema médico serio distinto de una enfermedad grave, noción que ya se ha incluido en la definición de cuidador. Se amplía en este caso la definición de persona dependiente de la legislación española que presupone un «estado de carácter permanente» [art. 1.1 LAAD], extendiéndose a los estados temporales que provocan enfermedades que no son graves, pero que necesitan cuidado. O lo que es lo mismo, en dichas hipótesis la dependencia es provisional o transitoria, reclamando-

se una asistencia del trabajador que reclama el ejercicio de medidas de conciliación.

Finalmente, el cuadro se completa con la noción de «familiar» que restringe a los hijos, padres y cónyuge del trabajador, y a las pareja de hecho de éste cuando las uniones de hecho están contempladas en el Derecho nacional (art. 3 d)). Como se sabe, nuestra legislación no menciona al cónyuge, ni a las uniones de hecho, y por el contrario resulta más amplia al incluirse el segundo grado a todos los efectos, así como a relaciones asimiladas a la familiar que se admiten en muchas regulaciones normativas, incluida la española que permite que el cuidador familiar o no profesional sea una relación al margen del parentesco en el marco de la Ley 39/2006 (art. 2.5 LAAD).

Por tanto, parece a la luz de la propuesta de Directiva que se podrán activar los derechos de conciliación, cuando haya necesidad de cuidado o de ayuda de un familiar, en caso de enfermedad (grave o no), discapacidad y dependencia de un familiar. En cualquier caso, se echa en falta una mayor precisión terminológica en los conceptos que conforman la situación de necesidad que activa la acción de conciliación. A este respecto, desconocemos la razón por la que la propuesta de la Unión Europea no ha acogido la acertada definición de dependencia, adoptada por la Recomendación (nº 98) 9 del Consejo de Europa, que sin duda ha inspirado la legislación española, y que describe como tal, «el estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria».

En todo caso, a la vista de la Directiva parece claro que se debería revisar la normativa española, incluyéndose al cónyuge y a las uniones de hecho, como familiares, así como a la persona dependiente, para evitar equívocos, flexibilizando las exigencias legales que tanto en el ámbito de la reducción de jornada [art. 37.6 ET], como en la exceden-

cia familiar [art. 46.3 ET], reclaman una situación de necesidad bastante más estricta que la que propone la Directiva. De esta forma, la propuesta europea pone el acento en la necesidad de «cuidado y apoyo», sin exigir los dos requisitos mucho más exigentes de los preceptos estatutarios referidos «a no poderse valer por sí mismos», y a «no realizar actividad retribuida». En conclusión, la norma europea de forma más acertada dirige su mandato al familiar de un trabajador que necesita ayuda o cuidados por encontrarse en alguna de las situaciones relacionadas, expresión mucho más laxa que la fijada en el ordenamiento español que provoca que queden demasiadas situaciones de necesidad al margen de la conciliación. A este respecto, y por la naturaleza de dicha disposición parece claro que se podrán incorporar por las legislaciones nacionales más sujetos, tanto titulares como beneficiarios de la situación de necesidad, al ser una norma que se autocalifica de mínima, pero lo que no se podrá es endurecer los requisitos para que se puedan activar los derechos de conciliación, como realiza la ordenación española.

Finalmente, no podemos terminar este apartado sin aludir, aunque sea brevemente, a las medidas que prevé la Directiva para atender a las personas dependientes, o que se inauguran para los cuidadores, que revelan con claridad que la conciliación también en el ámbito europeo realmente se sigue contemplando como una conciliación de segundo grado o categoría. A este respecto, la Unión al considerar que no hay un permiso específico para ocuparse del cuidado de familiares enfermos o dependientes, al margen del permiso por fuerza mayor contemplado por la Directiva 2010/18, prevé un «permiso para cuidadores» (art. 6). Dicho permiso se proclama como un «nuevo derecho anual», que según reza en la propuesta, «mejora las posibilidades de que los trabajadores disfruten de un breve período de permiso para ocuparse de un familiar, contribuyendo a mejorar su conciliación y al no abandono del mercado de trabajo». No obstante, lo cierto

es que su trascendencia se diluye, cuando se observa la duración prevista tan limitada, con carácter eso sí de mínimo, pero que se contrae a un plazo de cinco días al año por trabajador, sorprendiendo, a continuación, la causa que subyace al mismo que no coincide con las definiciones anteriores, al poder quedar supeditado «a una justificación adecuada de que el familiar del trabajador sufre un problema médico» (at. 6). Pese a la dicción literal del precepto, de forma coherente con el conjunto de la disposición, se deberá entender que este permiso retribuido se podrá activar cuando se reclama cuidado o apoyo de un familiar, por un episodio vinculado a la salud, como hospitalización, intervención quirúrgica sin ingreso, pero también, al acompañamiento para la asistencia de una cita médica, o por supuesto para un tratamiento por enfermedad grave²⁶.

Al margen de este permiso que supone escasa novedad respecto a la legislación española que en muchos casos contempla dicha situación como permiso retribuido, pero con la diferencia que desglosa las distintas hipótesis que pueden dar lugar al mismo, resulta más interesante el *permiso por fuerza mayor* que ya está contenido en la vigente Directiva 2010/18, y que garantiza el derecho de ausencia del trabajo por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente, que hagan indispensables la presencia inmediata del trabajador sin una duración predeterminada. Y es que, realmente, al margen de estos escuetos permisos, en el avance de la conciliación en este ámbito resultan más adecuadas las medidas relativas a las fórmulas de trabajo flexible y la inversión pública en servicios que se promueven, y se extienden, tanto a los progenitores, como a los cuidadores, y que se examinan en los apartados siguientes, al ser común a ambos, preconizando una nueva forma de entender la conciliación.

²⁶ Vid. al respecto DILLA CATALA, M^a. J., «Derechos y políticas de conciliación en los cuidados...», *cit.*, p. 496.

3. SOBRE LA NECESIDAD DE REVISAR LAS ACCIONES PRINCIPALES EN CONCILIACIÓN EN ARAS DE LOGRAR UNA MAYOR CORRESPONSABILIDAD

La Unión Europea, cuando ha abordado en 2017 en su propuesta de Directiva las medidas más eficaces en torno a la conciliación con el objetivo de avanzar en igualdad de género ha hecho previamente un diagnóstico certero, en el que indica que las políticas de conciliación que se han adoptado hasta la fecha han resultado inadecuadas: «Ha quedado demostrado que el desequilibrio en el diseño de permisos para hombres y mujeres, la falta de incentivos suficientes para que los hombres disfruten de permisos que les permitan ocuparse de sus hijos u otros familiares a cargo, las posibilidades limitadas para acogerse a fórmulas de trabajo flexible, la cantidad insuficiente de servicios asistenciales formales y los desincentivos económicos han agravado los problemas del empleo femenino». Por ello, en este apartado nos proponemos abordar dichas medidas en la legislación española con el fin de establecer posibles propuestas con la mirada puesta en que dichas acciones no incrementen las diferencias de género en el ámbito laboral, sino que contribuyan al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

3.1. La necesidad de equiparar los permisos familiares entre hombres y mujeres

Indudablemente, la falta de implicación del hombre en el objetivo de conciliación es una de las lacras que tanto dentro de nuestras fronteras, como en los países de nuestro entorno arrastran las sociedades modernas, que, sin duda, impide que cualquier medida de mejora en conciliación consiga los resultados deseados. Las diferencias entre sexos en la utilización de las medidas se muestran excesivas, perdurando a lo largo de tiempo como un problema endémico, que impide una mejora sustancial de la igualdad entre ambos sexos, ahondando en el mantenimiento de los este-

reotipos de género. Una limitada excepción en el ordenamiento español lo constituye la favorable acogida del padre o progenitor de la suspensión por paternidad [art. 48.7 ET], medida más simbólica que real en la dimensión del cuidado a los menores, si atendemos a su escueta duración, que ha ido incrementándose de forma muy paulatina, al ser una acción pospuesta durante años por la crisis económica. Como se sabe, dicho permiso lo inauguro la Ley 3/2007, fijando una duración de trece días, y estableciendo el compromiso de que se ampliaría a cuatro semanas en el plazo de cuatro años. La Ley 9/2009, de 6 de octubre, extendió dicho permiso a las mencionadas cuatro semanas, a partir del 1 de enero de 2011, pero lo cierto es que no ha sido hasta el 1 de enero de 2017, cuando ha entrado en vigor [Disp. Final 11ª Ley 48/2015], reconociéndose, finalmente, las cuatro semanas que había preconizado la Ley de Igualdad, casi diez años después, duración que se ha visto incrementada en una semana más con la aprobación de la Ley de Presupuestos de 2018 [Disp. Final 38 Ley 6/2018].

La duración y carácter de dicho permiso, junto con el de maternidad, con el que se conecta e interrelaciona se trata de uno de los debates principales que está pendiente, con el que aflora ya el nacimiento del nuevo siglo, al poner al descubierto como la conciliación no debía ser concebida como un problema esencialmente de mujer, sino que resultaba urgente e ineludible que el hombre con responsabilidades familiares tuviera una mayor implicación en el ámbito privado, con repercusión directa en su condición laboral. Y es que, seguramente, la acción que supondría un avance más significativo en conciliación es el logro de la corresponsabilidad en las obligaciones familiares: el incremento de la participación masculina en las cargas de cuidado y domésticas es la medida nuclear para que avance significativamente el problema de la conciliación en clave de igualdad de género.

Como ya se indicó, la Unión Europea ha hecho suyo tal planteamiento, formulándolo como uno de los dos objetivos principales de la propuesta de Directiva, incentivar la utili-

zación de los instrumentos de conciliación por parte de los hombres, configurando políticas públicas que contribuyan a reequilibrar el reparto de responsabilidades en el hogar. De esta forma, en la propuesta de la norma comunitaria se ha establecido la obligatoriedad de un *permiso de paternidad* que garantice exclusivamente a los «padres», el derecho a disfrutar del mismo con ocasión del nacimiento de un hijo en una duración mínima de diez días (art. 4.1), cuyo objetivo es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, promoviendo la igualdad efectiva entre ambos sexos. No obstante, la duración del mismo contrasta con lo dispuesto para el permiso de maternidad que prevé catorce semanas como mínimo, y dos de ellas obligatorias (art. 8 Directiva 92/85), siendo lo más relevante, sin embargo, la garantía retributiva que se establece con el fin de incentivar a los padres a su utilización, indicando que deberán recibir «una remuneración o una prestación económica adecuada equivalente al menos a la que recibirían en caso de baja por enfermedad» (art. 8).

Asimismo frente a dicho permiso de paternidad que para cierta parte de la doctrina debería contemplarse dentro de la Directiva de maternidad, como contrapartida y complemento del permiso de maternidad, y no en el seno de los permisos parentales²⁷, la propuesta revisa el *permiso parental* para cuidado de hijos con independencia de su filiación, –ya contemplado en la Directiva 2010/18–, con el fin de animar al segundo progenitor a acogerse al permiso parental, puesto que lo padres no lo utilizan como el sexo femenino. De esta forma, se incentiva la utilización de dicho permiso, reconociéndose como un derecho individual de cada uno de los progenitores que puede ejercitarse de forma flexible hasta que el menor cumpla 12 años, ampliando de uno a cuatro meses el período de permiso parental

que no puede ser transferido de un progenitor al otro (art. 5), duración que ha sido corregida a dos meses de intrasferibilidad en un reciente acuerdo de enero de 2019.

Por tanto, la referencia al permiso parental de carácter individual parece indicar que dichos permisos se deberán establecer de forma indiferenciada para hombres y mujeres, no pudiendo establecerse preferencias femeninas en el disfrute de los permisos parentales²⁸. Asimismo, se garantiza una prestación económica durante el tiempo que dure el permiso, cuya cuantía debe ser como mínimo el equivalente a la que recibe el trabajador en caso de baja por enfermedad. Igualmente, se promueve una reincorporación en el mismo puesto o equivalente, sin que sufran sus condiciones de trabajo ningún deterioro, como consecuencia de su ausencia, garantizando cualquier mejora producida durante dicho período, y arbitrando efectivas medidas de protección frente a posibles perjuicios por la utilización de dichos permisos familiares. Dichas previsiones concuerdan con la doctrina del TJUE que ha establecido una interesante doctrina, sobre que ningún derecho laboral puede perderse, como consecuencia del disfrute de los permisos parentales²⁹.

Indudablemente, la utilización por parte de los hombres de los permisos relacionados con la familia se trata de uno de los retos pendientes en la sociedad española, ya sea los permisos, como los derechos de reducción de jornada, o las excedencias familiares. En este apartado, nos vamos a limitar a analizar las disposiciones que deberían orientar la reglamentación de los permisos familiares, y en particular el *permiso de paternidad* [art. 48.7 ET], al ser una de las acciones esenciales para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que tiene una es-

²⁸ BALLESTER PASTOR, M^a.A., «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *cit.*, p. 81.

²⁹ BALLESTER PASTOR, M^a.A., «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *cit.*, p. 71.

²⁷ En esta dirección, BALLESTER PASTOR, M^a.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral...cit.*, p. 141.

pecial trascendencia, al fomentar desde el nacimiento del hijo la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de hijos comunes [art. 39.3 CE]. Desde esta perspectiva, se ha de partir de las consideraciones de la Unión Europea que ha declarado que resulta esencial que se realice una regulación de los permisos familiares mucho más equilibrada, puesto que «el desequilibrio en el diseño de disposiciones sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa las diferencias de género en materia laboral y familiar». En tal sentido, prosigue indicando la propuesta que «ha quedado demostrado que cuando los padres se acogen a fórmulas que permiten conciliar la vida familiar y la vida profesional, como son los permisos, esto tiene un impacto positivo en su implicación en la educación posterior de los hijos, y en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres, obteniendo como consecuencia inmediata que las mujeres puedan dedicarse más tiempo al empleo remunerado».

En definitiva, el presupuesto de partida del que parte la propuesta de Directiva es que el marco jurídico del que se dotan internamente los Estados es un marco inadecuado. En tal sentido, en sus considerandos se declara que el diseño actual de los permisos no promueve que ambos progenitores se acogan a ellos de manera equitativa, por lo que la mayoría de quienes lo disfrutan son mujeres. Los déficits que se denuncian se refieren a que en muchos casos no son remunerados, y que la norma permite que un progenitor transfiera la mayoría de su derecho al otro progenitor. De esta forma, el sexo masculino transfiere a la mujer su derecho parental. Consecuentemente, desde la Unión Europea se preconiza un cambio en los permisos fomentando su equiparación, carácter intransferible, y su remuneración; si bien es cierto que la concreción en sus disposiciones está muy lejos todavía de plasmar su equivalencia en su duración temporal.

En España, pese a las últimas reformas, los permisos de maternidad y paternidad son altamente desequilibrados en su duración, puesto que el primero alcanza las 16 semanas y el segundo se ha ampliado muy recientemente a 5 semanas, separándoles nada menos que once semanas; siendo transferible el de maternidad en diez semanas al padre, al conferir las primeras 6 semanas, como descanso obligatorio [art.48.4 ET]. No obstante, según indican los datos de la Seguridad Social, son absolutamente excepcionales las ocasiones en las que se cede el permiso al padre u otro progenitor; consecuentemente, son cada vez más las voces que reclaman la reformulación de los permisos de maternidad y paternidad en España, siendo un debate pendiente a día de hoy³⁰.

Antes de proseguir, es importante destacar que pese a las reivindicaciones sociales y políticas, el Tribunal Constitucional muy recientemente ha defendido como constitucional la diferencia en la duración de ambos permisos, al considerar que buscan finalidades distintas que amparan la distancia que les separa en su duración³¹. Según un doble pronunciamiento del Alto Tribunal, «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 y del padre»³². De este modo, en el caso de la madre, la finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador, al establecer el descanso por maternidad es la protección de la salud de la mujer trabajadora,

³⁰ Tal y como refleja el vigente Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018 a 2020, en las escasas previsiones sobre Igualdad, en su apartado IX, establece como medida para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres «una equiparación en las condiciones de disfrute de los permisos de paternidad/maternidad o de las reducciones de jornada, de manera que se incentive desde el poder público que hombres y mujeres se acogan al ejercicio del derecho de forma equitativa, igualitaria e intransferible». Asimismo, es fundamental la labor que ha realizado la Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción.

³¹ SSTC 111/2018, de 17 de octubre de 2018 y 117/2018, de 29 de octubre de 2018.

³² STC 111/2018, de 17 de octubre de 2018.

durante el embarazo, parto y puerperio, y por ello el descanso es obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento, no pudiendo en ningún caso cederlas al padre. Por el contrario, reza la sentencia, el permiso de paternidad tiene una finalidad distinta, «que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos».

Por consiguiente, el Alto Tribunal concluye que «de la premisa indiscutible de que los progenitores deben corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes, conforme exige el art. 39.3 CE, no se sigue la conclusión, en contra de lo que se pretende en la demanda de amparo, de que los permisos laborales en caso de parto, y las correlativas prestaciones de Seguridad Social, deban tener el mismo contenido, ni por tanto que la diferente duración de los permisos por maternidad y por paternidad lesione el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE»³³. De este modo, considera que las situaciones que subyacen al permiso de maternidad y paternidad contemplan circunstancias y finalidades distintas por lo que no son situaciones que puedan ser comparables en el juicio de igualdad, que requiere el precepto constitucional como presupuesto previo para poder estimarse lesivas del derecho a la igualdad ante la Ley [art. 14 CE]. Y es que la conclusión que finalmente se alcanza es que el hecho biológico de la maternidad configurada por el embarazo y el parto justifica la diferencia de trato adoptada por la norma legal, al ser situaciones distintas las que amparan el régimen jurídico diferencial del permiso de paternidad y de maternidad.

Al margen de la constitucionalidad de la norma en cuestión en la que no podemos entrar ahora con el rigor que se merece, en una primera aproximación, la lectura de sendos pronunciamientos podría entenderse que chocan con las propuestas que se han esgrimi-

mido en la Unión Europea sobre el carácter igualitario e intrasferible de los permisos de cara a una más adecuada conciliación que logre una mayor igualdad entre ambos géneros, pero no obstante, ello no es así porque la propuesta de directiva de conciliación no incide en el de maternidad (Directiva 92/85), y legitima un permiso de paternidad con una duración mínima muy distinta al que se genera en la madre por maternidad. Y es que dicha doctrina constitucional sigue la línea de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de cara al permiso de maternidad —que no a los parentales— que ha considerado que ese tiempo posterior de cuidado del hijo, y no de recuperación de la madre, aunque se reserve exclusivamente a la madre, no constituye una discriminación por razón de género, pudiendo establecer derechos y beneficios específicos al margen de la recuperación de su salud, habiéndose reconocido expresamente la conformidad al derecho europeo del permiso de maternidad español *en toda su extensión*³⁴.

A nuestro juicio, en ambos permisos está presente el objetivo de conciliación-corresponsabilidad, y el interés del cuidado del menor, y en este terreno, ambos permisos son comparables y debían ser igualitarios e intrasferibles [arts. 14 y 39 CE]. Otra cosa es que en el permiso de maternidad en caso de parto también se tutela la protección de la salud de la madre, y su recuperación, justificando un régimen normativo diferencial que el legislador español ha acotado en seis semanas, siendo que el resto —las diez semanas— al ser susceptibles de cesión confirman que su ejercicio tiene otro objetivo que es el cuidado del hijo común, pudiendo ser ejercido por ambos de forma indiferenciada, sin que tampoco tenga sentido a día de hoy que la decisión dependa exclusivamente de la voluntad de la madre.

³⁴ Desde la STJUE de 12 de julio de 1984, C-184/83, Asunto Hofmann hasta la STSJUE de 19 de septiembre de 2013, C-5/12, Asunto Betriu Montull. *Vid.* las acertadas observaciones de BALLESTER PASTOR, M^a.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral...*, *cit.*, pp. 137 y ss.

³³ STC 111/2018, de 17 de octubre de 2018.

De lo anterior, se concluye que la diferencia se encontraría legitimada en esas seis semanas de descanso obligatorio tras el nacimiento, al ser la finalidad prioritaria la protección de salud de la madre, aun cuando no se puede obviar que la finalidad es doble, puesto que entra en juego también la atención del hijo en esos primeros días de vida, pero resulta más difícil legitimar el resto del período cuya finalidad predominante es el cuidado del menor, en el que la madre llega a disfrutar prácticamente del doble de semanas que el padre. En concreto, como se sabe, la progenitora tiene derecho a diez semanas, frente a las cinco semanas del padre. Dicha diferencia de tratamiento no es coherente con una política de conciliación que promueva la igualdad de género entre ambos sexos, fomentando desde el inicio de la maternidad una responsabilidad en el cuidado absolutamente desigual sobre la que está pesando un estereotipo de género que resulta injustificable en la sociedad del siglo XXI.

A este respecto, dicha doctrina choca con las aspiraciones que se han puesto al descubierto en el último año desde los distintos partidos políticos, y desde las organizaciones sindicales que están demandando permisos iguales, intrasferibles y remunerados³⁵. Finalmente, como se sabe,

³⁵ A este respecto, es llamativo las Proposiciones de Ley que se han presentado en 2018 con dicho objetivo, formulando los partidos políticos diferentes propuestas. Desde esta perspectiva, y con distintas orientaciones se han presentado varias Propuestas de Proposición de Ley, en el que la propuesta de PODEMOS (122/000223) defiende dos permisos parentales de 16 semanas, repartidos en dos semanas obligatorias, por una parte, y diez por otra, de carácter obligatorio diez de las mismas, y cuatro de carácter voluntario que se podrán disfrutar durante el primer año. Frente a dicha Proposición, el PSOE proponía igualmente la ampliación de la paternidad a 16 semanas, concibiendo dos permisos de esta duración, en las que diez semanas serían obligatorias, y las cuatro restantes voluntarias, debiendo eso sí cogerse después del parto o de la adopción ambos progenitores seis semanas. Y finalmente, la propuesta de CIUDADANOS (122/000244) es que se aumentaran a diez semanas la del padre, y a veinte semanas la de la madre, siendo que el objetivo final es que ambos padres tengan un permiso igual de diez semanas, y el resto lo repartan de forma corresponsable entre ambos durante el primer año, promovándose para el logro de dicha corresponsabilidad un bonus que amplía el permiso en dos semanas adicionales, si hay una distribución entre ambos progenitores.

en el Proyecto fallido de la Ley de Presupuestos de 2019, fruto del acuerdo entre los partidos PSOE y PODEMOS se acordaba ampliar el permiso de paternidad a 8 semanas en 2019, 12 semanas en 2020 y 16 semanas en 2021. En cualquier caso, y al margen de las diferencias que esgrimen las propuestas de las distintas fuerzas políticas, parece claro que el objetivo de la ampliación del permiso de paternidad está fuera de toda duda, así como su gradual equiparación al de la madre, discutiéndose la fecha de disfrute o la libertad en la fijación de parte de ambos, pero teniendo claro que en un modelo de corresponsabilidad familiar, ambos permisos no pueden tener las diferencias que actualmente residen en su régimen jurídico.

3.2. Un replanteamiento de la dimensión temporal del trabajo para una mejor conciliación de responsabilidades

Como se ha expuesto, la conciliación en nuestro país y en la mayoría de los de la Unión se ha construido sobre los *derechos de ausencia* —excedencias, suspensiones de contrato, derechos de reducción, permisos— que lanzan el mensaje de que para conciliar hay que trabajar menos, desplazando parte del tiempo de trabajo al tiempo de cuidado y actividades domésticas³⁶. Como se ha dicho con razón, las figuras centrales sobre las que gira la conciliación en nuestro país son principalmente, el contrato de trabajo a tiempo parcial, la reducción de jornada por razones de guarda legal y la excedencia por motivos familiares que son los recursos más utilizados de la legislación laboral para conciliar, que conllevan inexorablemente el deterioro del estatus laboral de la posición de la mujer en el mercado de trabajo³⁷. Todo este arsenal

³⁶ Vid. BALLESTER PASTOR, M.ª. A. y CABEZA PEREIRO, J., «Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades», *Monografías de Temas Laborales. Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo* (2015), nº 55, pp. 103 y ss.

³⁷ CASAS BAAMONDE, M.ª.E., «Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez», *cit.*, p. 1080.

de instrumentos legales que ha ido mejorando con el tiempo (¿o empeorando?) perpetúan indirectamente los roles o estereotipos de género, si se tiene en cuenta que son utilizados masivamente por las mujeres, provocando que su ejercicio ahonde en la desigualdad de género, al conllevar salarios más bajos, interrupciones en su carrera profesional, frenando su promoción, y en los casos más graves, conduciendo a un desapego al mercado de trabajo que desemboca en su expulsión definitiva. Por tanto, se puede decir sin miedo a equivocarnos que el ejercicio de los derechos de conciliación *no ha funcionado en términos de corresponsabilidad*, puesto que la conciliación continua viéndose como una problemática propia de mujeres que se soluciona a través de un variado panel de fórmulas, en las que la solución gravita fundamentalmente sobre la variable del tiempo de trabajo.

Precisamente, con el fin de contrarrestar este enfoque la Unión Europea defiende como uno de sus objetivos principales del cambio de perspectiva en conciliación en la propuesta de la Directiva, la participación y el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, fijando como una de sus acciones principales, *incentivar fórmulas de trabajo flexible*, adaptándose el calendario de trabajo a través de mecanismos que puedan ajustar sus modelos de trabajo para que se puedan ocupar de sus obligaciones familiares, acogiendo a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducciones del horario laboral³⁸.

En España no se puede obviar que la dificultad de conciliación se ha intensificado a raíz de la reforma de la Ley 3/2012, motivado por una variable esencial relativa al fortalecimiento de la flexibilidad en la determinación de las condiciones de trabajo en favor del in-

terés empresarial y en perjuicio de los trabajadores, y de manera especial, en la condición de trabajo que resulta más sensible para las mujeres referida a la *reglamentación del tiempo de trabajo*³⁹. Los cambios normativos que se han producido en la ordenación de los tiempos de vida laboral ha conducido a reforzar el poder empresarial en la fijación del número de horas que se trabaja diariamente, y en el horario en que se trabaja. Se ha ampliado la disponibilidad del empleado, a través de la distribución irregular de la jornada, la utilización de las horas complementarias, o la facilitación de las vías de modificación de horario y jornada [art. 41 y 82.3 ET], sin contar con la complicidad de las nuevas tecnologías de la comunicación que permiten «formalmente» el cierre de la jornada, pero la continuidad invisibilizada laboralmente del trabajo en el domicilio.

Y es que las reformas legales acaecidas se han producido sin resguardar de ningún modo y manera a los trabajadores con responsabilidades familiares. A este respecto, se ha de llamar la atención como la imprevisibilidad en los cambios de horario son los mayores enemigos de la conciliación: una adecuada armonización entre la vida profesional y familiar exige la posibilidad de una planificación por parte del trabajador que permita tener cierta seguridad en la fijación de su tiempo de trabajo para organizar su tiempo de cuidados. Las posibilidades de alteración en manos del empresario del horario y de la jornada que se le abrieron con la reforma 2012, sin duda, constituyen una política contraria al objetivo de conciliación o desde luego poco sensible con la misma. Y es que la ordenación legal sobre la duración de la prestación laboral y el régimen de descansos ha sacrificado las necesidades de los trabajadores para atender necesidades de

³⁸ Dicha clase de fórmulas son ya esbozadas en la Directiva 2010/18, pero de forma muy ligada al ejercicio de los permisos parentales; por ello, parece mucho más atinada la versión de la Propuesta de la Directiva que los concibe como medidas adecuadas para la conciliación.

³⁹ Sobre la trascendencia del tiempo de trabajo en la perspectiva de género, PERAN QUESADA, S., «Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española», en AA.VV., *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Granada (Comares), 2014, p. 170 y RODRIGUEZ GONZALEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, cit., p. 281.

primer orden, como son las responsabilidades de los familiares a su cargo, obviándose las demandas de los asalariados, puesto que el interés empresarial es el que manda y prevalece⁴⁰. Resulta llamativo como el derecho de conciliación no aparece expresamente mencionado en ninguna de las normas que configuran las prerrogativas organizativas empresariales en este campo de aplicación.

Dicha promoción en el cambio de los tiempos de trabajo sumado a su imprevisibilidad, produce un serio obstáculo a la propia permanencia de las mujeres en la organización laboral, así como para el desarrollo de su carrera profesional, sin olvidar que su exigencia opera en un importante número de casos en mujeres con contratos temporales y a tiempo parcial donde la vulnerabilidad es extrema, quedando neutralizado el derecho de resistencia a cualquier orden de cambio o alargamiento.

Como se sabe, desde la Ley de Igualdad se atribuyó un papel estelar a la negociación colectiva para promocionar la conciliación, tanto en su dimensión tradicional, que supone normalmente una reducción de su salario, como en materia de ordenación del tiempo de trabajo, incorporando el importantísimo *derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada* en aras de hacer efectivos estos derechos [art. 34.8 ET], que, sin duda, siempre la he concebido como una medida nuclear para un nuevo enfoque de la conciliación en términos de corresponsabilidad⁴¹. Y ello es

⁴⁰ Acerca del efecto de la reforma 2012 sobre los derechos de conciliación, vease BALLESTER PASTOR, M.A., «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social* nº 57 (2012), p. 112. VELASCO PORTERO, T., «El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 41 (2015), *op. cit.*, p. 75; HERRAIZ MARTIN, M.S., «El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral», *Relaciones Laborales* nº 12 de 2014, p. 61.

⁴¹ A este respecto, me permito remitir a mi estudio, MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., «Derechos de conciliación y tiempo de trabajo», *Documentación Laboral* (2008), nº 82, pp. 60 y ss,

así, porque de modo particular, el ejercicio del derecho de adaptación de la «distribución» de la jornada no implica un coste salarial para el trabajador que lo ejercita, promoviendo su presencia, en lugar de su ausencia, pero con la novedad de que la organización empresarial y el resto de la plantilla realiza un esfuerzo posibilitando el ajuste para que el trabajador pueda atender sus responsabilidades familiares. No obstante, como se sabe, lo cierto y verdad es que su trascendencia se ha difuminado, al quedar en su formulación remitido a lo fijado por la negociación colectiva o al acuerdo entre empresario y trabajador, resultando que la negociación colectiva apenas ha hecho concreción de este derecho, siendo sin duda una asignatura pendiente en nuestros convenios colectivos⁴². En consecuencia, la aceptación de dichas solicitudes de cambio quedan en la esfera de la autonomía individual, donde los asalariados instan dichas peticiones, de modo especial de cambio de turno, o adaptación de horario, que tropiezan con la dificultad de un tejido productivo plagado de pequeña y mediana empresa, donde el problema de la reorganización de los recursos humanos tiene escaso margen de maniobra. Dicho esto, a la luz de su trascendencia constitucional, los empresarios en defecto de previsión convencional no podrán denegar sin más el derecho de adaptación, sino que deberán justificar las razones organizativas o productivas que le llevan al rechazo, y en su caso el órgano judicial estará obligado a ponderar las necesidades de conciliación con las necesidades empresariales, teniendo en cuenta la dimensión constitucional de este derecho como medida de conciliación [arts. 14 y 39 CE]⁴³.

⁴² CORREA CARRASCO, M., «Tiempo de trabajo e igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva», *Revista de Derecho social* (2010), nº 49, p. 210. VELASCO PORTERO, M.ª T., «El tiempo de trabajo y su organización», en AA.VV. (SANCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (MEYSS), 2016, p. 230.

⁴³ BALLESTER PASTOR, M.ª A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral...*, *cit.*, pp. 173-174. Desde una perspectiva general, CASAS BAAMONDE, M.ª E., «Conciliación de la vida familiar y laboral...», *cit.*, pp. 1073-1074.

No obstante, cabe destacar que dicha indiferencia de la fuente colectiva a la reglamentación de este derecho ha provocado el vaciamiento de una medida esencial, puesto que el propio Tribunal Constitucional ha establecido que la norma estatutaria no configura ningún derecho de adaptación en beneficio del trabajador, en caso de ausencia de previsión en convenio o en pacto [STC 24/2011, de 14 de marzo], interpretación que ya había anticipado el Tribunal Supremo. Dicho Alto Tribunal consideró que «la trabajadora no tiene derecho de elección de horario, sino ha solicitado previamente la reducción de jornada» [STS 13 junio 2008, Ar. 4227, y STC 26/2011]⁴⁴. De esta forma, indirectamente, dicha doctrina jurisprudencial va a promover que la medida nuclear de la conciliación gire en torno al derecho de reducción de jornada, que permite la elección horaria matizada por la reforma laboral 2012 por la introducción del término jornada «diaria» [art. 37.7 ET], y que el derecho de adaptación horaria que podía haber jugado un papel más relevante, siempre que el trabajador demostrara su dificultad de conciliación, quede en un claro segundo plano. En suma, nuestra legislación no reconoce un genuino derecho, sino que su efectividad va a depender sustancialmente de lo establecido en la negociación colectiva que no ha dado una respuesta adecuada al envite que el legislador le estaba pidiendo⁴⁵.

Pues bien, pese a dicho déficit de los convenios colectivos en este terreno, la reforma

laboral de 2012 sigue dicha tendencia de utilizar las normas laborales con una función meramente pedagógica, diseñando normas huecas, al continuar dejando la plena responsabilidad a los interlocutores sociales, al volver a asignar importantes competencias al convenio colectivo en el campo de la conciliación. O dicho de otra forma, el legislador no reconoce derechos plenos que tengan eficacia directa, sino que formula taxativamente *mandatos que vienen dirigidos a la negociación colectiva*, que realmente no son necesarios para que el convenio entre a negociar esa posibilidad de conciliación, que no se ve sujeta a una ordenación mínima legal.

Las normas estatutarias remiten de forma sistemática al convenio colectivo para que regule o tenga en consideración a los derechos de conciliación. Entre otras disposiciones, se prevé que el convenio establezca criterios para la concreción horaria de la reducción de la jornada en atención a los derechos de conciliación, pero también en atención a las necesidades productivas y organizativas de la empresa [art. 37.7 ET]; asimismo, el convenio colectivo es quien podrá establecer las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada y el permiso de lactancia se podrán acumular en jornadas completas [art. 37.6 ET], o, llegando a su punto álgido se amplían las posibilidades del convenio colectivo con el fin de hacer efectivo el derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada por razón de conciliación. En concreto, el precepto estatutario indica que «la negociación colectiva promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organizar el trabajo y también los descansos que permitan de forma simultánea una mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación y la mejora de la productividad de las empresas» [art. 34.8 ET].

Consecuentemente, a la vista de dichos mandatos legales que pueden, incluso, empeorar el ejercicio de los derechos de conciliación [arts. 12.5 c) y 37.7 ET], y que no establecen mandatos de carácter supletorio, en defecto de

⁴⁴ Dicho pronunciamiento del Tribunal Supremo fue seguido por las SSTs 20 mayo 2009, Ar. 3118 y 20 octubre 2010, Ar. 8447.

⁴⁵ En tal sentido, GORELLI HERNANDEZ, J., que establece expresamente que «no estamos por tanto ante la consagración legal de un derecho subjetivo», y que, por tanto, sin negociación colectiva o acuerdo individual, estamos ante «un derecho vacío de contenido» en «Trabajo y necesidades familiares: La reducción y adaptación del tiempo de trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (2018), n° 48, pp. 28 a 31. En la misma dirección, FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B., «Negociación colectiva sobre adaptación de la jornada por razones personales o familiares», en *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, WAA, Lex Nova Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 180.

previsión de convenio colectivo, conduce a que la articulación y efectividad de estos derechos quede al fin y a la postre en manos de la negociación colectiva. En efecto, se ha de reconocer que el convenio colectivo resulta un instrumento tremendamente adecuado para impulsar una mayor eficacia de los derechos de conciliación, pudiendo jugar un importante papel en este ámbito, como la fuente apropiada más próxima o cercana que puede ajustarse a las distintas circunstancias del sector productivo o de la empresa. De esta forma, las cláusulas convencionales son las que pueden acordar horarios flexibles, jornadas continuadas o intensivas, preferencias de elección de turno, acumulación de horas en bolsas para la conciliación, o derechos de atención de corta duración, etc como medidas esenciales para poder compatibilizar la vida familiar con la profesional. Y es que dicho tipo de acciones deberían ser un caldo de cultivo común dentro de nuestros convenios colectivos, y en su caso en los planes de igualdad, debiendo tener presente las necesidades en este terreno de los trabajadores con responsabilidades de cuidado, sin que dicha reivindicación deba ser cubierta a su propio coste, en lugar de ser redistribuida dentro de la organización empresarial.

No obstante, reconocida la inestimable labor que podrían asumir los interlocutores sociales en la ordenación del tiempo de trabajo de cara a la conciliación, en el contexto actual creemos que es momento oportuno de replantearse el papel que tiene que jugar la Ley en la reglamentación temporal de la prestación laboral de cara a la igualdad de género, sin dejar una responsabilidad tan decisiva en manos exclusivas de la negociación colectiva⁴⁶. Dicha constante remisión en el avance de la conciliación a la negociación colectiva llama especialmente la atención, si como de todos es sabido se tiene en cuenta que nuestro sistema

de negociación colectiva ha salido claramente debilitado por obra de la reforma 2012. Confiar que una reorientada y novedosa política de conciliación vendrá de la mano de los convenios en un momento en que los interlocutores sociales han perdido capacidad y fuerza negociadora, siendo otras las prioridades en la mesa negociadora, –tal y como se refleja en el último IV Acuerdo para el Empleo y Negociación Colectiva 2018-2020, cuya temática no es ni mencionada–, es realmente querer despreocuparse de esta materia, pero queriendo «formalmente» presentarse preocupados por la misma. O, como se ha dicho con razón, «es crear una engañosa apariencia con una finalidad claramente publicitaria de un aparente interés del legislador por facilitar la conciliación, cuando en realidad ningún derecho se añade en favor de los trabajadores»⁴⁷. Y es que no se puede obviar que la conciliación puede tener un coste económico y organizativo para las empresas. Consecuentemente, las organizaciones productivas no van a ser proclives a su adopción, y menos a un cambio de rumbo en las acciones propuestas que supongan un esfuerzo adicional, manteniéndose en las clásicas y tradicionales reglamentaciones de los derechos de reducción horaria y permisos, sin obviar la resistencia que pueden tener los propios trabajadores, sobre los que puede recaer el aumento de la carga de trabajo, derivado de la facilitación de la conciliación para sus compañeros.

A la vista de lo anterior, es hora ya que el legislador adopte una postura más intervencionista en su regulación legal, no limitándose a la función promocional del convenio colectivo. Han pasado más de 7 años sin resultados sólidos en los convenios desde la reforma laboral 2012, debiendo el legislador, si de verdad está comprometido en el avance de la igualdad, entrar de forma más decisiva en el reconocimiento de los derechos de conciliación. Facilitar su ejercicio debería ser una prioridad en la organización de las empresas de cara a

⁴⁶ Vid. sobre los inconvenientes de la negociación colectiva en este ámbito VIQUEIRA PEREZ, C., «Algunas deficiencias en la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral», *Revista de Jurisprudencia* (2019), enero, pp. 3-4.

⁴⁷ GORELLI HERNANDEZ, J., «Trabajo y necesidades familiares...», *cit.*, p. 28.

un avance significativo en la igualdad de género, que puede tener sin duda consecuencias positivas en la productividad empresarial, representando sin duda una de las acciones fundamentales para que las mujeres puedan acceder y *permanecer* en el mercado de trabajo en condiciones igualitarias.

En tal sentido, el derecho a la conciliación del trabajador se debería incorporar de forma transversal en la relación de trabajo, reconociéndose como uno de sus derechos laborales básicos [art. 4.2 ET], ocupando, asimismo, un lugar central en la ordenación del tiempo de trabajo. El tiempo dedicado a la responsabilidad de cuidado debe contemplarse como condicionante decisivo, cuando se reglamenta el tiempo de actividad profesional, y no obviarse como una necesidad privada y particular que carece de tutela específica en la legislación laboral. La gestión personalizada de la duración de la prestación laboral no sólo contribuye a visibilizar el tiempo del cuidado, sino que evita en muchos casos los riesgos psicosociales que se generan por el estrés de la dificultad de conciliación. En la búsqueda de fórmulas que propicien una flexibilización del tiempo de trabajo en favor de dicho interés tiene que ocupar un lugar central la regulación del *derecho de adaptación del horario de trabajo sin reducción de horas de trabajo* en sus diferentes variantes, fijando al menos una norma dispositiva que entre en juego en defecto de convenio en el propio artículo 34.8 ET, que, sin duda, sería un buen estímulo para su negociación en los convenios colectivos. Dicha acción debe ser una medida nuclear que al margen del beneficio para los asalariados en clave de igualdad de género, puede tener un coste cero para la organización empresarial, suponiendo una reorganización de los recursos o en su caso de la plantilla, pero sin que ello deba provocar necesariamente un perjuicio económico.

Y es que en este terreno, resulta muy relevante que el legislador recupere el poder normativo perdido, sin que ceda todo su protagonismo a la negociación colectiva que no ha dado los resultados esperados. Como se

ha indicado, se han de generalizar en las normas legales los derechos de conciliación como condicionantes decisivos para el ejercicio del derecho de elección horaria en sus distintas modalidades (régimen de turnos, jornada intensiva, horario flexible etc), así como para la fijación del régimen de descansos, incluidas las vacaciones anuales. Asimismo, los derechos de conciliación deberían actuar desde la Ley como límite para la adopción de las facultades empresariales de modificación sustancial de condiciones [art. 41 ET], incluida la movilidad geográfica [art. 40 ET], o viceversa, contemplando, asimismo, dicho derecho como causa justificativa para arbitrar la posibilidad de cambio provisional o definitivo de condiciones de tiempo o de lugar de trabajo. Desde estas tres direcciones, se han de adoptar normas legales de derecho necesario relativo, que establezcan con el convenio relaciones de complementariedad, o en su caso de supletoriedad, pero sin relegar toda la responsabilidad en los agentes sociales. Indudablemente, el potencial de la negociación colectiva queda fuera de toda duda, puesto que la ordenación de la conciliación, tanto en su dimensión tradicional de los derechos de ausencia, como en su vinculación con fórmulas flexibles de trabajo, resulta inequívoca, permitiendo su adaptación a las peculiaridades del sector de actividad en cuestión o del proceso productivo de la empresa, pero contando con un respaldo mucho más decisivo del texto legal.

3.3. Breve aproximación a la necesidad de una mayor inversión pública en una red de servicios suficiente

No podemos finalizar este apartado sin hacer una breve referencia a una medida imprescindible para una efectiva y genuina conciliación como es la relativa al aumento del gasto público en una red de servicios que preste la asistencia y el apoyo debido, tanto al cuidado de menores, como a las personas mayores, enfermas, con discapacidad y dependientes. A este respecto, el pilar europeo de derechos sociales, tanto cuando hace referencia en su

principio número 9 al «Equilibrio entre la vida profesional y familiar», como cuando se refiere en el principio número 20 al «Cuidado de larga duración», proclama en el primero como derechos principales de los padres y personas con responsabilidades asistenciales, «los permisos adecuados, unas condiciones de trabajo flexibles, y a servicios de asistencia», y en el segundo establece el «derecho a servicios comunitarios de calidad y asequibles». Por tanto, en el ámbito europeo se sitúa en el mismo nivel de relevancia para lograr una adecuada armonización entre vida laboral y familiar, la articulación de permisos o fórmulas de trabajo flexibles, y la incentivación de servicios de asistencia. Asimismo, la propuesta de Directiva sobre conciliación vuelve a insistir, como acción nuclear, que las medidas que se arbitren dentro de la legislación laboral como permisos o fórmulas de trabajo flexible, deben combinarse con unos servicios asistenciales formales disponibles, accesibles, asequibles y de calidad.

Y es que la importancia de garantizar unos servicios formales de educación y atención a la primera infancia (EAPI) de calidad, accesibles para todos los niños que los demanden, está cada vez más presente en el discurso europeo⁴⁸. Estos servicios de cuidado de los menores en su primera etapa se presentan como un instrumento fundamental para mitigar las desigualdades socioeconómicas, así como para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral en un doble sentido. En primera instancia, con dicha acción se suprimen elementos que desincentivan el acceso y la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, pues son ellas las que mayoritariamente asumen de un modo informal el cuidado de la primera infancia, evitando de este modo que la participación laboral femenina sea un barrera o desincentivo para la maternidad.

Asimismo, como se ha expuesto, los cuidados de larga duración constituyen otra de las

principales dimensiones de las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral a nivel europeo. Como consecuencia del envejecimiento de la población europea, la necesidad de servicios formales de atención a largo plazo se ha incrementado en los últimos años y parece que continuará. La preocupación por esta realidad es manifiesta, tanto por lo que implica en términos de conciliación y participación laboral de las mujeres, ya que fundamentalmente recae sobre ellas la carga de cuidados de larga duración, como por el impacto presupuestario que ello conlleva, sin olvidar la calidad de vida e integración social de las personas dependientes que son en su mayoría de edad avanzada.

Si nos trasladamos al ámbito nacional, llama la atención como el Acuerdo para el Empleo y Negociación Colectiva 2018-2020 reclama dentro del capítulo IX de Igualdad «el desarrollo del sistema de atención a la dependencia y la infancia que dé la cobertura necesaria para que la actividad profesional retribuida de las mujeres en las empresas no se vea tan afectada como en la actualidad por estas contingencias». En efecto, dicha acción resulta central para la conciliación, pero realmente su avance no es competencia de los agentes sociales, ni de la propia negociación colectiva, sin que su inclusión en un acuerdo de esta naturaleza comprometa de ningún modo a los firmantes, al ser una responsabilidad que depende de forma nuclear de la voluntad política del poder público. Y es que, sin duda, el desarrollo de una red de servicios de guarderías gratuita de 0 a 3 años debería ser una prioridad dentro de las políticas de conciliación, puesto que en España el acceso a una plaza pública subvencionada en centros escolares no está garantizada hasta que los niños tienen 3 años de edad. Del mismo modo, la inversión en la red de servicios sociales que deberían sustentar al menoscabado Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia es una medida crucial para la conciliación efectiva en una sociedad progresivamente envejecida como es la española. Ambas medidas resultarían esenciales para avanzar en conciliación bajo un enfoque de igualdad de género.

⁴⁸ Informe CES 5/2016, sobre la participación laboral de las mujeres en España, pp. 98 y ss.

Durante la crisis económica, como se sabe, se produjo un recorte evidente en dichas políticas públicas (RDL 20/2012), que todavía no ha sido restablecido pese al cambio de ciclo económico, que condujo a una falta de inversión en escuelas infantiles para menores de tres años, así como en servicios de apoyo a la dependencia, provocando que muchas mujeres se abstuvieran de trabajar, o abandonarían su puesto de trabajo, al resultarles imposible compatibilizar la vida profesional con la vida familiar [III Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española CES, 2011]. Y es que una adecuada conciliación exige del Estado y de las Comunidades Autónomas la inversión en una Red de servicios pública y profesionalizada que apoye a los trabajadores con responsabilidades familiares, tal y como sucede en un importante número de países europeos⁴⁹. Desde esta perspectiva, nuestra Red de servicios continua siendo muy deficitaria recayendo la función de cuidados en las familias, y en particular en sus mujeres que se ven expulsadas del mercado de trabajo por las condiciones de trabajo que reinan en él, y por la falta de apoyo de servicios públicos de cuidado⁵⁰. Una eficaz política de conciliación no puede depositar toda la responsabilidad en el campo de las relaciones laborales, sino que exige un gasto público suficiente que promueva servicios de apoyo a las familias.

⁴⁹ El gasto público en cuidados de larga duración en Suecia ascendía al 3,2% del PIB en el año 2014, solo superado por Finlandia y Holanda, y muy por encima de la media de la OCDE (1,4% del PIB) contrastando con la situación española donde se invierte por debajo de la media europea, alcanzando solo un 0,7% del PIB. Los datos sobre cobertura del sistema y empleo generado en el sector de cuidados profesionales en el país nórdico duplican y triplican respectivamente los datos españoles, según las estadísticas de la OCDE (MARTINEZ, R.; ROLDAN, S. y SASTRE, ME., «La atención a la dependencia en España. Evaluación del sistema actual y propuesta de implantación de un sistema basado en el derecho universal de atención suficiente por parte de los servicios públicos. Estudio de su viabilidad económica y de sus impactos económicos y sociales», Instituto de Estudios Fiscales, Papeles de Trabajo 5/2018).

⁵⁰ Vid. al respecto ZALACAIN, J., «Atención a la dependencia en la Unión Europea: modelos, tendencias y retos», *cit.*, pp. 14-15.

El desarrollo de una política pública que apueste por los servicios de cuidado para menores –guarderías–, e igualmente en servicios de cuidados de larga duración para personas dependientes es un desafío que resulta esencial para una adecuada conciliación. España tal y como distingue a los países mediterráneos es un exponente paradigmático de los estados del bienestar denominados «familistas» apoyados fundamentalmente en la atención y cuidados que despliega el núcleo familiar, cuyas mujeres han suplido durante décadas la falta de inversión en dichas políticas públicas. Dicha característica muy arraigada en nuestro país incide de forma decisiva en la responsabilidad que el Estado les lleva trasladando históricamente a las mujeres que afecta directamente a su posición en el mercado de trabajo. Es de suma trascendencia que haya una revisión de dichas políticas públicas, máxime en un contexto de recuperación económica, aumentando el PIB que destine a esta tipología de servicios generadores de empleo, que posibilitan de una manera mucho más eficaz que los derechos de ausencia el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, teniendo cubiertas las responsabilidades de cuidado⁵¹.

4. CONCILIACIÓN Y REPLANTEAMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN ESPACIO-TEMPORAL CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO TELÓN DE FONDO

Tradicionalmente, una reivindicación instada desde hace años ha sido la de promover distintas fórmulas de organización del trabajo que reduzcan la cultura presencial y favorezcan los objetivos por resultados, permitiendo la introducción de una mayor flexibilidad en la organización laboral, que, al fin y a la postre, facilite la conciliación. Dicho cambio de

⁵¹ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete (Bomarzo), 2017, pp. 161 y ss.

cultura que minimiza el valor de la presencia en el centro de trabajo, por un enfoque que prime los concretos resultados en el trabajo, posibilitando su ejecución a otras prioridades del asalariado ha sido una constante dentro de las posibles soluciones que se pueden arbitrar para reducir la tensión generadora de la adecuación de los tiempos de vida profesional y familiar. Indudablemente, en la última década dicho objetivo se ha visto facilitado por la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación que permite que la prestación laboral se ejecute con más facilidad fuera de las instalaciones empresariales. En suma, al trabajador se le abren toda una serie de alternativas inimaginables hace una década, que han dado lugar a que el trabajo se pueda realizar bajo unos parámetros temporales y espaciales en los que el asalariado puede ostentar un mayor poder de decisión.

En efecto, medidas como el teletrabajo, videoconferencias, reuniones *on line*, etc, pueden resultar acciones esenciales para la conciliación, al evitar desplazamientos, reducir tiempos, otorgándole la posibilidad de elegir la realización del trabajo en su domicilio o en el lugar libremente elegido por éste [art.13.1 ET], y cuando al empleado le convenga más de acuerdo a sus otras responsabilidades. Ahora bien, su implantación generalizada ha provocado que las nuevas herramientas tecnológicas se hayan puesto también al servicio de las empresas y del interés productivo, provocando que la comunicación se realice a cualquier hora y día, tanto dentro de la propia organización, como con terceros clientes, todo ello promovido por la globalización económica y los fenómenos de la deslocalización, transgrediendo límites temporales plenamente asentados de la duración de la jornada y del horario⁵².

Ciertamente, la comunicación a través del correo electrónico o el wasap han posibilitado una hiperconectividad en el medio laboral, sin

prestarse especial atención a los tiempos de ejecución, escondiéndose en ocasiones detrás de dichas prácticas, un alargamiento de las horas de trabajo *sine die*, y una disponibilidad del empleado sin precedentes. Y es que el uso de dichas herramientas que evitan la presencia del trabajador en el centro de trabajo son un arma de doble filo, puesto que otorgan una mayor flexibilidad en la organización de la prestación de servicios, favoreciendo una facilitación en la armonización de los tiempos de vida profesional y familiar, pero, adicionalmente, puede provocar que el tiempo de trabajo realizado fuera de las instalaciones empresariales no compute como horas de trabajo, posibilitando como resultado final una disponibilidad del empleado sin límites temporales claros y seguros. Como se ha dicho con razón, «las nuevas tecnologías ejercen presiones cada vez más fuertes sobre los trabajadores para que trabajen en todas partes y en cualquier parte (...) pegados a la pantalla del computador, sobrecargados de información y de existencias»⁵³.

Y es que la separación física del centro de trabajo donde se ejecuta la prestación laboral del ámbito de la vida privada y familiar facilita la diferenciación entre ambos mundos a todos los efectos, aun cuando su rigidez puede dificultar la conciliación. Ahora bien, la alternativa opuesta de poder continuar la prestación laboral en el hogar familiar donde surge la necesidad de cuidado y atenciones domésticas puede provocar la falta de respeto del régimen descansos previsto por el ET, y la ausencia de recuperación física y mental del asalariado con riesgo para su salud psicossocial, invadiendo su esfera privada y familiar, lesionando así derechos constitucionales de primer orden [arts. 18.1, 10.2, 43.1 CE].

Consecuentemente, se ha de recibir con satisfacción, pero con cautela, el reconocimiento legal del *derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, con ocasión de la aprobación

⁵² Vid. MELLA MÉNDEZ, L., «Nuevas Tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Revista Trabajo y Derecho*, (2016), nº 16, pp. 8-9.

⁵³ QUILEZ MORENO, J.Mª, «Conciliación laboral en el mundo de las TICs. Desconectando digitalmente», *RGDTSS* (2018), nº 51.

de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, que no se puede obviar persigue una finalidad esencial que es la de garantizar «el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar» [art. 88.1 LPD]. De esta forma, la nueva Ley pretende salvaguardar el derecho al descanso efectivo que garantiza a su vez el derecho a la salud del trabajador [art. 43 CE], por una parte, así como el derecho a su intimidad personal y familiar [art. 18.2 CE], por otra, que se pueden ver transgredidos por el ejercicio del poder de dirección empresarial en la esfera privada del asalariado, cuando traspasa los límites legales y constitucionales. Y es que cuando el empleado presta servicios en el domicilio, o en su caso fuera de las instalaciones de la empresa, tiene derecho a la desconexión digital, cuando su jornada laboral termina, resultando fundamental para la adecuada combinación de los intereses de trabajador y empresa, el que se articulen los medios de control para permitir su fiscalización, con el fin de que no se diluya la cuantificación de las horas de trabajo en dicho ámbito, con el objetivo de que quede garantizado el derecho a la desconexión, una vez finalizadas.

En tal sentido, uno de los problemas fundamentales que ha emergido a raíz de la implantación generalizada de dichos sistemas de comunicación es el del modo de *cómputo y control del tiempo de trabajo en la esfera privada que es* la única forma de determinar la duración de la jornada ordinaria, y la observancia del régimen de descansos, y en su caso la realización de las horas extraordinarias. Desde esta perspectiva, se han de generalizar los sistemas de registro informático para computar el tiempo de conectividad realizado por el empleado, de modo que la conexión al trabajo, por vía intranet, correo interno, wasap, etc pueda ser computada como tiempo de trabajo a todos los efectos⁵⁴.

⁵⁴ Vid. QUILEZ MORENO, J.M^a, «Conciliación laboral en el mundo de las TICs. Desconectando digitalmente», *RGDTSS* (2018), nº 51, p.7.

Por último, se ha de concluir, mencionando que, por la propia estructura del texto normativo que separa en dos disposiciones las referencias a este derecho [art. 88.1 y 2 LPD], se ha de considerar que la Ley está reconociendo un nuevo derecho subjetivo a favor de los trabajadores en su primer apartado sin condiciones, o lo que es lo mismo, su aplicación en la dinámica de las relaciones laborales ha de ser de aplicación directa, sin que su reconocimiento dependa de su reglamentación por la negociación colectiva⁵⁵. La literalidad del precepto aboga por dicha interpretación que permite su invocación directa frente a la empresa, sin necesidad de que el convenio colectivo de aplicación haya regulado sus modalidades de ejercicio [art. 88.2 LPD], al estar en juego realmente derechos fundamentales de los trabajadores [arts. 18.1 y 43 CE].

La diferencia de redacción entre este precepto y el artículo 34.8 ET es evidente, puesto que en esta última norma el ejercicio del derecho se remite a «los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario»; por el contrario, la Ley de Protección de Datos, en precepto separado, reconoce «el derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar» [art. 88.1 LPD]⁵⁶. Es cierto que, cuando dicho derecho se erige

⁵⁵ A diferencia de lo que sucede en el país francés, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., «Jornada laboral y tecnologías de la información: Desconexión digital, garantía del derecho al descanso», *Temas Laborales* (2017), nº 138, pp. 271-272.

⁵⁶ Indudablemente, dicha Ley se inspira en la norma francesa que fue la que reconoció por primera vez el derecho a la desconexión digital; no obstante, guarda diferencias con dicha norma, precisamente, en el reconocimiento del derecho autónomo a la desconexión (*Vid.* Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016: *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*). Dicha ley introdujo ciertas medidas en el Código de Trabajo francés de adaptación del mundo laboral al entorno digital, entre ellas el denominado «derecho a la desconexión» [artículo 55]. *Vid.* CIALTÍ, P.H., «El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?», *Temas Laborales* (2017), nº 137, pp. 163 a 181.

como derecho instrumental para una adecuada conciliación se remite a la negociación colectiva en sus modalidades de ejercicio, o en defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores [art. 88.2 LPD]. No obstante, dicha cláusula de remisión no implica que el derecho de desconexión digital quede plenamente subordinado a las previsiones de la negociación colectiva, cuya ausencia de regulación implique, que, en defecto de convenio o acuerdo colectivo, nos encontremos ante una norma carente de contenido que realmente no confiera un derecho autónomo de desconexión. En tal sentido, y al margen de que el convenio colectivo regule este derecho, su invocación no puede supeditarse a que la regulación convencional lo reconozca, sino que su concreción en la fuente convencional solamente implica que deberá ejercitarse conforme a sus propios términos, que en todo caso deberán respetar el ejercicio de este derecho [art. 88.2 LPD].

La Ley confiere un importante papel al convenio colectivo para la concreción del derecho, pero ello no implica un vaciamiento del primer apartado de la norma que tiene entidad propia, remitiendo igualmente al empresario a elaborar una política interna para los trabajadores, previa audiencia de los representantes, en la que dentro de la libertad que se le confiere, se le impone desde la Ley el que preserve de modo especial el derecho a la desconexión digital «en los su-

puestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas» [art. 88.3 LPD]. A este respecto, las instancias comunitarias en la propuesta de Directiva de conciliación preconizan el trabajo a distancia como fórmula adecuada que promueve la compatibilidad entre las responsabilidades profesionales y de cuidado, al permitir una gestión flexible del tiempo de trabajo que permite ajustarlo a los intereses o necesidades personales de los trabajadores.

Al igual que en el resto de hipótesis, la negociación colectiva puede jugar un papel relevante en la determinación de las fórmulas posibles y sus condiciones de ejercicio, prestando especial atención a la reglamentación del control de los tiempos de trabajo en caso de utilización del teletrabajo, como en el resto de alternativas organizativas posibles. Y, consecuentemente, teniendo bien presente que fuera del horario de trabajo, el asalariado tendrá derecho a negarse a atender actividades de carácter laboral, de forma expresa o tácita, ejerciendo su derecho a la desconexión digital que podrá quedar vulnerado ante peticiones extemporáneas, estando en juego el derecho a la conciliación de la vida familiar y el derecho a la intimidad personal y familiar, ambos de distinta trascendencia constitucional [arts. 14, 18.2 y 39.3 CE], pero ambos simultáneamente vulnerados.

RESUMEN

La noción de conciliación en el Derecho español tiene ya una historia de casi veinte años en el campo de las relaciones jurídico-laborales. Dicho objetivo se ha pretendido lograr a partir de dos presupuestos de partida que se cuestionan en el presente estudio. El primero incide en que el núcleo central de las medidas van dirigidos al cuidado de menores por los trabajadores asalariados (empleo privado y público), y el segundo entiende que la conciliación cómo mejor se logra es configurando medidas que permitan al empleado restar tiempo de su vida profesional para dedicarlo a su vida familiar, o dicho de forma más explícita, se lanza el mensaje de que quien quiere conciliar tiene que dedicar un número menor de horas a la esfera laboral. Dicha respuesta es la más generalizada en el ámbito del Derecho del Trabajo, tanto entre nuestras fronteras, como en la mayoría de los países de la Unión Europea, configurándose en los distintos ordenamientos todo un arsenal de derechos de ausencia. El ejercicio de la conciliación se identifica con la articulación de toda una serie de permisos, derechos de reducción de jornada, suspensiones de contrato y excedencias de distinta índole, en las que el asalariado reduce su presencia en el mundo laboral con repercusión en sus retribuciones, y por ende, en su protección social y, en última instancia en su trayectoria profesional. A día de hoy, se ha comprobado que dichas políticas de conciliación no han funcionado en términos de corresponsabilidad, al utilizarse de forma abrumadora por las mujeres, promocionando la perpetuación de los roles de género que contribuyen a la desigualdad entre hombres y mujeres, produciéndose toda una serie de consecuencias en cadena que afectan no sólo al sexo femenino, sino a la sociedad por entero.

Dicha realidad es una preocupación que está presente no sólo dentro de nuestras fronteras, sino en el marco de la Unión Europea, al ser conscientes que las políticas implementadas han sido inadecuadas, habiéndose reconocido que el logro del objetivo de conciliación ha de plantearse bajo nuevos presupuestos, al establecerse expresamente su fracaso en términos de igualdad de género, reclamando un marco normativo renovado. De este modo, y con ocasión de la aprobación de una 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» presentada en abril de 2017 por la Comisión Europea, *se ha reclamado un nuevo enfoque*, que trascienda claramente el derecho a los permisos parentales, debiendo situarse en un contexto más extenso y más complejo. La Unión Europea está tratando el tema de la conciliación con una nueva perspectiva, que tiene que perseguir un doble objetivo. Por una parte, se ha de promover la participación y el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, y por otra, se ha de incentivar la utilización de los instrumentos de conciliación por parte de los hombres, configurando políticas de conciliación que contribuyan a reequilibrar el reparto de responsabilidades en el hogar.

Todo lo anterior conduce a que se deban cuestionar las políticas de conciliación hasta ahora adoptadas en el ordenamiento laboral español, tomando como referencia las orientaciones europeas. Indudablemente, dicha temática es compleja por el conjunto de intereses en juego y por la pluralidad de medidas que entran en acción; por ello, nuestro estudio no pretende efectuar un análisis completo de los derechos de conciliación tradicionales, sino que, a nuestro entender, tiene un mayor interés abordar las cuestiones que necesitan un nuevo replanteamiento, si se quiere avanzar para que el objetivo de conciliación sirva para lograr una mayor igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales. Por ello, nos hemos centrado en el propio concepto de conciliación que, pese a su juventud, debe ser revisitado en la propia situación de necesidad en la que descansa la noción, contemplando por una parte la diversidad de estructuras familiares que deberían modular el ejercicio de los derechos (monoparentales y numerosas), y por otra,

revalorizando los derechos de conciliación que afectan a quienes atienden a las personas enfermas, con discapacidad y dependientes. Asimismo, se ha reflexionado sobre las acciones principales que deberían promoverse para una genuina y efectiva conciliación en corresponsabilidad, fijándonos en la necesidad de igualar los permisos familiares entre hombres y mujeres, revisando la dimensión temporal de la prestación laboral, haciendo especial hincapié en el derecho de adaptación del horario sin reducción de horas de trabajo, y culminando con la necesidad de una mayor inversión pública en la red de servicios de cuidado para menores–guarderías–, y en servicios de cuidados de larga duración para personas dependientes. Finalmente, el estudio termina con una breve aproximación al efecto que provoca la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el ejercicio de la conciliación, analizando el derecho a la desconexión digital reconocido por la Ley 3/2018, de 5 de diciembre.

Palabras clave: Conciliación; mujer; corresponsabilidad; vida familiar; vida profesional; tiempo de trabajo; red pública de servicios; paternidad; maternidad; trabajo flexible; desconexión digital; igualdad; género.

ABSTRACT

The notion of work-life balance in Spanish law already has a history of almost twenty years in the field of legal-labour relations. This objective has been sought to achieve from two starting assumptions that are questioned in this study. The first focuses on the fact that the core of the measures are directed to the care of minors by paid workers (private and public employment), and the second understands that work-life balance is best achieved by configuring measures that allow employees to take time out of their professional life to devote to their family life, or more explicitly, the message is that whoever wants to find a work-life balance has to devote a smaller number of hours to the labour sphere. This response is the most widespread in the field of Labour Law, both at national level and within most countries of the European Union, configuring an armoury of rights of absence in the various legal systems. Finding a work-life balance has been identified with drawing up a series of permits, rights of reduced working hours, suspension of contracts and leaves of absence of different nature, in which employees reduce their presence in the workplace having an impact on their remuneration, and therefore, on their social protection and, ultimately, on their professional career. So far, it has been proven that these work-life balance policies have not worked in terms of co-responsibility because they have been overused by women, promoting the perpetuation of gender roles that contribute to inequality between men and women and resulting in a series of consequences that affect not only women, but society as a whole.

Such reality is a concern that is present not only at national level, but also within the framework of the European Union, as we are aware that the policies implemented have been inadequate, having recognized that the achievement of the objective of work-life balance must be considered under new assumptions, by expressly establishing its failure in terms of gender equality, calling for a renewed regulatory framework. In this way, and on the occasion of the approval of a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the «work-life balance of parents and carers» presented in April 2017 by the European Commission, a new approach has been claimed so as it clearly extends the right to parental leave, and must be placed in a more extensive and more complex context. The European Union is dealing with the issue of work-life balance with a new perspective, which has to pursue a dual objective. On the one hand, participation and maintenance of women in their jobs must be promoted and, on the other hand, the use of work-life balance tools by men has to be encouraged, configuring policies that contribute to rebalance the distribution of responsibilities in the home.

All of the above leads to the questioning of work-life balance policies that have been adopted in the Spanish Labour Law up to now, taking as a reference the European guidelines. Undoubtedly, this topic is complex due to the set of interests at stake and the plurality of measures that come into action; therefore, our study does not intend to carry out a complete analysis of the traditional rights on work-life balance, but, in our opinion, it is of greater interest to address the issues that need a new rethinking, if we want to move forward so that the objective on work-life balance helps to achieve greater real and effective equality between women and men in labour relations. For this reason, we have focused on the concept of work-life balance itself, which, despite being new, must be revisited in the very situation of need on which the notion rests, contemplating, on the one hand, the diversity of family structures that should modulate the exercise of the rights (single-parent and large families), and on the other, revaluing the rights of work-life balance that affect those who care for the sick, disabled and dependent. Likewise, we have reflected on the main actions that should be promoted for genuine and effective work-life balance in co-responsibility, paying attention to the need to equalize family leaves between men and women, reviewing the temporary dimension of labour benefits, with special emphasis on the right of adaptation of the timetable without reduction of working hours, and ending with the need for greater public investment in the network of care services for minors-day care centres-, and in long-term care services for dependent

people. Finally, the study concludes with a brief approximation to the effect caused by the emergence of new information and communication technologies in the exercise of work-life balance, analysing the right to digital disconnection recognized by Law 3/2018, of December 5.

Keywords: Work-life balance; woman; co-responsibility; family life; professional life; working time; public network of services; paternity; maternity; flexitime work; digital disconnection; equality; gender.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir)

The pending transposition in the Spanish legislation of Directive 92/85 on the protection of motherhood (what it means to prevent)

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR*

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: OBJETO DEL ESTUDIO Y SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS

Las recientes sentencias del TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales provenientes de tribunales españoles en materia de maternidad resultan de gran interés, no solo por su volumen¹ (en menos de un año se han dictado las sentencias correspondientes a los asuntos Otero Ramos, Porrás Guisado y González Castro) sino también por sus repercusiones. En nuestro país estaba generalizada la idea de que España superaba los mínimos en materia de maternidad establecidos en la Directiva

92/85 de protección de la maternidad. A fin de cuentas, el permiso de maternidad español superaba en dos semanas el mínimo establecido en la Directiva (art. 48.4 ET) y durante el mismo la trabajadora tiene garantizado el 100% de la base reguladora². Incluso se apli-

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

¹ Desde el año 2003 se ha producido un aumento considerable de las cuestiones prejudiciales sometidas por los tribunales españoles al TJUE, hasta el punto de que los tribunales españoles se encuentran actualmente entre los más dinámicos de los tribunales internos de los Estados miembros. Al respecto, sugiriendo sus posibles causas, GARATE CASTRO, «El impacto sobre el Derecho del Trabajo español del las sentencias del tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por nuestros Tribunales en cuestiones afectadas por la regulación de la Unión sobre política social: tres ejemplos destacados», en WAA (Dir. MIRANDA BOTO), *El derecho del Trabajo español ante el tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Madrid, 2018, págs. 16 y 17.

² La normativa de Seguridad Social española mejora la Directiva 92/85 en materia de garantía retributiva de las mujeres en permiso de maternidad porque garantiza el 100% de la base reguladora, en tanto en cuanto la Directiva 92/85 solo establece la obligación de que los Estados garanticen una retribución «adecuada» entendiéndose por tal la que asegura *ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud* (art. 11 Directiva 92/85). En la STJUE de 14 de julio de 2016, C-335/2015, dictada en el asunto Ornano, se sintetiza perfectamente la doctrina del TJUE que recuerda que la Directiva 92/85 no establece la garantía de percepción de la misma renta que se percibía antes de que comenzara el permiso de maternidad. En España el Tribunal Supremo ha establecido el derecho de la trabajadora a que, en todo lo que tenga repercusión retributiva en el marco de las obligaciones que recaen en el empresario, la maternidad (o, en concreto, el permiso de maternidad) no implique pérdida retributiva alguna. Por ejemplo, en la STS de 10 de enero de 2017, (rec. 283/15), se estableció que en el momento de la reincorporación tras un permiso de maternidad la trabajadora tenía derecho desde el primer día a percibir la retribución anterior al permiso (incluyendo todo tipo de complementos). Sin embargo, la prestación de maternidad no siempre garantiza toda la retribución anterior en España. Sucede en el caso de retribuciones por encima de la base de cotización máxima, que garantizan el 100% de una cuantía inferior a la retribución real.

caba (y se aplica) en nuestro país la calificación de despido nulo, automático y objetivo, cuando afectaba a mujeres embarazadas o a las personas que se encontraran en alguno de los numerosos permisos parentales establecidos en la norma española (art. 55.5 ET). De ahí el desconcierto generado tras las recientes sentencias del TJUE que, en un breve espacio de tiempo, han detectado graves defectos de transposición por parte del ordenamiento español. Lo más interesante de estas sentencias es que los defectos han aparecido en instituciones generales: por ejemplo, en Otero Ramos y en González Castro la cuestión se vinculaba a la aplicación de la inversión de la carga de la prueba; en Porras Guisado la cuestión enlazaba con el contenido de la carta de despido individual posterior a despido colectivo. El defecto no está tanto (o, al menos, no solo) en la normativa específica sobre maternidad sino en la norma general, que ha sido elaborada sin tener en cuenta sus repercusiones en otras materias vinculadas con el principio de no discriminación, con los derechos fundamentales y con las garantías debidas para la protección de determinados colectivos. Recuérdese que la discriminación por maternidad es discriminación por razón de sexo³ y que la protección antidiscriminatoria no es un espacio estanco y aislado, sino que se encuentra entre los pilares del ordenamiento jurídico. Por eso la cuestión antidiscriminatoria emerge en cualquier tipo de materia: despido, seguridad social, prevención, derecho procesal... El gran defecto de nuestra normativa, tal y como nos advierten las recientes sentencias del TJUE, es que la transposición en España de la regulación antidiscriminatoria de la Unión Europea no ha llegado a impregnar todo el ordenamiento, porque las normas siguen formulándose al margen del principio antidiscriminatorio. Ello se ha manifestado

³ Se establece expresamente en el art. 2.2.c de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006. Con anterioridad, el TJUE estableció que la discriminación por razón de embarazo constituye discriminación directa por razón de sexo. Por todas, STJUE de 8 de noviembre de 1990, C- 177/88, asunto Dekker.

con particular interés en aquellas materias relacionadas con la maternidad que son, las que, solo aparentemente, en España superaban los modestos mínimos establecidos por la correspondiente Directiva. En las páginas que siguen se advertirá que estas sentencias del TJUE que parecen específicas sobre maternidad evidencian defectos de mucha más trascendencia en nuestro ordenamiento, que entroncan con la tutela efectiva contra la vulneración, en general, de derechos fundamentales. Procede con carácter previo, en este mismo apartado que pretende sintetizar el estado de la cuestión, exponer cual es el alcance de estas recientes sentencias del TJUE.

Las sentencias dictadas en los asuntos Otero Ramos⁴ y González Castro⁵ trataron el tema de la prevención de riesgos en relación con el riesgo para la lactancia y plantearon la cuestión de la inversión de la carga de la prueba. En ambos casos se reclamaba el acceso a la prestación de riesgo durante la lactancia porque las condiciones en que se desarrollaba el trabajo de la enfermera de servicios de urgencia (Otero Ramos) y la vigilante jurado (González Castro) impedían el ejercicio de la lactancia natural, entre otras razones por la organización del tiempo de trabajo (a turnos y nocturno en ambos casos). En el caso de la enfermera de urgencias existía un certificado médico de la jefa de servicios de la unidad de urgencias en la que se señalaban las razones de riesgo por las que las condiciones de trabajo de aquella impedían la lactancia natural: se establecía en dicho informe que concurrían riesgos biológicos (por exposición a infecciones), físicos (por la necesidad de movilizar a enfermos), químicos (por exposición a tóxicos) y también psicosociales (por tratarse de un trabajo a turnos, nocturno y estresante, lo que repercutía en la producción de prolactina y en la incidencia de mastitis). En el asunto González Castro no

⁴ STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/15.

⁵ STJUE de 19 de septiembre de 2018, C-41/17.

existía un informe médico como el del asunto Otero Ramos, pero sí que se consideró probado que el trabajo de la vigilante jurado se desarrollaba en condiciones adversas para la lactancia: era un trabajo a turnos, incluyendo nocturnos, algunos de los cuales se realizaban en solitario, consistiendo el trabajo en hacer rondas y atender urgencias, con el consiguiente riesgo vinculado a la delincuencia o por incidentes como eventuales incendios, sin que existiera lugar adecuado para la lactancia natural o para la extracción de la leche en condiciones de mínima salubridad. Las entidades encargadas del abono de esta prestación consideraron que no procedía su reconocimiento porque no había quedado probada la concurrencia de riesgo durante la lactancia, dado que en la evaluación de riesgos realizada por las empresas en ninguno de ambos puestos se constataba que concurría riesgo para la lactancia. El TJUE estableció en ambas sentencias que las evaluaciones defectuosas, por no atender a las circunstancias de riesgo que concurren para la lactancia, suponen una discriminación directa por razón de sexo y, en consecuencia, implican la inversión de la carga de la prueba a partir de la presentación de indicios por la parte demandante. Tales indicios no son solo la presentación de certificados médicos, sino que pueden consistir también en una serie de hechos de los que se pueda deducir la vulneración del derecho (en el asunto González Castro los indicios fueron las circunstancias en las que se desarrollaba el trabajo). Por lo demás, conforme al TJUE (asunto González Castro) la identificación de la situación de riesgo para la lactancia no se limita a la evaluación de los riesgos generales que pueden concurrir en esta situación, sino que debe tenerse en cuenta en la evaluación la situación específica e individual de la trabajadora afectada. Una vez emitidas por el TJUE las sentencias correspondientes a ambas cuestiones prejudiciales el TSJ de Galicia dictó sendas sentencias en las que se reconocía el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia, lo que se tradujo en sentencias de condena a las entidades en cada caso obligadas al pago de

la prestación para que abonaran su importe a cada una de las trabajadoras demandantes⁶.

La sentencia dictada en el asunto Porras Guisado⁷ fue de interpretación bastante más compleja porque su fallo reconocía defectos de transposición del ordenamiento español cuyo alcance resultaba difícil de identificar, al menos a primera vista. La cuestión prejudicial preguntaba acerca de la legitimidad comunitaria del sistema de despido individual posterior a despido colectivo, que en el ordenamiento español (tras la doctrina establecida por la STS de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014), no requiere que se especifiquen en la carta individual de despido las razones concretas para la selección de los trabajadores/as afectados por la amortización de puestos de trabajo. En el asunto Porras Guisado este despido individual, sin especificación de causa de selección, había afectado a una trabajadora embarazada y de ahí que en la cuestión prejudicial se planteara una posible vulneración del art. 10 de la Directiva 92/85, de protección de la maternidad, que establece la necesidad de que los despidos de embarazadas se produzcan solamente en caso de que concurra «causa excepcional no inherente a su estado». En el fallo de la sentencia el TJUE señala, como no podía ser otra manera, que el art. 10 de la Directiva 92/85 no obliga a que los ordenamientos establezcan mecanismos concretos de protección frente al despido, tales como la recolocación o la prioridad de permanencia. A fin de cuentas la tarea del TJUE no es establecer como debe producirse la transposición de la normativa de la Unión europea por un determinado Estado miembro, sino solo detectar los casos en que dicha transposición no se ha realizado o es incorrecta. También señala el Tribunal que no es necesario que consten causas específicas y diferenciadas para que sea procedente el despido de embarazada en caso de despido co-

⁶ STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2017, (rec. 1052/14), aplicando la STJUE dictada en el asunto Otero Ramos; y STSJ de Galicia de 30 de octubre de 2018, (rec. 1397/16), aplicando la STJUE dictada en el asunto González Castro.

⁷ STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16

lectivo, pudiendo ser causa suficiente para el despido individual la que viniera establecida para el despido colectivo. Pero en este caso señala expresamente el TJUE que es necesario que «se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido». El TJUE no indica si eso sucede o no en el ordenamiento español: ese es trabajo que corresponde al juez interno. Hay otro contenido en el fallo que más claramente señala un defecto de transposición del ordenamiento español, aunque ello tampoco implica que su comprensión sea sencilla. Se establece en el mismo que es contraria al ordenamiento comunitario una norma nacional (como la española) que «no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establezca únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal». Con ello se recuerda que la prohibición de despido de trabajadora embarazada es materia de prevención de riesgos y, por lo tanto, debe tener una manifestación anticipatoria o preventiva, de lo que deriva que debe establecerse expresamente la prohibición de despido. También señala que la sanción de nulidad establecida por el ordenamiento español no es suficiente para garantizar una protección efectiva frente al despido sin causa de las trabajadoras incluidas en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad. La aplicación de lo establecido en la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Porrás Guisado* dio lugar a la STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2018 (pleno) (rec. 3002/2015). En ella el TSJ Cataluña consideró que la materia resuelta por el TJUE carecía de eficacia directa horizontal por lo que no podía ser aplicada automáticamente por el tribunal interno en la reclamación entre particulares que había dado lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial. En consecuencia, desestimó la reclamación de la trabajadora y confirmó la procedencia del despido, que era la consecuencia que consideró que debía aplicar a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo acerca del contenido de la carta de despido individual

posterior a despido colectivo. Este argumento resulta, al menos, discutible⁸, puesto que en numerosas sentencias el TJUE ha señalado que la Directiva 92/85 tiene eficacia directa horizontal: sin ir más lejos, así se expresa en las propias sentencias dictadas en los asuntos *Otero Ramos y González Castro* (*supra*) en las que se reitera (como en numerosas ocasiones con anterioridad⁹) que el incumplimiento de lo establecido en la Directiva 92/85 constituye discriminación directa por razón de sexo. De hecho la STSJ de Castilla León (Valladolid) de 28 de mayo de 2018 (rec. 713/2018), que también resolvía un caso de despido de embarazada posterior a despido colectivo y que se enfrentaba al mismo dilema relacionado con una carta de despido individual en la que no constaban específicamente las razones de la selección de la trabajadora embarazada, aplicó directa y horizontalmente la doctrina *Porrás Guisado* y reconoció la nulidad del despido de la trabajadora embarazada en cuya carta de despido no constaban específicamente los criterios de la selección que habían desencadenado el despido de la trabajadora. Más recientemente el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de julio de 2018 (rec. 2708/2016) que fue la primera del Alto Tribunal sobre despido de embarazada en despido colectivo con posterioridad a la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Porrás Guisado*, estableció la nulidad del despido de una trabajadora embarazada en un proceso de despido colectivo en cuya carta no constaban las causas de su selección. El TS establece en esta sentencia que, cuando se despide a una trabajadora embarazada, deben constar las razones por las que ésta ha sido seleccionada para la amortización, pero curiosamente lo hace sin revocar la doctrina del TS de 15 de marzo de 2016 (que expresamente considera inalterada) y sin que su resolución esté

⁸ Expuse las razones por las que procede considerar la eficacia directa horizontal de la Directiva 92/85 en BALLESTER PASTOR, «El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada», *Trabajo y Derecha*, 45, 2018, pág. 78 y 79.

⁹ Por todas STJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto *Danosa*, C-232/09.

forzada por aplicación de lo establecido en la doctrina Porrás Guisado (que expresamente considera no aplicable al caso), con lo que se generan algunas contradicciones y problemas aplicativos que serán objeto de análisis más abajo.

En materia de diferenciación entre derechos de maternidad y conciliación una de las sentencias de mayor relevancia del TJUE fue la dictada en el asunto Roca Álvarez¹⁰, que también daba solución a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español, el TSJ de Galicia. La sentencia fue de gran importancia porque configuró la corresponsabilidad como contenido relevante en las medidas que los Estados miembros deben acometer para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. El tema se planteaba con relación a la exclusividad o preferencia materna de ciertos beneficios vinculados al cuidado de los hijos. El dilema surge porque un beneficio exclusivamente femenino para el cuidado de los hijos puede implicar discriminación por razón de sexo, y no precisamente contra el hombre. En efecto, la sentencia dictada en el asunto Roca Álvarez tiene gran relevancia porque llama la atención sobre el hecho de que la admisión de esta preferencia femenina puede implicar una perpetuación de roles de cuidado que finalmente puede dirigirse en contra del propio colectivo femenino. En sentencias anteriores el TJUE había considerado acorde al derecho comunitario el permiso de disfrute exclusivo materno que transcurría entre el fin del permiso de maternidad hasta el cumplimiento de seis meses del hijo¹¹ o el disfrute también exclusivamente femenino del tramo obligatorio del permiso de maternidad por adopción¹². Igualmente justificado se consideró por el TJUE que una serie de beneficios para guardería ligados al cuidado de los hijos quedaran reservados tan solo a las madres trabajadoras, y no necesariamente a los padres (salvo

que éstos tuvieran a su cargo exclusivo a los hijos en cuestión)¹³. La nueva interpretación introducida en el asunto Roca Álvarez considera discriminatoria una norma como la española que establece la preferencia femenina sobre un permiso parental (el de lactancia), con posibilidad meramente secundaria de disfrute por el padre. El punto de referencia de la sentencia del TJUE fue la naturaleza del permiso llamado de lactancia que, pese a su nombre, no pretendía facilitar la lactancia natural del hijo (por lo que no entraba en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85) sino sencillamente atribuir un tiempo para el cuidado, sin condicionar el modo en que debía utilizarse aquel. Partiendo del presupuesto de la naturaleza de permiso parental del llamado permiso de lactancia español el TJUE concluyó en que la atribución de titularidad preferentemente femenina (el permiso solo podía ser disfrutado por el padre en el caso de que ambos trabajaran) constituía una discriminación por razón de sexo. En el asunto Roca Álvarez quedó rotundamente establecido que los tratos beneficiosos, en materia de permisos, exclusivamente atribuidos a las mujeres tan solo cabían en materia de embarazo y maternidad, pero no podían trascender al cuidado de los hijos. La doctrina Roca Álvarez se consolidó en sentencias posteriores en similar sentido¹⁴.

En el asunto Betriu Montull¹⁵, otra sentencia del TJUE que fue consecuencia de una cuestión prejudicial española (planteada por el juzgado de lo social nº 1 de Lleida), se estableció que el permiso de maternidad no debía seguir las reglas de configuración equitativa que debían aplicarse para los permisos parentales según Roca Álvarez. En este caso se planteaba la posible inadecuación a la normativa comunitaria de un permiso de maternidad como el español que admite la transferencia al padre cuando la madre accede previamente a él, pero que no reconoce un derecho equiva-

¹⁰ STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.

¹¹ STJUE de 12 de julio de 1984, asunto Hofmann.

¹² STJUE de 26 de octubre de 1983, asunto Comisión c. Italia.

¹³ STJUE de 19 de marzo de 2002, asunto Lommers.

¹⁴ Por ejemplo, STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14, asunto Maïstrellis.

¹⁵ STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-5/12.

lente y directo al padre en el caso de que la madre no hubiera accedido al mismo por no tener derecho. En el asunto *Betriu Montull* el TJUE estableció que el ordenamiento comunitario regula el permiso de maternidad como un mecanismo de protección materna que no se extiende al padre, por lo que ni vulnera la Directiva 92/85 (maternidad) ni la Directiva 76/2017 (antidiscriminatoria) una norma como la española que establezca diferencias en el disfrute del permiso de maternidad por razón de género. Sobre las diferencias entre hombres y mujeres en relación con el permiso de maternidad también se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional español, estableciendo que no contraría el texto constitucional el hecho de que el permiso de maternidad de titularidad materna tenga una duración superior al permiso de paternidad, de titularidad exclusivamente paterna¹⁶. Una interpretación conjunta de *Roca Álvarez* y *Betriu Montull* (en relación, a su vez, con otras sentencias del TJUE más antiguas, como la dictada en el asunto *Hofmann* –*vid. nota supra*–) permite llegar a la conclusión de que no caben diferencias en el disfrute de los permisos parentales entre mujeres y hombres, aunque sí caben diferencias entre madre biológica y quien no lo fuera en el disfrute del permiso vinculado a la maternidad biológica, cualquiera que sea la estructura y duración establecida por el ordenamiento para el permiso de maternidad. Y ello porque, hasta ahora, el TJUE nunca ha establecido que el permiso de maternidad tenga, siquiera en su parte final, una finalidad de cuidado parental que requiera la extensión del mismo al padre o al otro progenitor.

La cuestión de la falta de legitimidad de las medidas que establecieran diferencias entre hombres y mujeres en relación con el cuidado de los hijos no se ha limitado a la atribución de los permisos parentales sino que, según el TJUE, debe referirse a todo tipo de condiciones y beneficios. En esto se diferen-

cia el tratamiento que deben dar los Estados a la maternidad y a los derechos de cuidado: tras *Roca Álvarez* no caben diferencias entre hombres y mujeres en materia de derechos vinculados al cuidado de hijos. Sin embargo, sí que caben diferencias en materia de maternidad (con el ámbito subjetivo establecido en la Directiva 92/85). Este también fue el tema de los asuntos *Griesmar*¹⁷ (discriminación directa) y *Leone* (discriminación indirecta)¹⁸, que juzgaron la adecuación a la normativa de la Unión Europea de sendos mecanismos compensatorios de cotización vinculados al cuidado de los hijos establecidos en Francia. En el asunto *Griesmar* el TJUE entró a valorar el eventual carácter discriminatorio contra los hombres que podía tener una cotización ficticia atribuida a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. La cotización ficticia reconocía un año de cotización por cada hijo. El beneficio se concedía automáticamente a las madres de hijos por parto aunque se ampliaba también a las madres adoptivas en caso de que se cumplieran otros requisitos (básicamente, un tiempo mínimo dedicado a su cuidado). Lo relevante de esta regulación era su total exclusión a los padres, aunque efectivamente se hubieran dedicado al cuidado de los hijos. A partir de todo ello concluye la sentencia del TJUE que la atribución exclusiva de la cotización ficticia a la mujer funcionaria que accediera a la pensión constituye una discriminación por razón de sexo. Tras el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Griesmar* se alteró la legislación francesa sobre pensiones de los funcionarios¹⁹ de modo que el tiempo de cotización ficticia de un año por nacimiento o adopción quedó atribuido a cualquiera de los progenitores. La corrección supuso que el derecho pasaba a reconocerse a favor del progenitor que hubiera interrumpido su actividad laboral al menos durante dos meses por hijo por alguna de las siguientes

¹⁷ STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99.

¹⁸ STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13.

¹⁹ Por medio del Decreto 2003-1306, de 26 de diciembre de 2003.

¹⁶ STC 111/18, de 17 de octubre.

razones: permiso de maternidad, permiso de adopción, permiso parental por cuidado de un menor o excedencia por cuidado de un hijo menor de ocho años. Esta nueva formulación normativa volvió a ser objeto de cuestión prejudicial ante el TJUE por medio del asunto Leone. El TJUE detectó inmediatamente en el asunto Leone que la cotización extra atribuida tenía un sistema de concesión automática para las madres, que no funcionaba con tanta facilidad para los padres. Ello ocurría porque el permiso de maternidad, atribuido a las madres y de carácter obligatorio para éstas, se contabilizaba para el acceso a la cotización ficticia. Ello implicaba que una madre, por el simple hecho de serlo, ya cumplía los requisitos para acceder al beneficio de pensiones establecidos pero no ocurría lo mismo en el caso de los padres. Por ello la sentencia dictada en el asunto Leone estableció que el beneficio establecido prioritariamente para las madres en relación con el cuidado de los hijos, constituía discriminación indirecta por razón de sexo.

Hay dos ejes en torno a los cuales gravitan los defectos de transposición del ordenamiento español en materia de embarazo, maternidad, parto reciente y lactancia: el primero de ellos guarda relación con el alcance de la obligación de prevenir; el segundo tiene relación con la diferencia en el alcance entre los derechos vinculados a la maternidad y los derechos vinculados al cuidado de hijos y familiares. Este segundo eje de análisis no conecta con la cuestión preventiva y ni siquiera plantea cuestiones directamente relacionadas con la Directiva 92/85. Sin embargo, la cuestión del alcance subjetivo de la protección dispensada en caso de maternidad, de un lado, y conciliación, de otro, resulta fundamental porque solo la maternidad admite tratos diferenciados entre hombres y mujeres, por lo que es el presupuesto fundamental para una correcta transposición de la normativa antidiscriminatoria y de maternidad en nuestro país. Estos serán los dos ejes en torno a los cuales se desarrollará el presente trabajo, en el que se intentará no solo identificar el estado actual de la cuestión sino realizar algunas propuestas de *lege ferenda*

2. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN PREVENTIVA EN MATERNIDAD Y LACTANCIA: DEFECTOS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y PROPUESTAS A PARTIR DE LA DOCTRINA DEL TJUE

Las repercusiones de género están ausentes del sistema de prevención de riesgos laborales configurado por el ordenamiento español. Formalmente el art. 5.4 LPRL establece la necesidad de que en la configuración de las políticas preventivas se tenga en cuenta el impacto de género²⁰, pero esta dimensión se limita al establecimiento de políticas generales y no tiene equivalente en el establecimiento de las actuaciones preventivas concretas que deben desarrollarse en el ámbito de la empresa. Factores como la discriminación laboral por razón de género, la segregación laboral, los riesgos psicosociales vinculados a la mayor vulnerabilidad laboral de las mujeres, las dificultades para compatibilizar la vida familiar y laboral, las exigencias de plena disponibilidad o la inadecuada gestión del tiempo de trabajo repercuten directamente en la salud de las mujeres trabajadoras. Ni siquiera es necesario aplicar, en estos casos, un concepto amplio de salud relacionado con el bienestar, puesto que los factores antedichos son causantes de patologías bien conocidas y fácilmente diagnosticables (ansiedad, depresión, dolencias digestivas, repercusiones cardiovasculares ...). Sin embargo, las repercusiones de género resultan invisibles en las políticas preventivas²¹, y apenas la ma-

²⁰ El art. 5.4 LPRL establece lo siguiente: *Las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores.*

²¹ Así lo han constatado, entre otros, MARTIN HERNANDEZ, «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 137, 2008, pág. 50 ss; o GRAU PINEDA, «Sobre la imperiosa necesidad de incorporar

ternidad y la lactancia disponen de tratamiento en la norma preventiva española, forzada por la normativa preventiva de la Unión Europea y, como inmediatamente se expone, con importantes deficiencias.

La transposición en España de lo establecido en la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, sobre protección de la maternidad, de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, se encuentra en diferentes normas del ordenamiento español: (i) de un lado, la obligación de anticipación (evaluación) y actuación correctora frente al riesgo (mediante la adaptación, cambio de puesto o exención de la obligación de trabajar) que se establecen en los art. 4 a 7 de la Directiva 92/85 se contienen fundamentalmente en el art. 26 LPRL. Sin embargo, este precepto debe completarse con los dedicados a la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia (art. 48.8 ET) así como con aquellos preceptos de seguridad social que regulan la prestación de riesgo durante el embarazo (art. 186 y 187 LGSS) o la lactancia (art. 188 y 189 LGSS); (ii) de otro lado, el permiso de maternidad de, como mínimo, catorce semanas que se establece en el art. 8 de la Directiva 92/85, con las garantías retributivas mínimas establecidas en el art. 12 de la misma Directiva se configura como situación suspensiva en el art. 48.4 ET y como prestación de seguridad social que da lugar al 100% de la base reguladora en los art. 177 a 182 LGSS; (iii) en tercer lugar, la prohibición del despido de mujer embarazada, en situación de parto reciente o lactancia, a la que se refiere el art. 10 de la Directiva 92/85 no dispone de precepto específico en la normativa de prevención o en el ET, aunque el art. 55.5 ET establece una garantía especial para los casos de despido sin causa de trabajadora embarazada (extendido a otras causas vinculadas a la cercanía del parto y al disfru-

el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 408, 2017, pág. 23 ss.

te de permisos parentales) que consiste en la declaración de nulidad y en la consiguiente obligación de readmisión; (iv) finalmente, el resto de obligaciones de la Directiva 92/85, se dispersan en el ordenamiento: así, el permiso retribuido para exámenes prenatales del art. 9 de la Directiva 92/85, se contiene en el art. 37.3.f ET; el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo no tienen reconocimiento expreso en la normativa española pero derivan del principio de no discriminación por razón de sexo tal y como ha reconocido reiterada y consolidada jurisprudencia²²; el derecho a la tutela judicial efectiva de las trabajadoras incluidas en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85 establecido en el art. 12 de la misma no tiene reconocimiento específico para este colectivo, pero tiene formulación general y se garantiza, teóricamente al menos, a todos los sujetos conforme a lo establecido en el art. 25 CE. El marco normativo descrito, pese a su dispersión, parece correcto, pero enseguida se verá que no es así.

2.1. Evaluación y prevención de riesgos en las situaciones de embarazo y lactancia

Tanto en la Directiva 92/85 como en el art. 26 LPRL aparece la obligación de que en la evaluación de riesgos de la empresa se tengan en cuenta los que pueden afectar al embarazo o a la lactancia. La primera frase del art. 26.1 LPRL es lo suficientemente elocuente: *La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturale-*

²² Es muy voluminosa la doctrina jurisprudencial que establece el derecho de la trabajadora embarazada o en permiso de maternidad a que ninguna de estas situaciones tenga repercusiones en sus condiciones de trabajo (particularmente económicas) ni en el desarrollo de sus carreras profesionales. Por ejemplo, en la STC 2/2007, de 16 de enero de 2017, el Tribunal Constitucional estableció que constituía discriminación directa por razón de sexo la falta de ampliación de jornada de una trabajadora que se encontraba en permiso de maternidad, y a la que tenía derecho conforme a las reglas aplicables en la empresa de incremento de jornada cuando surgieran vacantes.

za, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. En el caso del embarazo la identificación de los factores de riesgo enunciados en estudios técnicos y directrices suelen ser tenidos en cuenta en las evaluaciones porque los efectos de una deficiente prevención dan lugar a efectos de notable repercusión con sustanciales indemnizaciones por daños (abortos, malformaciones, patologías...). Las directrices que actualmente establecen los factores de riesgo para el embarazo a tener en cuenta en la evaluación de riesgos tienen fecha de 23 de noviembre de 2011²³, y a ellas suelen acomodarse las evaluaciones que se realizan en nuestro país, al menos en el marco teórico.

Hay, sin embargo, un problema en la prevención del riesgo durante el embarazo al que suele hacerse poca referencia, pero que adquiere gran importancia porque enquina estereotipos. En caso de riesgo para el embarazo, detectado y evaluado, es frecuente que se pase directamente a la prestación por riesgo sin que se apliquen las adaptaciones o cambios de puesto previos a los que se refiere el art. 26 LPRL. Es una solución en la que puede estar de acuerdo la propia trabajadora y frente a la que la entidad encargada del pago de la prestación dispone de pocos medios para oponerse si concurre el factor de riesgo contenido en la correspondiente directriz. Lo más negativo de este fenómeno es que favorece la percepción por parte del empresariado de que el embarazo es una situación incómoda, negativa, patológica en sí misma, de la que es pre-

ferible escapar, aunque ello implique, directamente, la ausencia de la trabajadora (lo que puede repercutir en su carrera profesional) e, indirectamente, cierta valoración negativa por parte del resto de compañeros/as si dicha ausencia repercute en su carga de trabajo (lo que suele ser frecuente). Por ello debieran establecerse mecanismos que aseguraran que, antes de la exención del trabajo, se aplica por parte de la empresa la correspondiente adaptación o cambio de puesto en caso de riesgo para el embarazo. La posible repetición por parte de la Mutuas contra el empresario o las eventuales sanciones administrativas a partir de actuaciones inspectoras debieran ser el modo para reconducir la situación a efectos de favorecer que la acomodación del trabajo a la persona sea una práctica preventiva normal en la empresa.

La situación de riesgo para la lactancia es algo más compleja: de un lado, la identificación de los factores de riesgo para la lactancia no plantean problemas cuando están identificados suficientemente en las correspondientes directrices y se refieren a riesgos físicos que pueden ocasionar patologías (por ejemplo, por implicar sustancias que pasan a leche materna). Pero hay otra vertiente de la lactancia que, hasta ahora, no había sido objeto de atención en las evaluaciones de riesgos en nuestro país, tal y como evidencian las recientes sentencias del TJUE dictadas en los asuntos Otero Ramos y González Castro: la situación de riesgo para la lactancia no solo se produce cuando el trabajo es susceptible de producir patologías en la madre o el hijo en situación de lactancia. También hay riesgo durante la lactancia cuando ésta no se puede llevar a cabo porque las condiciones laborales lo impiden, bien por la organización del tiempo de trabajo (turnicidad, nocturnidad...), bien por las condiciones del mismo (estrés, peligrosidad, falta de intimidad...). Llegados a este punto es necesario resolver el tema de cual debe ser el alcance del derecho a la lactancia porque, desde luego, las condiciones actuales no son las que regían a primeros del siglo XX, cuando las trabajadoras llevaban a sus hijos a las fábricas

²³ Estas directrices se demoraron considerablemente, lo que da cuenta del escaso interés de los Poderes Públicos. A ello hace referencia GARRIGUES GIMENEZ, «Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8, 2017, pág. 770 ss.

para amamantarlos. El derecho a la lactancia en la actualidad puede desarrollarse por medios alternativos, como la extracción mecánica de la leche, lo que obliga a un planteamiento diferente que, en parte, simplifica bastante la cuestión²⁴. Quiere con ello decirse que el ejercicio de la lactancia conecta actualmente con la organización del tiempo de trabajo y con las condiciones del propio trabajo, lo que requiere como actividad preventiva por parte del empresario la acomodación razonable a tales efectos. Lamentablemente esta acomodación (o adaptación y cambio de puesto, al que se refiere el art. 26 LPRL reproduciendo lo establecido en el art. 5 de la Directiva 92/85) no formaba parte, sin embargo, de la práctica preventiva habitual en nuestro país, al menos hasta ahora.

La situación que dio lugar a las sentencias dictadas en los asuntos Otero Ramos y González Castro (supra) es lo suficientemente expresiva: en ambos casos se trataba de trabajadoras que alegaban que sus trabajos eran incompatibles con la lactancia por cuestiones relacionadas con la organización del tiempo de trabajo y por las condiciones en que se desarrollaba el mismo (enfermera de urgencias, en un caso, y vigilante jurado, en el otro). En el momento en que se plantearon ambas cuestiones prejudiciales por parte del TSJ de Galicia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecía que era la trabajadora la que debía probar la existencia de riesgo para la lactancia a efectos de acceder a la correspondiente prestación de riesgo durante la lactancia. Ello explica la actitud de las empresas durante los procesos que dieron lugar a ambas cuestiones prejudiciales, que no alegaron ninguna justificación adicional más allá de una evaluación del puesto en la que

sencillamente se establecía que no concurría riesgo alguno para la lactancia. Conforme a la jurisprudencia vigente hasta el momento no era necesario nada más. Efectivamente, las primeras sentencias sobre reconocimiento de la prestación de riesgo durante la lactancia llegaron al TS fundamentalmente en el año 2011. En este año las varias sentencias sobre la materia se referían fundamentalmente a ATS en diferentes servicios hospitalarios. Todas ellas eran actividades que habían sido catalogadas como exentas de riesgo por la entidad hospitalaria que actuaba como empleadora pero respecto de las cuales las trabajadoras aportaban certificación médica que las consideraba incompatibles con la lactancia, no solo por razones horarias, sino también por exposición a otros riesgos. Las sentencias del TS de 2011²⁵ establecieron unánimemente que no bastaba con identificar unos riesgos genéricos sino que resultaba necesario identificar, valorar y acreditar los riesgos específicos del puesto de trabajo en relación a la situación de lactancia. Conforme a esta doctrina era la trabajadora la que debía probar que, pese a la manifestación de inexistencia de riesgo realizada por la empresa, sí que concurría riesgo para la lactancia. El resultado fue la generalizada denegación de las prestaciones de riesgo para la lactancia. En el año 2012 se mantuvo la misma doctrina para las solicitudes relativas a actividades de naturaleza hospitalaria que llegaron al TS²⁶, pero empezaron a plantearse recursos en unificación de doctrina respecto a la actividad que llevaban a cabo las tripulantes de cabina. El TS en el caso de la lactancia de las tripulantes de cabina consideró, en cambio, que sí que concurría causa suficiente para justificar la concesión de la prestación de riesgo para la lactancia porque la actividad a turnos impedía la lactancia natural directa, pero además impedía incluso

²⁴ El TS estableció en varias ocasiones que el trabajo desarrollado por las tripulantes de cabina era incompatible con la lactancia porque las condiciones en que se desarrollaba impedirían la extracción y almacenamiento de la leche en condiciones mínimas de intimidad e higiene. SSTS de 24 de abril de 2012 (rec. 818/2011); de 21 de junio de 2012 (rec. 2361/2011); y de 22 de noviembre de 2012 (rec. 1298/2011).

²⁵ SSTS de 17 de marzo de 2011 (rec. 1864/2010); de 18 de marzo de 2011 (rec. 1290/2010); de 18 de marzo de 2011 (rec. 1863/2010); de 18 de marzo de 2011 (rec. 1966/2010); de 3 de mayo de 2011 (rec. 2707/2010).

²⁶ SSTS de 21 de septiembre de 2012 (rec. 2342/2010); y de 1 de octubre de 2012 (rec. 2373/2011).

la extracción y almacenamiento de la leche en condiciones mínimas de intimidad e higiene²⁷. El TS exponía que la empresa no había realizado las actuaciones necesarias para que operara la adaptación y el cambio de puesto de trabajo pero ello no debía impedir que se diera una solución a la situación de riesgo durante la lactancia por lo que procedía la prestación de riesgo para la lactancia. Complementariamente, el TS indicaba que procedía con posterioridad la reclamación de la Mutua pagadora contra la empresa que no había cumplido sus obligaciones al respecto²⁸. Sin embargo, la doctrina de las tripulantes de cabina no se extendió con posterioridad a otras actividades²⁹ ni alteró la doctrina que hasta el momento el TS había aplicado a la situación de riesgo para la lactancia en actividades de carácter sanitario y hospitalario³⁰. Fue una especie de corto paréntesis que se refirió exclusivamente a la actividad profesional de las tripulantes de cabina. En los años posteriores el volumen de reclamaciones judiciales sobre la materia disminuyó considerablemente. Este fue el panorama jurisprudencial en el momento en que se presentaron las demandas que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales de los asuntos Otero Ramos y González Castro.

La nueva doctrina que surge de Otero Ramos y González Castro clarifica que la tarea

de evaluación debe tener en cuenta la situación de embarazo y lactancia en todo tipo de actividades. Establece también que una incorrecta aplicación de lo establecido en la Directiva 92/85 (en materia de evaluación de riesgo) constituye una discriminación directa por razón de sexo, lo que a su vez implica que opera la inversión de la carga de la prueba por lo que la trabajadora demandante solo debe presentar indicios de que el trabajo desarrollado es incompatible con la lactancia. La doctrina del TJUE refuerza la obligación de adaptación/cambio de puesto de trabajo que corresponde al empresario (siquiera porque la repetición por prestaciones indebidas corresponde a la Mutua), asegura la inmediatez de la prestación a partir de indicios de riesgo e introduce como mecanismo más efectivo para la defensa empresarial la adecuada evaluación de los puestos de trabajo en atención a los riesgos para la lactancia. Las sentencias del TJUE en Otero Ramos y González Castro han motivado la alteración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con lo que se ha operado una transposición inmediata y casi de emergencia³¹. Lo más interesante de esta doctrina del TS post Otero Ramos y González Castro es que se ha operado pacífica y expresamente una sustitución de la antigua doctrina por la nueva, sin que exista ningún intento por mantener o justificar la doctrina antigua. Tal vez tenga que ver en esta resignada actitud el hecho de que quedan actualmente pocos de aquellos magistrados que enunciaron la doctrina que ahora el TJUE ha derogado. Sin embargo, no es fácil que de este modo quede definitivamente resuelto un panorama normativo preventivo que, como se he mostrado en el desarrollo de ambas cuestiones prejudiciales, es claramente deficiente. Nuestro sistema tiene problemas de cierta gravedad y, por lo tanto, debiera operarse una transposición normativa de mayor calado. Algunas propuestas se exponen a continuación.

²⁷ SSTs de 24 de abril de 2012 (rec. 818/2011); de 21 de junio de 2012 (rec. 2361/2011); y de 22 de noviembre de 2012 (rec. 1298/2011).

²⁸ Por ejemplo, en la STS de 24 de abril de 2012 (rec. 818/2011).

²⁹ En la STS de 13 de mayo de 2015 (rec. 3114/2013) se denegó la prestación de riesgo durante la lactancia a una educadora en centro de reeducación de menores por falta de prueba por parte de ésta de los factores de riesgo que alegaba, y que básicamente consistían en los riesgos aparejados a la posibilidad de agresión y en la actividad a turnos.

³⁰ En las SSTs de 21 de marzo de 2013 (rec. 1563/2012), de 24 de junio de 2013 (rec. 2488/2012), de 28 de octubre de 2014 (rec. 2542/2013) y de 7 de abril de 2014 (rec. 1724/2013) se plantearon reclamaciones de prestaciones de riesgo durante la lactancia correspondientes a trabajadoras en hospitales. Todas se corresponden con actividades en urgencias, salvo la STS de 24 de junio de 2013, que correspondía a una actividad hospitalaria en el servicio de neonatología.

³¹ SSTs de 3 de abril de 2018, (rec. 762/2017); y de 26 de junio de 2018, (rec. 1398/2016).

El hecho de que la prevención frente al riesgo vinculado al embarazo y la lactancia se instrumentalice fundamentalmente a través de la expulsión temporal del trabajo (suspensión/prestación de riesgo durante el embarazo y la lactancia) evidencia las dificultades existentes en el ámbito empresarial para asumir una política de gestión de personal respetuosa con las necesidades de las personas. En numerosas ocasiones la LPRL establece que el trabajo debe adaptarse a la persona, por ejemplo, cuando el art. 25 LPRL hace referencia a los trabajadores sensibles frente a determinados riesgos. El derecho a la adaptación que se establece en el art. 26 LPRL tiene una configuración mucho más concreta y rotunda que la establecida en el art. 25 LPRL pero, pese a todo, sigue siendo objeto de reticencias. Corresponde, pues, al ordenamiento, establecer los mecanismos para que el derecho a la adaptación del trabajo de las mujeres en situación de embarazo y lactancia sea efectivo: sería erróneo llegar a la conclusión de que los asuntos Otero Ramos y González Castro solo reconocen el derecho a la suspensión/prestación en caso de que el trabajo habitual de la trabajadora fuera incompatible con el embarazo o la lactancia (aunque ambas cuestiones prejudiciales se refieren a la situación de riesgo durante la lactancia sus conclusiones son perfectamente extensibles al riesgo durante el embarazo). Lo que quieren decir ambas sentencias del TJUE es que el incumplimiento de la normativa preventiva en materia de maternidad y lactancia constituye una discriminación por razón de sexo, y (debe añadirse) existe contravención de dicha normativa no solo cuando no se reconoce el derecho a la prestación de riesgo durante el embarazo o la lactancia, sino también cuando no se opera la obligación adaptativa en primer lugar que expresamente refiere el art. 5 de la Directiva 92/85.

Es necesario replantear en España la cuestión de la adaptación de la jornada de trabajo a efectos de que la trabajadora en situación de embarazo o lactancia disponga de la máxima flexibilidad en la organización de su tiempo. En el caso del embarazo la adaptación guar-

da relación con los cambios físicos vinculados a la gestación, pero en el caso de la lactancia la adaptación tiene una dimensión de mayor alcance, porque persigue que la lactancia se pueda llevar a cabo directamente o que, al menos, se disponga del tiempo suficiente y de las condiciones mínimas para la extracción de la leche. Debiera, por ello, garantizarse expresa y plenamente, el derecho a la adaptación de la jornada para facilitar el ejercicio del derecho a la lactancia, con un nivel de garantía superior (por ser materia preventiva) que el derecho a la adaptación de la jornada para la conciliación. Efectivamente, en el caso de cuidado de hijos o familiares (sin mayores especificaciones) debería reconocerse al menos el derecho a que el empresario tomara en consideración las necesidades de las personas con responsabilidades de cuidado (así se establece en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18, infra). En el caso de la lactancia, debe reconocerse en beneficio de la trabajadora un derecho de adaptación que debe satisfacerse siempre y cuando sea «posible» (así lo establece el art. 26.2 LPRL) con el único límite del abuso de derecho. A sensu contrario, ello implica que solo en caso de imposibilidad material (y no de mera conveniencia en términos de organización empresarial) será lícita la oposición empresarial al requerimiento de adaptación de la trabajadora para el ejercicio de la lactancia. El art. 5.1 de la Directiva 92/85 es lo suficientemente rotundo al respecto cuando establece: *El empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.* Desde el momento en que la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia forma parte de las obligaciones preventivas del empresario, la única actuación admisible es la de hacer «todo lo posible», para que el riesgo desaparezca, sin que sean relevantes consideraciones de mera conveniencia empresarial.

A efectos de asegurar que la adaptación es el primer paso, debiera acometerse la reforma

del art. 26 LPRL que se refiere a ella de modo excesivamente general. Al efecto, debiera hacerse expresa referencia a que la adaptación consistirá no solo en no realización de trabajo nocturno o a turnos, sino también cambio de turno o adaptación de horario. Debiera asimismo establecerse expresamente en el art. 26 LPRL la necesidad de que cuando no se pueda adaptar lo justifique adecuadamente el empresario. Convendría asimismo que se diera audiencia previa a los representantes de los trabajadores para pasar a la fase de cambio de puesto de trabajo. Asimismo, debiera garantizarse en el mismo precepto la retribución original completa, incluyendo todos los complementos percibidos en el puesto original, particularmente los vinculados al puesto de trabajo³². También debieran configurarse con mayor detalle las reglas aplicables en caso de que no procediera la adaptación del puesto y tuviera que aplicarse el cambio de puesto. Debieran establecerse las condiciones en que podría producirse un eventual cambio de puesto que no tuviera carácter horizontal (por ejemplo, por ser de nivel superior), requiriéndose en tal caso aprobación de la trabajadora, y debiendo garantizarse los derechos vinculados a la cualificación profesional y a las expectativas profesionales de la misma.

Una cuestión de particular interés, que debiera también ser acometida por el art. 26 LPRL, es el que guarda relación con el derecho a la adaptación y al cambio de puesto durante todo el tiempo que durara la lactancia, y no solo durante los primeros nueve meses de edad del hijo. Por razones de naturaleza presupuestaria puede tener sentido que el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia esté sometida a un tiempo máximo, pero carece de sentido que desaparezca la obligación de adaptación o de cambio de puesto cuando el hijo cumple nueve meses si la voluntad de

la trabajadora es continuar con la lactancia. Debiera reformarse el art. 26 LPRL a efectos de eliminar el límite temporal máximo en el ámbito de la adaptación y cambio de puesto.

Hay otro aspecto, que también debiera acometerse por la normativa preventiva española a efectos de asegurar el ejercicio de la lactancia. Dado que el llamado permiso de lactancia del art. 37.4 E no es un permiso para asegurar el derecho efectivo a la lactancia sino que tiene actualmente la naturaleza de permiso parental, no existe en el ordenamiento español ninguna previsión que asegure que la trabajadora dispone, durante la jornada de trabajo, del tiempo y las facilidades imprescindibles para ejercitar la lactancia o la extracción. En este aspecto la norma española incumple actualmente lo establecido en el convenio 103 OIT (1952) sobre protección de la maternidad que expresamente establece que las trabajadoras que ejerciten el derecho a la lactancia deben tener pausas retribuidas durante uno o varios periodos de tiempo al día. El convenio 103 ha sido ratificado por España y por ello nuestro país está obligado a aplicarlo. España no ha ratificado, sin embargo, el convenio 183 OIT (2000) sobre maternidad, que también establece el derecho a las trabajadoras a pausas para lactancia durante la jornada de trabajo³³. Por cierto, ni el convenio 103 OIT ni el convenio 183 OIT establecen una duración máxima para este derecho, por lo que, aun obviando la naturaleza de permiso parental del llamado permiso de lactancia español del art. 37.4 ET, éste difícilmente sirve para cumplir la obligación establecida en el convenio 103 OIT cuando queda limitado a la edad de nueve meses del hijo. Tampoco sigue la norma española la sugerencia de la Recomendación 95 OIT (1952), reiterada en la recomendación 191 OIT (2000), acerca de la existencia de instalaciones que faciliten la lactancia. Todo ello

³² De este modo se trasladaría a la LPRL la interpretación ya otorgada por el TS, que garantiza todas las percepciones del puesto original, incluyendo las correspondientes a guardias que no pueden realizarse por razón del embarazo. Al respecto, STS 24 de enero de 2017, (rec. 1902/2015).

³³ El convenio 183 OIT establece que la duración total de las pausas para la lactancia durante la jornada deben ser de, al menos, hora y media. El convenio 103, ratificado por España, establece con carácter general el derecho a pausas para la lactancia sin establecer ninguna referencia diaria.

debiera ser objeto de atención en el art. 26 LPRL, formando parte de las obligaciones preventivas relacionadas con el ejercicio de la lactancia que corresponden al empresario.

Las sentencias dictadas en los asuntos Otero Ramos y González Castro han servido para mostrar la forma defectuosa en que, con carácter general, se han llevado a cabo en España las evaluaciones de riesgo en relación con el embarazo y la lactancia. Procedería, por tanto, que la normativa de prevención se reformara a efectos de que se promoviera la evaluación correcta, lo que implicaría acometer reformas también en preceptos diferentes del propio art. 26 LPRL. Al efecto, convendría que se reforzara la obligación de adaptación del trabajo a la persona con una expresa referencia en el apartado general de la LPRL, por ejemplo en el art. 15.1.d LPRL. De modo correlativo, en el art. 26 LPRL debiera constar expresamente que las evaluaciones de riesgos deberían incorporar la situación de riesgo para el embarazo y para la lactancia teniendo en cuenta no solo la exposición a agentes, sino también los riesgos psicosociales y la repercusión de la organización del tiempo de trabajo. Asimismo, el art. 16.1 LPRL, referido a la planificación de la actividad preventiva mediante la evaluación de riesgos, debería contemplar expresamente la necesidad de que se tenga en cuenta la posibilidad de que todos los puestos puedan ser ocupados por mujeres en situación de embarazo y lactancia. Además, debe establecerse expresamente la obligación de adaptación específica, no solo a las circunstancias que pueden concurrir en una situación ordinaria de embarazo o lactancia, sino también en atención a la situación particular de cada embarazo o lactancia teniendo en cuenta la situación personal y familiar de cada trabajadora (por ejemplo, por responsabilidades familiares, por pluriempleo, por condiciones médicas especiales...) a efectos de que las medidas de adaptación o cambio de puesto de trabajo sean adecuadas. La consideración de las circunstancias específicas concurrentes en cada caso obliga a una actualización de la evaluación genérica, y forma parte del contenido ordinario

de la obligación preventiva. La necesidad de que se tengan en cuenta en la evaluación las circunstancias específicas de la trabajadora afectada ha sido expresamente referida en las sentencias dictadas en los asuntos Otero Ramos y González Castro.

También debería la normativa española asegurar que el ejercicio efectivo de la lactancia se produce, sin que resulte perjudicada la trabajadora por la eventualidad de que tenga que llevar a cabo una reclamación judicial. Cabe, al efecto, con carácter general, la solicitud de medidas cautelares en el proceso laboral, conforme a lo establecido en el art. 79 LRJS, pero resultaría conveniente que, de igual modo que existe una previsión específica de medida cautelar fundamentalmente suspensiva para el caso de que se solicite la rescisión contractual por la vía del art. 50 ET (art. 79.7 LRJS) también podría existir una previsión similar para los supuestos de adaptación preventiva relacionada con el riesgo para el embarazo y la lactancia.

Finalmente, la norma española también debería garantizar que los incumplimientos empresariales en la materia preventiva relacionados con el embarazo y la lactancia dan lugar a reparaciones adecuadas y suficientemente disuasorias. Los casos que han dado lugar a las sentencias del TJUE dictadas en los asuntos Otero Ramos y González Castro han desembocado en sendas sentencias del TSJ de Galicia (supra) en las que se les reconocía a las trabajadoras demandantes la cuantía correspondiente a la prestación de riesgo durante la lactancia que previamente se les había denegado. No consta en dichas sentencias reconocimiento de indemnización adicional por daños morales probablemente porque no fue solicitada. Entiendo que el abono de lo no percibido pese a que se tenía derecho a ello, tiene un efecto reparador de naturaleza puramente patrimonial: es posible que la trabajadora haya tenido que solicitar una excedencia para llevar a cabo la lactancia y la cuantía reconocida cumpliría una finalidad compensadora de la pérdida retributiva. Pero, además de ello,

no puede obviarse el daño moral que se puede haber ocasionado como consecuencia de la imposibilidad de ejercitar un derecho, que conecta directamente con el derecho a la no discriminación y que desencadena consecuencias de frustración más allá de las que van implícitas a la presentación de cualquier reclamación judicial. Si la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones preventivas en materia de riesgo para la lactancia hubiera producido el efecto de que la trabajadora hubiera tenido que renunciar al ejercicio de la lactancia resulta más evidente la existencia de daños morales, cuya compensación requiere cuantías mayores que las del abono de la prestación por riesgo. Debe atenderse, de un lado, a que en este caso estamos ante una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, tal y como ha establecido el TJUE en los asuntos Otero Ramos y González Castro, por lo que debe garantizarse la reparación completa del daño (art. 18 Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), lo que incluye daños morales (art. 183 LRJS), tal y como ha reconocido el TJUE con carácter general³⁴. Debe señalarse, asimismo, que el elemento disuasorio debe ser tenido en cuenta en la fijación de las indemnizaciones (art 18 Directiva 2006/54 y art. 183 LRJS).

2.2. La protección preventiva frente al despido de la trabajadora embarazada

La sentencia dictada por el TJUE en el asunto Porras Guisado es de formulación intrincada y de interpretación complicada. La primera sensación que se tiene al leer el fallo es que el TJUE declara, mediante su sentencia, la acomodación del ordenamiento a la

normativa comunitaria, pero en la segunda lectura (y sobre todo en la tercera) la conclusión es la contraria. Lo que no queda claro del todo es donde concretamente está la deficiencia del ordenamiento español, y cuáles serían las medidas adecuadas para corregirla y poder conseguir la acomodación a la Directiva 92/85. Tal vez estábamos esperando demasiado del TJUE que, en esta ocasión, ha decidido marcar claramente las distancias con relación al marco de competencias del legislador español. Por ello, probablemente, se indica en el fallo que la Directiva 92/85 no obliga a que los Estados tomen medidas concretas como el establecimiento de prioridades o beneficios específicos. También se indica en el fallo de Porras Guisado que «puede» ser suficiente como causa del despido individual la causa del despido colectivo (aunque con algunos importantes matices que enseguida se exponen). El único incumplimiento expreso de la normativa de prevención en el ámbito del despido de embarazada (la calificación de nulidad del despido) no es propiamente un incumplimiento, sino una regulación «insuficiente», lo que tiene como punto positivo que ha obligado a la doctrina a realizar un análisis global del ordenamiento en búsqueda de soluciones efectivas. Como aspecto negativo, la sentencia ha situado a quien pretende interpretarla en una situación parecida a quien está obligado a resolver varios enigmas.

Las deficiencias detectadas en el ordenamiento español por la STJUE en Porras Guisado son las siguientes: de un lado, en el apartado tercero del fallo, declara la sentencia que la norma española incumple la Directiva 92/85 porque *no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal*. Ello significa que la protección frente al despido de embarazada que el ordenamiento español establece no es adecuada porque no se enmarca adecuadamente en la política preventiva. Y, al respecto, no es suficiente para considerar que la

³⁴ Así lo ha establecido el TJUE, por ejemplo, en la STJUE de 17 de marzo de 2016, asunto Liffers, C-99/15, en el que se estableció que los daños morales son parte de la indemnización necesaria para asegurar la reparación completa de los daños.

protección sea efectiva el establecimiento de la consecuencia de nulidad para el despido sin causa de embarazada. Es necesario algo más (primer enigma); de otro lado, en el apartado segundo del fallo de la sentencia dictada en el asunto Porras Guisado el TJUE indica que es lícito el despido de una trabajadora sin que se le comunique como motivo más causa que la que previamente haya servido para justificar el despido colectivo, pero ello no significa que aquí concluyan las obligaciones formales del empresario a la hora de hacer efectivo el despido individual de una embarazada insertado en la dinámica de un despido colectivo. Y ello porque el apartado segundo del fallo señala también que la causa del despido colectivo podrá justificar el despido individual *siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido*. Con esta formulación el TJUE no se pronuncia abiertamente acerca de si el ordenamiento español sobre procedimiento de despido individual en despido colectivo conforme a la interpretación dada por la doctrina del TS (que no requiere en la formalización del despido individual más que la causa general del despido colectivo) cumple o no con la Directiva 92/85 (segundo enigma).

El primer enigma: Cuando la STJUE dictada en Porras Guisado indica que el ordenamiento español incumple la Directiva 92/85 porque no refiere expresamente la prohibición del despido de embarazada la solución parece sencilla. Basta con que una norma (preferentemente la LPRL para reforzar su carácter preventivo) refiera expresamente que el despido de embarazada sin causa está prohibido. Por lo demás, dado que la Directiva 92/85 se refiere también a madres recientes y a mujeres en situación de lactancia, convendría que dicha prohibición se refiriera también a estas trabajadoras. La prohibición de despido debería hacerse con expresa referencia a que no impediría el despido por causa excepcional no inherente a su estado (así se establece en el art. 10 de la Directiva 92/85). Podría pensarse que esta modificación normativa sería me-

ramente testimonial, pero no es del todo así: cuando se prohíbe el despido sin causa de embarazada se refuerza la idea de que la razón de la protección es la salud de la trabajadora y del feto, que puede quedar amenazada por el hecho de la extinción de su contrato. La prohibición recuerda que, cuando se despide a una trabajadora embarazada no se plantea una cuestión de simple estabilidad en el empleo (que es el valor de referencia tenido en cuenta por el ordenamiento español cuando requiere causa para cualquier extinción que se lleve a cabo): la razón de que el despido de una trabajadora embarazada esté prohibido porque el hecho de la extinción puede ser perjudicial para el embarazo³⁵. Por lo tanto, la prohibición del despido de embarazada es un equivalente a la prohibición de «exposición» a riesgos laborales.

Hay otra corrección en materia preventiva a la que obliga el tercer apartado del fallo de la sentencia dictada en el asunto Porras Guisado, cuando indica que no es suficiente la calificación de nulidad del despido sin causa para garantizar una prevención efectiva frente al despido sin causa de trabajadora embarazada. Existe un incumplimiento por parte del ordenamiento español en esta materia porque el apartado tercero del fallo dice expresamente que el artículo 10 de la Directiva 92/85 se opone a un ordenamiento como el español en esta materia. Lo que se plantea en este momento es exactamente lo que debe corregirse para que la protección sea efectiva. Por ejemplo, se ha señalado que la indemnización por daños, particularmente morales, podría ser un instrumento adecuado para reforzar la efectividad³⁶. Pero la indemnización por daños no deja de ser una medida a posteriori, y desde esta perspectiva es una medida

³⁵ Además de en Porras Guisado, así lo ha establecido el TJUE en otras sentencias, como por ejemplo en la STJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto Danosa, C-232/09.

³⁶ OLMOS PARÉS, «La prohibición de despido de la trabajadora embarazada» en WAA, (Dir. MIRANDA BOTO), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ed. Madrid, 2018, pág. 127.

de la misma naturaleza que la consecuencia de nulidad atribuida al despido sin causa de la embarazada. Debe señalarse también que la posibilidad de indemnización por daños añadida a la obligación de readmisión en que consiste la actual consecuencia atribuida al despido nulo en nuestro país es perfectamente aplicable. De hecho, como se sabe, la indemnización por daños en caso de vulneración de derechos fundamentales (como es el caso del despido por razón de embarazo, que es un despido discriminatorio por razón de sexo – por todas, sentencias dictadas en los asuntos Otero Ramos–), está formulada en la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social con carácter bastante expansivo³⁷. Habría que buscar, pues, otros espacios en los que hallar deficiencias y posibilidades de mejora de la efectividad de la protección contra el despido de la trabajadora embarazada³⁸. Lamentablemente, es posible encontrar muchos ejemplos de estas deficiencias.

Un primer ejemplo guarda relación con el sistema de impugnación contra el despido colectivo. Como se sabe, tanto el art. 41 como el 82.3 ET establecen que el acuerdo al que se llegara entre y empresa y representantes en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de inaplicación de convenios colectivos estatutarios no podrá ser impugnado más que por dolo, coacción, fraude o abuso de derecho. Nada se establece respecto a la eventual impugnación por discriminación. El efecto que ha producido esta normativa, que procede de la reforma del mercado de

trabajo operada por la ley 3/2012, es que los tribunales no entren en el fondo de reclamaciones por discriminación cuando éstas se encontraran en los acuerdos a los que se refieren los art. 41 o 82.3 ET³⁹. Un problema de mayor alcance se genera porque recientemente el Tribunal Supremo ha establecido que, aunque no se establezca expresamente en el art. 51 ET, en el caso de que se llegue a acuerdo con los representantes de los trabajadores en un procedimiento de despido colectivo, tampoco podrá impugnarse el mismo en un posterior proceso⁴⁰. Resulta claro que esta doctrina choca inmediatamente con la protección reforzada contra el despido sin causa que merecen, no solo las trabajadoras embarazadas, sino cualquier sujeto que considere vulnerados sus derechos fundamentales. Y ello porque, conforme a la doctrina descrita del Tribunal Supremo, si el acuerdo al que se llegara en el periodo de consultas de un despido colectivo contuviera alguna discriminación (por ejemplo, en la determinación de las secciones a amortizar, o en los criterios para la selección de los trabajadores/as a despedir) aparentemente no podría ser impugnado. Algo parecido sucede a partir de lo establecidos en el art. 124.13, letra b, regla 2ª LRJS cuando señala que la sentencia firme sobre despido colectivo o el acuerdo de conciliación *tendrán eficacia de cosa juzgada, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada en el proceso colectivo*. Ello no impediría que se plantearan demandas individuales por cuestiones diferentes, porque si no fuera así se iría en contra del derecho a la tutela judicial efectiva⁴¹. Pero debe admitirse que entre una formulación normativa no demasiado afortunada y una doctrina judicial que no ha previsto sus repercusiones en materia de derechos fundamentales, la situación

³⁷ Baste la formulación del art. 183 LRJS que establece lo siguiente para los procesos de tutela de derechos fundamentales: *Indemnizaciones. 1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización ...*

³⁸ Hay, sin embargo, quien considera que el TJUE en la sentencia Porras Guisado no tuvo en cuenta todos los elementos preventivos que rigen en el ordenamiento español para el caso de despido de embarazada, y que al incluir junto a la readmisión obligatoria la posibilidad de indemnización por daños, ya cumplirían, a su juicio, la finalidad preventiva. Al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, <http://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/>

³⁹ Así sucedió, por ejemplo, en la STS de 25 de mayo de 2015, (rec. 307/2013).

⁴⁰ STS 2 de julio de 2018, (rec. 1619/2017).

⁴¹ AGUSTI MARAGALL, «La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET», *Ius Labor*, 1, 2014, pág. 12 ss.

puede resultar peligros. Podría ocurrir que la impugnación colectiva del despido colectivo hubiera versado sobre la causa del mismo o incluso sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados pero sin que se planteara la perspectiva de la discriminación (por razón de sexo, por embarazo o por cualquier otra causa). ¿Significa ello que no tendrían capacidad para impugnar individualmente los sujetos que consideraran que el despido colectivo vulnera su derecho a la no discriminación (o a cualquier otro derecho fundamental)? Entiendo que no, pero dado que la doctrina judicial se encuentra en un espacio particularmente complejo, procedería que la norma española hubiera establecido como excepción al blindaje impugnatorio contra el despido colectivo la eventual vulneración del derecho a la no discriminación o de cualquier otro derecho fundamental. O procedería, al menos, que este blindaje se aplicara de modo decidido y rotundo por los tribunales españoles.

Un segundo ejemplo es la escasa protección contra el despido sin causa que proporciona el ordenamiento español si la extinción de la embarazada sucede durante el periodo de prueba. Conforme a la doctrina judicial actual (STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013, seguida también por el TS), la extinción contractual que sufriera una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba no está incluida en la protección automática de la calificación del despido nulo y, por ello, no procede en el caso de existencia del embarazo independientemente del conocimiento que del embarazo tuviera (o alegara) el empresario. Ello implica, en la práctica, que la alegación de falta de conocimiento del embarazo por parte del empresario le legitime para extinguir durante el periodo de prueba sin que tenga que alegar causa alguna (porque ninguna debe alegarse cuando se extingue el periodo de prueba). Esta doctrina judicial no implica una protección efectiva frente al despido sin causa de la trabajadora embarazada (aunque en puridad de términos no estemos ante un despido sino ante una extinción). Y ello porque la razón de la protección contra el despido de

embarazada que se establece en el art.10 de la Directiva 92/85 no es tanto la estabilidad en el empleo como la protección frente al daño en la salud de la trabajadora que supone el hecho de la pérdida del empleo. Procedería, pues, una reforma normativa a efectos de garantizar que se aplica la calificación de nulidad a la rescisión durante el periodo de prueba en el caso de rescisión realizada en la persona de una trabajadora embarazada.

Un tercer ejemplo de deficiente protección frente al despido de embarazada es el sistema aplicable conforme a nuestro ordenamiento en el caso de que llegue a término un contrato temporal mientras se está desarrollando el proceso judicial por despido. En tal caso, dado que, conforme al TS, no puede producirse la readmisión, aunque se declare nulo el despido por carecer de causa y afectar a una trabajadora embarazada, la consecuencia no puede ser la readmisión. Curiosamente, esta doctrina judicial considera que tampoco procede la indemnización por despido improcedente (porque no es el caso), y tampoco una indemnización adicional por daños. Lo único que se reconoce a la trabajadora víctima de un despido discriminatorio, estando embarazada, es el derecho a cobrar los salarios correspondientes al tiempo transcurrido entre la extinción de su contrato y el momento en que debía haberse producido la extinción por llegada del término establecido⁴². Resulta evidente que esta fórmula es claramente deficiente desde el punto de vista compensatorio, reparador y disuasorio. Procedería también en este caso una alteración de la norma o, al menos de la doctrina judicial, que asegurara que se producen consecuencias adecuadas frente al despido sin causa de embarazada. Por cierto, la misma alteración normativa y jurisprudencial debiera aplicarse cuando se alega despido en contrato temporal por vulneración de cualquier derecho fundamental.

Es bastante evidente, a partir de lo expuesto, que nuestro ordenamiento, al no pre-

⁴² STS de 28 de abril de 2010, (rec. 1113/2009).

ver expresamente que debe aplicarse una protección efectiva frente al despido sin causa de embarazada o, en general, de sujetos protegidos por el principio de no discriminación está contraviniendo lo establecido en la Directiva 92/85 (para las trabajadoras incluidas en su ámbito) así como en las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54 (para el resto de causas de discriminación prohibidas). Por tanto, la corrección de estas normas y doctrinas y, en general, la transversalización real de la protección antidiscriminatoria (en todo tipo de normas e instituciones y no solo en las normas antidiscriminatorias específicas) resulta fundamental para asegurar la protección efectiva frente al despido que requiere el art. 10 de la Directiva 92/85 y a la que nos insta el TJUE en el asunto *Porras Guisado*.

Pero la obligación de protección efectiva que establece la sentencia dictada en *Porras Guisado* obliga a algo más que corregir las deficiencias descritas. Prevenir significa anticipar, significa hacer todo lo posible, no meramente lo empresarialmente razonable, por evitar la exposición al riesgo (el despido) o por hacer que sus efectos sean lo más reducidos posibles. Este es el sentido que tiene la norma preventiva. Por ello la respuesta a *Porras Guisado* (lo que se esperaba del empresario) era si había adoptado las medidas necesarias para prevenir el despido⁴³. Ciertamente, si la norma estableciera una prioridad de permanencia⁴⁴ o de recolocación estaría colaborando a la prevención (aunque la sentencia dictada en el asunto *Porras Guisado* señala que ello no implica que los Estados miembros deban obligatoriamente establecer estas medidas). Lo que debe hacer el ordenamiento es asegurarse, con estas o con cualquier otra medida, de que el empresario hace todo lo posible para que el despido de la trabajadora embarazada no se produzca, y ello no para garantizar su estabi-

lidad en el empleo, sino para evitar riesgos en el embarazo o en el feto. No cabe otra interpretación de la efectiva protección frente al despido sin causa de la trabajadora embarazada en clave preventiva que establece el TJUE en el asunto *Porras Guisado*. Ello debiera llevar a que nuestro ordenamiento estableciera mecanismos específicos que concretaran esta obligación de «hacer todo lo posible» (por ejemplo, por medio de obligaciones de preferencia y recolocación) y también debiera conducir a que específicamente la norma lo configurara como contenido de la obligación preventiva, trasladando expresamente a nuestro ordenamiento la establecido en el asunto *Porras Guisado*.

El segundo enigma: La verdadera razón por la que se planteó la cuestión prejudicial en el asunto *Porras Guisado* fue la desprotección frente al despido sin causa de la trabajadora embarazada que generaba la doctrina del TS sobre el contenido de la carta individual de despido inserto en un proceso de despido colectivo al no prever sus eventuales repercusiones en ésta y en otras materias relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales. Efectivamente, en su sentencia de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014 ratificada posteriormente por otras muchas sentencias⁴⁵, el TS estableció que no es necesario que la carta de despido establezca la concreta causa de selección de una determinada persona afectada por un despido colectivo. Conforme a esta doctrina basta al respecto que conste como causa del despido individual la misma causa del despido colectivo. Según el TS esta interpretación se justificaría por la literalidad del art. 53.1 ET, que solo menciona la necesidad de que se expresa la «causa» del despido individual y también por la escasa funcionalidad que tendría la necesidad de reiterar algo que ya es (alega) sobradamente conocido. Olvidaba el Tribunal Supremo con esta interpretación que la causa «individual» del despido a la que hace referencia el art. 53.1 ET no puede entenderse sino

⁴³ Así lo expone ROJO TORRECILLA, <http://www.eduardoro-jotorrecilla.es/2018/02/sobre-la-proteccion-de-la-trabajadora.html>

⁴⁴ Como propone OLMOS PARÉS, «La prohibición...», *op. cit.* pág. 128.

⁴⁵ Por todas, SSTs de 21 de diciembre de 2016, (rec. 3181/2015 y 3508/2015); de 12 de septiembre de 2018 (rec. 3683/2015) o de 4 de abril de 2018, (rec. 1354/2016).

como adaptación de aquella causa general del despido colectivo a la persona del trabajador/a específicamente despedido⁴⁶. La STS de 15 de marzo de 2016 tenía un voto particular en el que se advertía acerca del retroceso que esta doctrina suponía en las facultades de control judicial del despido individual posterior al despido colectivo hasta el punto de entrar en posible conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. El problema adicional es que, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva es el de la trabajadora embarazada (como en el asunto Porrás Guisado), al desconocer ésta las causas concretas por las que había sido seleccionada para el despido, la doctrina judicial del TS entra en contravención respecto al derecho a la protección efectiva contra el despido sin causa establecido en el art. 10 de la Directiva 92/85. Aparentemente, el fallo del TJUE en Porrás Guisado es un poco tibio en este tema porque no establece rotundamente el incumplimiento de la normativa española de la Directiva 92/85 (como hacía con relación al incumplimiento español en materia de cumplimiento general de la normativa de prevención). Lo que parece es que el TJUE no quiere pronunciarse acerca del alcance de una doctrina judicial interna, sino que devuelve la pelota al tejado del propio poder judicial y le advierte de lo que se debe tener en cuenta para que una carta individual de despido sea conforme a la Directiva 92/85 para que el juez interno lo determine: la carta solo será válida cuando *se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido*. La conclusión es fácil: conforme a la doctrina del TJUE en Porrás Guisado la trabajadora embarazada debe saber las causas concretas de la selección, y no solo los que han

llevado a su despido, sino las que *se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido*.

Con posterioridad a la STJUE dictada en el asunto Porrás Guisado el Tribunal Supremo se tuvo que pronunciar de nuevo sobre el tema del contenido de la carta de despido individual inserta en despido colectivo en el que resultaba afectada una trabajadora embarazada. Fue en su sentencia de 20 de julio de 2018, rec. 2708/16. En este pronunciamiento el TS estableció que la STS de 15 de marzo de 2016 (sobre el contenido de la carta de despido individual tras despido colectivo) no había derogado la doctrina previa del TS en la que se había establecido que, los sujetos protegidos por la nulidad automática del despido vinculado a la maternidad y al cuidado (art. 55.5 ET), debían conocer las causas de su selección en los procedimientos de despido colectivo. Así lo estableció la STS de 14 de enero de 2015, rec. 104/2014, siguiendo los criterios de la STC 92/2008, de 21 de julio, sobre protección de derechos fundamentales concretamente en caso de discriminación por razón de sexo y despido nulo. Esta sentencia en parte clarifica y en parte desconcierta, porque establece la obligación de que consten los criterios de selección de la persona afectada por un despido colectivo en caso de que esté protegida por la nulidad automática, pero no establece que ello derogue la doctrina sobre el contenido de la carta de despido establecida en la STS de 15 de marzo de 2016. Pese a la desvinculación que se pretende entre ambos supuestos la sentencia de 20 de julio de 2018 da algunas interesantes pautas para la reinterpretación de la STS de 15 de marzo de 2016. Todo ello suscita algunas reflexiones:

En primer lugar, la STS de 20 de julio de 2018 presupone que hay dos mundos perfectamente diferenciables en los que caben diferentes soluciones en materia de contenido (o mejor, conocimiento de causa/criterios, como enseguida se verá) de la carta de despido individual tras despido colectivo: el primer mundo, el de los derechos vinculados a la mater-

⁴⁶ Esta interpretación fue objeto de crítica por parte de la doctrina. Por todos, QUINTERO LIMA, «El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco del procedimiento de despido colectivo: una cuestión aun litigiosa», *Revista de Información Laboral*, 5, 2016; o MORALES VÁLEZ, «Sobre el contenido de la carta de extinción individual comunicada a los trabajadores afectados por el despido colectivo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 400, 2016.

nidad y al cuidado, protegidos por la nulidad automática del despido sin causa (art. 55.5 ET) requieren que se especifique la causa de selección a efectos de que opere la protección dispensada en nuestro ordenamiento al principio de no discriminación (doctrina de la STS de 14 de enero de 2015); el segundo mundo, el «normal», no requiere que se especifique la causa específica de la selección, bastando al respecto con la causa general del despido colectivo (doctrina de la STS de 15 de marzo de 2016). Lamentablemente, sin embargo, estos dos mundos no están separados, como se pretende. En principio, además de la nulidad automática vinculada a la maternidad y al cuidado, en el ordenamiento español procede también la nulidad del despido cuando concurre discriminación (por razón de sexo y por las otras causas de discriminación prohibidas) y también vulneración de derechos fundamentales. En estos casos también debieran los sujetos protegidos por el principio de no discriminación (cualquiera que fuera su causa) tener la oportunidad de conocer los criterios de selección que desencadenaron la amortización de su puesto. Y ello no resulta obligado en España tan solo porque el ordenamiento español configura la misma sanción de nulidad para los despidos discriminatorios por alguna de las causas prohibidas, sino también porque las Directivas 2000/43 (que prohíbe la discriminación por razón de etnia) y 2000/78 (que prohíbe la discriminación por razón de religión, convicciones, edad y orientación sexual). De hecho nuestro ordenamiento establece expresamente la sanción de nulidad para el despido sin causa que resultara discriminatorio o atentatorio a derechos fundamentales y libertades públicas⁴⁷. A partir de este esquema básico e ineludible, resulta evidente que, quien no conoce los criterios de selección que han conducido a la amortización de su plaza

no puede conocer si se han aplicado criterios discriminatorios. De este modo, igual que la mujer embarazada del asunto Porrás Guisado reclamó contra su despido por desconocer las causas concretas del mismo, también podría hacerlo, y reclamar la justificación empresarial de los criterios selectivos aplicados, quien considerara que en la selección ha sido discriminado por su religión, por sus convicciones, por su edad o por su orientación sexual. Lo mismo podría decirse en el caso de que se alegara discriminación por razones sindicales o por vulneración de la garantía de indemnidad. En definitiva, la única manera de salvaguardar el principio de no discriminación y los derechos fundamentales mediante una protección efectiva frente al despido, es el conocimiento, por parte de todos los trabajadores, de los criterios de selección. El establecimiento de los dos mundos separados con soluciones diferentes, que propone la STS de 20 de julio de 2018 es solo una contención temporal: resulta evidente que cuando se planteen eventuales despidos individuales posteriores a despidos colectivos en los que se alegue discriminación o atentado a derechos fundamentales, y una vez presentados los correspondientes indicios, tendrá que hacerse extensivo el derecho al conocimiento de los criterios selectivos (por las mismas razones expuestas en la STS de 20 de julio de 2018 para el despido de la trabajadora embarazada), lo que debiera terminar con la derogación, siquiera implícita, de la doctrina de la STS de 15 de marzo de 2016. Es la única manera de salir del bucle jurídico que se ha generado.

En segundo lugar, la STS de 20 de julio de 2018 indica, en varias partes de su fundamentación jurídica, cual debe ser el contenido de aquellos criterios de selección que deben ser conocidos por la trabajadora embarazada que es objeto de despido individual posterior a despido colectivo (y que, conforme a lo expuesto más arriba debiera generalizarse). En el fundamento jurídico tercero de la STS de 20 de julio de 2018 el Tribunal hace suyos los argumentos esgrimidos en otras sentencias previas del propio TS y del TC y en concreto

⁴⁷ El art. 108.2 LRJS es lo suficientemente rotundo cuando establece lo siguiente: *2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

el siguiente: *En el supuesto ahora examinado es exigible que el empresario concrete los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido, no siendo suficiente una mera relación nominal, ya que entre los mismos se encuentra la actora...* Adviértase que la obligación del empresario no se limita a la concreción puntual de las causas concretas de la selección de la trabajadora embarazada, sino que se extiende a los criterios de selección de todos los trabajadores afectados. Resulta evidente que solo de este modo es posible conocer si ha existido una incorrecta aplicación de los mismos. En el mismo sentido se pronuncia la STJUE dictada en el asunto Porrás Guisado (aunque la STS de 20 de julio de 2018 considere que no resulta aplicable al asunto planteado) cuando en el apartado segundo del fallo establece que es posible el despido de la trabajadora embarazada sin comunicarle más causas que las que justifican el despido colectivo *siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido*. En definitiva, lo que debe ser objeto de conocimiento por la trabajadora embarazada (y por todos los trabajadores, conforme a la interpretación extensiva que se ha defendido más arriba) son los criterios de selección objetivos que se han utilizado para seleccionar a todos y cada uno de los trabajadores, sin que basten menciones generales. A lo que se está haciendo referencia es a un sistema de puntos, a una graduación o a un ranking, en el que consten las causas concretas y objetivas que determinan el orden que se ha seguido en la amortización.

En tercer lugar, la única manera de que las doctrinas del TS de 15 de marzo de 2016 y de 20 de julio de 2018 puedan convivir, como pretende ésta última, es, probablemente, partir de que se refieren a momentos diferentes (así lo refiere expresamente la STS de 20 de julio de 2018 en su fundamento cuarto). Efectivamente, la STS de 2018 indica lo que debe constar en todo despido colectivo a efectos de que se garantice el derecho a la no discriminación de la trabajadora embarazada (y de los

derechos fundamentales del resto de trabajadores, tal como se expone más arriba): al respecto, debe existir constancia de los criterios objetivos y concretos que se han aplicado para la selección de los puestos a amortizar (puntos, grados o ranking). Por supuesto, cuando se hace referencia a los criterios objetivos para establecer dicha graduación, se debe tener en cuenta que los mismos no deben implicar discriminación directa ni indirecta. Dicha aplicación de criterios concretos y objetivos no tienen que formar parte de la carta de despido de la trabajadora embarazada si ya constan en otro documento (por ejemplo, en el documento con el que terminan las consultas o en el documento empresarial de despido colectivo). Probablemente esa es la manera interpretar la STS de 15 de marzo de 2016, que se referiría al tema estrictamente formal del contenido de la carta de despido individual posterior al despido, y que por ello solo significaría que los criterios «concretos y objetivos» de selección de los trabajadores (todos) no necesariamente deben constar en la concreta carta de despido si ya constan, de modo suficientemente público, en algún otro documento o fase del procedimiento de despido colectivo. Ello, a la luz de la sentencia de 20 de julio de 2018, no puede interpretarse en el sentido de que el empresario quede eximido de exponer las causas concretas de la selección de los trabajadores (todos), y ello porque en el listado de afectados puede haber no solo trabajadoras embarazadas o personas protegidas por la nulidad automática del art. 55 ET, sino también porque pudieran existir personas respecto de las cuales pudiera quedar vulnerado alguno de sus derechos fundamentales.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que el principal defecto del ordenamiento español en materia de protección frente al despido sin causa de la trabajadora embarazada es, sencillamente, que cuando se legisla o se interpreta judicialmente la legislación, no se tienen en cuenta las repercusiones en derechos fundamentales. Ciertamente, en la sentencia dictada en el asunto Porrás Guisado el TJUE deja claro que lo que se plantea es una even-

tual contravención de la norma española a la Directiva 92/85, de maternidad, y que, por lo tanto, la cuestión no queda planteada respecto a una eventual vulneración al derecho a la no discriminación por razón de sexo. Esto es relevante a efectos estrictamente procesales y argumentales: es así como se ha planteado y es así como resuelve el TJUE. Pero ello no quiere decir que no quede afectado el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Como se ha visto que también quedan afectados otros derechos fundamentales con la doctrina de la STS de 15 de marzo de 2016.

Ante esta situación convendría una reforma normativa que clarificara definitivamente los términos más elementales de la cuestión y que expresamente estableciera la obligación de que los criterios de selección objetivos de todos los trabajadores deben existir y ser accesibles a todos ellos. Esta es la doctrina de la STS de 20 de julio de 2018 que debiera extenderse a todos los trabajadores, porque todos ellos están protegidos en nuestro ordenamiento contra la vulneración de sus derechos fundamentales. También debiera expresamente establecer la norma que el contenido concreto de la carta en despido individual debiera permitir el conocimiento de los mismos, ya expresamente, ya por remisión a un documento que debe ser fácilmente accesible y comprensible (sin que resulten válidas menciones generales y abstractas sin concreción). Lo expuesto debiera ser el suelo garantista mínimo, aplicable a todos los trabajadores.

Con relación a las trabajadoras embarazadas e incluidas en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85, la protección «preventiva» frente al despido sin causa tiene una mayor extensión, cuyo alcance ya se ha expuesto más arriba, y que obliga a que el empresario haga todo lo posible (y no solo lo empresarialmente razonable) para evitar el despido de la trabajadora embarazada. Ello obligaría a que el ordenamiento estableciera mecanismos específicos que concretaran esta obligación de «hacer todo lo posible» (por ejemplo, por medio de obligaciones de preferencia y recolocación)

y también debieran conducir a que específicamente la norma lo configurara como contenido de la obligación preventiva, trasladando a nuestro ordenamiento la establecido en el asunto *Porras Guisado*.

3. LA AMPLITUD DE LA PROTECCIÓN: LO QUE ES PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LO QUE ES CUIDADO

A partir del asunto *Roca Álvarez* queda claro que existe una vinculación entre responsabilidades de cuidado y discriminación por razón de sexo y que la expansión de la protección exclusiva o preferente de las mujeres, que existe en el ámbito de la maternidad (Directiva 92/85) no puede expandirse al ámbito de los cuidados porque, si se hace así, tiene efectos discriminatorios contra las propias mujeres por perpetuar roles de cuidado. Los permisos parentales y los beneficios para el cuidado deben ser estricta y totalmente indistintos. Además, conforme a lo establecido en el preámbulo del Acuerdo marco de la Directiva 2010/18 de permisos parentales, debe tenderse a una configuración de permisos parentales individuales e intransferibles⁴⁸.

⁴⁸ En el párrafo 16 del preámbulo se establece lo siguiente: *16. Considerando que el derecho al permiso parental conforme al presente Acuerdo es un derecho individual y en principio intransferible, y se permite que los Estados miembros lo hagan transferible. Dado que la experiencia muestra que, si se da carácter intransferible a este permiso, puede servir de incentivo positivo para que lo utilicen los padres, los interlocutores sociales acuerdan que se dé carácter intransferible a parte del permiso. Ni la Directiva 2010/18 ni la propuesta de Directiva de conciliación de responsabilidades establecen, sin embargo, el carácter intransferible de los permisos parentales, sino que se limitan a configurar que parte de los mismos deberá ser intransferible. La actualmente vigente Directiva 2010/18 establece en su cláusula 2.2 lo siguiente: 2. El permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Las modalidades de aplicación del período intransferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las dis-*

En definitiva, el objetivo de la corresponsabilidad debe estar presente en la configuración normativa de la conciliación por parte de los Estados miembros. Existen dos situaciones en nuestro país que, al menos teórica o nominalmente, pueden presentar aspectos de coincidencia tanto con el tema de los permisos parentales como con la protección de la maternidad. Son la situación de lactancia en relación con el llamado permiso de lactancia y la protección debida en caso de maternidad, que tiene establecidos criterios de delimitación tanto por encima como por debajo. En efecto, como se expone a continuación, la protección de la maternidad obliga a respetar determinados mínimos particularmente en materia de permiso de maternidad, al menos mientras formemos parte de la UE y resultemos obligados por lo establecido en la Directiva 92/85. Sin embargo, la interpretación del TJUE nos indica que no se deben extender estos criterios exclusivistas propias de la protección de la maternidad atribuyéndolas solo a las mujeres cuando se trata del cuidado de los hijos, porque ello perpetúa roles de cuidado. De todo ello se trata a continuación.

Algunas reflexiones sobre el llamado permiso de lactancia: Cuando la STJUE dictada en el asunto Roca Álvarez estableció que el llamado permiso de lactancia español era, en realidad, un permiso parental también estableció que la denominación otorgada por los Estados miembros no determina la naturaleza de las instituciones, sobre todo cuando éstas están vinculadas al principio de no discriminación. Dos años después de Roca Álvarez, la ley 3/2012 de reforma del mercado de trabajo, corrigió el ámbito subjetivo de este llamado permiso de lactancia del art. 37.4 ET (que no su nombre) y lo atribuyó indistintamente a mujeres y hombres. Fue una corrección de

emergencia que no fue aprovechada para una formulación adecuada a los presupuestos que se enunciaban en Roca Álvarez: de un lado, al mantenerse un solo permiso parental de lactancia por sujeto causante se configura un permiso que terminará previsiblemente siendo solicitado mayormente por las mujeres (como ha sucedido hasta ahora); de otro lado, la nueva formulación del derecho al mismo cuando hay dos beneficiarios parece requerir que ambos trabajen. Con buen criterio, algún Tribunal Superior de Justicia ha interpretado que, cuando el art. 37.4 ET establece que *solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen* no está configurando un requisito adicional (que ambos trabajen) sino tan solo una regla de no acumulación (que no podrá ser disfrutado por madre y padre por el mismo sujeto causante)⁴⁹. Esta interpretación es la más acorde con la estricta literalidad del precepto y también la más consecuente con el principio de no discriminación. Y ello porque si se condiciona el disfrute del permiso de lactancia a que ambos trabajen ello implicará que mayor número de mujeres que de hombres podrán acceder al mismo, porque las tasas de actividad, de desempleo y de rotación son mayores en las mujeres que en los hombres⁵⁰. El legislador de 2012 se limitó a trasponer aquella extraña (al menos en relación con lo conocido hasta ahora) doctrina del TJUE en Roca Álvarez para no ser objeto de sanción, pero no hizo demasiado por trasponer el sentido de aquella doctrina. Ello debiera haber supuesto, al menos, el cambio de nombre del actual permiso de lactancia, así como la configuración de una regulación facilitadora de la lactancia natural en los términos que más arriba se han expuesto. Manteniendo la denominación de permiso de lactancia se da la sensación de que la norma española facilita el ejercicio de la misma cuando efectivamente

posiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros. Por su parte, tampoco la propuesta de Directiva de conciliación presentada en abril de 2017, y que en enero de 2019 ha dado lugar a un acuerdo institucional en el seno de la Unión Europea para su desarrollo, establece la intransferibilidad total de los permisos parentales.

⁴⁹ STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2018, (rec. 7001/17).

⁵⁰ Con esta argumentación se presentó una cuestión prejudicial ante el TJUE alegando posible discriminación indirecta por razón de sexo que fue inadmitida por falta de información sobre afectación femenina por medio de Auto del TJUE de 21 de marzo de 2018, C-252/7, asunto Vadillo González.

no es así. De otro lado, este permiso parental llamado de lactancia debiera configurarse como permiso parental verdaderamente individual e intransferible, lo que requeriría que existieran tantos permisos como sujetos beneficiarios, y no tan solo uno por sujeto causante dado que de este modo terminará siendo asumido por la mujer⁵¹. Si no se quisiera duplicar el permiso, el legislador dispone de otras posibilidades, como por ejemplo la ampliación de su duración cuando es solicitado por el padre. En definitiva, siguiendo las pautas establecidas en la sentencia dictada en el asunto Roca Álvarez, el ordenamiento español disponía de varias posibilidades para configurar un marco corresponsabilizador, pero optó por no hacerlo.

Los mecanismos válidos e inválidos para proteger la maternidad: El hecho de que el permiso de maternidad en España sea un derecho de titularidad femenina no es una opción del legislador español sino una obligación derivada de la Directiva 92/85. Esta Directiva no establece un tipo de permiso parental cuando configura el permiso de maternidad, sino que establece un permiso vinculado a la protección de la trabajadora por la situación de riesgo que se genera ante una situación concreta como es el parto. La Directiva 92/85 es una Directiva de prevención y los criterios que establece su art. 8 con relación al permiso de maternidad son claros: la trabajadora (mujer) en situación de embarazo o parto reciente⁵² tiene derecho a un permiso retribuido por un tiempo mínimo de catorce semanas. Este permiso puede distribuirse libremente por la trabajadora, antes y/o después del parto. También la trabajadora puede renunciar al mismo, pero hay un tramo de dos semanas que es obligatorio y por tanto la trabajadora

no puede renunciar a él. Es fácil advertir que esta fórmula es un mecanismo sumamente elemental de garantía, cuyo objetivo es garantizar un derecho mínimo (catorce semanas), que es renunciable en su gran mayoría, puesto que solo dos semanas son de disfrute obligatorio. En el convenio 103 de la OIT de maternidad (ratificado por España) la duración del permiso mínimo de maternidad es de 12 semanas, y la duración del tramo obligatorio, que debe ser post parto, es de 6 semanas. En el convenio 183 de maternidad de la OIT (no ratificado por España) la duración del permiso mínimo de maternidad es de 14 semanas y la duración del tramo obligatorio post parto es de 6 semanas. La norma española mejora estos mínimos (levemente) y establece que la duración del permiso de maternidad es de 16 semanas. Configura el tramo irrenunciable y obligatorio en seis semanas post parto y, en caso de renuncia de la trabajadora al resto del permiso de maternidad que le corresponde (diez semanas), permite su transferencia al padre.

Hay dilemas de enorme trascendencia en materia de permiso de maternidad que es necesario abordar: de un lado, el permiso de maternidad es una garantía mínima que pretende evitar las presiones para vueltas anticipadas al trabajo por parte de las madres recientes. De otro lado, al ser un permiso de disfrute exclusivo materno puede plantear los mismos efectos de perpetuación de roles de cuidado que tienen los permisos parentales de disfrute exclusivamente femenino. La solución a ambas situaciones parece ir en direcciones opuestas: De un lado, como garantía mínima la duración del permiso de maternidad debe moverse en parámetros razonables. En este contexto, la duración establecida por los convenios de la OIT, la Directiva 92/85 y la normativa española entre 12 y 16 semanas parece razonable (aunque es un dilema abierto, dado que la recuperación física media conforme a la mayoría de los estudios médicos es de 6 semanas). De otro lado, a efectos de evitar la perpetuación de roles deben establecerse mecanismos que fomenten que este permiso

⁵¹ Lo mismo debiera hacerse con otros permisos que, como el llamado permiso de lactancia, solo admiten un beneficiario por sujeto causante, como el permiso por hospitalización del neonato (art. 37.5 ET).

⁵² El art. 8 de la Directiva 92/85 hace referencia a las situaciones del art. 2 de la Directiva 92/85, que son embarazo, parto reciente y lactancia, aunque esta tercera no es relevante en el caso del permiso de maternidad puesto que ya está incluida en el supuesto de parto reciente.

de maternidad tenga su equivalente para los hombres. El permiso de paternidad sería esta figura. En las propuestas para la reforma de la Directiva 92/85 que se produjeron desde 2008 hasta 2015 se planteó la posibilidad de que el permiso de paternidad se integrara en la nueva Directiva de maternidad como mecanismo complementario y compensatorio del permiso de maternidad. Si esta formulación hubiera prosperado se hubiera integrado en la Directiva de maternidad el objetivo de la corresponsabilidad y se hubiera reforzado la vertiente antidiscriminatoria de la protección de la maternidad. Sucede, sin embargo, que esta propuesta no prosperó y en 2015 se abandonaron los intentos por reformar la Directiva 92/85 de maternidad. Este debate no alcanzó a la OIT, en cuyo seno se aprobó en 2000 un nuevo Convenio de maternidad, el 183, en el que se ampliaba la duración del permiso mínimo (de doce a catorce semanas), sin que se planteara la inclusión de mecanismos de compensación para la corresponsabilidad similares al permiso de paternidad. De hecho, en la Recomendación 191 de la OIT de 2000, que se emitió de modo complementario al Convenio 183, se aconsejaba a los Estados que establecieran permisos de maternidad de, al menos, 18 semanas. De este modo, mientras en el ámbito de la UE el avance en materia de maternidad se estaba planteando en términos de corresponsabilidad (al menos mientras duraron las propuestas de reforma de la Directiva de maternidad) en el ámbito de la OIT el avance se planteaba en términos de incremento de duración del permiso de maternidad (y también de incremento de otras garantías de disfrute exclusivo femenino). Puede tener cierta explicación esta diferencia: las garantías mínimas (OIT) deben reforzarse porque existen países en el mundo en que el gran problema es la renuncia forzada. La corresponsabilidad a la que se aspiraba con la reforma de la Directiva de maternidad es, probablemente, una preocupación solo de los países del primer mundo. En todo caso, en el ámbito de la UE el avance en el sentido descrito (paternidad incluido en la Directiva de maternidad) nunca prosperó: el permiso de paternidad actualmente forma

parte de la propuesta de Directiva de 26 de abril de 2017 para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se derogaría la Directiva 2010/18⁵³. Las instituciones comunitarias manifestaron en enero de 2019 su voluntad de avanzar en la tramitación de esta propuesta. La duración final que tendría este permiso de paternidad de disfrute exclusivo paterno, en el caso de que llegara a aprobarse, es incierta, pero en la propuesta inicial (art. 4) su duración sería de apenas diez días. También en el momento en que se redactan estas líneas (febrero de 2019) todavía es incierta la retribución que quedaría reconocida para este permiso de paternidad, aunque según la propuesta inicial sería suficiente con que fuera al menos igual a lo que se percibe en cada país en concepto de prestación por enfermedad. Es bastante modesta esta configuración, dado que solo los permisos de paternidad equivalentes en duración a los permisos de maternidad que tengan garantizados el 100% de la retribución previa pueden ser efectivos para favorecer el reparto de responsabilidades.

Una vez expuestos dilemas y tendencias procedería, en este momento, detenerse en cuales son las posibilidades que les quedan a los ordenamientos para proteger la maternidad y fomentar la corresponsabilidad. Resulta evidente que la figura que promueven las instituciones comunitarias (en las propuestas de reforma de la Directiva 92/85 y en la propuesta de Directiva para la conciliación de responsabilidades) así como los países de nuestro entorno es la del permiso de paternidad, con diferentes duraciones y retribuciones dependiendo de la implicación de cada país y de sus disponibilidades presupuestarias⁵⁴. Ningún país europeo ha disminuido la duración del permiso de

⁵³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0253>

⁵⁴ Para un análisis detallado y actualizado del alcance del permiso de paternidad en cada uno de los países de la Unión Europea, en tabla comparativa, EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN GENDER EQUALITY AND NON DISCRIMINATION, «A comparative analysis of gender equality law in Europe», 2017, pág. 44.

maternidad como instrumento para fomentar la corresponsabilidad, y ningún país europeo tiene un permiso de maternidad inferior a las catorce semanas que establece la Directiva 92/85⁵⁵. Por ello resulta llamativa la proposición de ley presentada el 13 de marzo de 2018 por el grupo socialista⁵⁶ en el que se proponía un permiso vinculado al parto para la madre de solo seis semanas que se complementaría con un permiso parental retribuido de diez semanas disfrutables hasta la edad de doce meses del hijo. Conforme a esta propuesta de ley el mismo permiso obligatorio por nacimiento tendría el padre (seis semanas) y también el mismo permiso parental (diez semanas). La proposición es un interesante ejercicio para el fomento de la corresponsabilidad que incurre, sin embargo, en defectos de difícil resolución: de un lado, el TJUE ha señalado en varias ocasiones que no es posible diferenciar en varias fases del permiso de maternidad en atención a su finalidad a efectos de configurar derechos de cuidado para los padres. En el asunto *Betriu Montull* (*supra*), que resolvía una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español, el TJUE estableció que no cabía diferenciar en una primera fase de recuperación física del permiso de maternidad y en una segunda fase del mismo con naturaleza de permiso parental. Todo el permiso de maternidad es un todo indivisible en el que se mezclan finalidades (de recuperación física y cuidado) y que, por ello, tiene que ser disfrutado de modo continuado (así lo establece expresamente el art. 8 de la Directiva 92/85). Ningún país de la UE tiene un sistema de esta naturaleza y, por supuesto, ninguno tiene un permiso de maternidad de solo 6 semanas (lo que está por debajo del mínimo establecido por la Directiva 92/85).

Tiene sentido mantener la integridad del permiso de maternidad, su indivisibilidad y una duración mínima de como mínimo cator-

ce semanas, tal y como establece la Directiva 92/85: si se cambia la naturaleza de parte del permiso de maternidad para transformarlo en permiso parental se reducirían sus garantías, tanto retributivas, como frente al despido o frente a cualquier tipo de trato discriminatorio, dado que la discriminación por razón de maternidad es discriminación por razón de sexo. Ciertamente el ordenamiento interno español puede extender las garantías de la maternidad al permiso parental, reconociendo garantías retributivas y extendiendo garantías frente al despido, pero cuando se cambia la naturaleza jurídica de una institución se admite que, en el futuro, otros legisladores reduzcan dichas garantías por debajo de lo que en la normativa de la UE se estableciera como garantías de la maternidad. Por eso tiene relevancia mantener cada institución con su denominación y con sus finalidades claras. Un permiso de maternidad de solo seis semanas incumple la Directiva 92/85 porque es de duración inferior al mínimo establecido de 14 semanas, y aun presumiendo que las diez semanas posteriores en concepto de permiso parental pudieran ser similares al permiso de maternidad (lo que es mucho presumir si se establece que su finalidad es el cuidado) debieran en todo caso configurarse con carácter continuado y no fraccionable para poder ser calificados como permiso de maternidad. Todo ello no quiera decir que sea imposible establecer un permiso de maternidad que sea al tiempo garantista y potenciador de la corresponsabilidad: significa tan solo que la forma de hacerlo no puede ser por medio de la reducción por debajo de los mínimos del permiso de maternidad sino sencillamente que debe hacerse por medio de la configuración de un permiso de maternidad y un permiso de paternidad de igual duración.

La cuestión del alcance que debe tener la protección de la maternidad o los beneficios vinculados a ella, entendidos como derechos de disfrute exclusivamente femenino trasciende la regulación del permiso de maternidad y conecta con otras temáticas, por ejemplo en materia de pensiones. En el contexto que hasta ahora se ha descrito, de obligada configuración

⁵⁵ Datos de EUROPEAN NETWORK OF LEGAL... «A comparative analysis.», *op. cit.* pág. 34 ss.

⁵⁶ Publicada el 16 de marzo de 2018 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-231-1.PDF

neutra de los derechos o beneficios vinculados al cuidado de hijos, llama la atención la vigencia en nuestro ordenamiento de medidas de aplicación exclusivamente femenina como el complemento de pensiones por maternidad establecido en el art. 60 LGSS. El complemento de maternidad se configura actualmente en España como un incremento directamente aplicable a la pensión final, que alcanza el 5% si la madre pensionista ha tenido dos hijos, el 10% si ha tenido tres y el 15% si ha tenido cuatro o más hijos. Esta formulación es prueba de que no es una medida vinculada al hecho físico del parto (solo en este caso se admiten las diferencias entre hombres y mujeres conforme a la Directiva 92/85). La medida queda limitada a las madres (requisito subjetivo), tanto por maternidad de hijos naturales como adoptados, lo que definitivamente es evidencia de que este beneficio no es una medida de maternidad en los términos de la Directiva 92/85. Además, el complemento sirve para premiar a las mujeres que nunca han trabajado, porque se aplica a las pensiones de viudedad. El complemento, en principio, parece ignorar que existe ya un marco de protección compensatoria en modo de cotizaciones ficticias aplicable al nacimiento y al cuidado de los hijos (art. 237 LGSS, 235 LGSS y 236 LGSS). La aportación demográfica a la Seguridad Social que aparece como justificación del complemento por maternidad del art. 60 LGSS difícilmente conecta con la protección de la maternidad que justificaría la atribución exclusivamente femenina. El TJUE ha advertido del contenido discriminatorio que pueden tener los beneficios para el cuidado familiar atribuidos exclusiva o prioritariamente a las mujeres, tanto directa como indirectamente en el ámbito de las pensiones (asuntos Griesmar y Leone, *supra*). De hecho se han presentado ya varias cuestiones prejudiciales por parte de órganos jurisdiccionales españoles cuestionando la adecuación del complemento de pensiones por maternidad a la normativa de la UE⁵⁷. La Directiva 79/7 de 19 de diciembre

de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, establece en sus artículos 4.2 y 7.2 las posibilidades de exclusión del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres de las que disponen los Estados miembros, y es difícil incluir en ellas el supuesto español de complemento de pensiones básicamente porque no entra en el apartado de protección de la maternidad sino en el de cuidado que, por mandato comunitario, no puede tener como beneficiarias exclusivas o preferentes a las mujeres⁵⁸.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUSTI MARAGALL, «La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET», *Ius Labor*, 1, 2014.
- BALLESTER PASTOR, «El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea», *Lex Social*, vol. 6, nº 1, 2016.
- «El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada», *Trabajo y Derecho*, 45, 2018.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, <http://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/>
- EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN GENDER EQUALITY AND NON DISCRIMINATION, «A comparative analysis of gender equality law in Europe», 2017, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4553-a-comparative-analysis-of-gender-equality-law-in-europe-2017-pdf-847-kb>

planteada por Auto del TSJ de Canarias Las Palmas de 7 de diciembre de 2018. Sobre el alcance de la cuestión prejudicial del TSJ de Canarias Las Palmas, POYATOS MATAS, «De la ética del cuidado feminizado a la ética del cuidado humanizado», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 431, 2019.

⁵⁸ Expuse las argumentaciones que impiden excluir al complemento de pensiones español del mandato de no discriminación por razón de sexo en la seguridad social establecido en la Directiva 79/7 en BALLESTER PASTOR, «El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea», *Lex Social*, vol. 6, nº 1, 2016.

⁵⁷ Cuestión prejudicial planteada por Auto del Juzgado de lo Social de Girona de 9 de julio de 2018; y cuestión prejudicial

- GARATE CASTRO, «El impacto sobre el Derecho del Trabajo español de las sentencias del tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por nuestros Tribunales en cuestiones afectadas por la regulación de la Unión sobre política social: tres ejemplos destacados», en VVAA. (Dir. MIRANDA BOTO), *El derecho del Trabajo español ante el tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Madrid, 2018.
- GARRIGUES GIMENEZ, «Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8, 2017.
- GRAU PINEDA, «Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 408, 2017.
- MARTIN HERNANDEZ, «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 137, 2008.
- MORALES VÁLLEZ, «Sobre el contenido de la carta de extinción individual comunicada a los trabajadores afectados por el despido colectivo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 400, 2016.
- OLMOS PARÉS, «La prohibición de despido de la trabajadora embarazada» en VVAA, (Dir. MIRANDA BOTO), *El Derecho del Trabajo español ante el tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ed. Madrid, 2018.
- QUINTERO LIMA, «El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco del procedimiento de despido colectivo: una cuestión aun litigiosa», *Revista de Información Laboral*, 5, 2016.
- ROJO TORRECILLA, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/sobre-la-proteccion-de-la-trabajadora.html>

RESUMEN

El artículo toma como punto de partida las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que, resolviendo cuestiones prejudiciales de tribunales españoles, el tribunal europeo advierte de importantes deficiencias del ordenamiento español en la protección dispensada a la maternidad. Con carácter general se creía que la norma española superaba los mínimos establecidos por la normativa de la Unión Europea en materia de maternidad porque establecía un permiso de maternidad de mayor duración que el establecido en la Directiva 92/85 durante el que se aseguraba a la mujer trabajadora la percepción de la retribución previa y también durante el cual se encontraba protegida contra el despido porque cuando éste carecía de causa se le atribuía la calificación de despido nulo. Sin embargo, todo este entramado legislativo que parecía adecuado se ha mostrado en realidad deficiente porque, conforme a lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la legislación española no protege adecuadamente a las madres en situación de lactancia ni protege adecuadamente a las trabajadoras embarazadas contra el despido sin causa. Estas sentencias indican que la legislación española cumple solo aparentemente con la normativa de la Unión Europea en materia de protección de la maternidad pero no ha sido capaz de trasladar el verdadero significado de la prevención de riesgos laborales a las situaciones relacionadas con la maternidad. Hay defectos graves, pues, tanto en la comprensión del alcance de las obligaciones preventivas referidas a la maternidad como en las garantías que deben respetar todas las normas e instituciones en materia de protección de derechos fundamentales. El artículo identifica cual es el sentido que debe tener la actividad preventiva en materia de maternidad según la Directiva 92/85 a partir de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e intenta detectar cuales son los defectos del ordenamiento español. A partir de este análisis se realizan propuestas de *lege ferenda*.

En el primer apartado del artículo se analiza el estado de la cuestión y se resume el significado y alcance de las sentencias más emblemáticas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Otero Ramos (STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/15), González Castro (STJUE de 19 de septiembre de 2018, C-41/17), Porrás Guisado (STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16), Roca Álvarez (STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09) Betriu Montull (STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-5/12), Griesmar (STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99) y Leone (STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13). A partir de las mismas se advierte que hay dos ejes en torno a los cuales gravitan los defectos de transposición del ordenamiento español en materia de embarazo, maternidad, parto reciente y lactancia: el primero de ellos guarda relación con el alcance de la obligación de prevenir; el segundo tiene relación con la diferencia en el alcance entre los derechos vinculados a la maternidad y los derechos vinculados al cuidado de hijos y familiares. Estos son los dos ejes en torno a los cuales se desarrolla el trabajo.

El segundo apartado del artículo se llama «El alcance de la obligación preventiva en maternidad y lactancia: defectos del ordenamiento español y propuestas a partir de la doctrina del TJUE». A partir de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el artículo expone que en España la prevención consiste fundamentalmente en la exención de la obligación de trabajar (suspensión/prestación de riesgo durante el embarazo y la lactancia), lo que no es la solución más adecuada porque provoca la expulsión temporal del trabajo. La adaptación del puesto en estos casos es escasamente utilizada, lo que evidencia la gran dificultad que tienen las empresas para acomodar el trabajo a las personas no solo en el caso de maternidad y lactancia, sino también para la conciliación de responsabilidades o para la prevención de riesgos en caso de trabajadores particularmente sensibles. Se proponen reformas normativas para reforzar este. En el caso del embarazo la adaptación guarda relación con los cambios físicos vinculados a la gestación,

pero en el caso de la lactancia la adaptación tiene una dimensión de mayor alcance, porque persigue que la lactancia se pueda llevar a cabo directamente o que, al menos, se disponga del tiempo suficiente y de las condiciones mínimas para la extracción de la leche, lo que requiere un replanteamiento de la flexibilidad en beneficio del trabajador/a. El artículo propone asimismo la reforma del art. 26 LPRL a efectos de que la evaluación de riesgos en maternidad y lactancia se realice adecuadamente, teniendo en cuenta las características concretas de quien ocupa o puede ocupar el puesto. Se señala también la necesidad de configuración de indemnizaciones adecuadas y sanciones efectivas y disuasorias, tal y como requiere la Directiva 2006/54.

Una parte importante del segundo apartado del artículo se dedica a analizar si el ordenamiento español otorga o no una protección efectiva frente al despido sin causa de la trabajadora embarazada. La sentencia dictada en el asunto *Porrás Guisado* indica que la ley española incumple la Directiva 92/85 porque la protección contra el despido que configura (y que se basa en la declaración de nulidad del despido sin causa) no tiene naturaleza preventiva, como requiere la Directiva 92/85. El Tribunal de Justicia en la sentencia *Porrás Guisado* establece que la protección contra el despido de la trabajadora embarazada debe llevarse a cabo con carácter preventivo y que no basta por ello con la simple declaración de nulidad del despido sin causa. El trabajo expone varios ejemplos de que en nuestro país la consecuencia de nulidad no garantiza una protección efectiva en caso de embarazo. De hecho estos ejemplos evidencian que la ley española tampoco ofrece una protección efectiva frente a los despidos en los que concurre vulneración de derechos fundamentales. Con relación a las trabajadoras embarazadas e incluidas en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85, la protección preventiva frente al despido sin causa obliga a que el empresario haga todo lo posible (y no solo lo empresarialmente razonable) para evitar el despido de la trabajadora embarazada. Ello obligaría a que el ordenamiento estableciera mecanismos específicos que concretaran esta obligación de hacer todo lo posible (por ejemplo, por medio de obligaciones de preferencia y recolocación) y también debieran conducir a que específicamente la norma lo configurara como contenido de la obligación preventiva, trasladando a nuestro ordenamiento lo establecido en el asunto *Porrás Guisado*.

El tercer apartado del artículo se titula «La amplitud de la protección: lo que es protección de la maternidad y lo que es cuidado». La cuestión del alcance subjetivo de la protección dispensada en caso de maternidad, de un lado, y conciliación, de otro, resulta fundamental porque solo la maternidad admite tratos diferenciados entre hombres y mujeres, por lo que es el presupuesto fundamental para una correcta transposición de la normativa antidiscriminatoria y de maternidad. Existen dos situaciones en nuestro país que, al menos teórica o nominalmente, pueden presentar aspectos de coincidencia tanto con el tema de los permisos parentales como con la protección de la maternidad. Son el llamado permiso de lactancia (que, en realidad, es un permiso parental) y la protección debida en caso de maternidad. Con relación al llamado permiso de lactancia en el artículo se expone que la reforma operada en 2012 se limitó a establecer el derecho del padre a este llamado permiso de lactancia, pero sin establecer ningún tipo de mecanismo que favoreciera la corresponsabilidad entre mujeres y hombres. En el trabajo se propone un permiso parental de lactancia plenamente individual e intransferible. Con relación a la protección de la maternidad, en el trabajo se parte de la idea, reiterada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de que solo el permiso de maternidad puede ser de exclusiva titularidad femenina, por lo que cualquier permiso o beneficio cuya naturaleza sea el cuidado parental debe estar configurado con carácter totalmente distinto para hombres y mujeres (*Roca Alvarez, Griesmar, Leone*). Se cuestiona, pues, la legalidad comunitaria del complemento español de pensiones por maternidad, puesto que su justificación no es propiamente la maternidad sino el cuidado familiar.

Palabras clave: Maternidad; lactancia; despido; Union Europea.

ABSTRACT

The article takes as its point of reference the recent rulings of the Court of Justice of the European Union in which, by ruling on preliminary rulings from Spanish courts, the European Court warns of important shortcomings of the Spanish legal system in the protection of maternity. In general, it was believed that the Spanish norm exceeded the minimums established by the European Union legislation on maternity because it established a maternity leave of longer duration than that established in Directive 92/85 during which women were insured their previous income and were protected from dismissal without cause through the institution of the null and void dismissal. However, all this legislative framework that seemed adequate has been shown to be deficient because, according to the provisions of the Court of Justice of the European Union, Spanish legislation does not adequately protect mothers who are pregnant or who are breastfeeding. These judgments indicate that Spanish legislation only meets apparently the European Union regulations on maternity protection but has not been able to transfer the true meaning of occupational risk prevention to situations related to maternity. There are serious flaws, therefore, both in the understanding of the scope of preventive obligations related to motherhood and in the guarantees that all norms and institutions must respect referring the protection of fundamental rights. The article identifies what the purpose of preventive activity in terms of maternity should be according to Directive 92/85, based on the recent judgments of the Court of Justice of the European Union and tries to detect which are the defects of the Spanish legal system. From this analysis, *lege ferenda* proposals are made.

The first section of the article analyzes the state of the matter and summarizes the meaning and scope of the most emblematic judgments of the Court of Justice of the European Union at the respect: Otero Ramos (STJUE of October 19, 2017, C-531/15), González Castro (STJUE of September 19, 2018, C-41/17), Porrás Guisado (STJUE of February 22, 2018, C-103/16), Roca Álvarez (STJUE of September 30, 2010, C-104/09), Betriu Montull (STJUE of September 19, 2013, C-5/12), Griesmar (STJUE of November 29, 2001, C-366/99) and Leone (STJUE of July 17, 2014, C-173/13). From them the article states that there are two axes around which gravitate the defects of transposition of the Spanish legislation in the matter of pregnancy, maternity, recent birth and breastfeeding: the first of them is related to the scope of the obligation to prevent; the second is related to the difference in the scope between the rights related to maternity and the rights related to the care of children and relatives. These are the two axes around which the work is developed.

The second section of the article is called «The scope of the preventive obligation in maternity and breastfeeding: defects of the Spanish legal system and proposals based on the doctrine of the CJEU». Based on the judgments handed down by the Court of Justice of the European Union, the article states that prevention in Spain consists essentially of exemption from the obligation to work (suspension / risk-taking during pregnancy and breastfeeding), which is not the most appropriate solution because it causes temporary expulsion from work. The adaptation of the position in these cases is scarcely used, which shows the great difficulty that companies have to accommodate work to people not only in the case of maternity and breastfeeding, but also for the reconciliation of responsibilities or for the prevention of risks in case of particularly sensitive workers. Normative reforms are proposed to reinforce this obligation. In the case of pregnancy, adaptation is related to the physical changes linked to pregnancy, but in the case of breastfeeding adaptation has a larger dimension, because it aims to ensure that breastfeeding can be carried out directly or that, at least, there is sufficient time and minimum conditions for the extraction of milk, which requires a rethinking of flexibility for the benefit of the worker. The article also proposes the reform of art. 26 LPRL so that the evaluation of risks in maternity and breastfeeding is carried out properly, taking into account the specific characteristics of the person who occupies or may occupy the

position. It also points out the need to configure adequate compensation and effective and dissuasive sanctions, as required by Directive 2006/54.

An important part of the second section of the article is devoted to analyzing whether or not the Spanish legal system grants effective protection against the dismissal without cause of the pregnant worker. The sentence handed down in the *Porras Guisado* case indicates that the Spanish law fails to comply with Directive 92/85 because the protection against dismissal that it sets (and which is based on the declaration of nullity of dismissal without cause) is not of a preventive nature, as required by the Directive 92/85. The Court of Justice in the *Porras Guisado* judgment establishes that protection against dismissal of pregnant workers must be carried out on a preventive basis and that it is not enough to simply consider null and void the dismissal without cause. The work exposes several examples that show that in our country the consequence of nullity does not guarantee an effective protection in case of pregnancy. In fact, these examples show that the Spanish law does not offer effective protection against dismissals when there is a violation of fundamental rights. In relation to pregnant workers and other workers included in the application field of Directive 92/85, preventive protection against dismissal without cause requires the employer to do everything possible (and not only the business reasonably) to avoid dismissal. This would require that the system establish specific mechanisms that would specify this obligation to do everything possible (for example, by means of preferential obligations and relocation) and should also lead to the fact that the norm specifically configured it as a content of the preventive obligation, transferring to our legislation the one established in the *Porras Guisado* case.

The third section of the article is entitled «The extent of protection: what is maternity protection and what is parental care». The question of the subjective scope of the protection provided in the case of maternity, on the one hand, and conciliation, on the other, is fundamental because only maternity admits differentiated treatment between men and women, which is why it is the fundamental issue for a correct transposition of the anti-discrimination and maternity regulations. There are two situations in our country that, at least theoretically or nominally, can present aspects of coincidence both with the issue of parental leave and with the protection of maternity. They are the so-called breastfeeding permit (which, in reality, is parental leave) and the protection due in case of maternity. With regard to the so-called breastfeeding permit in the article, it is stated that the reform carried out in 2012 was limited to establishing the father's right to this so-called breastfeeding permit, but without establishing any type of mechanism that favored co-responsibility between women and men. The work proposes a fully individual and non-transferable permission. Regarding the protection of maternity, the work is based on the idea, reiterated by the Court of Justice of the European Union, that only maternity leave can be exclusively owned by women, so any permission or benefit whose nature is parental care must be configured with a completely indistinct character for men and women (Roca Alvarez, Griesmar, Leone). Therefore, Spanish supplement of maternity pensions must be questioned, since its justification is not maternity itself but family care.

Keywords: Maternity; breastfeeding; dismissal; European Union.

Violencia de género en el trabajo: conceptualizando el acoso a la mujeres

Gender-based violence at work: conceptualizing harassment of women

ANA ROSA ARGÜELLES BLANCO*

1. EL ACOSO LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1.1. Sobre la extensión del concepto de violencia de género al ámbito laboral

La situación de la mujer en las empresas españolas, su acceso al empleo, su contratación y condiciones de trabajo, incluso los riesgos de extinción del contrato, no pueden explicarse solo en clave individual. La experiencia laboral de cada mujer en nuestro país –como en otros– está condicionada por su pertenencia a un determinado grupo social y, por tanto, no debe analizarse sin tener en cuenta fenómenos de contenido colectivo. De ahí que nos haya parecido oportuno examinar diferentes situaciones de acoso a la mujer asalariada calificándolas como violencia de género. Ello porque esta categoría, la de género, como concepto acuñado para explicar la dimensión social y política que se ha construido sobre el sexo, tiene gran capacidad explicativa a efectos de entender la desventaja social –aquí, la sociolaboral– de las mujeres como colectivo¹. Mientras que el sexo solo se refiere a

la biología, el género lo hace a una cultura. En sí mismo el sexo es solo un hecho anatómico que no tendría por qué conllevar un perjuicio, pero, fruto de una construcción social, «el género es un principio de orden, revela la existencia y los efectos de una relación de poder, de una diferencia, de un encuentro desigual»².

Por consiguiente, aunque luego utilizaremos la terminología empleada por las normas vigentes, como es oportuno en un estudio jurídico, es más revelador del trasfondo social de la problemática que se analizará calificarla al inicio como violencia de género sobre la mujer trabajadora. Superando así el concepto manejado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre y los preceptos por ella incorporados al ordenamiento laboral para proteger a las mujeres que padecen comportamientos violentos en el seno de la pareja (y, derivadamente, a los hijos e hijas). Con esta opción, seguimos a otras autoras y autores que ya han estudiado «la violencia de género en el trabajo»³, o incluso a documentos

* Profesora Titular de Universidad (Acreditada como Catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

¹ Como ha destacado R. COBO BEDIA, «El género en las ciencias sociales», *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005, págs. 253-254.

² L. CIRILLO, «Virtualidades pedagógicas del feminismo para la izquierda», *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 25, 2005, pág. 42.

³ En especial, el esclarecedor estudio de T. PÉREZ DEL RÍO, «La violencia de género en el trabajo: El acoso sexual y el acoso moral por razón de género», *Temas Laborales*, nº 91, 2007. También, J. CABEZA PEREIRO, «El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del Trabajo», en L. MELLA MÉNDEZ (Dir.), *violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, Madrid, 2012. M. ROMEO DELGADO, C. SÁNCHEZ-TRIGUEROS, E. POMARES CINTAS, «La violencia de género en el trabajo», en M^a. P. RIVAS VALLEJO, G.

en que los agentes sociales utilizan, cada vez más, el término en su proyección laboral⁴, solicitando la Confederación Sindical el apoyo a un convenio de la OIT para combatir este importante y extendido obstáculo para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres al grito de «Alto a la violencia de género en el trabajo»⁵. Después de todo, los conceptos son útiles en la medida en que iluminan la realidad que designan y aportan elementos para comprenderla⁶; y no solo eso, sino que también la politizan⁷, contribuyendo con ello a transformarla. Pues bien, en un clima social en el que, afortunadamente, se consolida y amplía el rechazo hacia la violencia de género, aprovechemos para visibilizarla en otro escenario en el que también se produce.

Conviene reseñar que incluso desde el análisis por personas expertas en el Derecho penal de la violencia de género se ha llamado la atención sobre «las indeseables consecuencias que se siguen de la reducción del problema de la violencia de género a su entorno doméstico, con

un riesgo añadido, la descalificación de otras formas de violencia, igualmente graves, que no se manifiestan necesariamente en la vida familiar y que, sin embargo, reclaman para su comprensión un enfoque teórico unitario»⁸. Y también conviene recordar la multiplicidad de conductas que son expresión de la violencia ejercida contra la mujer por el hecho de serlo y a las que se refirió ya el Parlamento Europeo en su Resolución sobre Tolerancia Cero de 1997⁹, retomando la definición que las Naciones Unidas consensuaron en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Como allí se señaló, la violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias que perpetúan la condición inferior que se le asigna en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad¹⁰.

Lo que todas las formas de violencia de género tienen en común es el sometimiento de la mujer, por su condición de tal, a un orden de valores que la victimiza en un espacio de poder dominado por otros¹¹. Lo restrictivo del concepto recogido en la LO 1/2004 se hizo más evidente con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Estambul, 11-05-2011) que define «la violencia contra las mujeres» como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza

BARRIOS BAUDOR y C. SERRANO FALCÓN (Coord.), *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, THOMSON REUTERS-ARAZADI, Navarra, 2014, págs. 1207-1314; M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, «La prevención de la violencia de género en el trabajo: Análisis de la negociación colectiva del País Vasco», *Lan Harremanak*/23, 2010-II, págs. 155-196 y D. ACEVEDO, Y. BIAGGIL y G. BORGES, «Violencia de género en el trabajo: Acoso sexual y hostigamiento laboral», *Revista venezolana de estudios de la mujer*, nº 14, 2009.

⁴ Por ejemplo, en el *Protocolo de actuación ante la violencia de género en el ámbito laboral*, editado por UGT y Junta de Castilla y León y dirigido a delegados/as sindicales. [Disponible en <http://www.ugtcy.es/web/wp-content/uploads/2011/11/protocolo-de-actuacion-ante-la-violencia-de-genero-en-el-ambito-laboral.pdf>]. Igualmente, ha optado ya por este término la Conferencia Europea de Sindicatos: «Violencia de género en el trabajo y en el hogar: un asunto sindical», adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 13 y 14 de diciembre de 2017 [Disponible en <http://www.ccoo.es/c5a1ca8c6947a98ee9e5750a83507f91000001.pdf>]

⁵ Vid. https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/stop_gender_based_violence_at_work_es_final-2.pdf

⁶ Así lo manifestaron P.L. BERGER y H. KELLNER, *La reinterpretación de la sociología: ensayo sobre el método y la vocación sociológicos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1985.

⁷ Como ha explicado C. AMORÓS PUENTE, «Conceptualizar es politizar», en P. LAURENZO, M^a.L. MAQUEDA y A. M^a. RUBIO (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 15-26.

⁸ M. L. MAQUEDA ABREU, «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006, núm. 08-02, pág. 02:8.

⁹ Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres A4-0250/97 (Ponente: Eriksson) (*Diario Oficial n° C 304 de 06/10/1997 p. 0055*)

¹⁰ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la 16a sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995, Anexo II, Plataforma de Acción, párrafo 118, pág. 52. [Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPFA%20S.pdf>]

¹¹ MAQUEDA ABREU, *op. cit.*, pág. 02:9.

física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, (...) en la vida pública o privada». Señalando que por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada», refiriéndose luego, entre otras formas de violencia, al acoso sexual (art. 40).

Finalmente, de la previsión del Pacto de estado español contra la violencia de género se ha deducido que habrá una nueva ley integral contra las violencias no visibilizadas por la LO 1/2004, entre las que se incluiría el acoso sexual –con seguridad el que tenga relevancia penal; quizá también los que merezcan una reacción menos contundente por parte de nuestro ordenamiento– pero se advierte que no está claro dónde se ubicarían, entre otras conductas, la violencia psicológica cuando se practique con un móvil discriminatorio fuera de las relaciones de la pareja¹².

Así las cosas, parece claro que el acoso sexual, aunque ocasionalmente pueda afectar a un trabajador varón, es una forma de violencia de género en el trabajo. Seguramente es más complicado considerar como violencia de género, a la vista de los textos internacionales, al acoso por razón de sexo, al menos a todos los comportamientos que pueden ser calificados como tal conforme a nuestra normativa laboral¹³. Pero, por ejemplo, el Criterio Técnico 69/2009 de la DGITSS califica tanto al acoso sexual como al acoso moral y discriminatorio como «violencia psicológica» y «violencia en el trabajo» en el ámbito de los riesgos psicosocia-

les¹⁴; y si el acoso moral es por razón de sexo, esa violencia es, en definitiva, violencia de género, como se podrá apreciar claramente cuando se describan luego diferentes conductas misóginas o machistas que los tribunales han calificado como tal tipo de acoso (*vid. infra* 2.3). Volviendo sobre las consideraciones que recogen aquellos textos internacionales, a nuestro juicio lo serían, al menos, aquellos casos en los que concurren estos elementos: un uso de la fuerza moral u hostigamiento por parte del superior o compañero con el propósito de vencer la resistencia de la mujer (móvil), controlando, manipulando y/o condicionando la carrera profesional de la trabajadora, hasta provocarle daños en su salud física o psicológica (efecto)¹⁵.

1.2. La dignidad de la mujer y otros derechos en riesgo: En particular, a la integridad física y psíquica

La trabajadora tiene en su relación laboral derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección (...) frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo» (art. 4.2.e ET). Esa dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que nuestra Cons-

¹² En este sentido, tras realizar una lectura de la Propuesta número 84, en relación con las Propuestas 85 y 86, M. ACALE SÁNCHEZ, «Aspectos penales del Pacto de Estado español contra la violencia de género de 2017», *Diritto Penale Contemporaneo* [disponible en <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7538-acalessanchez118.pdf>] pág. 14.

¹³ Sobre las dificultades para el estudio del acoso moral como violencia de género y las razones que permitirían concepcarlo como tal, *vid.* el informe realizado por el INSTITUTO DE LA MUJER, «La violencia ejercida contra las mujeres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 42, pág. 236.

¹⁴ *Vid.* Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo, págs. 3-4 y 14. En esta última señala que la violencia en el trabajo comprendería todos los actos y conductas de estrés laboral que además supongan una agresión o amenaza de agresión física o psicológica para los trabajadores, ya provengan estos actos o conductas del interior o exterior de la organización de la empresa [Disponible en http://www.mitramiss.gov.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_69_2009.pdf]

¹⁵ EL INSTITUTO DE LA MUJER, *Estudio sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea para la lucha contra la violencia hacia las mujeres*, 2002, pág. 11, definió la violencia de género en el trabajo como «conducta abusiva, ejercida en el lugar de trabajo tanto por superiores jerárquicos como por iguales, sin el consentimiento de la persona que la sufre, de forma que crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil, humillante para la víctima y pone en peligro su puesto de trabajo o condiciona su carrera profesional».

titución considera fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1), también han de serlo del orden y la paz en la empresa. Tanto es así, que la referencia estatutaria a la consideración de la dignidad del trabajador se ha calificado como «un principio general del Derecho del Trabajo»¹⁶. Efectivamente, la dignidad opera como fundamento del orden jurídico, principio general del Derecho, criterio orientador de su interpretación, instrumento para la integración de lagunas y como norma de conducta y límite en el ejercicio de los derechos¹⁷.

Puesto que en todos los derechos de la sección 1ª, capítulo 2º, Título I CE existe un reducto de la dignidad de la persona¹⁸ o, más ampliamente, incluso pudiera considerarse a la dignidad como valor de síntesis de los derechos constitucionales¹⁹, una conducta degradante como lo es el acoso resultará siempre «pluriofensiva».

Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado la configuración del acoso sexual como atentado a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y que «en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 CE), presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. No puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente

se pretende cosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal» (STC 224/1999 de 13 diciembre, f.j.5). Aunque el Alto Tribunal se ha llegado a referir solo a uno de los tipos de acoso, la vigente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo ha dejado muy claro: «Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo» (art. 7.3).

Pero, además, en muchas ocasiones estarán en riesgo otros derechos de la trabajadora que sufre acoso: a la salud, comprendida la integridad física y moral (art. 15 CE); al honor (art. 10 CE), tanto en su vertiente personal como en su reputación profesional; incluso, el propio derecho al trabajo (art. 35 CE).

Como el propósito de estas reflexiones es contribuir al debate académico sobre el acoso laboral a la trabajadora como una de las formas de la violencia de género, siendo la violencia la acción y efecto de violentar, que significa primeramente aplicar medios violentos a las personas para vencer su resistencia —aunque también «Poner a alguien en una situación violenta o hacer que se moleste o enoje», en la cuarta acepción admitida por la RAE— la violencia del medio empleado por el acosador bien puede ser medida por los daños en la integridad física y moral de la trabajadora. De ahí que sea interesante poner de manifiesto, como lo han hecho ya otros estudios, los numerosos padecimientos que muchas mujeres trabajadoras sufren como consecuencia de la violencia laboral de género. Estos acosos sexistas, por cuanto afectan a la salud laboral de la trabajadora deben ser estudiados, a los efectos de establecer las diferentes obligaciones y derechos en materia de prevención de los riesgos laborales, como riesgos psicosociales²⁰.

¹⁶ M. ALONSO OLEA y G. BARREIRO GONZÁLEZ, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

¹⁷ Cfr. I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, pág. 78.

¹⁸ Sobre el particular, vid. I. VON MÜNCH, «La dignidad del hombre en derecho constitucional», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 5, 1982, pág. 27.

¹⁹ Como pone de manifiesto C. MOLINA NAVARRETE, «Artículo 4. Derechos laborales», en J.L. MONEREO (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, págs. 131-132.

²⁰ Sobre ellos, vid. URRIKOETXEA BARRUTIA, «La prevención de la violencia de género en el trabajo», *loc. cit.*, págs. 159-173. Para un estudio en mayor profundidad desde la psicología social, en particular sobre la compleja evaluación de

No obstante, debemos aclarar que para la legislación española el impacto sobre la salud no constituye un elemento del concepto ni de acoso sexual ni de acoso por razón de sexo recogido en la Ley Orgánica 3/2007. De hecho, ya hace tiempo que en la doctrina la opinión más extendida es que el acto de atentar contra la dignidad de la persona es suficiente para constituir acoso, sin necesidad que se hayan provocado efectivamente daños físicos o morales²¹. Como han reiterado ya nuestros tribunales, puede haber acoso punible sin que la salud de la trabajadora sufra menoscabo. Así, para entender que ha existido acoso moral «el hecho de que haya informe psiquiátrico o psicológico, es un dato más, importante pero no determinante, ya que de contrario se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia» (STSJ Cataluña 11-06-2003, AS 2003/2516). Resistencia ante este ataque que depende de su fortaleza psicológica y de su capacidad de sobreponerse a la adversidad (STSJ Aragón de 13 junio de 2012 (AS 2012\1925). Y no sería de recibo que se descarte el acoso de quien la muestre ya sea por su carácter, sus habilidades sociales, o porque cuenta con mayor apoyo en su entorno familiar y personal.

La vulnerabilidad de la mujer víctima de acoso dependerá no solo de sus características personales y de la red de apoyo exterior, sino también del tipo de relación entre acosador y víctima, siendo también una diferencia importante que tenga lugar en el marco de un ambiente laboral sexista o en el que ella pueda contar con ayuda del entorno. Precisamente en ese entorno de trabajo cabría esperar que aquella encontrase siempre ayuda, habida cuenta de las obligaciones que el ordenamien-

la presencia de estos riesgos, *vid.* el interesante estudio, con referencia a abundante bibliografía en la materia, de CASTAÑO, A.M., RUEDA RUIZ, B., ALCEDO RODRÍGUEZ, A. y GARCÍA-IZQUIERDO, A.L., «La evaluación de los riesgos psicosociales en las organizaciones», en *Ergonomía y Psicología aplicada a la prevención de los riesgos laborales*, (GARCÍA-IZQUIERDO, A. ed.), Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2017, págs. 355-392

²¹ *Vid.* M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El acoso moral en el trabajo ¿Una nueva forma de discriminación?, *Revista de Derecho Social*, nº 19 (2002), págs. 68 y sigs.

to jurídico establece para garantizar los derechos de la víctima, en especial las de toda empresa –y los representantes de personal– de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias (art. 48.1 LO 3/2007)²². Pero, tristemente, la práctica demuestra que hay casos en que tanto los propios compañeros (¡y hasta las compañeras!) de trabajo, el personal de mando e, incluso, algunos representantes sindicales, lejos de protegerla contribuyen a empeorar su ambiente laboral y padecimiento²³.

En los casos con repercusiones más graves la trabajadora podrá interponer una denuncia penal por acoso sexual (art. 184 CP) y conviene recordar que en el tipo delictivo el bien jurídico protegido es la libertad sexual en su fase interna, por lo que ni siquiera tendría porqué existir contacto físico (basta palabras, gestos o insinuaciones). O bien por delito acoso laboral (art. 173.1 párr. 2º CP), pudiendo en ambos casos existir un concurso con otro posible delito²⁴. Así, cuando la continuidad del acoso, su

²² Sobre los protocolos antiacoso, sus clases, procedimiento de elaboración y eficacia jurídica, es muy ilustrativo el estudio realizado por MANEIRO VÁZQUEZ, Y. y MIRANDA BOTO, J. M.: «Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: los protocolos antiacoso», en VELASCO PORTERO, María Teresa (Dir.), *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, págs. 65-89.

²³ En alguno resultó acreditado que la baja médica de la trabajadora se produjo a raíz de que se conociera el asunto y se derrumbara tras serle reprochado por algunas compañeras, con las que tuvo un enfrentamiento, en tanto que el presidente del Comité de Empresa decía a determinados mandos que a ella no la conocían de nada y al encargado (el denunciado como acosador) desde hacía 20 años, «por lo que iban a apoyar a muerte a este último». Para colmo, el director de personal manifestó al Inspector de Trabajo en su visita que la extinción de contrato (impugnada por la trabajadora y declarado luego como despido nulo) se había acordado con la intención de proporcionarle tranquilidad evitando que se obsesionara con la renovación del contrato, circunstancia que, a su parecer, agravaría su situación emocional (STS 3-10-2007, RJ 2007/9295)

²⁴ Como expone M. BUSTOS RUBIO, «El delito de acoso laboral: Exigencias europeas y análisis del tipo penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Extraordinario, nº 1, 2013, pág. 28, suscribiendo la opinión antes expresada por otros autores que menciona, «la tipificación del acoso laboral acarrea

permanencia y reiteración a través de múltiples acciones diferenciadas, verbales e incluso físicas, la gravedad y grosería que alcanzaron las insinuaciones y requerimientos de favores sexuales, acaban provocando no solo el resultado típico del delito –de acoso– sino también una consecuencia diferenciada, más allá del estrés y la angustia; por ejemplo, una enfermedad, diagnosticada psiquiátricamente, que necesitó un prolongado tratamiento, es decir, un resultado autónomo de lesión psíquica, no abordado por la moderada penalidad legalmente prevenida para el delito de acoso (STS, Sala 2ª, 22-10-2015, RJ 2015/4970).

La lectura de los hechos probados en las situaciones examinadas ante la jurisdicción social pone de manifiesto que en la mayoría de los casos el acoso termina por provocar un trastorno adaptativo con estado emocional ansioso-depresivo. La sintomatología comprende la sensación de miedo, angustia, baja autoestima, irritabilidad, distorsiones cognitivas (falta de atención, incapacidad de concentración), insomnio, fatiga, dolores de cabeza, alteraciones psicósomáticas del aparato digestivo o cardíaco. En algún caso con el fin de conseguir la estabilidad psíquica del trastorno depresivo-ansioso reactivo a la situación de acoso, la trabajadora llega a tener que ser ingresada en régimen de hospitalización en la unidad de psiquiatría de un centro médico durante largo tiempo y, durante cierto período en régimen de centro de día²⁵.

Por supuesto, cabe que la trabajadora, a resultas de la denunciada agresión, no presente lesión física alguna (hematoma, rasgu-

una problemática concursal, especialmente en los casos en que además de la conducta de acoso se produzca una depresión o trastorno psicopatológico grave susceptible de ser subsumido en las lesiones psíquicas del art. 147 e imputable objetiva y subjetivamente al acosador. Nada obsta a que tales casos, si se superan los arduos problemas probatorios que les son propios, sean calificados como concurso ideal de delitos, siguiendo la regla general que parte de la consideración de que los bienes jurídicos salud e integridad moral tienen contenidos, al menos parcialmente, diferentes».

²⁵ Por ejemplo, *vid.* el caso resuelto por la STSJ Cataluña 26-02-2015 (AS 2015/1130).

ño, arañazo, herida), pero que sí existan otros elementos que acrediten la situación de acoso. Como que esté siendo tratada por Psicóloga del Centro de Salud, así como por el Centro de Asistencia a Víctimas de Agresiones Sexuales y Malos Tratos de la Comunidad Autónoma, estando diagnosticada de Trastorno adaptativo-mixto con ansiedad y estado depresivo en función de su sintomatología psicológica. Llegando a obtener la baja por incapacidad temporal con el diagnóstico de agresión sexual (STS 9-05-2011, RJ 2011/4751).

Los daños sufridos por la trabajadora, también los de orden psíquico, «al tratarse de una lesión de la salud producida por el trabajo o con ocasión del mismo estamos ante un daño laboral y, por tanto, ante un accidente de trabajo²⁶». Así pues, a la víctima de acoso se le podrá reconocer prestación de incapacidad temporal, considerándola contingencia derivada de accidente de trabajo por tratarse de trastorno depresivo reactivo a problemática laboral²⁷. En algún caso, los sucesivos episodios de incapacidad temporal finalmente pueden desencadenar una invalidez permanente total por estado depresivo consecuencia del estrés laboral generado por el acoso moral sufrido (por ejemplo, STSJ Andalucía 19-04-2004, AS 2004/2051; STSJ Cantabria 28-06-2012, AS 2012/2878).

No debiera ser un obstáculo para determinar que ha habido acoso el historial clínico previo de la trabajadora. Sin embargo, este puede que interfiera en la calificación de la incapacidad temporal o permanente que se le reconozca. A los efectos de su reconocimiento como contingencia profesional, no se considera que sea similar el caso en que la patología discapacitante –depresión mayor– se atribuye en exclusiva a grave acoso sexual sufrido, que aquel en que el acoso se presenta exclu-

²⁶ Como afirma URRIKOETXEA BARRUTIA, «La prevención de la violencia de género en el trabajo», *loc. cit.*, pág. 159.

²⁷ Entre otras, sobre la contingencia profesional por acreditarse la relación causal con el acoso en el trabajo padecido, *vid.* STSJ C. Valenciana 12-03-2014 (AS 1494), STSJ País Vasco, 31-05-2016 (JUR 2016/180424).

sivamente como causal de un mero episodio en una personalidad depresiva con múltiples y previos episodios (STS 4-06-2012, RJ 2012/6695. En el caso, incluso con intentos de autolisis e ingresos hospitalarios).

En definitiva: La existencia de lesión a la integridad física o psíquica no es, propiamente, un elemento del concepto de acoso, de concurrencia necesaria para que un comportamiento sea declarado como tal; pero, acreditada la exigencia de tratamiento médico mediante el correspondiente informe clínico, servirá como una de las «corroboraciones periféricas de carácter objetivo» a la declaración de la víctima, ya sean lesiones físicas o secuelas síquicas (STS, Sala 2ª, 22-10-2015, RJ 2015/4970).

2. TIPOS DE ACOSO A LA MUJER TRABAJADORA

2.1. Los elementos comunes a los conceptos de acoso: En especial, sobre el carácter ofensivo del comportamiento

Como es sabido, existen en derecho español conceptos legales tanto para el acoso sexual como para el acoso por razón de sexo que están recogidos, «sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal», en los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo²⁸, a los que fueron trasladados desde las disposiciones comunitarias²⁹. Aún cons-

²⁸ Así, se define el acoso sexual, como «Cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (art. 7.1 LO 3/2007). Seguidamente, se declara que «Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». (art. 7.2 LO 3/2007)

²⁹ Las definiciones de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, pasan literalmente a los artículos 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006.

ciente del problema que encierra aproximar conceptualmente dos fenómenos muy diferentes, por cuanto el sujeto activo persigue objetivos distintos³⁰, interesa poner de relieve lo que les une, en particular porque ahí reside la necesidad de regular y combatir ambos como manifestaciones de la violencia de género. De esos conceptos podemos deducir algunos elementos comunes, relevantes para determinar el alcance de los derechos, obligaciones y responsabilidades laborales: a) La creación por el acosador de un entorno intimidatorio; b) La lesión a la dignidad (degradación), con efecto discriminatorio; c) El carácter ofensivo del comportamiento.

Determinar qué comportamientos pueden ser calificados como acoso, valorando todas las circunstancias concurrentes, es una compleja operación jurídica, por cuanto se refiere a conductas muy variadas, que describiremos con mayor detalle en los epígrafes siguientes. Continúa siendo válida la afirmación realizada hace años respecto del acoso sexual, al señalar que «en su delimitación desde la perspectiva jurídica interfieren diversas concepciones sociales –dominantes o al menos muy extendidas– sobre cuál es la conducta *normal* tanto masculina como femenina en sus mutuas relaciones, especialmente cuando en dicha relación existen componentes de carácter sexual»³¹. Y más difícil será aún dilucidar cuándo se crea «un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» por razón de sexo, por la ausencia del elemento libidinoso característico del acoso sexual y más fácilmente perceptible. Pero la degradación con efecto discriminatorio existirá cuando se demuestre, por el tipo de comentarios, insinuaciones o por los efectos sobre la situación laboral de unas y otros, que el establecimiento de ese entorno degradante obedece, precisamente, a la condición de mujer de la víctima.

³⁰ Como acertadamente puso de manifiesto PÉREZ DEL RÍO, «La violencia de género en el trabajo...», *loc. cit.*, págs. 179-180.

³¹ S. DEL REY GUANTER, «Acoso sexual y relación laboral», *Relaciones Laborales*, nº 3 y 4, 1993, pág. 86.

En cuanto al sujeto activo, en ambos tipos de acoso podemos encontrarnos casos en que la violencia de género es vertical u horizontal. Por lo que respecta a la primera, hay que destacar que se puede producir en todos los niveles de empleo, aunque en más ocasiones la padezcan las trabajadoras que ocupan los puestos más bajos en el sistema de clasificación profesional. En ocasiones el agresor es el representante de la empresa³², aunque con mayor frecuencia resulta ser el inmediato superior jerárquico, condición que tiene el compañero de trabajo al que se ha atribuido la función de encargado³³, o el Jefe del centro o Gerente del Departamento en el que la trabajadora presta servicios³⁴. En menor medida el comportamiento de acoso se produce entre personas sin ninguna relación de subordinación, siendo más propio del acoso sexual que del acoso por razón de sexo³⁵. Lo que no puede sorprender, puesto que se ha señalado como característica del *mobbing* la de ser un conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la hostigadora tiene más recursos, apoyos o una

posición superior a la de la hostigada, aunque, evidentemente, esa posición superior no solo la da el nivel jerárquico, sino que pudiera proceder de otros factores como la antigüedad o la popularidad en el grupo³⁶. De hecho, en trabajos tradicionalmente ocupados por hombres o cuando la mujer mantiene una posición jerárquica superior, se producen comportamientos de rechazo por los compañeros, que no soportan recibir órdenes de mujeres, que puede llegar a traducirse en un acoso moral si ese rechazo es sistemático y repetitivo, persiguiendo la exclusión laboral de la mujer³⁷. Incluso el acoso podría provenir de un cliente o trabajador de una empresa que comparta el lugar de trabajo con la de la acosada³⁸.

La doctrina constitucional había considerado que la objetividad y la gravedad del comportamiento son presupuestos para la posible existencia de acoso sexual y, por tanto, los elementos que deberían ser valorados a la hora de suministrar la presunta víctima al juez los elementos iniciales de prueba que le permitan presumir la posible existencia de los hechos discutidos. En sus palabras, «Para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un

³² Por ejemplo, el representante legal de la empresa que presta servicios en el centro de trabajo y se aprovechó de la auxiliar de limpieza de un pequeño hotel (STS 9-05-2011, RJ 2011/4751). O el Presidente del Consejo de Administración y Director médico que acosó a una auxiliar de enfermería (STSJ Cataluña 26-02-2015, AS 2015/1130).

³³ Entre otros muchos casos que han llegado al conocimiento de la jurisdicción social, baste citar el del Supervisor del restaurante del buque en el que la recurrente trabajaba como camarera (STC 250/2007 de 17 diciembre), la Auxiliar de Jardinería de un Campus universitario que sufre un continuo maltrato psicológico por parte del encargado de su cuadrilla (STS 30-01-2008, RJ 2008/2777), el de quien realiza tareas de limpiadora y manipuladora en una fábrica y sufre acoso del encargado, Jefe de Turno de Producción (STS 3-10-2007, RJ 2007/9295) o el de la cajera y vendedoras que sufrieron el acoso sexual por parte del director del Departamento de Deportes en un gran almacén (STSJ Cataluña 25-11-2014, AS 2015/230).

³⁴ Por todas, *vid.* STSJ Andalucía/Granada, 25-01-2018 (AS 2018\1513) en que la trabajadora era «Manager de ventas» en tanto que su acosador era Jefe/Director del centro de trabajo; o STSJ Cataluña 17-07-2012 (AS 2012/297124), donde la acosada era Responsable del Departamento de Marketing y su acosador el Gerente de ese Departamento.

³⁵ Por ejemplo, en el caso del conductor de autobús de transporte escolar que acosó a varias acompañantes de autobuses (STSJ 17-10-2014, AS 2014\3282).

³⁶ Característica que pone de manifiesto la NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing* del Instituto nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. [Disponible en http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_476.pdf]

³⁷ *Vid.* M^aJ. ROMERO RÓDENAS, Protección frente al acoso en el trabajo, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 25.

³⁸ *Vid.* la interesante STC 250/2007, de 17 de diciembre, en que, aunque el acosador y la acosada pertenecían a empresas distintas, el Tribunal entendió que el acoso se produjo en conexión directa con la relación laboral. También, la STSJ Canarias 7-01-1998 (AS [5126] en que se determinó la existencia de acoso sexual por parte del cliente de un hotel y la responsabilidad de la empresa por su pasividad ante la situación e intento de persuadir a la víctima para que no se denunciaran los hechos.

clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto» (SSTC 224/1999, de 13 de diciembre y 136/2001, de 18 de junio). Se expresó incluso que «la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo» (STC 224/1999).

Esa rigurosa interpretación condujo a inadmitir el amparo solicitado cuando «si bien la actora dice haber sentido en su interior la existencia de un comportamiento de acoso sexual por el ahora demandado, lo cierto es que los hechos psicológicos –entendiendo por tales aquellos hechos internos pertenecientes a la esfera mental, cognoscitiva o emocional de un sujeto–, ocultos en el interior del hombre, únicamente pueden probarse por hechos físicos y de los aquí presentados no cabe extraer, razonablemente, la existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental (Auto 107/2003, de 7 de abril)

Sin embargo, los conceptos ahora recogidos en la LO 3/2007 obligan a flexibilizar esa interpretación tan rigurosa y de esa nueva interpretación de la antijuridicidad de las conductas es mucho más expresiva, como luego se verá, la doctrina de suplicación, fijada por los Tribunales Superiores de Justicia. En ambos conceptos legales, al referirse al comporta-

miento del acosador se señala que lo realiza «con el propósito o el efecto» de crear el ambiente intimidatorio, degradante u ofensivo. Por consiguiente, cobran mayor relieve las consecuencias de la conducta, pretendidas o no por el actor, cuyo propósito solo nos llevará a distinguir, como veremos luego, entre tipos de acoso, y cómo esa conducta es percibida por la víctima. La vara de medir es qué considera la mujer trabajadora –y aquí la dimensión colectiva, de género, también es importante– ofensivo e intolerable, por cuanto entiende que la degrada. Ofensivo es todo lo no consentido o tolerado por quien lo recibe, de forma que humilla a la afectada por menospreciar su voluntad, por ser una imposición que crea un ambiente tenso y opresivo de trabajo.

Queda claro, como el Tribunal Constitucional ya puso de manifiesto, que «fuera de aquel concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas (STC 224/2009). Pero no servirá al denunciado como acosador alegar que no era consciente de lo ofensivo de sus frases ni que se muestre sorprendido por la reacción de las víctimas –y de la empresa que le sanciona con el despido– y diga que consideraba las expresiones groseras que dirigía a varias trabajadoras producto de la camaradería y confianza del día a día. En alguna sentencia se ha indicado con acierto que «Si el recurrente no había evolucionado al dirigir lo que llama meras expresiones corrientes y comunes de contenido sexual, es que no es consciente de la evolución de la sociedad actual que en este campo ya rechaza e impide aceptar como normales y sin importancia estas expresiones de carga sexual»³⁹ Si la concreta trabajadora rechaza

³⁹ STSJ Cataluña 25-11-2014 (AS 2015/230), que rebate, extendiéndose en los argumentos, las alegaciones del trabajador que recurre su despido de que las trabajadoras no se quejaban de sus expresiones, sino que a veces las secundaban. Que no se quejasen no significaba que tolerasen su conducta, pues existía la posibilidad de que pensasen en las posibles repres-

el comportamiento este ha de cesar y debe evitarse.

¿Cómo ha de reaccionar, pues, la trabajadora que se siente acosada para manifestar el carácter indeseado del acoso? Como alguna autora ha destacado, lamentablemente, mientras que generalmente se admite que las actuaciones que constituyen acoso moral no pueden ser deseadas por alguien sin necesidad de probarlo, respecto del acoso sexual, lo indeseado de la conducta acosadora tiene que demostrarse de alguna forma⁴⁰.

El Código de Conducta de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso en que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo. El Tribunal Constitucional estuvo a esa distinción cuando advirtió de que «debe ser rechazado, pues, el razonamiento judicial, que parece imponer al eventual afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha

lías si alguna de ellas intentase «pararle los pies». Destaca el Tribunal que no consta que también las profririese a persona jerárquicamente superior, por lo que concluye señalando la convicción de la Sala de que era consciente de su situación de superioridad hacia las trabajadoras que iban a testificar en la vista oral y de la mortificación moral que las expresiones les producían. Ya con anterioridad a establecerse los conceptos de la LO 3/2007 se había manifestado que, como el comportamiento constitutivo de acoso gravitaba en torno al carácter «no deseado» del mismo, para la calificación del ilícito resultaba indiferente lo que el sujeto ofensor aprecie con relación a su conducta. (STSJ Cantabria 25-03-2008, AS 2008/1570).

⁴⁰ Vid. PÉREZ DEL RÍO, «La violencia de género en el trabajo...», *loc. cit.*, págs. 179, señalando que hasta la LO 3/2007, que elimina la referencia expresa a que el acoso deba ser «indeseado» subsistía una sospecha de que la víctima de acoso sexual pudo provocarlo o incluso aceptarlo, pero se niega reconocerlo; y poniendo de manifiesto las ventajas e inconvenientes del elemento «ofensivo» en un sentido solo objetivo o solo subjetivo (*ibidem*, págs. 190-191).

Recomendación (STC 224/1999). En consecuencia, entendió el Alto Tribunal, parece razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto, sin que en consecuencia quepa hablar de tolerancia por su parte»⁴¹.

En el relato de lo sucedido que hagan las partes afectadas han de espigarse datos que revelen la incomodidad y desagrado de la víctima, indicios racionales de que la conducta hacia ella no era deseada. Que comunicara lo sucedido a compañeras, que se quejara incluso ante un amigo del empresario o que se dirigiera a un servicio municipal de información de los derechos de la mujer para recabar asesoramiento jurídico y médico. Frente a tales indicios, sobre el empresario recaería entonces la carga de probar que su comportamiento fue alentado, consentido o al menos tolerado por la trabajadora (de nuevo, STC 224/1999). Resulta interesante poner de relieve que la existencia de una previa relación afectiva, aun acreditada con prueba documental, no desvirtúa el posterior acoso sexual, que, por incontestado, atentaría contra la libertad y dignidad de quien hubo de sufrirlo (STS 13-10-1989, RJ 1989/7172). Y menos, que hubiese entre agresor y víctima una previa relación de cordialidad, donde cabe que se produzca una conducta que pueda ser considerada objetivamente como de acoso. Sirve entonces que la víctima manifieste al acosador el carácter indeseado del acto para evitar cualquier ambigüedad o duda que aquel pudiera albergar el actor en razón precisamente esa la relación cordial que los unía (STSJ Cantabria 25-03-2008, AS 2008/1570)⁴².

⁴¹ En la opinión del Tribunal Superior de Justicia, rechazada por el Alto Tribunal, la existencia de acoso sexual exigiría la concurrencia de un elemento esencial «cual es la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario».

⁴² Señaló el Tribunal que «a nadie se le escapa, aun cuando no reciba indicación alguna de la víctima en contrario, el carác-

Ahora bien, hay que tener en cuenta que muchas veces no resultará fácil a la trabajadora demostrar su repulsa hacia las insinuaciones, descalificaciones o, incluso, tocamientos por parte de su agresor, por la posición de subordinación que tendrá en la organización empresarial respecto de aquel. De ahí que algunas sentencias hayan adoptado ya una postura ecléctica, confirmando la regla general de exigencia de indeseabilidad, pero entendiendo que esa expresión admite un sentido objetivo (STSJ Galicia 22-1-2010, AS 2010/901, sobre acoso sexual y STSJ Andalucía/Sevilla 19-1-2010, AS 114288, sobre acoso por razón de sexo)⁴³. Así, toda conducta debe superar un juicio de razonabilidad, pudiendo haberlas que, sin necesidad de que la víctima exprese su rechazo subjetivo, la propia sociedad las considere inapropiadas. Como algún Tribunal ha puesto de manifiesto, no es admisible que se pretenda valorar determinadas conductas –comentarios sobre la vestimenta, regalo de flores, caricias en el cabello o comentarios sobre la situación íntima de la pareja– fuera de las relaciones que se dan en la empresa, es decir, en el marco de la jerarquía y disciplina laboral, ni calificarla como ordinaria o «normal», ni se puede obligar a que la persona que se siente acosada haya de padecer las insinuaciones o gestos, sin poder responder como se merecía el acosador, cosa que genera una gran incomodidad, padecimiento y miedo de perder el puesto de trabajo⁴⁴.

ter netamente ofensivo de un anuncio público en el que una mujer se ofrece para mantener contactos esporádicos con otras personas del mismo o distinto sexo.

⁴³ También en la doctrina científica hace muchos años que se ha puesto de manifiesto que la consideración del acoso sexual en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.2.e) comprendía tanto el sentido objetivo como el subjetivo de las ofensas de forma alternativa. Por todos, *vid.* J.A. ALTÉS TÁRREGA, *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 118-120.

⁴⁴ TSJ Cataluña 26-02-2016 (AS 2015/1130) al valorar un comportamiento, que el acosador en su recurso calificaba de «afecto y protección» pero que era percibido de manera bien diferente por la trabajadora, recordando que los hechos probados entraban dentro de la definición de acoso sexual del art. 7 de la LO 3/2007 por el efecto provocado (destacado en negrita en la propia sentencia), totalmente explicable si se valora la conducta del empresario, ya que no entra dentro de los cánones

A modo de síntesis de la interpretación debida: «no es necesario acreditar, cuando el acercamiento sexual es objetivamente ofensivo, una negativa de la víctima para la constitución del ilícito, sin perjuicio, naturalmente, de que, si la víctima consiente expresamente o ha realizado actos inequívocos de consentimiento, desaparezca la ofensividad, aunque entonces es el agresor quien deberá de acreditar la causa de justificación. No supone lo anterior que los actos no ofensivos en sentido objetivo no puedan constituir acoso sexual o por razón de sexo. Pero entonces sería necesario, para la constitución del ilícito, que mediase una negativa expresa o inequívoca de la víctima, que convertiría la reiteración en hostigamiento» (TSJ Galicia 17-10-2014, AS 2014/3282). El carácter «no deseado» del comportamiento – que está en los conceptos de la Directiva⁴⁵– no se recoge en los conceptos legales establecidos por la Ley Orgánica 3/2007 y, en esa medida, preocupa que los estudios de convenios colectivos todavía muestren su insatisfacción por encontrarse esta adición restrictiva en cuanto a la definición de acoso sexual⁴⁶.

En cuanto a la especial valoración que merece la declaración de la víctima del acoso, hasta el punto de que ha sido calificada como «La prueba reina en los Juicios de acoso sexual»⁴⁷, es ilustrativa la síntesis de los requisitos que debe cumplir que ofrece el citado Criterio Técnico 62/2009, sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

habituales de nuestra cultura ni tiene por qué ser asumible que la trabajadora haya de soportar el trato que se describió.

⁴⁵ Sobre el devenir de la noción de acoso sexual en el trabajo en la normativa comunitaria europea, hasta llegar al concepto introducido por la Directiva 2002/73/CE, *vid.* F. DE VICENTE PACHÉS: «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 67, págs. 105-118.

⁴⁶ Comenta lo insatisfactorio de algunos resultados de la muestra analizada, por la razón arriba expresada, J.F. LOUSADA AROCHENA, «Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión», *Aequalitas*, nº 36, 2015, pág. 20.

⁴⁷ J.F. LOUSADA AROCHENA, «La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral», *Cuadernos de derecho judicial*, nº 7, 2005, pág. 350.

en materia de acoso y violencia en el trabajo (pág. 6), a partir de la jurisprudencia sentada por nuestros tribunales. El primero es la ausencia de incredibilidad subjetiva. Su testimonio resultará creíble siempre que de las relaciones acosador/acosada no pueda deducirse un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento u otro interés; por el contrario, la incredibilidad subjetiva privaría a la declaración de la víctima de certidumbre. El segundo requisito es la verosimilitud, que se afirmarí con la existencia de corroboraciones periféricas. Como explica, entre otras, la STS, Sala 2ª, de 22-10-2015 (RJ 2015/4970) la coherencia externa de la declaración se deducirá de esas corroboraciones, que no solo pueden ser testificales, sino también datos como probadas lesiones o secuelas psíquicas. Y, en fin, se requerirá normalmente una persistencia en la incriminación; esto, es, que sea prolongada en el tiempo, plural sin ambigüedades ni contradicciones. Ello será especialmente importante cuando la declaración de la víctima sea la única prueba contra la negativa del acusado. Muestra de la complejidad para aportar un panorama indiciario suficiente, es que, en alguna ocasión, en la vía social la víctima no obtuvo reparación hasta que, dictada sentencia en vía penal apreciando el acoso, el Tribunal Supremo, Sala 4ª, permitió la aportación de ese documento al recurso como hecho nuevo (TS 9-05-2011, RJ 2011/4751)⁴⁸.

⁴⁸ Argumenta el Tribunal Supremo (f.j. 3ª) la modificación de la relación de probanza en virtud de que la incorporación de la sentencia penal firme (en la que se condenó al representante de la empresa como autor de un delito de agresión sexual), supone la adición de un hecho nuevo de influencia decisiva en la resolución del litigio en sede social, pues se trata de una declaración jurisdiccional firme, dictada con la conformidad del acusado, estableciendo como existentes unos hechos y una conducta del representante de la empresa que se califica de delictiva (agresión sexual), circunstancia ésta que no puede ser ignorada por el Tribunal, Y, por ello, esa transformación procesal implica la existencia de algo más que meras sospechas sobre la comisión del ilícito penal denunciado, pues precisamente la tramitación de aquel tipo de procedimiento requiere la constatación de sólidos elementos indicativos de actuación delictiva, impresión que se refuerza a la vista del informe forense, así como de los informes médicos aportados. La Juzgadora de Instancia había considerado que no era verosímil que, según los

En definitiva, concurriendo los tres requisitos comentados en el comportamiento denunciado, estaremos en presencia de una forma de violencia contra la mujer en el trabajo que es constitutiva de acoso y, como tal, va a proporcionarle diferentes tipos de tutela jurídica. Y lo será con independencia del móvil o intencionalidad que tuviera el sujeto ofensor, que resulta indiferente para el derecho. Para la norma laboral y su interpretación, lo relevante para la aplicación de los mecanismos de protección de la víctima y garantía de sus derechos es lo que esta percibe, siendo irrelevante lo que el acosador aprecie con relación a su conducta. Más aún, podría entenderse que «si la norma se esfuerza en erradicar cualquier rastro de violencia sexual o sexista no tendría sentido valorar si el sujeto afectado consiente o no la violación de sus derechos⁴⁹».

2.2. Elementos específicos del acoso sexual

Para calificar la conducta como uno de los tipos de acoso, sea sexual o por razón de sexo, deberá considerarse si concurren en el comportamiento valorado notas características de uno u otro, que habrían de sumarse a los elementos comunes antes comentados.

Así, un elemento definitorio específico del acoso sexual es que se trata de un comporta-

hechos alegados por la trabajadora (auxiliar de limpieza en un pequeño hotel), el episodio de acoso sexual denunciado tuviera una duración de 35 minutos; que habiendo opuesto resistencia no presentase después el más mínimo rasguño; que no era coherente con su relato de los hechos del que se deducía que no se trataba de una simple insinuación o gesto de contenido sexual, sino de abusos sexuales tales como tocamientos libidinoso en pechos y nalgas, intentando desvestirla, que hubiera acudido al trabajo los dos días siguientes; y sobre todo que situara los hechos denunciados un día en que se encontraba estropeada la máquina que estaría utilizando para trabajar en el sótano en el que supuestamente había tenido lugar el acoso.

⁴⁹ En este sentido, *vid.* A.M. OLMO GASCÓN: «La tutela frente al acoso sexista en el trabajo», en ZURILLA CARIÑANA, Mª. A. y P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (Coord.), *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Septem ediciones, Oviedo, 2011, págs. 195-196.

miento que tiene el propósito de acercamiento sexual a la trabajadora o bien el efecto de atentar contra su libertad sexual. En la célebre Sentencia 224/1999 el Tribunal Constitucional señaló que el carácter del acoso sexual se equiparaba con la libidinosidad, o finalidad de realizar actos carnales. Más ampliamente, como señala la ley, es la naturaleza sexual de la conducta la que lo distingue del acoso por razón de sexo, sin perjuicio de que en ocasiones puedan ir entrelazados en la práctica, por responder a un mismo ánimo discriminatorio. Como acertadamente ha puesto de relieve la doctrina, junto al deseo de satisfacción carnal o de carácter libidinoso, existe también en el acoso sexual la finalidad de dominio, de reafirmar o imponer el poder que el varón entiende ostentar sobre la mujer, siendo manifestación de un estereotipo social de entendimiento de la sexualidad⁵⁰. Esta se hace patente en el acoso de intercambio, o acoso *quid pro quo*, al que alude el apartado 4 del artículo 7 Ley Orgánica 3/2007 cuando señala que «El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo». Así, cuando el agresor había utilizado su superior posición laboral como chantaje sexual, en tanto en cuanto condicionó la permanencia de la recurrente en su puesto de trabajo o las posibilidades de progreso laboral a la aceptación de sus requerimientos sexuales (STC 250/2007 de 17 diciembre)

Como reconoce el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007, puede constituir acoso sexual tanto un comportamiento verbal como uno físico, y los supuestos que encajan en el concepto son tan variados que de ahí que se haya calificado como una conducta polimórfica, siendo la distinción básica la establecida entre el acoso *quid pro quo* o chantaje sexual, que podría ser incluso implícito o tácito y el acoso ambiental⁵¹.

⁵⁰ Vid. PÉREZ DEL RÍO, «La violencia de género en el trabajo...», *loc. cit.*, pág. 185.

⁵¹ Vid. LOUSADA AROCHENA, «La prueba de la discriminación y del acoso sexual...», *loc. cit.*, págs. 348-349. Como este autor

En la doctrina se ha realizado una distinción muy útil entre cuatro tipos de conductas en función de la gravedad e intensidad de la acción⁵²: a) Las bromas o chistes sobre sexo, abuso del lenguaje, comentarios sexuales sobre la apariencia el aspecto o con observaciones desagradables; b) Las invitaciones impúdicas o comprometedoras o uso de material pornográfico en el centro de trabajo; c) El contacto físico de carácter sexual, acompañado o no de comentarios y gestos ofensivos; d) La agresión física con empleo de fuerza o intimidación; y e) El requerimiento de favores sexuales, acompañado de promesas explícitas o implícitas de trato preferencial o de amenazas en caso de no acceder a dicho requerimiento. Sin duda esta clasificación permitirá fijar, en particular a efectos disciplinarios, la gravedad de la sanción que podría llegar a imponerse al acosador, respetando el principio de proporcionalidad. Al modo en que el Código Penal el tipo básico del acoso sexual es el denominado acoso ambiental, en tanto que el realizado con abuso de superioridad –típico en el acoso de intercambio– es considerado como un subtipo agravado (STS, Sala 2ª, 22-10-2015, RJ 2015/4970).

Con el ánimo de acercarnos a la cruda realidad laboral a la que se enfrentan algunas mujeres, dureza muchas minimizada, esa categorización puede ser más elocuente si se acompaña de la referencia a situaciones de acoso sexual mediante hechos que han sido considerados probados por la jurisdicción social. Empleo de la fuerza física se produjo, por ejemplo, en un caso en el que la demandante denunció haber sido objeto de abusos sexuales y tocamientos libidinosos en el cuarto de

manifiesta «El chantaje sexual implícito, indirecto o tácito se produce cuando el trabajador nunca ha sido solicitado o requerido sexualmente, pero otros trabajadores de su mismo sexo, en idénticas circunstancias profesionales, ascienden de categoría, mejoran sus salarios o reciben otros beneficios por aceptar las condiciones de un chantaje sexual, lo que incita implícita, indirecta o tácitamente a su aceptación por parte del/ de la trabajador/a».

⁵² I. SERRANO BUTRAGUEÑO, «El acoso sexual», *Revista Tapia*, 1995, pág. 20.

planchado que existía en un sótano, en un incidente que duraría unos 35 minutos (STS 9-05-2011, RJ 2011/4751). En otro, hubo una conducta continuada de comentarios, proposiciones explícitas de relaciones sexuales y episodios de abrazos y apremios por parte del encargado desde la contratación de la víctima de acoso (STS 4-06-2012, RJ 2012/6695). La conducta con tendencia libidinosa existe también cuando ha habido tocamientos ocasionales y comentarios verbales de tal naturaleza (STC 224/199). O cuando el trabajador se aproximó por la espalda a la trabajadora y, en presencia de varios compañeros y compañeras, le cogió los pantalones bajándoselos a la altura de la rodilla, al tiempo que realizaba comentarios del tipo: «lo fácil que se lo pones a tu novio», o sobre «la huchita» de la trabajadora, en referencia a la parte del cuerpo que había quedado al descubierto, por más que luego aquel manifestase que se había tratado de una broma (STS 22-12-2016, RJ 2016/6511). A los tocamientos y comentarios de contenido sexual, pueden sumarse otros de tipo personal sobre la situación del acosador y la acosada con sus respectivas parejas (STS 3-10-2007, RJ 2007/9295)⁵³.

⁵³ En los antecedentes de hecho de esta sentencia, en la que se desestima el recurso de unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ Madrid de 31-10-2005 (AS 2006, 725), se relata el martirio psicológico que hubo de soportar la trabajadora. Cuando coincidía en sus turnos con el acosador este le dirigía primero comentarios más «inofensivos» tales como «que guapa estás hoy» o «que servía para más». La actora, que todavía se encontraba bien de ánimo, no le dio mayor importancia. Con el transcurso del tiempo esos comentarios fueron a más, y consistían en expresiones como «que pelo más bonito tienes», «me encantan las mujeres con pelo largo», «suéltate el pelo» (lo llevaba recogido para trabajar), y que «le ponía cachondo». Seguí sin hacerle caso y le contestaba diciéndole que le dejase trabajar. Pero él seguía con sus comentarios («que buena estás», «eres muy guapa»), por lo que ella decidió acudir al trabajo sin maquillar. Eso llevó a que él le dijese que «como estaba cansada, lo que necesitaba era un buen polvo y que él se ofrecía». Para los comentarios, aprovechaba las ocasiones en que la trabajadora se encontraba a solas. Agregó, además, otra serie de preguntas de carácter personal como ¿cuándo te renuevan el contrato?, o «¿que tal te va con tu pareja?», manifestando que «sentía una atracción física y que estaba enamorado» de ella, llegando incluso a decirle «¿has engañado a tu pareja?», sugiriéndole que «eso iba muy bien» y que él «engañaba a su mujer».

El acoso sexual, en fin, no requiere contacto físico, sino que puede producirse por la realización por parte del trabajador de actos de exhibicionismo ante la acosada, así como posesión indebida por aquél de objetos íntimos de ésta (STS 13-10-1989, RJ 1612). Tampoco forma parte de una conducta de respeto normal, ni natural, ni tolerable, ni puede ser percibido como no agresivo o discriminatorio el comentario sobre la vestimenta, el acariciar los cabellos o los comentarios sobre la situación íntima de la pareja. Es perfectamente explicable que esa conducta, proviniendo además de un superior jerárquico, se perciba como acosadora y ocasione no solo molestias, tensiones, estrés y ansiedad, sino que se perciba también como un trato realmente intimidador, hostil, degradante, humillante y ofensivo (STSJ Cataluña 26-02-2015, AS 2015/1130). Y, «es un sarcasmo calificar de broma una conducta reiterada, consistente en que cuando se incorporan trabajadoras jóvenes a la empresa, en la unidad de día, el recurrente, junto a más trabajadores, las obligan a realizar conductas humillantes y de carácter sexual, en presencia de los alumnos», que consistía en que las trabajadoras se sometieran a la denominada «prueba del plátano» (STSJ Andalucía/Sevilla 06-07-2017, JUR 2017\244268)⁵⁴.

También le dijo que él «le podría llevar flores todos los días», que «iba a ser la reina de la fábrica» y que «cambiase de pareja». Al menos en dos ocasiones intentó abrazarla y besarla la actora. La segunda de esas ocasiones tuvo lugar durante el turno de noche, cuando la actora se encontraba sola en el servicio de caballeros de las oficinas y agachada limpiando, abrazándole a su acosador y dándole un beso en el cuello; al darse la vuelta él le intentó dar un beso en la boca.

⁵⁴ Este caso nos parece singularmente ilustrativo de la violencia de género presente en algunos entornos laborales, en que las mujeres se ven, como colectivo, denigradas sistemáticamente. Según se relata en hechos probados, la prueba consistía en que las trabajadoras se sometieran a una prueba de contenido y representación sexual como era pelar un plátano, metérselo en la boca y darle un mordisco delante de otros trabajadores del centro de trabajo. Como la trabajadora no se sometió a los requerimientos de dos compañeros en ese sentido, cada vez que se incorporaba a su puesto de trabajo le cantaban una canción con la letra «el único fruto del amor es la banana» y cuando pasaban a su lado intentaban rozarse con ella e incluso le daban golpecitos en el hombro o golpecitos por detrás cuando pasaban con un carro. Ante estos contactos ella

Por último, una relevante diferencia entre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo es que para que exista el primero no se requiere que el agresor persista en la conducta, pues un solo hecho puede revestir gravedad suficiente como para tener aquella consideración. Son muchas las sentencias que, recordando la doctrina de la STC 224/1999 señalan que en la valoración del conjunto de las circunstancias concurrentes ha de tenerse en cuenta, entre otras, la reiteración, pero también a «la intensidad de la conducta». Suficiente cuando la realidad nos enfrenta a situaciones tan execrables como cuando el acosador «era superior jerárquico de la trabajadora, y le pidió de forma insólita que se dejara efectuar fotografías, para lo que primero le pidió que se quitara la chaqueta, luego que se sentara cruzando las piernas y finalmente que se colocara en la posición en que mejor se viera el escote, después de efectuar diversos comentarios sobre sus caderas y pechos». Como bien señaló el Tribunal juzgador «tales sorprendentes requerimientos en una actividad laboral de carácter comercial son de un tono sexista evidente, de carácter objetivamente ofensivo que rebaja a la compañera de trabajo a un nivel de objeto, en que el trabajador pretende prevalecerse de una posición jerárquica con posibilidad por tanto de afectar a la carrera profesional de la trabajadora, mediante requerimientos por completo violadores de la dignidad, al rebajar a la trabajadora al nivel de objeto prevalentemente sexual, y por tanto con trato degradante e

se volvía mostrando su enfado y estos trabajadores le manifestaban justificando este trato «como aún no formas parte de la unidad». Un día, encontrándose la trabajadora con sus 9 alumnos dentro del aula, abrieron la puerta de la misma, portando el primero un plátano en la mano y quedándose en el quicio de la puerta parados y sonriendo. Una vez que el actor ha pelado completamente el plátano, comenzó a balancearlo hacia adelante y atrás, y ambos se dirigen a la compañera diciéndole «venga, ven que te tiene que comer el plátano». La trabajadora se negó constantemente, por lo que ellos le amenazaron con llamar a otros compañeros y así lo hicieron. Al ver la situación, intento salir del aula y se lo impidieron por lo que, desesperada, terminó por darle un mordisco al plátano, y les gritó «iros de aquí ya está».

indeseado, ya que la trabajadora no recibió de buen grado la situación, sino que sufrió el ambiente hostil y degradante que fue colocada» (STSJ Cataluña Sentencia 29-01-2016, AS 2016\605).

2.3. Particularidades del acoso por razón de sexo. También, por asociación

El acoso por razón de sexo es una especie del acoso moral o laboral en sentido genérico, cualificada por su propósito o efecto discriminatorio. La mujer víctima de ese acoso padece un estrés laboral que depende de las relaciones interpersonales, no del propio trabajo. Revisemos a continuación los elementos específicos que caracterizan este tipo de acoso.

El primero de ellos, compartido con el tipo genérico de acoso moral, es la sistematicidad y reiteración del comportamiento hacia la persona acosada. Acosar significa, en definitiva, perseguir sin dar tregua ni reposo. Puede haber ataques puntuales, a la dignidad, sin que haya *mobbing* (STSJ Cataluña 11-06-2003, AS 2003\2516). Se ha determinado «como un tipo de situación comunicativa que amenaza infligir al individuo perjuicios psíquicos y físicos, configurada como un proceso que se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos, debiendo situarse el criterio definitorio en la intensidad y repetición sistemática de la agresión»⁵⁵. Por consiguiente, a diferencia de lo anteriormente indicado respecto del acoso sexual, en principio, para calificar una conducta como acoso por razón de sexo no basta una actuación esporádica, por muy agresiva que resulte.

⁵⁵ STSJ Andalucía/Granada 7-04-2016, AS 2016/1151. Similares términos se recogen, entre otras, en STSJ Andalucía/Sevilla 19-12-2002, AS 2003/3216, 19-4-2004, AS 2004\2057 y STSJ Madrid 14-03-2006, JUR 2006\154080).

En principio, la NTP 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo⁵⁶, siguiendo a Leymann, se refirió, para el acoso moral en sentido genérico, a una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática, al menos una vez por semana, durante un tiempo prolongado, por más de seis meses. No obstante, el requisito se ha relajado en la doctrina de suplicación, no solo porque se ha reducido el tiempo exigido, fijándose más bien en que varias acciones hostiles se sucedan y reiteren en un período muy corto, sino porque incluso se ha llegado a afirmar que «el período durante el que se produjera el acoso lo estimamos anodino a los efectos de la consideración como existente o no de tal acoso, pues como indicamos antes la intensidad cualitativa y cuantitativa de las actividades ordenadas a la actora serían suficientes para estimar producido el acoso» (STSJ C. Valenciana 13-06-2006, AS 2006\3355).

El segundo elemento específico del acoso moral por razón de sexo es el propósito o efecto del comportamiento, que ya no es de naturaleza sexual, sino profesional, al que se añadiría un móvil discriminatorio, pues ha sido «realizado en función del sexo de una persona» (art. 7.2 Ley Orgánica 3/2007). Lo que el acosador pretende o consigue es fortalecer su posición o la de otros (sus compañeros varones) respecto de la mujer víctima, haciéndola aparecer de peor condición a la que naturalmente le correspondería por sus funciones y por sus capacidades.

En primer lugar, hay que recordar que no constituye acoso moral el mero ejercicio abusivo o arbitrario de facultades empresariales, o una relación laboral conflictiva. Como bien se ha señalado en suplicación «No puede, en este orden de cosas, confundirse el acoso moral con los conflictos, enfrentamientos y des-

entendidos laborales en el seno de la empresa por defender los sujetos de la relación laboral intereses contrapuestos. (...) Tampoco el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional, propio de la tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, la precariedad del empleo y la falta de estabilidad laboral, debe confundirse con el acoso moral, caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado. Ni siquiera, con todo lo repudiable que pueda ser, manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral» (STSJ Madrid 7-11-2006, AS 2007/169)⁵⁷. La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Guía Explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el Trabajo –que acompaña al ya mencionado Criterio Técnico 62/2009– relaciona ocho conductas que no son acoso moral, sin perjuicio de que puedan ser constitutivas de otras infracciones: las modificaciones de condiciones de trabajo sin causa o sin seguir el procedimiento legal; los actos puntuales discriminatorios; las presiones para aumentar la jornada o realizar determinados trabajos; las conductas despóticas dirigidas indiscriminadamente a varios trabajadores; los conflictos durante huelgas o protestas; las ofensas puntuales y sucesivas dirigidas por varios sujetos sin coordinación; las amonestaciones sin descalificar por no realizar bien el trabajo; ni, finalmente, los conflictos personales y sindicales. Si no son acoso moral, obviamente tampoco constituirán acoso por razón de sexo cuando se dirigen a la mujer trabajadora.

⁵⁶ «El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing» (actualizada por la NTP 854), 1998. [Disponible en http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_476.pdf]

⁵⁷ Sobre las sentencias en que no se aprecia acoso moral, sino ejercicio arbitrario del poder de dirección, *vid.* G. FABREGAT MONFORT, La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa, Editorial Bomarzo, Albacete, págs. 29-30.

Como ha señalado la STSJ Madrid 7-11-2006 (AS 2007/169), «El añadir al acoso el calificativo de moral viene a incidir en que el acoso persigue conseguir el desmoronamiento íntimo y psicológico de la persona. Cuando en la condición humana predominan los instintos, sin control por la razón, la perversión del hombre es capaz de generar los más abominables sufrimientos. Se ha demostrado que hay ámbitos profesionales, especialmente propicios para el nacimiento y desarrollo de este fenómeno, como son el de la Administración Pública y el de la Enseñanza, en los que rigen, preponderantemente, principios de jerarquía, de rigurosa reglamentación y de acusado conservadurismo. En el fondo laten en el acosador instintos y sentimientos de envidia, de frustración, de exacerbado egoísmo, de celos, de miedo, de rivalidad y, muy particularmente, de narcisismo. Y ello, puede generar graves problemas de convivencia y producir lesiones psíquicas en la persona del acosado deteriorando la normal integración en el seno de la empresa conducente a un absentismo laboral por baja médica que trastorna el normal desarrollo del trabajo y la consiguiente carga para las arcas de la Seguridad Social. Y tales efectos, pueden llegar a trastocar el entorno familiar, laboral y social del acosado».

Pues, bien, si en los términos reproducidos de la sentencia mencionada en el párrafo anterior se describe con acertada dureza el ambiente y los sentimientos que están en la base de la conducta de acoso moral, cuando la víctima es una mujer esa jerarquía, conservadurismo y rivalidad que la propician tienen matices de género. El comportamiento del acosador puede ser misógino, al manifestar con sus palabras, gestos y comportamientos su desprecio hacia la mujer y la desconfianza en sus capacidades, o bien puede ser sexista, pretendiendo colocar a la víctima en el lugar que, según sus concepciones, le corresponde por naturaleza a la mujer⁵⁸. Muestran, en definitiva, las creencias del agresor sobre el papel secundario que

debiera ocupar la mujer en la sociedad y en el trabajo, afirmando los roles tradicionales de género, que, desde luego, no son conformes con nuestros principios y valores constitucionales, en particular con el derecho a una igualdad real y efectiva.

En cuanto a las conductas que realiza el acosador realiza una síntesis que las describe perfectamente la STSJ Andalucía/Granada de 7 de abril de 2016 (AS 2016/1151, f.j.3º): «primero de debilitar y, posteriormente, destruir a la víctima, cabe destacar tanto acciones dirigidas a manipular la comunicación para impedir que la víctima pueda mantener relaciones normalizadas con otros sujetos, incluido el propio agresor, no dirigiéndole la palabra, o a través de insultos, humillaciones, burlas y descalificaciones, en fin, acciones tendentes a mostrar desprecio con sus gestos y comportamientos, como actos destinados a lograr el aislamiento de la víctima que objetivamente imponen un sistemático aislamiento físico y psíquico de los trabajadores del resto de la empresa por un período de tiempo, como, en tercer lugar, mecanismos llamados a obstaculizar la actividad profesional de la víctima, con el objeto de dificultar el desempeño de su trabajo, encomendándoles tareas de excesiva dificultad o trabajo en exceso con inevitable disminución de rendimiento y de pluses retributivos no fijos, encargándosele trabajos humillantes o inferiores a los propios de la cualificación y competencia del trabajador. Y, en cuarto lugar, actuaciones orientadas a destruir la reputación laboral o personal, mediante el descrédito, para lo cual, habitualmente se recurre a la puesta en circulación de rumores, conductas de iniquidad, prácticas destinadas a fomentar el continuo enfrentamiento entre empleados».

No es fácil encontrar sentencias en las que el Tribunal haya calificado expresamente la conducta como «acoso por razón de sexo», aunque existe alguna muy reciente⁵⁹. Pero,

⁵⁸ Como bien ha distinguido, PÉREZ DEL RÍO, «La violencia de género en el trabajo...», *loc. cit.*, págs. 184-185.

⁵⁹ Así, señaló la STSJ 18-01-2018 (AS 2018\1929), manifestando que «No cabe duda de que esta conducta de con-

sin duda debieran calificarse en la actualidad como tal aquellos supuestos de acoso moral que obedecen al ejercicio por la trabajadora de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sorprende ver que los tribunales, vigente ya la Ley 3/2007, en lugar de referirse a ellos con aquel término legal los conceptúan simplemente como «acoso moral» al que califican de discriminatorio. O, recientemente, como «acoso moral laboral en relación con el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar» (STSJ Galicia 22-05-2017, AS 1034). Incluso no es infrecuente que se califique como trato discriminatorio situaciones que pudieran considerarse de acoso, dado el perfil procesalmente más objetivo del trato discriminatorio⁶⁰.

Tras estos comportamientos subyace, o incluso se verbaliza, la consideración de las mujeres como mano de obra más cara y menos productiva por su condición de madres y cuidadoras de otros parientes. El rol de cuidadoras de las mujeres, el mayoritario ejercicio por su parte de los derechos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral las convierte en víctimas potenciales de conductas de acoso. Así lo han entendido también los tribunales, que ya han determinado que existe acoso moral, calificable como por razón de sexo, cuando tras solicitar la trabajadora la reducción de jornada para el cuidado de menor, le impone la empresa un cambio de horario bajo amenaza de relevación de su puesto de encargada, compeliendo a la empleada a solicitar excedencia voluntaria, y luego menospreciándola tras su reincorporación (STSJ Cantabria de 14-06-2013, AS 2013\3093). Lo hay cuando, tras causar

baja por maternidad y, después incapacidad temporal por depresión, la reubican no en su puesto en las oficinas, sino en el almacén de la nave, en la que se instala una mesa situada a un metro aproximadamente del portón de entrada de mercancías y orientada al interior, sin nada que hacer, y como único material se le da un lapicero y una agenda (STSJ Galicia 7-12-2010, AS 2011\148). También, en el caso de la mujer que, tras un despido disciplinario conciliado en atención a la situación de embarazada, una vez reincorporada y solicitando la reducción de jornada por cuidado de hijo es objeto de una extinción por supuestas causas objetivas económicas (STSJ Madrid 4-04-2014, AS 2014\1236).

Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha considerado también que hubo acoso en un caso en el que se produjo un trato recriminatorio y persecutorio por parte de los superiores a la trabajadora tras la solicitud por su parte de la reducción de la jornada para el cuidado de un menor discapacitado (STSJ Andalucía/Granada 25-01-2018, AS 2018\1513). Como consecuencia del ejercicio de ese derecho, sufre la encomienda de trabajos y funciones de inferior categoría, extralimitación de su jornada laboral y que se la mantiene en el centro (que se procederá a su cierre), mientras que al resto de los trabajadores se los había trasladado a otra tienda. Este acoso discriminatorio por razón de sexo lo es, además, por razón de discapacidad –doble discriminación, en definitiva– si tenemos en cuenta la interpretación extensiva que realizó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 17 de julio de 2008 (Coleman, C-303-06) del ámbito subjetivo de la protección frente a la discriminación por discapacidad en lo que ha dado por conocerse como «discriminación por asociación». Concepto este que ya recoge en el ordenamiento jurídico español el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Esta ley establece que «existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discrimi-

tinuas llamadas telefónicas (de 30 a 40 en un mismo turno) durante un año entero constituye un comportamiento continuado y repetitivo de acoso (...) a través de unas expresiones verbales y unos requerimientos formulados por el recurrente hacia la persona que era el sujeto pasivo de las mismas, exclusivamente por su condición de mujer, con lo que su modo de actuar ha de calificarse propiamente como acoso por razón de sexo a otra persona que trabaja en la empresa».

⁶⁰ Como ya puso de manifiesto, URRUTIKOETXEA BARRUTIA, «La prevención de la violencia de género...», *loc. cit.*, pág. 159.

natorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad» (art. 2.e).

Pues bien, es interesante que se avance en la protección de la mujer frente a la discriminación y, en particular, frente al acoso, incorporando esa noción de «discriminación por asociación» a la realizada por razón de sexo. Como un relevante autor señaló al comentar la sentencia Coleman, el trato discriminatorio puede manifestarse abiertamente o, de un modo más sutil y encubierto, sobre personas vinculadas a otras que tienen esas características⁶¹. Y ello ocurre en ocasiones también cuando el acoso/discriminación a la mujer se prolonga a través del hombre con el que aquella mantiene una relación de pareja. Así lo ha entendido ya una sentencia pionera, la STSJ Galicia 13-04-2018 (JUR 2018/183889), que estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en autos promovidos por aquel frente a la empresa por acoso por asociación respecto al derecho de su esposa a no sufrir discriminación por razón de sexo y por acoso moral vulnerador de la integridad moral.

Llama la atención el Tribunal en la resolución mencionada que «a la vista de los hechos declarados probados, la situación laboral del trabajador recurrente no se explica en atención a su persona, sino que se explica en atención a la relación conyugal con su esposa y en atención a que esta ha estado sometida a un acoso sexual que no fue prevenido por la empresa. Se trata de una conexión (...) que no es en absoluto baladí en el análisis jurídico en cuanto si valoramos la situación laboral del trabajador recurrente aisladamente de la situación laboral de la esposa podemos llegar a conclusiones erróneas». Entiende que concurren las exigencias establecidas para apreciar la existencia de un acoso discriminatorio: en el caso desde la jefatura de personal se llama-

ba al demandante para preguntarle si sabía algo sobre cómo iba la denuncia interpuesta por su mujer, se le reprocha que no la haya parado, se le manifiesta preocupación por el mal ambiente y los problemas del departamento donde ella trabajaba, o se interesan por la situación personal con su esposa. En conclusión, el Tribunal Superior de Justicia señala que su situación «es catalogable como un acoso discriminatorio *per relationem*, por asociación, pues es acoso «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona (la esposa del recurrente) con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona (el recurrente) y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo», con mención tanto del artículo 2.1.c de la Directiva 2006/54, como del art. 7.2 de la LO 3/2007, y de la propia sentencia dictada por el TJUE en el caso Coleman.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Seguramente no era preciso, para analizar los elementos constitutivos de los conceptos de acoso, relatar con detalle los antecedentes de hecho de las sentencias examinadas. No obstante, en este estudio se ha realizado así en algunos casos de forma deliberada, con el propósito de resaltar hasta qué punto esos comportamientos son denigrantes, contrarios a nuestros principios y valores constitucionales, pero todavía están, sin embargo, presentes en el día a día de las trabajadoras que prestan servicios en muchas de nuestras empresas.

Terminamos, pues, como empezamos, poniendo de relieve que el acoso, la violencia de género sobre la trabajadora, no solo provoca un daño individual, a cada una de las víctimas. Es un daño colectivo, que afecta al estatus de las mujeres como grupo, a su entorno familiar, ya sea en su relación profesional –como en el caso que se acaba de comentar– o en su relación personal, a la sociedad en su conjunto. Es responsabilidad del empresario, sus representantes y personal de mando, garantizar que el clima la-

⁶¹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea», Relaciones Laborales, nº 2, 2008, pág. 92.

boral no sea de tolerancia hacia ese comportamiento. Que las quejas se tomen realmente en consideración, que no se perciba como arriesgado hacer una denuncia, ni declarar a favor de la víctima, que los acosadores sean efectivamente castigados. Y es, no solo un deber moral, sino también una obligación laboral que las trabajadoras y los trabajadores respeten los derechos fundamentales y contribuyan a erradicar en su empresa los riesgos psicosociales en general y el acoso en particular. Que no sean cómplices silentes del acosador, que actúen contra él también cuando no les afecta directamente, recordando en todo momento que la dignidad de la persona, la de la víctima y la propia, está por encima de cualquier otro bien o provecho.

Queremos, igualmente, afirmar que es necesario facilitar la importante labor que en esta materia está desarrollando la Inspección de Trabajo, como nuestros jueces y tribunales. Dotarles para ello de los recursos y los medios necesarios. En esta materia, como en otras, pero por la dimensión de este tema especialmente, es bueno que los juristas recibamos y nos procuremos la necesaria formación en disciplinas no jurídicas que nos permita conocer el impacto y valorar la realidad social que está detrás de los conceptos jurídicos para interpretarlos y aplicarlos de la manera más justa para todas las personas trabajadoras. En este sentido, celebramos noticias como que en «El Informe para un Pacto en materia de violencia de género» aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 28 de septiembre de 2017, así como el Informe de la Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, aprobado por el Pleno del Senado de 13 de septiembre de 2017, y posteriormente suscrito el día 27 de diciembre por Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Consejo General del Poder Judicial, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, todos ellos agentes esenciales en el desarrollo del Pacto, se haya acordado avanzar hacia una efectiva formación y especialización en violencia de género de los profesionales que trabajan este ámbito, por

ser un elemento clave para una adecuada respuesta judicial⁶².

BIBLIOGRAFIA

- ACALE SÁNCHEZ, María: «Aspectos penales del Pacto de Estado español contra la violencia de género de 2017», *Diritto Penale Contemporaneo* [Disponible en <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7538-acalesanchez118.pdf>]
- ACEVEDO, Doris, BIAGGIL, Yajaira y BORGES, Glanés: «Violencia de género en el trabajo: acoso sexual y hostigamiento laboral», *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, n° 32, 2009.
- ALONSO OLEA, Manuel y BARREIRO GONZÁLEZ, Germán: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1995.
- ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AMORÓS PUENTE, Celia: «Conceptualizar es politizar», en P. LAURENZO, Mª.L. MAQUEDA y A.Mª. RUBIO (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BERGER, Peter L. y KELLNER, Hansfried.: *La reinterpretación de la sociología: ensayo sobre el método y la vocación sociológicos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1985.
- BUSTOS RUBIO, Miguel: *El delito de acoso laboral: Exigencias europeas y análisis del tipo penal*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Extraordinario, n° 1, 2013.
- CABEZA PEREIRO, Jaime: «El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del Trabajo», en L. MELLA MÉNDEZ (Dir.), *violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, Madrid, 2012.

⁶² Dentro del apartado 5, dedicado al «Impulso de la formación que garantice la mejor respuesta asistencial», incluye medidas dirigidas a profundizar en la formación de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal. En concreto, la medida número 159 insta a una formación especializada más amplia en dichas materias tanto de los juzgados especializados en violencia de género, como también de los jueces y juezas de familia y de menores. La medida número 160 contiene un mandato de aumento de la capacitación judicial en «Derecho antidiscriminatorio, incluyendo la perspectiva de género y la transversalidad, en las oposiciones a judicatura, Escuela Judicial y formación continua anual impartida por el Consejo General del Poder Judicial, pasando esta materia a ser obligatoria y evaluable».

- CASTAÑO, Ana M., RUEDA RUIZ, Begoña, ALCEDO RODRÍGUEZ, Ángeles y GARCÍA-IZQUIERDO, Antonio L.: «La evaluación de los riesgos psicosociales en las organizaciones», en *Ergonomía y Psicología aplicada a la prevención de los riesgos laborales*, (GARCÍA-IZQUIERDO, A. ed.), Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2017.
- CIRILLO, Lidia: «Virtualidades pedagógicas del feminismo para la izquierda», *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 25, 2005.
- COBO BEDIA, Rosa: «El género en las ciencias sociales», *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005.
- FABREGAT MONFORT, Gemma: *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: «El acoso moral en el trabajo ¿Una nueva forma de discriminación?», *Revista de Derecho Social*, nº 19 (2002).
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- INSTITUTO DE LA MUJER, «La violencia ejercida contra las mujeres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 42.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral», *Cuadernos de derecho judicial*, nº 7, 2005.
- «Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión», *Aequalitas*, nº 36, 2015.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 08-02, 2006.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda y MIRANDA BOTO, José María: «Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: los protocolos antiacoso», en VELASCO PORTERO, María Teresa (Dir.), *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Artículo 4. Derechos laborales», en J.L. MONEREO (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.
- OLMO GASCÓN, Ana Marta: «La tutela frente al acoso sexista en el trabajo», en ZURILLA CARIÑANA, Mª.A. y P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (Coord.), *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Septem ediciones, Oviedo, 2011.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa: «La violencia de género en el trabajo: El acoso sexual y el acoso moral por razón de género», *Temas Laborales*, nº 91, 2007.
- REY GUANTER, Salvador del: «Acoso sexual y relación laboral», *Relaciones Laborales*, nº 3 y 4, 1993.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel: «Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2008.
- ROMEO DELGADO, Marina, SÁNCHEZ-TRIGUEROS, Carmen y POMARES CINTAS, Esther. «La violencia de género en el trabajo», en RIVAS VALLEJO, Mª. P, BARRIOS BAUDOR, G. y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- ROMERO RÓDENAS, María José: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio: «El acoso sexual», *Revista Tapia*, 1995.
- URRITIKOETXEA BARRUTIA, Mikel: «La prevención de la violencia de género en el trabajo: Análisis de la negociación colectiva del País Vasco», *Lan Harremanak*, nº 23, 2010-II.
- VICENTE PACHÉS, Fernando de: «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, nº 67, 2007.
- VON MÜNCH, Ingo: «La dignidad del hombre en derecho constitucional», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 5, 1982.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo ha sido realizar una revisión de los elementos que integran el concepto de acoso en el ordenamiento laboral español. Ese análisis crítico ha puesto de manifiesto la importante evolución que ha experimentado tal noción desde la doctrina fijada para el acoso sexual por el Tribunal Constitucional con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres hasta las más recientes interpretaciones judiciales sobre el alcance de las definiciones del acoso sexual y del acoso por razón de sexo fijadas por el artículo 7 de esa Ley.

Centrando el estudio en las conductas de acoso que tienen como víctima a la mujer trabajadora, la hipótesis de partida es que en el trasfondo de ambos tipos de comportamiento subyace la construcción social sobre las relaciones entre hombres y mujeres, por lo que para su cabal comprensión deben ser analizados como formas de la violencia de género. Para fundamentar esa hipótesis se han examinado determinadas reflexiones de especialistas en el Derecho Penal que, al estudiar el concepto de violencia de género fijado en la Ley Orgánica 1/2004 han manifestado las indeseables consecuencias que se seguirían de la reducción del problema de esa violencia a su entorno doméstico, con el riesgo de descalificar otras formas igualmente graves que se producen fuera de ese ámbito y que reclaman para su comprensión un enfoque teórico unitario. También se ha comparado lo restrictivo de aquel concepto con la multiplicidad de conductas que son expresión de la violencia ejercida contra la mujer por el hecho de serlo a las que se han referido, en diferentes disposiciones, tanto el Parlamento Europeo como Naciones Unidas, por lo que se ha decidido secundar a una corriente surgida en la doctrina laboralista y en los documentos elaborados por los agentes sociales que promueven la extensión de su alcance a las manifestaciones de esa violencia en el entorno laboral. Porque, en definitiva, todas las formas de violencia de género tienen en común el sometimiento de la mujer a un orden de valores que la degrada, la minusvalora e incluso intimida, con un efecto discriminatorio, en espacios todavía dominados por los varones.

Sin perder esa perspectiva de género en el análisis, se examinan los derechos de la mujer en riesgo, en particular a la integridad física y psíquica, poniendo de relieve, a partir del análisis de las diferentes resoluciones de la jurisdicción social, cómo para la legislación española el impacto negativo sobre la salud no constituye un elemento del concepto de acoso, pudiendo ser un comportamiento punible aunque aquella no sufra menoscabo por la menor vulnerabilidad de la concreta víctima, bastando para merecer sanción con que se produzca un atentado contra su dignidad. Sin embargo, la acreditación del daño, no solo el físico sino también el psicológico, será un importante medio de prueba, que actuará como decisiva «corroboración periférica» de la declaración de la víctima e incluirán a la conducta hostigadora, de pleno, en el ámbito de la violencia de género.

De nuevo basándose, principalmente, en un estudio de las sentencias de los tribunales del orden social de la jurisdicción, se ha puesto de relieve cuáles son los elementos comunes que pueden encontrarse en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, precisamente porque en ellos reside la necesidad de regularlos y combatirlos como manifestaciones que son de la violencia de género: la creación por el acosador de un entorno intimidatorio; la lesión a la dignidad con efecto discriminatorio y el carácter ofensivo del comportamiento. Prestando especial atención a la evolución de las interpretaciones sobre la concurrencia de este último elemento, en las que puede verse cómo, paulatinamente, por efecto de los conceptos fijados en la LO 3/2007, para determinar la antijuridicidad de la conducta ha perdido importancia el móvil o intencionalidad del sujeto ofensor y la ha cobrado el carácter indeseado que haya podido ser expresado por la víctima o deducido racionalmente de datos reveladores de su incomodidad y desagrado. Admitiéndose, incluso, que la no

deseabilidad admite un sentido objetivo, debiendo superar toda conducta un juicio de razonabilidad, de forma que, sin que la mujer haya mostrado su rechazo subjetivo, la propia sociedad las considere inapropiadas y fuera de la normalidad de unas relaciones laborales igualitarias.

Se analizan después los elementos específicos, primero del acoso sexual y luego del acoso por razón de sexo, apuntando los diferentes tipos de actos o expresiones que pueden calificarse como tal, desde las conductas de menor a las de mayor gravedad. Con el propósito de poner de relieve la dureza de las situaciones a las que se enfrentan muchas mujeres en su realidad laboral cotidiana, se ha considerado elocuente acompañar esa categorización de un examen circunstanciado de la abundante casuística que proporciona el estudio de los hechos probados ante la jurisdicción social. Esos elementos diferenciales son la reiteración y sistematicidad de la conducta, que solo se exige para el acoso por razón de sexo, y el propósito del comportamiento, que siendo en el primero de naturaleza sexual lo es en el segundo de carácter profesional, persiguiendo el acosador fortalecer su posición o la de otros, compañeros varones, respecto de la mujer víctima, a la que se hace aparecer de peor condición a la que correspondería por su funciones y capacidades.

En relación con el acoso por razón de sexo el examen de la doctrina de duplicación pone de manifiesto como el rol de cuidadoras de las mujeres, el mayoritario ejercicio por su parte de los derechos para la conciliación de la vida familiar y laboral las convierte en víctimas potenciales. Y no solo a ellas, sino que un nuevo avance en la protección frente al acoso ha sido la incorporación de la noción de «discriminación por asociación», generada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la discapacidad, a la realizada por razón de sexo. De modo que se ha entendido ya en una destacable sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que concurren las exigencias establecidas para apreciar la existencia de un acoso discriminatorio cuando la situación laboral que sufre el varón se explica en atención a la relación conyugal con la esposa que previamente ha denunciado un acoso sexual que no fue prevenido por la empresa. Lo que, finalmente, viene a confirmar que el acoso, la violencia de género sobre las trabajadoras, no solo provoca un daño individual a cada una de ellas, sino uno colectivo, que afecta al estatus de las mujeres como grupo, a su entorno familiar y a la sociedad en su conjunto.

Palabras clave: Violencia de género; acoso sexual; acoso por razón de sexo; discriminación; género.

ABSTRACT

The objective of this work has been to conduct a review of the elements that make up the concept of harassment in the Spanish labour law. This critical analysis has shown the important evolution that this notion has experienced since the doctrine established for sexual harassment by the Constitutional Court prior to the enactment of Organic Law 3/2007, of March 22, on the effective equality of women and men, to the most recent judicial interpretations on the scope of the definitions of sexual harassment and harassment related to the sex set by article 7 of that Law.

Focusing the study on the harassment behaviours that have as a victim the working woman, the initial hypothesis is that in the background of both types of behaviour lies the social construction on the relationships between men and women. So for its full understanding they must be analysed as forms of gender-based violence. In order to support this hypothesis, certain reflections of specialists in Criminal Law have been examined, who, when studying the concept of gender-based violence established by Organic Law 1/2004, have expressed the undesirable consequences that would follow from the reduction of the problem of this violence to their domestic environment. Specially the risk of disqualifying other equally serious violence forms that occur outside it and demand, for their understanding, a unitary theoretical approach. Also, a comparison has been made between the restrictive concept of Spanish law and the several conducts that are expression of gender based violence, as it has been taken in to account by the European Parliament and the United Nations in many documents. In consequence the article follows a stream, appeared in the labour law scholars and in documents of trade unions, that promote the extension of the concept to the violence manifestations in labour environment. In fact, all gender based violence types have in common the submission of women to a values order that degrades, undervalues and intimidates them, with a discriminatory effect, in fields still dominated by men.

Without losing that gender perspective in the analysis, the rights of women at risk, in particular physical and mental integrity, are examined, highlighting, from the analysis of the different resolutions of the social jurisdiction, how for the Spanish legislator the negative impact on health does not constitute an element of the concept of harassment, and a behaviour may be punishable even without it. An attack on woman dignity is enough to deserve a sanction. However, the proof of the damage, physical or psychological, will be an important evidence, which will act as a decisive «peripheral confirmation» of the victim's testimony and will include the whole harassing conduct in the scope of gender violence.

Based, mainly, on a study of the judgments of the Spanish social courts, it has been highlighted what are the common elements that can be found in sexual harassment and harassment related to the sex, precisely because that elements show the need to regulate and combat them as gender based violence manifestations: the creation by the harasser of an intimidating environment; the injury to dignity with a discriminatory effect and the offensive character of the behaviour.

In relation with this last element we show the existence of an evolution of the courts interpretation, in which can be seen how, gradually, by influence of the concepts established in Organic Law 3/2007, in order to determine the unlawfulness of the conduct, the intentionality of the stalker is less relevant than the undesired character that may have been expressed by the victim or deducted rationally from relevant data about her discomfort and displeasure. Even the non-desirability character of the conduct admits an objective sense, having to overcome all behaviour a «reasonability test», so that, without the woman having shown her subjective rejection, the society itself considers the situation inappropriate.

Then are analysed the specific elements, first of the sexual harassment and then of the harassment related to the sex, pointing out the different types of acts or expressions that can be qualified as such, from the minor behaviour to those of greater severity. In order

to highlight the harshness of the situations faced by many women in their daily work reality, it has been considered eloquent to accompany this categorization of a detailed examination of the abundant casuistry provided by the study of the proven facts of courts resolutions. These differential elements are the reiteration and systematic behaviour, which is only required for harassment because of sex, and the purpose of the behaviour, which is of sexual nature in the first, and of professional one in the second

In relation to harassment based on sex, the analysis of the jurisprudence shows how the role as carers of women, the exercise mainly by their part of the work-life balance rights makes them potential victims, and not only them. A new advance in the protection against harassment has been the incorporation of the notion of «discrimination by association», initially developed by the Court of Justice of the European Union on the subject of disability A remarkable sentence of the Superior Court of Justice of Galicia has established that discriminatory harassment exist too when the employment situation suffered by the male is explained in response to the marital relationship with the wife who previously reported a sexual harassment that was not prevented by the company. Which, finally, confirms that harassment and gender violence against women workers, not only causes individual damage to each of them, but also a collective one, which affects the status of women as a group, their family environment and society as a whole.

Keywords: Gender-based violence; sexual harassment; harassment related to the sex; discrimination; gender.

Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa

Gender wage gap and corporate social responsibility

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ*

1. LA DESIGUALDAD RETRIBUTIVA COMO PROBLEMA GLOBAL: ALCANCE E IMPLICACIONES

La discriminación contra la mujer es la más antigua y extendida, y presenta manifestaciones particulares en las relaciones de trabajo¹, un ámbito en el cual, debido a la existencia de roles culturales y prejuicios ideológicos, las circunstancias a que se enfrentan las mujeres hacen aún más difícil si cabe una efectiva igualdad de oportunidades. Se han distinguido tres planos en los que se manifiestan las diferencias de oportunidades en el mundo del trabajo para la mujer: «a) en el acceso al empleo, con serias desventajas incluso con altos niveles de formación de las mujeres; b) en las condiciones de permanencia en el mercado de trabajo, especialmente por seguir enfrentando las mujeres mayoritariamente las responsabilidades de hogar y familia y debido a la persistencia de brecha salarial por trabajo de igual valor; y c) la promoción profesional a puestos de es-

pecial responsabilidad o que requieren capacidades de liderazgo, lo que responde a sofisticados sistemas filtros de elección/exclusión de las mujeres o techo de cristal»².

Según el *Informe Mundial sobre la Brecha de Género de 2018*³, a nivel mundial la brecha de género se ha cerrado al 68%, igual que en 2017, ligeramente por debajo del 68,3% registrado en 2016 y del 68,1 % observado en 2015. Encabezan el índice del Global Gender Gap Islandia⁴, Noruega, Finlandia, Ruanda y Suecia. Por su parte, España ha avanzado cinco puestos en el ranking internacional, situándose en el lugar número 24 en el mundo, pero con importantes retrocesos en los indicadores socioeconómicos, especial-

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.

¹ VENTURA, L. (1984). *Il principio di eguaglianza nel Diritto del Lavoro*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1984, p. 214.

² RAMOS QUINTANA, M.I. (2017). «El futuro de las mujeres. El futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real», en Conferencia Internacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos, Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, pp 245-246, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf

³ Global Gender Gap Report 2017, disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf

⁴ Islandia ha cerrado casi el 88% de su brecha y ha sido el país con mayor igualdad de género en el mundo durante nueve años.

mente la brecha salarial⁵. Y es que a pesar de que el acceso generalizado de las mujeres al sistema educativo y la mejora de su cualificación se ha considerado uno de los principales logros en materia de igualdad de oportunidades⁶, aún existe segregación ocupacional horizontal y vertical en función del sexo y persisten igualmente injustificables disparidades de carácter retributivo⁷. Tal como indica la Iniciativa de la OIT-2018⁸ «ser mujer supone, en todo el mundo, un 30 por ciento menos de probabilidades de incorporarse a la fuerza de trabajo y, con frecuencia, trabajar en los últimos peldaños de la escala económica. Pocas mujeres han conseguido llegar a la cima del mundo empresarial. De los directores ejecutivos de las empresas incluidas en la lista de Fortune 500, sólo 32 son mujeres».

La igualdad de trato en el contrato de trabajo conlleva la prohibición al empresario de dar un trato diferenciado injustificado a los trabajadores, esto es, la prohibición de dis-

criminación ilícita de los mismos⁹. En lo que concierne al salario —y a la retribución— como condición de trabajo, y como derecho esencial de la persona trabajadora derivado de la relación laboral, debe ser disfrutado sin ningún tipo de discriminación, tampoco por razón de sexo ni de género¹⁰. No obstante, el derecho a la no discriminación retributiva no impone una igualdad de trato en sentido absoluto, admitiéndose las diferencias salariales siempre que no tengan un significado discriminatorio por razón de sexo¹¹.

La desigualdad de remuneración por razón de sexo es un problema persistente y universal¹². El perjuicio que sufren las mujeres en materia retributiva derivada de trabajo igual o de igual valor —y cuyo escenario más habitual en la actualidad se halla en el ámbito de las discriminaciones indirectas— posee una doble vertiente, pudiendo distinguirse supuestos en los que el motivo de discriminación retri-

⁵ Por su parte, Italia perdió un total de 32 posiciones, descendiendo al puesto 82 en un total de 144 países examinados. Europa occidental sigue siendo la región de mayor rendimiento en el Índice, con una brecha de género restante promedio del 25%. De los 20 países de la región cubiertos por el Índice, nueve han mejorado su puntaje general desde el año pasado, mientras que 11 lo han visto disminuir. La región alberga a cuatro de los cinco principales países del índice: Islandia (1), Noruega (2), Finlandia (3) y Suecia (5), destacando el progreso continuo de los países nórdicos para cerrar sus brechas de género en general. Los últimos puestos de la región son Grecia (78), Italia (82), Chipre (92) y Malta (93).

⁶ CES- ESPAÑA: *Informe 01/2011, Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, Madrid, pp. 75 y ss.; OCDE (2013). *Cerrando las brechas de género: es hora de actuar*, CIEDESS, pp. 202 y ss.

⁷ OCDE (2013). *Cerrando las brechas de género: es hora de actuar*, CIEDESS, pp. 224 y ss.; EUROFOUND (2016). «The gender employment gap: challenges and solutions», EUROFOUND (2016). «Work-life balance: creating solutions for everyone», EUROFOUND (2014). «Social partners and gender equality in Europe», y EUROFOUND (2014 y 2015). «Developments in working life in Europe: EurWORK annual review», así como la sexta encuesta europea sobre las condiciones de trabajo de 2016.

⁸ Memoria del Director General de la OIT (2018). «Iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo: Impulso en favor de la igualdad». Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, Informe I (B).

⁹ La noción de prohibición ilícita se encuentra integrada por dos elementos: la existencia de un trato diferenciado de un trabajador por el empresario en relación con otros compañeros de su empresa por razón de una circunstancia personal (edad, sexo, afiliación sindical, etc.); y la falta de justificación de dicho trato diferenciado. En este sentido, se establece que la discriminación prohibida consiste en la violación o desconocimiento de los derechos del trabajador reconocidos por el ordenamiento constitucional, por parte del empresario. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (2004). «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Caja Dureo, Salamanca, p.113.

¹⁰ LÖSCHNIGG, G. (2016). *Derecho austriaco del Trabajo desde una óptica europea del Derecho del Trabajo*, Andavira, Santiago de Compostela, p. 68.

¹¹ En este sentido, SSTC34/1984, 1/1998 y 197/2000. DURÁN LÓPEZ, F. (1992). *Jurisprudencia constitucional y derecho del trabajo*, MTSS, Madrid, pp. 57-58.

¹² Muchos estudios recientes confirman la relevancia de la persistente diferencia retributiva entre hombres y mujeres. BAGUELIN, O. (2007). *Male-female, Wage Gap and Vertical occupational segregation: the role of motivation for work and effort*, Centre d'étude de l'emploi, n. 92; ISFOL (2006). *Esiste un differenziale retributivo di genere in Italia? Il lavoro femminile tra discriminazioni e diritto alla parità di trattamento*, en European Foundation for the Improvement of Living and Working conditions, *The Gender Gap: Background Paper*; CHICHA, M-T., (2008). *A Comparative Analysis of Promoting Pay Equity: Models and Impacts*, ILO, Working Paper; ITUC Report, *The Global Gender Pay Gap*.

butiva es el sexo, y otros en los que la causa de discriminación es el género. La discriminación retributiva por razón de sexo, que se vincula a la condición innata e inamovible de la trabajadora como madre, comprende todas aquellas diferencias retributivas perjudiciales cuya razón de ser se encuentra estricta y exclusivamente relacionada con el embarazo¹³, la maternidad y la lactancia natural de la trabajadora¹⁴. Por su parte, en el trasfondo de discriminación retributiva por razón de género, subyacen determinadas concepciones asociadas a los estereotipos y roles de género en la sociedad. Nos encontramos así con diferencias retributivas—directas o indirectas— que evidencian la perpetuación del pensamiento patriarcal, provocando, en unos casos, una marcada diferencia entre trabajos «de hombres» y trabajos «de mujeres» que provoca una notoria segregación del mercado laboral. Estos supuestos, cuyo ejemplo más representativo son las dobles escalas salariales, conectan con la práctica tradicional de conceder menor valor a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres, como consecuencia de una «especie de devaluación de lo femenino»¹⁵. En otros casos, los más comunes, la discriminación retributiva por razón de género se manifiesta de manera indirecta puesto que los perjuicios retributivos que sufren las mujeres los provoca la asunción predominante por ellas de las tareas de cuidado en el ámbito familiar.

A pesar de que la igualdad retributiva se encuentra plenamente reconocida y garantizada normativamente¹⁶, siguen detectándose

importantes niveles de diferencias salariales y, en consecuencia, supuestos de discriminación retributiva por razón de sexo/género¹⁷. Según los pronósticos del Foro Económico Mundial no será hasta el año 2086 cuando se alcance la igualdad retributiva entre hombres y mujeres. Las desigualdades salariales entre hombres y mujeres a menudo se evalúan mediante un indicador denominado brecha de remuneración entre hombres y mujeres que mide la diferencia entre los ingresos medios de mujeres y hombres como porcentaje de los ingresos de los hombres y puede hacer referencia a las diferencias de ingresos por hora, semanales, mensuales o anuales entre hombres y mujeres¹⁸. A nivel mundial, el *Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019*¹⁹, establece, que la brecha salarial de género no ajustada (ponderada) a nivel mundial se sitúa en torno al 16 por ciento, alcanzando el 22 por ciento si se utiliza la mediana de los salarios²⁰.

ción alguna a igual salario por trabajo igual». Igualmente, la contempla el art. 7 del Pacto Internacional derechos económicos, sociales y culturales de 1966, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas forman el marco legal y político internacional para la promoción de la igualdad de género en el mundo del trabajo. La OIT la recoge también en su Constitución (art. 41) y en el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación, 1958 (núm. 111). Por lo que se refiere al entramado normativo en la Unión Europea, *vid.* BALLESTER PASTOR, M^a. A. (2018). «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea», Documentación Laboral, núm. 115, pp. 13-31.

¹⁷ BALLESTER PASTOR, M^a. A. (2018). La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdad de género en el mercado de trabajo, Bomarzo, Albacete, pp. 15 y ss.

¹⁸ OELZ, M.; OLNEY, S. y TOMEI, M. (2013). Igualdad salarial: Guía introductoria / Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, p. 14.

¹⁹ El Informe de la OIT toma como referencia la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que establece «de aquí a 2030, lograr (...) la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor», y propone como indicador principal comparar el «ingreso medio por hora de empleadas y empleados» (indicador 8.5.1). OIT (2018). Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019: Qué hay detrás de la brecha salarial de género, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

²⁰ La brecha de género no ajustada que evalúa las diferencias salariales entre hombres y mujeres sin considerar ningún otro factor más allá del género, es decir, examina o mide la

¹³ Arts. 53.4.b y 55.5.b LET, 108.2.b y 122.2.b LJS y 8 LOIEMH.

¹⁴ Arts. 53.4.a y c y 55.5.a) y c) LET, 108.2.a) y c) y 122.2.2.a) y c) LJS y 8 LOIEMH.

¹⁵ CABEZA PEREIRO, J. (2012). «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica», Lan Harremanak, núm.5, 2012, p. 82.

¹⁶ El derecho a la igualdad retributiva aparece recogido en tratados y acuerdos internacionales. La igualdad retributiva, en su versión de igualdad salarial para un mismo trabajo, aparece enunciada en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en cuyo art. 23.2 se establece que «toda persona tiene derecho, sin discrimina-

La peor retribución del trabajo de las mujeres es una realidad incontestable en la Unión Europea pese al importante avance del Derecho Social antidiscriminatorio desarrollado en el ámbito de la UE²¹. Aunque las cifras correspondientes a la brecha salarial entre hombres y mujeres varían en los distintos países de la UE, para la economía en su conjunto, la ganancia bruta por hora de las mujeres fue, en promedio, un 16% inferior a la de los hombres en la UE-27. Ahora bien, conviene precisar que según la Oficina Europea de Estadística (Eurostat) la brecha salarial se puede medir de dos formas. La primera vía es el *Gender Pay Gap*, que refleja la diferencia entre la retribución por hora de hombres y mu-

diferencia porcentual bruta en salario entre hombres y mujeres independientemente de las diferencias subyacentes en ambos colectivos en términos de características socioeconómicas y del puesto de trabajo. Por otra parte, la brecha salarial ajustada mide la diferencia porcentual en salario controlado por dichos factores, tratando de obtener así una medida de «diferencias en remuneración por el mismo trabajo realizado». Por ello, esta considera es el indicador más adecuado para determinar la discriminación retributiva por razón de sexo.

²¹ La igualdad entre hombres y mujeres se configura como un principio fundamental de la Unión Europea, que ha estado presente desde el art. 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea hecho en Roma en el 25 de marzo de 1957 (posterior art. 141 del TCE y actual art. 157 del TFUE)—detonante de toda la política antidiscriminatoria por razón de sexo—, y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. BALLESTER PASTOR, M^a. A. (2016). «Igualdad de remuneración por razón de sexo», en GOERLICH PESET, J.M^a (Coord.). Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 547. Un amplio análisis sobre la regulación del principio de igualdad de trato en la UE en: PÉREZ DEL RÍO, T. (2003). «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario» en RUIZ PÉREZ, E. (Coord.), Mujer y Trabajo, Bomarzo, Albacete, pp. 281 y ss.; PÉREZ DEL RÍO, T. (2000). «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el el Derecho comunitario», en CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coords.), Una aproximación al Derecho Social Comunitario, Tecnos, Madrid, p. 89; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2007). «El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea: evolución y régimen vigente», pp. 29 y ss.; y MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (2007) «Política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la ley de igualdad», pp. 81 y ss., ambos en REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TRASCASAS, A. (Coords.), J. Y GARCÍA TRASCASAS, A., (Coords.), Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. (Estudios), Comares, Granada.

jerer contratados a tiempo completo y arroja un resultado del 16,3% en la UE y del 14,9% en España. El segundo método de medición es el *Gender Overall Earnings Gap* que compara las ganancias anuales de hombres y mujeres en activo con independencia de su tipo de contrato por lo que tiene en cuenta los huecos sin retribución por trabajo a tiempo parcial o por rotación laboral, las excedencias, permisos o abandonos. El *Gender Overall Earnings Gap* es del 39,6% en la UE y del 35,7% en España.

En nuestro país, según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística el 29 de mayo de 2018, correspondientes a la *Encuesta Anual de Estructura Salarial Año-2016*, la brecha salarial existente entre hombres y mujeres evidencia que el mercado laboral sigue privilegiando injustificadamente a los trabajadores masculinos. El salario medio anual de las mujeres fue de 20.131,41 euros, mientras que el de los hombres fue de 25.924,43 euros. Por tanto, el salario medio anual femenino representó el 77,7% del masculino. Esta diferencia entre la remuneración de hombres y mujeres se reduce si se consideran puestos de trabajo similares (misma ocupación, tipo de contrato, tipo de jornada, etc.). Mientras el salario medio bruto de ellos es de 2.075 euros mensuales, ellas perciben 1.661. Además, el número de mujeres que ganan menos de mil euros es el doble que el de hombres. A ello podemos unir que las mujeres representan el 70% de la población asalariada con ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional, mientras que solo representan el 28% de las personas que ganan más de ocho veces este salario mínimo interprofesional²².

²² Por lo que respecta a la distribución salarial, en el año 2016, el 17,8% de las mujeres tuvo ingresos salariales menores o iguales que el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), frente al 7,8% de los hombres. Si se tienen en cuenta los salarios más elevados, el 9,8% de los hombres presentó unos salarios cinco veces o más superiores al SMI, frente al 4,9% de las mujeres. La descripción de la desigualdad se completa con la proporción de trabajadores con ganancia baja (asalariados cuya ganancia hora está por debajo de los 2/3 de la ganancia mediana), que fue del 16,8% en 2016. Entre estos trabajadores, el 64,3% eran mujeres.

En la precisión del cálculo de la brecha salarial, existen dos métodos principales de cálculo que se diferencian entre sí en los controles que se aplican en uno y otro. De este modo, se distingue la denominada brecha salarial sin ajustar (*uncontrolled*) que tiene únicamente en cuenta variables socioeconómicas, como el sexo, la edad o el nivel de estudios; de la brecha salarial ajustada (*controlled*), que incluye variables como el tamaño de la empresa, el tipo de contrato, el tipo de jornada, la ocupación y el sector de actividad. Mientras que el primer cálculo aporta una medida general de desigualdad laboral, el segundo cálculo arroja una cifra más aproximada de la diferencia de salario entre hombre y mujer por el mismo trabajo. El hecho de que la brecha salarial se reduzca cuanto mayor sea el ajuste, no hace sino reflejar que algunas de las diferencias en la brecha salarial sin ajustar se deben a otras variables como la ocupación o el número de horas trabajadas²³.

Los distintos datos presentados no son contradictorios, sino que responden a diferentes parámetros de medición; de modo que a medida que se incorporan más factores «realistas» acerca de la verdadera situación de la mujer en el mercado de trabajo (tiempo parcial, ausencias y rotación) la brecha se acrecienta. Pese a que los datos son ilustrativos y reflejan la existencia de la brecha salarial, sin embargo, el cálculo por la Unión Europea no está lo suficientemente ajustado al no considerar factores que inciden en la diferencia tales como la educación, la experiencia profesional, el número de horas de trabajo, y solo considerar el salario hora y no pagas extraordinarias y otros conceptos retributivos quedarían como resultado una brecha salarial superior²⁴.

En España, según el Informe de UGT titulado «*La falta de políticas de igualdad en el empleo incrementa la brecha salarial*,» las mujeres cobran de media 6.000 euros menos al año menos por hacer un trabajo de igual valor que los hombres. Una brecha que, según el informe «*Brecha salarial y Techo de cristal tienen nombre de mujer*» elaborado por el sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda (Gestha), ha aumentado en los últimos años desde el 22,55 % de 2010, al 23,25 % de 2014, y al 29,1% en 2016; y que se agrava si se computan los complementos salariales, respecto a los cuales las mujeres ingresan un 44% menos que los hombres²⁵.

Las diferencias de retribución tienen consecuencias significativas en la posición económica y social de las mujeres durante su vida activa, y después. La brecha retributiva por razón de sexo representa un obstáculo a la independencia económica, condiciona las decisiones sobre la duración del trabajo, las interrupciones de carrera o el reparto de las responsabilidades domésticas y familiares, y agrava el riesgo de pobreza de las mujeres. Los importantes y graves efectos derivados de esta problemática justifican que la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008*²⁶ reconociera que «las diferencias salariales son una de las formas más persistentes de desigualdad entre los hombres y las mujeres en el mundo del trabajo», indicando que los «factores como los estereotipos de género, la segregación profesional, los sistemas de clasificación del empleo y las estructuras salariales sesgadas por razones de sexo constituyen graves obstáculos a la aplicación del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor». Sin duda, los obstáculos sistémicos o estructurales son los

²³ La diferencia entre los dos tipos de cálculos es de cinco puntos porcentuales. Es decir, casi un 30% de la cantidad sin ajustar está explicada por otras variables. ANGHEL, B.; CONDE-RUIZ, J.I. y MARRA DE ARTIÑANO, J. (2018). Brechas Salariales de Género en España, Fedea, 2018, disponible en <http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2018-06.pdf>

²⁴ OLARTE ENCABO, S. (2016). «Discriminación retributiva», en El principio de igualdad en la negociación colectiva (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), Colección de Informes y Estudios, serie

Relaciones Laborales, número 111, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp. 169 y ss.

²⁵ CC.OO. (2018). *La brecha salarial, factor de quiebra democrática*. Confederación Sindical de CC.OO.

²⁶ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

más difíciles de superar y los más resistentes a las numerosas medidas legislativas e institucionales de carácter oficial destinadas a promover la igualdad²⁷. De manera más rotunda, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de octubre de 2017, sobre el empoderamiento económico de la mujer en los sectores público y privado* en la UE²⁸ afirmaba que «la violencia económica es una forma de violencia de género que tiene lugar en la vida diaria de las mujeres, que dificulta que las mujeres disfruten de su derecho a la libertad, que reproduce la desigualdad de género y que ignora al papel de las mujeres en la sociedad en general».

Los efectos de las desigualdades salariales por razón de género perduran después de la vida activa de las mujeres y contagian inevitablemente al sistema de pensiones, donde se manifiesta con mayor virulencia la brecha de género. El hecho de que las mujeres obtengan menos ingresos a lo largo de su vida conduce a pensiones más bajas y a un mayor riesgo de pobreza en la tercera edad²⁹. La menor participación de las mujeres en el mercado laboral por entrar más tarde en él y protagonizar el disfrute de las excedencias, reducciones de jornada y empleos a tiempo parcial provoca que el sistema público de pensiones perpetúe y amplíe la brecha salarial entre sexos. La traslación de esta afirmación a cifras reales permite constatar que los hombres mayores de 64 años han trabajado una media de 43,4 años, mientras que las mujeres de esa franja de edad sólo lo han hecho un promedio de 12,8 años, la cifra más baja de Europa³⁰.

Según los datos existentes para la UE-27, las mujeres perciben pensiones que, de media,

son un 38,5 % inferiores a las de los hombres. Además, de media en la UE-27 el 63 % de las mujeres se encuentran en el rango de las personas que perciben las pensiones más bajas; situándose España entre los países que tienen una mayor incidencia de las pensiones más bajas para las mujeres y sólo un 1 % de las mujeres perciben pensiones elevadas³¹. A ello se suma, como agravante, por un lado, que un conjunto de mujeres al haberse incorporado de manera más tardía al mercado de trabajo tiene una menor participación en el ámbito de las prestaciones contributivas y mayor en el nivel no contributivo; y, por otro, que más de un tercio de las mujeres mayores en Europa no reciben ningún tipo de pensión³².

La dificultad en la erradicación de la brecha de género en las pensiones obedece —en concordancia con el Informe de la Comisión Europea titulado *Men, Women and Pensions-2015*— a que se trata de una materia de gran complejidad, apreciándose notables diferencias entre de los países de la UE tanto cuantitativas —oscilando entre el 46 % en unos países y el 4 % en otros—, como cualitativas —apreciándose en cada país distinta incidencia de los factores desencadenantes—. Con todo, la brecha de género en las pensiones y el fomento de la independencia económica de las personas se han posicionado como objetivos prioritarios en la agenda política de la UE, de ahí que el 19 de junio de 2015, en Consejo de Ministros de Empleo y Asuntos Sociales, los países de la Unión Europea acordaran un texto de *Conclusiones sobre Igualdad de oportunidades de ingresos para las mujeres y hombres: cerrando la brecha de género en las pensiones*³³ en el que respaldaron la puesta en marcha de un plan de acción global para controlar y corregir la brecha de género basado en un planteamiento transversal de las políticas

²⁷ Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008, p. 32.

²⁸ 2017/2008(INI).

²⁹ OCDE (2013). Cerrando las brechas de género: es hora de actuar, CIEDESS, p. 315.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA (2013). The Gender Gap in Pensions in the European Union, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea; y COMISIÓN EUROPEA (2014). Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, p. 2.

³¹ TINIOS, P.; BETTIO, F. y BETTI, G. (2015). *Men, women and pensions*. Luxemburgo: Oficina de Publicación de la Unión Europea, p. 44.

³² CES- ESPAÑA: Informe 01/2011, Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española, Madrid., pp. 202 y ss.

³³ [SOC 421, GENDER 13, PENS 5].

de género a lo largo de la trayectoria vital de una persona, combinando medidas preventivas y medidas paliativas (apartado 18). Este mismo enfoque transversal e integrador es por el que se ha decantado el Parlamento Europeo en junio de 2017 en su *Propuesta de Resolución sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones* donde resalta que la brecha en las pensiones «es un reflejo de la gran cantidad de desigualdades que experimentan las mujeres a lo largo de la vida y en su carrera profesional» y que por lo tanto, «hace falta seguir una estrategia global y generalizada para combatirla»³⁴.

De este modo, se consolida como idea fuerza la interconexión del conjunto de circunstancias padecidas por las mujeres a lo largo de su trayectoria vital y profesional en el mercado de trabajo. Tal es así que la brecha de género en las pensiones se convierte en una problemática cuya solución no depende de mejorar los derechos de las pensiones sino también de mitigar las interrupciones de las carreras de cotización de las mujeres, reducir la brecha salarial con los hombres, mejorar la conciliación de trabajo y vida privada o, entre otros objetivos, aumentar la tasa de empleo de las mujeres y su presencia en puestos de máxima responsabilidad.

2. COMBATIENDO LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA DESDE SU ORIGEN

2.1. Causas y factores explicativos de la brecha retributiva entre hombres y mujeres

Los factores causantes de la diferencia de retribución entre mujeres y hombres son múltiples y complejos, se asocian a razones históricas, pero también pueden deberse a estereotipos

³⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2017). «Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones», Lan Harremanak, Revista de relaciones laborales, núm. 38, p. 103.

profundamente arraigados, o ser inherentes al sistema de clasificación y encuadramiento del personal³⁵. Un documento de trabajo de la Comisión de 2003 detalla la medición, el análisis y las implicaciones políticas de la diferencia de retribución entre mujeres y hombres³⁶, y subraya lo difícil que es aislar los factores objetivos causantes de la discriminación retributiva directa o indirecta, de otros factores.

Las diferencias de retribución entre mujeres y hombres pueden reflejar en parte diferencias objetivas relacionadas con las características individuales (edad, nivel de educación o experiencia adquirida), el empleo (profesión, tipo de contrato o condiciones laborales) o la empresa (sector de actividad o tamaño). Sin embargo, las diferencias objetivas y las prácticas deliberadamente discriminatorias no bastan para explicar por sí mismas la persistencia de diferencias retributivas³⁷, pues ello implicaría obviar la influencia de otros elementos de carácter tanto jurídico, social (causas sociales como la falta de una red de servicios de cuidado o la desigual distribución de las tareas también son elementos que obligan a las mujeres a dedicar menos horas al empleo remunerado) o económico, que superan una explicación simplista del concepto de retribución igual para un mismo trabajo. No se trata, ni mucho menos, de factores explicativos de segundo nivel pues su importancia ha sido destacada en el Informe del Banco Mundial al afirmar que las «barreras económicas, estructurales, sociales y jurídicas» que todavía persisten frenan las oportunidades económicas de las mujeres³⁸.

³⁵ GOTTARDI, D. (2009). «Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere», en CALAFÀ, L. Y GOTTARDI, D. Il diritto antidiscriminatorio tra Teoria e prassi applicativa, Edisse, Roma, p. 28.

³⁶ SEC (2003) 937.

³⁷ REMERY, C. Y PLANTENGA, J. (2006). The Gender Pay Gap – Origins and Policy Responses, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

³⁸ GRUPO BANCO MUNDIAL (2018). Mujer, Empresa y el Derecho, Banco Mundial, Washington, DC, disponible en <http://pubdocs.worldbank.org/en/663971532380756932/WBL-2018-Key-Findings-Spanish.pdf>

Las políticas restrictivas como la falta de flexibilidad de los horarios de trabajo, las limitadas licencias de maternidad y paternidad, y la defectuosa configuración de los permisos parentales también tienen una repercusión directa en la trayectoria profesional de las mujeres condicionando su acceso y permanencia en el mercado de trabajo. Los efectos de que este tipo de políticas impidan la movilidad de las mujeres en el seno de la fuerza laboral, las arrastren al empleo a tiempo parcial o las expulsen del mercado laboral provocan que queden expuestas a desigualdades, como las dificultades para la promoción profesional, el acceso a una retribución más baja o el limitado acceso a la protección social, en particular, a las pensiones de vejez.

Algunos estudios que abordan los factores explicativos de la división laboral entre hombres de mujeres los clasifican en tres grupos: características del tipo de empleo y empresa (tipo de empresa, la duración de la jornada laboral y la proporción de mujeres en puestos de dirección y gerencia); condiciones socioeconómicas y factores psicosociales³⁹. Además, se confirma que mujeres con hijas/os son más vulnerables a sufrir las citadas desigualdades, lo que ha hecho emerger como causa explicativa «la penalización de la maternidad»⁴⁰. La existencia de hijos/as en el núcleo familiar puede provocar que las mujeres —como consecuencia de la asignación tradicional de los roles de género— opten por apartarse del mercado laboral (temporal o definitiva, pero que causa interrupciones en la carrera) o el traslado al trabajo a tiempo parcial.

En general, las casusas que se asocian a la existencia de la brecha retributiva por ra-

zón de género⁴¹, pueden aglutinarse en torno a dos grandes grupos de factores explicativos⁴². Por un lado, la «parte explicada»⁴³ de la brecha salarial o explicación «laboral» de la brecha retributiva por razón de género, en la que se comprenden la formación, cualificación y experiencia profesional⁴⁴; factores relativos al tipo de contrato y condiciones de trabajo, más concretamente, la temporalidad, el trabajo a tiempo parcial, el menor número de horas trabajadas, la preferencia por la flexibilidad y la menor implicación de las mujeres en puestos directivos o de responsabilidad, y la asunción de las responsabilidades de conciliación⁴⁵.

Por otro lado, la discriminación retributiva tiene una parte «no explicada»⁴⁶ que se corresponde con el trato desfavorable en materia salarial hacia las mujeres por el mero hecho

³⁹ Se aportan en este apartado las conclusiones extraídas de Comisión Europea (2014). *Cómo combatir la brecha salarial*.

⁴⁰ Destaca a estos efectos la labor llevada a cabo por la Comisión Europea ha permitido proponer un conjunto integral de indicadores de igualdad de género en campos como acceso al empleo, segregación, remuneración, y medidas para compaginar el trabajo con la vida familia. RUBERY J.; GRIMSHAW D.; FAGAN, C.; FIGUEREIDO H. y SMITH, M. (2003) «Gender equality still on the European agenda-but for how long», *Industrial Relations Journal*, vol. 34, núm. 5, pp. 484 a 486.

⁴¹ Así la denomina el Informe Mundial de Salarios 2018/2019 indicando que esta parte de la brecha salarial se explica por las diferencias en los «atributos del mercado de trabajo» de los hombres y las mujeres, (edad, la experiencia y la educación), las características que definen los puestos ocupados por las personas (por ejemplo, la categoría profesional u horarios de trabajo) y las características que describen el lugar de trabajo donde tiene lugar la producción (sector industrial, ubicación geográfica, etcétera).

⁴² OIT (2017). *World Employment and Social Outlook: Trends for women*, Ginebra.

⁴³ OLARTE ENCABO, S. (2016). «Discriminación retributiva», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir., *El principio de igualdad en la negociación colectiva Colección de estudios e informes, serie relaciones laborales núm.111*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, p. 169. Indicando que los factores explicativos de las diferencias retributivas son múltiples, CALAFA, L. Y GOTTARDI, D. (2009). *Il diritto antidiscriminatorio, tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, p. 28.

⁴⁴ Indicando que la parte inexplicada de la brecha salarial alcanza el 38%, *vid.* BLAU, F.D. y KAHN, L.M. (2016). *The gender wage gap: Extent, trends, and explanations*, IZA Discussion Paper No. 9656.

³⁹ GOLDIN, C. (2014). «A Grand Gender Convergence: Its Last Chapter», *American Economic Review*, núm.104(4), pp. 1091–1119.

⁴⁰ OIT (2016). *Las mujeres en el trabajo, Tendencias 2016, Organización Internacional del Trabajo; El empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo, informe del Secretario General, E/CN.6/2017/3; El progreso de las mujeres en el mundo 2015–2016, ONU Mujeres.*

de serlo, vulnerando su derecho a la igualdad de trato. Así lo recoge el Informe Mundial sobre salarios 2018/2019 cuando concluye que «la mayor parte de la brecha salarial entre hombres y mujeres no se explica por las diferencias en los atributos y las características de las mujeres y de los hombres» sino que evidencia «la menor remuneración a las mujeres por trabajo de igual valor». En otras palabras, es aquella parte de la brecha salarial que no se justifica por la realización de un trabajo de menor valor por parte de la mujer, sino que solo puede explicarse en función de su sexo, o atribuirse a diferencias inobservables en las características de hombres y mujeres, factores específicos del trabajo en el hogar o discriminación contra las mujeres⁴⁷. Por ello, en el ámbito internacional se la denomina comúnmente como «*remuneration effect*», «*effect of discrimination*» o «*the unexplained part of gender pay gap*»⁴⁸. Según el último informe de la Comisión Europea⁴⁹, este tipo de discriminación representaba en 2015 el 10'9% de la desigualdad salarial por razón de sexo en la Unión Europea⁵⁰. La parte inexplicada de la

brecha de género difiere no solo entre países sino también entre sectores de la economía así como entre el empleo público y el privado⁵¹.

La discriminación retributiva por razón de sexo/género es, en todo caso, un fenómeno multidimensional, de una gran complejidad por la variedad de causas y factores que la desencadenan, estando condicionada por factores sociales, culturales, legales y económicos que actúan de manera simultánea incidiendo en la resistencia a la desaparición de la brecha salarial entre mujeres y hombres. En consecuencia, toda política de igualdad retributiva que decida abordarla, deberá hacerlo adoptando un enfoque integrador y transversal⁵².

2.2. Avanzando hacia la igualdad retributiva por razón de sexo: cerrando la brecha

En la actualidad, se alzan voces sobre la necesidad de consolidar una política general sobre igualdad de género como vía fundamental para promover la igualdad de remuneración. La consecución de la equidad salarial está vinculada inescindiblemente a la consecución de la igualdad de género; de hecho, se ha subrayado que «la brecha de remuneración entre hombres y mujeres sólo se podrá superar si se llevan a cabo avances continuados y

⁴⁷ Resulta llamativo cómo algunos estudios avanzan que una de las razones que podría sustentar esta parte inexplicada del *gender pay gap* podría ser la mayor presencia de las mujeres en el sector. De este modo, se explica que cuando la proporción de las mujeres en el sector es baja, estas pueden ser de algún modo diferentes a la llamada «mujer standard», por ejemplo, por adquirir más características propiamente masculinas. Además, en estos casos aumenta la probabilidad de que estas mujeres formen parte de equipos altamente masculinizados y puedan tener la misma consideración que los varones; lo que se refleja también en sus salarios. VERONIKA HEDUJA (2017). «Sector-specific gender pay gap: evidence from the European Union Countries», pp. 1804-1812.

⁴⁸ OAXACA, R. (1973). «Male-female wage differentials in urban labour markets», *International Economic Review*, núm.14(3), pp. 693-709; BLINDER, A. (1973). «Wage discrimination: Reduced form and structural estimates», *The Journal of Human Resources*, núm.8(4), pp. 436-455.

⁴⁹ Report on equality, 2006, p.45.

⁵⁰ HEDUJA, V. (2017) «Sector-specific gender pay gap: evidence from the European Union Countries», *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, núm. 30, pp.1804-1819. Un estudio concreto sobre la parte inexplicada de la brecha salarial por razón de género específica del sector en PENA-BOQUETE, Y.; DE STEFANIS, S. y FERNANDEZ-GRELA, M. (2010). «The distribution of gender wage discrimination in Italy and Spain: A compari-

son using the ECHP», *International Journal of Manpower*, núm. 31(2), pp.109-137; MYSÍKOVÁ, M. (2012). «Gender wage gap in the Czech Republic and central European countries», *Prague Economic Papers*, núm. 21(3), pp. 328-346; CHRISTOFIDES, L., POLYCARPOU, A. y VRACHIMIS, K. (2013). «Gender wage gaps, 'sticky floors' and 'glass ceilings' in Europe», *Labour Economics*, núm. 21, pp. 86-102.

⁵¹ ANTÓN, J. y MUÑOZ DE BUSTILLO, R. (2013). «Public-private sector wage differentials in Spain. An updated picture in the midst of the Great Recession» (MPRA Paper No. 48986), disponible en <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/id/eprint/48986>; y RAHONA-LÓPEZ, M.; MURILLO-HUERTAS, I. y SALINAS-JIMÉNEZ, M. (2016). «Wage differentials by sector and gender: A quantile analysis for the Spanish case», *Journal of Economic Policy Reform*, núm. 19(1), pp.1-19.

⁵² Así lo afirma el Plan Director por un trabajo digno 2018-2020 del Organismo estatal de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

sostenibles en lo que se refiere a la igualdad de género en el trabajo y en la sociedad en su conjunto. A la inversa, la igualdad de género no se puede alcanzar sin la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor»⁵³.

Dado que la problemática de la brecha retributiva por razón de sexo/género es un asunto poliédrico, las propuestas de acción o iniciativas destinadas a combatirla no pueden limitarse única y exclusivamente a la erradicación de las cuestiones de carácter salarial, pues en este fenómeno inciden factores que se dan en otros ámbitos del trabajo, como el desempleo, la distribución del tiempo de trabajo remunerado y no remunerado, la jubilación y la protección social. En consecuencia, se entiende que el mejor enfoque para combatir la brecha retributiva por razón de género consiste en actuar frontalmente contra las causas que provocan su persistencia.

La mayoría de los países del entorno europeo han tomado medidas innovadoras para cerrar la brecha salarial de género⁵⁴. Algunas tendencias políticas recientes incluyen: proteger a los trabajadores de las represalias de la empresa derivadas de reclamaciones en torno al salario; el fomento de la transparencia a partir de la elaboración y publicación de los datos sobre retribuciones de las empresas; la elaboración de guías sobre igualdad retributiva; las auditorías empresariales; la imposición de sanciones a las empresas; el impulso de medidas de conciliación y servicios de cuidado para la atención de familiares, etc.

El carácter reciente de la mayoría de las medidas adoptadas hasta el momento impide tomar una postura clara sobre cuál es la medida más efectiva para combatir la brecha en las retribuciones. No obstante, el carácter complejo y las múltiples aristas del fenómeno

de la brecha salarial, unido a las distintas realidades sociales y económicas de los distintos países y del tejido empresarial, nos permiten afirmar la virtualidad de todas las medidas pues todas pueden actuar de forma complementarias y conviene vigilar el grado de efectividad que van alcanzando para valorar su posible adaptación a nuestro país.

2.2.1. *Transparencia: publicación de datos y auditorías de género*

La transparencia salarial es un factor clave para visibilizar y combatir las diferencias retributivas –sobre todo de carácter indirecto– por razón de género dentro de las empresas. En este sentido, la Recomendación de la Comisión Europea de 2014⁵⁵ proponía medidas para facilitar la transparencia de los salarios en las empresas, como por ejemplo mejorar la facilidad de acceso de los empleados a información sobre sus salarios o establecer sistemas de información de pagas y sistemas de clasificación de puestos no discriminatorios por razón de sexo en las empresas. Además, incluía iniciativas tales como auditorías en las empresas y transparencia en las nóminas de cara a visibilizar la desigualdad salarial de hombres y mujeres.

La exigencia a las empresas de publicación de los datos relativos a las retribuciones crea así un incentivo para que los empleadores analicen y corrijan sus propias prácticas salariales antes de que se revelen públicamente las brechas salariales. La notificación de datos sobre el salario desagregados por sexo puede configurarse a nivel interno como un proceso voluntario o preceptivo para las empresas con el fin de que recopilen y proporcionen sus datos de pago a los organismos gubernamentales, pero los detalles de esta medida pueden variar mucho de un país a otro.

⁵³ OELZ, M.; OLNEY, S. y TOMEI, M. (2013). Igualdad salarial... cit., p. 9.

⁵⁴ EUROFOUND (2018), Pay transparency in Europe: First experiences with gender pay reports and audits in four Member States, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

⁵⁵ Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. 2014/114/UE. DOUE L 69/112 de 8 de marzo.

Islandia, en marzo de 2017, con la aprobación de la *Ley de Igualdad Salarial para hombres y mujeres en el empleo*, hizo un esfuerzo por cerrar aún más la brecha salarial de género convirtiéndose en el primer país del mundo en introducir una legislación que exige a las empresas demostrar que pagan a hombres y mujeres por igual. A pesar de que Islandia es considerado el mejor país en cuestiones de igualdad de género⁵⁶, las cifras de la brecha salarial (2016) en esta nación destacan que en promedio las mujeres islandesas ganan entre 14 y 18% menos que los hombres. La Ley de Igualdad Salarial, cuya aplicación se ha producido a partir de 2018, impone la transparencia en las empresas para demostrar que se cumple con el principio de igualdad de género. La legislación establece distintos plazos para ajustarse a las nuevas normas de acuerdo con el tamaño de la empresa o institución, fijando diciembre de 2021 como fecha límite. La Ley impone a las empresas que tengan una plantilla superior a 25 empleados la obligación de demostrar que pagan idéntico salario a hombres y mujeres que realizan los mismos trabajos. A tal fin este tipo de compañías deben cumplir una auditoría de análisis de los sueldos de sus trabajadores y trabajadoras desglosado en términos de bonificaciones, complementos, etc., exponiéndose a ser sancionado por incumplir el principio. Los empleadores que cumplan el requerimiento legal recibirán una certificación estatal si demuestran la equiparación de salarios; en caso contrario, serán sancionados con multas diarias, cuya cuantía no ha sido fijada.

Por su parte, Alemania tratando de combatir el hecho de ser uno de los países europeos con mayor desigualdad salarial⁵⁷, adoptó la

denominada «Ley para el fomento de la transparencia en las estructuras salariales» —«Ley de la Transparencia retributiva» («*Entgelttransparenzgesetz*»)— que reconoce el derecho individual de los empleados de compañías de más de 200 trabajadores (hombres y mujeres), a pedir información sobre el sueldo que perciben sus colegas del sexo opuesto que realizan el mismo trabajo o actividades similares y, como contrapartida el deber de las empresas afectadas de facilitar a la persona que lo solicite información sobre el sueldo de otros empleados. Ahora bien, no se da a conocer el salario concreto de un compañero, sino la media de los salarios de al menos seis empleados del sexo opuesto que realicen tareas similares. Asimismo, se tiene derecho a conocer el criterio y los procedimientos utilizados por la empresa para fijar los salarios. La inclusión de esta medida, aparentemente favorecedora de la igualdad salarial, levanta sospechas sobre su efectividad pues esta se hace depender principalmente de que las mujeres ejerzan su derecho a preguntar por el salario de los compañeros, lo que puede poner en peligro sus condiciones laborales e incluso su puesto de trabajo. Por ello, se consideran más adecuadas las medidas adoptadas en Suecia que imponen que sean las propias empresas las que deben comprobar si sus estructuras salariales son las adecuadas y combatir las desigualdades. Otra medida que incluye la ley alemana consiste en alentar a las empresas con más de 500 empleados regularmente a realizar audi-

Los datos publicados por la Oficina Federal de Estadística de Alemania (Destatis) en marzo de 2018 arrojaron que la brecha salarial alemana se mantiene invariable desde 2017, año en el que las mujeres ganaron de media un 21% menos que los hombres, de tal modo que las empleadas reciben un salario una quinta parte inferior al de los hombres en el mismo puesto de trabajo. Mientras que los hombres cobran 21 euros brutos la hora, las mujeres ganan 16,59 euros. Y es que si las europeas ganan bruto una media de 16,3% menos que sus colegas hombres por hora trabajada, las alemanas ganan hasta un 21% menos. Según los últimos datos que ofrece el Ministerio de la Mujer y la Familia alemán, en Alemania los hombres cobran de media un 21 % más que las mujeres; incluso en el caso de personas con cualificaciones formales y un perfil idéntico, la diferencia salarial sigue siendo del 6 %.

⁵⁶ Según el Informe de Brecha de Género del Foro Económico Mundial de 2017, Islandia ha cerrado casi 88% su brecha en la igualdad de género y ha sido el país más igualitario del mundo durante nueve años.

⁵⁷ Según los datos de 2016 de la Oficina Europea de Estadística Eurostat la brecha salarial de Alemania es la tercera mayor de Europa, que solamente es superada en este ranking por Estonia, donde las mujeres perciben un 28,3% menos de sueldo bruto, y por Austria, donde la diferencia es de un 22,9%.

torías internas de su estructura salarial y a presentar informes sobre igualdad de género e igualdad retributiva de sus trabajadores y trabajadoras («Lagebericht»), en los que las compañías deberán especificar qué medidas han tomado para reducir la diferencia salarial y qué efectos han tenido. Por lo que se refiere a las consecuencias de una posible discriminación salarial, la ley no establece qué tipo de consecuencias enfrentan los empleadores en caso de discriminación salarial, pues no contempla sanciones.

Igualmente, Reino Unido⁵⁸ ha incorporado medidas para combatir la desigualdad retributiva a través de la imposición de la exposición pública y transparencia de la brecha en el sistema británico. Desde abril de 2017, la legislación sobre transparencia retributiva por razón de género exige que las empresas que cuenten con 250 o más empleados publiquen cada año cálculos legales cada año que muestren su nivel de brecha salarial entre sus empleados masculinos y femeninos⁵⁹, incluyendo los datos relativos a la brecha retributiva por razón de género (media, la mediana); la media y mediana de la brecha en los complementos retributivos, en la bonificaciones o primas y los datos de la brecha en cada tramo salarial⁶⁰. Tales resultados deben publicarse en las páginas web de las empresas y del gobierno. Esto significa que la brecha salarial de género esté disponible

⁵⁸ Según la Oficina Nacional de Estadísticas, la brecha salarial promedio en el Reino Unido es del 18,1%, y del 9,4% si solo se computan los empleados a tiempo completo.

⁵⁹ Public sector: The Equality Act 2010 (Specific Duties and Public Authorities) Regulations 2017 http://www.legislation.gov.uk/uksi/2017/353/pdfs/uksi_20170353_en.pdf; Private and voluntary sector: The Equality Act 2010 (Gender Pay Gap Information) Regulations 2017 http://www.legislation.gov.uk/uksi/2017/172/pdfs/uksi_20170172_en.pdf

⁶⁰ Concluido el plazo correspondiente al ejercicio fiscal de 2017 (5 de abril de 2018), la Comisión para la Igualdad y Derechos Humanos (EHRC) daba a conocer que el 78 % de las compañías británicas con más de 250 trabajadores, casi ocho de cada diez, tiene una brecha salarial favorable a los hombres. Por su parte, en el 14% de las compañías la brecha se produce a favor de las mujeres y en el 8% restante no hay ninguna diferencia salarial por sexos.

públicamente, incluso para clientes, empleados y posibles futuros contratistas. Como resultado, los empleadores deben considerar tomar acciones nuevas o más rápidas para reducir o eliminar sus brechas salariales de género. Aunque esta iniciativa se ha considerado un paso positivo hacia la igualdad, sin embargo ha sido objeto de críticas entre las que se pueden citar: en cuanto a la información a proporcionar, las empresas solo tienen que ofrecer medias y medianas globales, sin que haya una garantía de que todas utilicen el mismo sistema de cálculo; la necesidad de garantizar la eficacia de las medidas punitivas reforzándolas a través de una legislación específica; también se precisa extender la obligación de transparencia a las empresas de más de 50 empleados; y abordar las causas que provocan la disparidad laboral, como el mayor papel de la mujer en el trabajo no retribuido de los cuidados.

Austria, Bélgica, Suecia, Dinamarca y Portugal han implementado sus propias versiones de esta política. Austria exigió por primera vez que las empresas publicaran los datos salariales en 2011, comenzando con compañías con 1,000 o más empleados en 2010, y luego aplicando gradualmente el requisito a empresas más pequeñas cada año⁶¹. En 2012, Bélgica promulgó una ley que exige que las empresas con más de 50 empleados publiquen sus datos sobre retribuciones cada dos años. Finlandia también comenzó a publicar análisis salariales de empleos gubernamen-

⁶¹ En Austria, el Plan de Acción Nacional para la igualdad de género en el mercado laboral (PNA) adoptado en junio de 2010 con el objetivo de conseguir una mejora sostenible de la posición de las mujeres en el mercado laboral austriaco trazó las siguientes metas: lograr la diversificación de rutas de formación y elección de carrera; aumentar la participación laboral y el empleo a tiempo completo de las mujeres; aumentar la presencia de las mujeres en posiciones de liderazgo; cerrar la brecha de ingresos entre mujeres y hombres. Respecto a este último reto, el gobierno austriaco ha impulsado la transparencia de los ingresos imponiendo a las empresas la obligación de elaborar y publicar informes de igualdad de remuneración de su personal cada dos años. Sobre el PNA en Austria: <https://www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/frauen/gleichstellung-arbeitsmarkt/nationaler-aktionsplan.html>

tales en 2012, pretendiendo con ello servir de referencia para extender esta buena práctica en el sector privado⁶².

En España, la *Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*⁶³ obliga a las empresas a realizar un análisis de las categorías y sesgos de género. Por su parte, la *Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres*⁶⁴ resalta que «un sistema retributivo transparente, complementado por un sistema de acceso a la información adecuado y por una correcta definición de los aspectos relevantes en la conceptualización del trabajo de igual valor son elementos esenciales para combatir la discriminación retributiva». Las dos propuestas en España plantean realizar publicaciones anuales de los sueldos de los diferentes puestos con diferenciación de sexo de forma promediada y desglosada. La diferencia es que la propuesta del PSOE propone publicar los datos en un libro registro y la información debida es la media. Mientras en la propuesta de Podemos debe haber una referencia expresa en las nóminas, la información debida es tanto la media como la mediana y se extiende también a las Administraciones Públicas. Se introduce un derecho individual de las trabajadoras y trabajadores, en las empresas de más de diez personas en la plantilla, a acceder a la información promediada y desglosada por género de la retribución abonada por la empresa en sus nóminas,

en los mismos términos establecidos para la información debida a los representantes de los trabajadores (arts. 64.3 y 29.1 LET). También la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular⁶⁵ contempla derecho de la representación legal de los trabajadores a recibir información desglosada por sexos sobre la retribución, medida como media aritmética y como mediana, abonada a los trabajadores y distribuida por grupos, categorías y puestos de trabajo de igual valor, así como la facultad de solicitar por escrito información, desglosada por sexos, sobre la retribución media y mediana correspondiente a su mismo grupo y categoría profesional, debiendo ser facilitada la información en un plazo de diez días (28.3 LET).

Las auditorías de género son otro medio para recopilar datos sobre retribuciones dentro de los lugares de trabajo y permite dar a conocer la efectividad de los planes de igualdad de género de la empresa⁶⁶. Estas auditorías se pueden implantar en los países de forma preceptiva o voluntaria. Actualmente encontramos auditorías de género en Dinamarca y Bélgica⁶⁷. En España, sobre las auditorías salariales obligatorias en las empresas de más de 250 trabajadores, La propuesta de Podemos –y en términos muy parecidos la del grupo Parlamentario Poupplar– plantea que deben contener una «evaluación adecuada de los puestos de trabajo, análisis, diagnóstico, actuaciones concretas y monitorización», asociando al incumplimiento de la obligación de auditoría salarial la correspondiente a la infracción de plan de igualdad que constituye

⁶² COMISIÓN EUROPEA, «Legislation and equality plans» disponible en http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/national-action/law/index_en.htm

⁶³ BOCG núm. 306-1 de 7 de septiembre de 2018 disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-306-1.PDF

⁶⁴ Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, BOCG de 10 de noviembre de 2017. También se presentó la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva (Grupo Parlamentario Socialista), BOCG núm. 214-1, de 2 de marzo de 2018; y la Proposición de Ley integral de igualdad y transparencia retributiva entre mujeres y hombres (Grupo Parlamentario Popular), BOCG núm. 326-1, de 19 de octubre de 2018.

⁶⁵ Proposición de Ley integral de igualdad y transparencia retributiva entre mujeres y hombres (Grupo Parlamentario Popular), BOCG núm. 326-1, de 19 de octubre de 2018.

⁶⁶ EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY, «Gender Audit,» disponible en <http://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/tools-and-methods/gender-audit>

⁶⁷ RUBERY, J. y KOUKIADAKI, A. (2016), «Closing the gender pay gap: A review of the issues, policy mechanisms and international evidence», OIT, Ginebra, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-gender/documents/publication/wcms_540889.pdf

infracción muy grave (actualmente, en su grado más alto hasta 187.515 euros).

2.2.2. Programa Logib

Por otra parte, un conjunto de países, entre los que podemos citar a Alemania, Luxemburgo⁶⁸, Suiza⁶⁹, Finlandia, Francia, Polonia, Reino Unido, República Checa y Liechtenstein, han optado por combatir la brecha retributiva por razón de sexo en sus países a través de la incorporación de herramientas de software para la revisión y el control de las políticas de igualdad salarial en las empresas (Programa Logib). Este software desarrollado inicialmente en Suiza es una herramienta en línea gratuita y de sencilla utilización dirigida principalmente a empresas del sector privado con más de 50 empleados, permitiéndoles analizar las estructuras salariales y de personal y verificar si existe una remuneración igual entre empleados masculinos y femeninos. Asimismo, emite un informe que analiza las causas y acciones tomadas para abordar la brecha salarial de género⁷⁰.

⁶⁸ En Luxemburgo, la brecha salarial entre hombres y mujeres es del 5,4%, con todos los sectores de actividad y todas las profesiones y oficios. La información completa sobre los datos de este país se puede consultar en <http://mega.public.lu/fr/travail/genre-ecart-salaire/situation-actuelle/statistiques/index.html>

⁶⁹ En Suiza, el principio de igualdad salarial para mujeres y hombres se encuentra consagrado en la Constitución Federal desde 1981 y confirmado en la Ley de igualdad de género desde 1996. Pese a ello, la igualdad salarial todavía no es una realidad en el país. De hecho, las mujeres en promedio un 18% menos que los hombres. En Suiza, alrededor del 56% de esta brecha salarial puede explicarse por factores objetivos como el estatus profesional, los años de servicio o las cualificaciones, mientras que el 44% permanece sin explicación y son potencialmente discriminatorios. La información completa de los datos de este país puede consultarse en <https://www.ebg.admin.ch/ebg/en/home/topics/work/equal-pay/background-information/facts-and-figures.html>

⁷⁰ La información sobre el programa Logib en los distintos países puede encontrarse en los siguientes enlaces: Lobig-Suiza (<https://www.ebg.admin.ch/ebg/en/home/services/equal-pay-self-test-tool--logib.html>); Logib-Lux (<http://mega.public.lu/fr/travail/genre-ecart-salaire/mesures/logib/index.html>); Logib-D Alemania (http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/depth-info/tools-gpg/logib-germany/index_en.htm)

2.2.3 Medidas contra la segregación ocupacional vertical

Para mejorar los niveles de presencia de las mujeres en los puestos gestión y dirección de las empresas, resulta claro que la mejor opción sería que las compañías actuasen por convicción propia y se marcasen unos objetivos para que las mujeres llegaran a puestos de dirección; sin embargo, hasta que se produzca un verdadero cambio en la cultura empresarial en este sentido, las acciones positivas consistentes en el establecimiento de cuotas para garantizar el acceso de las mujeres a puestos de promoción y liderazgo se consideran una medida efectiva a la hora de garantizar la igualdad retributiva⁷¹. En algunos países del entorno europeo (Noruega⁷², Francia, Italia⁷³, Alemania⁷⁴, Austria, Bélgica y Grecia) ya se han adoptado disposiciones normativas tendientes a garantizar la efectividad de la denominada «cuota rosa»⁷⁵. El caso francés es un

⁷¹ Esta teoría se apoya en razonamientos vinculados a la teoría de la identidad social. TAJFEL, H. (1982). «Social psychology of intergroup relations», *Annual Review of Psychology*, núm. 33, pp.1-39

⁷² Noruega ha liderado el camino en términos de proporción de género. Ya en 2003, el país adoptó una cuota del 40 por ciento para las juntas de supervisión de empresas públicas y cotizadas, estableciendo, en caso de incumplimiento desde sanciones muy estrictas, hasta la disolución de la empresa.

⁷³ En Italia, la Ley 12 de julio de 2011, las disposiciones sobre el equilibrio de género se amplían refiriéndose no solo a la fijación de «cuotas rosas», sino al establecimiento de un procedimiento de protección del género menos representado.

⁷⁴ En Alemania, la Ley sobre la participación igualitaria de mujeres y hombres en cargos ejecutivos en el servicio privado y público de 24 de abril de 2015 –también conocida como la cuota legal para mujeres de grandes empresas– estableció para los consejos de supervisión las empresas tienen una cuota de género vinculante del 30 por ciento. Actualmente afecta a unas 100 empresas (desde enero de 2018) y debe implementarse como parte del nombramiento de nuevos miembros del Consejo de Supervisión. Si una empresa sensible al género tiene menos del 30 por ciento de mujeres en su junta de supervisión, deberá entregar las vacantes a las mujeres hasta que alcance el 30 por ciento. De lo contrario, el puesto en el consejo de supervisión permanecería vacante («silla vacía»).

⁷⁵ Las disposiciones de estos países difieren en el tamaño de la cuota, el período en que la cuota se ha de conseguir, así como las sanciones establecidas en caso de incumplimiento de los objetivos propuestos.

buen ejemplo para ilustrar los efectos de la imposición de cuotas. En 2008, el 8% de los puestos directivos en Francia estaba ocupado por mujeres, y tras la aplicación de la Ley de cuotas alcanza el 44% –22% en España–.

En España, el sistema de cuotas voluntarias previsto por el art. 75 LOIEMH pasa a ser obligatorio con la *Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*⁷⁶ que modifica el referido precepto imponiendo que los Consejos de administración tengan representación equilibrada de mujeres y hombres a partir de 2023 y propone que en los cuatro primeros años de aplicación entren en vigor cuotas obligatorias de participación de las mujeres en los comités y consejos de dirección. Además, la *Proposición de Ley de Igualdad Salarial* modifica el artículo 69.3 LET con el fin de promover la participación de las mujeres en los órganos de representación de las personas trabajadoras a través de la inclusión de una cuota en la composición de las candidaturas a elecciones para la representación de trabajadores/as.

2.2.4. *Representantes de igualdad y medidas de supervisión*

Otra de las medidas tendentes a fomentar la igualdad retributiva es la creación en las empresas de las figuras de los delegados y los comités de igualdad. Tal acción existe en Luxemburgo, donde las empresas con quince o más trabajadores deben tener un delegado de igualdad en el personal cuya función es supervisar y mejorar la igualdad de género en el lugar de trabajo⁷⁷. Las compañías más grandes con al menos 150 trabajadores también deben crear un comité por

la igualdad conjunto entre los representantes de los empleadores y los trabajadores. El delegado de igualdad debe ser informado por el comité conjunto del progreso económico de la empresa al menos una vez al mes centros y tres veces al año en los lugares de trabajo sin comités conjuntos⁷⁸. A esta tendencia se ha sumado la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular que prevé la existencia en las empresas de 50 o más trabajadores de un delegado de igualdad que será elegido por y entre los miembros del comité de empresa.

Como medidas de supervisión, las propuestas españolas barajan la creación de nuevos órganos de vigilancia y supervisión que controlen la efectividad de la ley, pero no coinciden en su ubicación y funciones. La Proposición de Ley de Podemos apuesta por la creación de tres organismos diferentes en distintos niveles. Por un lado, la creación de una Unidad especializada en materia de igualdad de trato en todas las Inspecciones Provinciales de Trabajo y seguridad Social. También la creación de un Dirección General para la Igualdad Retributiva dependiente de la secretaria de Estado de Servicios Sociales. Y la de una Comisión interministerial para este tema. Por su parte, el documento presentado por el Grupo Parlamentario Socialista propone la creación de Oficina Nacional de Lucha contra la discriminación por razón de sexo en la empresa y la ocupación dentro de la Inspección de Trabajo; oficina que el Grupo Parlamentario Popular denomina Oficina para la Prevención de la Brecha salarial, adscribiéndola al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

2.2.5. *Sistema de garantías: sanciones, indemnizaciones y actuación proactiva*

Otra de las medidas impulsadas para erradicar las discriminaciones retributivas por razón de sexo en las empresas ha sido el esta-

⁷⁶ BOCG núm. 306-1 de 7 de septiembre de 2018 disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-306-1.PDF

⁷⁷ WŁODARSKI, O. (2010). «Addressing the gender pay gap: Government and social partner actions - Luxembourg», EurWORK, disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/luxembourg/addressing-the-gender-pay-gap-government-and-social-partner-actions-luxembourg>.

⁷⁸ EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE, «Workplace Representation», disponible en <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Luxembourg/Workplace-Representation>

blecimiento de mecanismos sancionadores. Es el caso de Dinamarca, donde la Ley de igualdad de remuneración de 2014 impone multas a las empresas con más de diez empleados si no cumplen con las auditorías de género de las retribuciones de su plantilla. De modo parecido, el gobierno francés a partir de 2012⁷⁹ ha endurecido las sanciones existentes contra empresas con más de 50 empleados que no respetan sus obligaciones con respecto a la igualdad de género. Las grandes empresas (con 300 empleados y más) tienen que negociar un plan de acción; otras (con 50 empleados o más) deben al menos definir un plan de acción y enviarlo a los servicios estatales. Otros países han incluido de modo complementario el reconocimiento de una indemnización para las personas que han sufrido discriminación salarial. Un ejemplo de ello es la enmienda de Israel de 2014 a la Ley de igualdad de remuneración, para garantizar que se indemnice económicamente a las mujeres no solo por su experiencia personal con la discriminación salarial sino también por la existencia de discriminación salarial en su lugar de trabajo en general⁸⁰. Además, en Chipre, Islandia, Lituania y Rumania, se otorga una compensación adicional a las víctimas de la discriminación salarial por daños morales⁸¹. Este sistema indemnizatorio tiene además naturaleza punitiva ya que se configura como un mecanismo disuasorio para los empresarios con el fin de que dejen de utilizar prácticas salariales discriminatorias.

Frente a los sistemas basados en las denuncias o reclamaciones sobre brecha salarial, algunos países han decidido implementar soluciones proactivas que eviten la discriminación. Desde 2001, Francia y Suecia han or-

denado que los empleadores revisen sus prácticas salariales y elaboren un plan anual de acción sobre su sistema de retribución durante el año siguiente⁸².

En lo atinente a las garantías en España, la proposición de Ley de Igualdad (art. 28.3 LET) incorpora una presunción de discriminación indirecta si la diferencia en la retribución abonada a las trabajadoras por la empresa supera en 20 puntos el abonado a los trabajadores (tanto si la diferencia aparece en la retribución global como cuando se produce respecto a percepciones concretas). Sin embargo, no detalla las multas (hace una remisión a las sanciones establecidas por ley) y establece como infracción grave no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios o el modelo de recibo pactado, al tiempo que favorece la posibilidad de demandar, y propone crear unidades especiales de inspección de trabajo en materia de igualdad de género en cada provincia. El incumplimiento de la realización de las auditorías por las empresas se considera un incumplimiento del plan de igualdad y, en consecuencia, tiene aparejada sanción por infracción muy grave. Por su parte, el documento de propuesta del PSOE indica que el porcentaje para presumir que hay discriminación retributiva es del 25%; y establece como sanción grave que la empresa no disponga de un libro registral salarial o no informe a sus trabajadores, que incumpla la obligación de realizar las auditorías salariales o que no cumpla con los planes de igualdad al tiempo que ve sanción muy grave el no haber elaborado dicho plan. Frente a ello propone multas que van del 0,11 % al 1,30 % de la masa salarial, según tipo de infracción y grado.

3. LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

⁷⁹ Décret n° 2012-1408 du 18 décembre 2012 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000026792583&categorieLien=id>

⁸⁰ New Israel Fund (2014), «Equal Pay for Equal Work», August 7, disponible en <http://www.nif.org/stories/social-and-economic-justice/equal-pay-for-equal-work-2/>.

⁸¹ FOUBERT, P. (2010). «The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective», Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo.

⁸² SOUMELI, E. y NERGAARD, K. (2002). «Gender pay equity in Europe», EurWORK, January 29, disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/gender-pay-equity-in-europe>.

3.1. Igualdad y no discriminación por razón de género y RSE

El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo ha sido objeto de un desarrollo normativo intenso encaminado a la eliminación de la discriminación de la mujer en las esferas política, civil, laboral, económica, social, etc.⁸³. En esta evolución de la legislación laboral en la materia, la garantía legislativa de igualdad efectiva de mujeres y hombre a través de la LOIEMH constituye un hito fundamental al haber establecido una serie de acciones y medidas sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo en materia de empleo, aunque sin ocuparse de abordar de manera acabada el alcance y garantías para la no discriminación retributiva por razón de género. Sin embargo, y a pesar de lo dispuesto en la Constitución y en las leyes, las normas laborales adolecen de un «alto grado de ineffectividad»⁸⁴ entre otros motivos, por la discordancia entre norma y realidad. En consecuencia, se precisa de más acciones y actuaciones que den respuesta y combatan la discriminación salarial.

De este modo, superando las limitaciones de las previsiones legales y/o convencionales, principalmente derivadas del retraso en la

incorporación de necesidades sociales inaplazables, muchas empresas han tratado de afrontar el reto de la igualdad de oportunidades y de dar respuesta a la problemática de la brecha retributiva por razón de género, a través de un canal diferente por medio del cual han encauzado sus políticas de igualdad retributiva⁸⁵. La vía utilizada ha sido la responsabilidad social empresarial (RSE o RSC), entendida como la «integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores»⁸⁶. Se trata, por tanto, de una iniciativa de carácter voluntario por la que la empresa aborda el tratamiento de una parcela (problemática) de la realidad laboral dentro de su organización, diseñando acciones que rebasan el mero cumplimiento de la legislación. Y ello en consonancia con las previsiones contenidas ya en el primer Informe global sobre la discriminación «*La hora de la igualdad en el trabajo*», en el que se indicaba que el lugar de trabajo es un punto de partida estratégico para erradicar la

⁸³ En esta evolución de la normativa laboral en materia de igualdad destaca la promoción de los derechos de conciliación y corresponsabilidad para un reparto equilibrado de responsabilidades entre hombres y mujeres (Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, LCVFL); de medidas legislativas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, en particular por razón de origen racial, étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (arts. 27 a 43 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social); y de los derechos laborales y las prestaciones sociales de las trabajadoras víctimas de violencia de género (arts. 21 a 23 y Disp. Ad. 7ª relativa a la modificación de la LET, LO 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, LOVG).

⁸⁴ GARCÍA ORTEGA, J. (1994). Las desigualdades salariales, Tiant lo Blanch, Valencia, p. 9 donde cita el literal perteneciente a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1984), «Discriminación y crisis económica», en El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, Universidad Complutense, Madrid, p. 67.

⁸⁵ Aunque la RSE no puede sustituir la función del gobierno tiene el potencial de mejorar el cumplimiento de las normas del trabajo y, en particular, impulsar los progresos en la empresa en materia de no discriminación y la igualdad. OIT: Iniciativa InFocus sobre Responsabilidad Social de la Empresa, Consejo de Administración, documento GB.295/MNE/2/1 (marzo de 2006), párrafo 2.

⁸⁶ Aunque no existe un consenso en su definición, se utiliza la definición de la Comisión Europea, Libro Verde, Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas [COM(2001)366 final], Bruselas, 18.7.2001. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al CESE, Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas [COM(2006) 136 final]. Informe final y recomendaciones del Foro Multilateral Europeo sobre la Responsabilidad Social de las Empresas celebrado el 29 de junio de 2004. La la responsabilidad social de las empresas constituye un componente esencial del modelo social europeo, reforzado por la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, especialmente, por su cláusula social horizontal, y la Comisión Europea ha reconocido, en su Comunicación sobre la estrategia UE 2020, la necesidad de promover la responsabilidad social de las empresas como un elemento importante para asegurar la confianza a largo plazo de empleados y consumidores.

discriminación en la sociedad⁸⁷; así como en el Informe del Director General de la OIT «La Igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean»⁸⁸ en el que se subraya la necesidad de asumir también en el planteamiento de la Responsabilidad Empresarial la eliminación de la constante discriminación entre mujeres y hombres: prejuicios, estereotipos, desigualdad salarial, techo de cristal, etc.

Los programas de responsabilidad social empresariales surgen como una respuesta a la expansión de los mercados de empleo globales siendo un «reflejo de la manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores»⁸⁹. La importancia que se ha otorgado tradicionalmente a la RSE en el ámbito internacional⁹⁰ se ha extendido al ámbito europeo donde se considera un aspecto esencial del modelo social europeo, un medio de defender la solidaridad, la cohesión y la igualdad de oportunidades en el contexto de una competencia internacional más intensa⁹¹.

⁸⁷ OIT (2003). La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Informe I (B), CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO 91.ª reunión, Ginebra, párrafo 11.

⁸⁸ Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO 96.ª reunión, 2007.

⁸⁹ OIT (2006). Iniciativa InFocus sobre Responsabilidad Social de la Empresa, Consejo de Administración, documento GB.295/MNE/2/1, párrafo 1.

⁹⁰ Distintos instrumentos a nivel internacional han promovido que la RSE sensibilice a las empresas sobre la importancia que para su funcionamiento tiene la consecución del cumplimiento de los estándares justos de trabajo definidos por la OIT y el respeto de los derechos humanos: desde los principios rectores de la OCDE, lanzados en 1976 con el apoyo del movimiento sindical, seguidos por la Declaración de principios tripartita sobre las empresas internacionales de la OIT-2000, hasta el Pacto Mundial (UN Global Compact) de 2000.

⁹¹ Desde la Cumbre de Lisboa y la Cumbre de Niza de diciembre de 2000. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo,

Ello se refleja en la Comunicación de la Comisión de 2002 relativa a la RSE⁹² cuando invita al Foro Multilateral Europeo a que examine y apruebe en 2004 la integración de la igualdad entre hombres y mujeres y sugiere que las prácticas socialmente responsables deberían reflejar la creciente participación de las mujeres en el mercado laboral, adaptando con este fin los cambios estructurales y transformando el entorno de trabajo para que puedan crearse condiciones más equilibradas entre hombres y mujeres a través del conocimiento de la valiosa contribución que aportan.

A pesar de los esfuerzos realizados a nivel supranacional —en especial con la adopción de la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre responsabilidad social de las empresas, de 25 de octubre de 2011⁹³—, la ausencia de un modelo social europeo con un enfoque común de la RSE ha provocado que cada país presente sus propias particularidades en relación con la forma de direccionar las políticas públicas gestadas en la materia⁹⁴. En el caso de España, la RSE ha transitado de un modelo de *soft intervention* puramente voluntario, a la incorporación en la norma (arts. 73 a 75 LOIEMH) de ciertos elementos de exigibilidad en consonancia con una promoción público-privada de la igualdad para dotar de mayores niveles de eficacia a estas iniciativas a través de la intervención del poder público a efectos de promoción e incentivo⁹⁵. Ahora bien, la LOIEMH no diseña exactamente una fórmula de participación que garantice la co-

de 22 de marzo de 2006, «Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas». COM (2006)0136.

⁹² Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible. COM (2002) 347 final. 2 de julio de 2002.

⁹³ ESTRATEGIA RENOVADA DE LA UE PARA 2011-2014 SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS (COM/2011/0681 FINAL).

⁹⁴ MERINO SEGOVIA, A. (2009). Igualdad de género, empresa y responsabilidad social, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 23-24.

⁹⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2007). «El Complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: su significación general y manifestaciones concretas», RRL, núm. 8, p. 4.

responsabilidad de todos los sujetos involucrados, pues su ejercicio no siempre implica intervención de los agentes sociales, siendo en la mayoría de los casos una forma de actuación individual del empresario en materia social. No obstante, el hecho de que el legislador se haya decantado por la fórmula de consulta, eliminando la absoluta unilateralidad en los planes de igualdad voluntarios (art. 45.5 LOIEMH), lleva a considerar que la RS en materia de igualdad goza de unas características específicas y especiales que no se manifiestan en otros ámbitos en los que se ejercita dicha responsabilidad.

Y es que, en efecto, estas prácticas voluntarias de las empresas —«en interacción dinámica con sus interlocutores sociales»⁹⁶— pueden contribuir al cumplimiento de un conjunto de objetivos de las políticas públicas, entre los que destacan el respeto de las normas relativas a los derechos humanos y al trabajo⁹⁷. Se trata, por tanto, de una técnica empresarial de *soft law* a través de la cual se instrumentan acciones dirigidas al logro de ciertos objetivos, entre los cuales se hallan la igualdad retributiva por razón de sexo o la transparencia salarial.

Así, del art. 73 LOIEMH podemos deducir la virtualidad de la RSE como mecanismo indirectamente al servicio de la igualdad retributiva, al permitir a las empresas la realización de acciones de responsabilidad social consistentes en «medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social». Por tanto, las prácticas empresariales en el ámbito de la responsabilidad social pueden tener efectos beneficiosos en la igualdad retributiva si como consecuencia de la implantación

de esta filosofía en la empresa, se incorporan medidas que permitan el desarrollo integral de los trabajadores⁹⁸. A tal fin, la RSE debe dirigirse a complementar y tratar de mejorar la regulación vigente (estatal o convencional), sin pretender alterar las reglas propias del modelo de Estado Social en el que «los poderes públicos, forzosamente, están llamados a intervenir y contribuir a la consecución del valor igualdad»⁹⁹.

La voluntariedad propia de las políticas o programas de RSC, conlleva un riesgo implícito, esto es, que las acciones insertadas desde este ámbito queden reducidas a meras declaraciones de intenciones desprovistas de efectividad. Tal probabilidad de riesgo se supera por el hecho de que una vez que la empresa adopta una estrategia en materia de igualdad retributiva por razón de género en el marco de su RSE y sus compromisos en esta materia se hacen públicos, estos se convierten en obligatorios para ella, quedando obligada social y públicamente a realizar acciones que den respuesta y demuestren su acción¹⁰⁰. Esta característica se plasma en los dos ámbitos en que se proyectan todas las políticas amparadas en ella, el interior y el exterior de la empresa, consiguiendo con ello dotar a sus objetivos de una expansión superior¹⁰¹.

La onda expansiva de las políticas de RSE puede tener un impacto superior cuando sus previsiones trascienden las fronteras de la empresa y se proyectan y afectan —directa o indirectamente— no sólo a otras empresas de su grupo o red de empresa, sino también a to-

⁹⁶ CANO GALÁN, Y. (2008). «Título II. Políticas para la igualdad. Capítulo I. principios generales (arts. 14 a 22)» en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., (Dir.), Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Thomson Aranzadi, Navarra, nota al pie núm. 62, p. 181.

⁹⁹ RAMOS QUINTANA, M.I. (2002). La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad), Lex Nova, Valladolid, p. 149.

¹⁰⁰ MERINO SEGOVIA, A. (2009). Igualdad de género, empresa y responsabilidad social...cit. p.10.

¹⁰¹ Tales ámbitos son denominados dimensión interna y externa de la RSE. *Idem*, p.14.

⁹⁶ Libro Blanco: «Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible» [COM(2002)034].

⁹⁷ MERINO SEGOVIA, A. (2009). Igualdad de género, empresa y responsabilidad social...cit., p.25.

dos los intervinientes de la cadena de suministro (socios comerciales, proveedores, contratistas). De este modo, la RSE se erige en parte esencial de una estrategia empresarial en la que «la tendencia a la excelencia impregna sus relaciones con todos sus grupos de interés»¹⁰².

3.2. La promoción de la igualdad retributiva en las políticas de diversidad de las empresas

La igualdad retributiva es una materia cuya promoción y garantía puede incluirse como área prioritaria de las prácticas socialmente responsables dirigidas al ámbito interno de las empresas, correspondiéndose con una cultura empresarial innovadora y transparente y un modelo de competitividad responsable y sostenible. Las acciones realizadas por las empresas para favorecer la igualdad retributiva y la transparencia salarial se inscriben en una política de recursos humanos de calidad, esencial en una concepción auténtica de la RSE¹⁰³. Tales políticas salariales deben asumir un enfoque transversal afectando a todas las parcelas de los factores generadores como la contratación, el desarrollo y promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar, etc. No se trata, pues, de una estrategia empresarial económica, ya que re-

solver la desigualdad salarial existente genera costes a la empresa (costes administrativos derivados del desarrollo de nuevos métodos de evaluación de los empleos y de sistemas de clasificación, costes de formación, por la realización de auditorías, etc.); si bien estos se compensan por la obtención de considerables beneficios entre los que pueden citarse la mejora de las relaciones laborales; de la reputación e imagen empresarial; la prevención de posibles costes derivados de posibles sanciones derivadas de denuncias por discriminación salarial; el aumento de la satisfacción y productividad del personal; la retención del talento, etc.¹⁰⁴.

Las acciones de RSE destinadas a combatir la brecha retributiva por razón de género en la empresa se incluyen en el marco de las políticas de gestión de la diversidad en la empresa y habitualmente se plasman en un Plan de actuación contra la brecha retributiva por razón de sexo¹⁰⁵. El Plan de acción contra la brecha retributiva por razón de sexo se diseña a través de un proceso particular e individualizado que parte de la evaluación de la realidad concreta, diversa y específica de cada organización¹⁰⁶. En general, se han identificado una serie de pasos imprescindibles para poder

¹⁰⁴ OELZ, M.; OLNEY, S. y TOMEI, M. (2013). Igualdad salarial... cit., p. 6.

¹⁰⁵ La diversidad engloba el conjunto de políticas en torno a «colectivos» concretos o grupos de personas excluidas respecto a la totalidad de la plantilla, convirtiéndose en una auténtica estrategia contra la discriminación laboral. Por lo general, la política de diversidad en la empresa alberga cuatro ámbitos: diversidad de género, diversidad funcional, diversidad generacional y diversidad LGBT. De esta forma, el género constituye para las empresas, junto con orientación sexual, la nacionalidad, la edad, la discapacidad, la religión y creencias, etc., una variable más que hay que integrar en la empresa para aprovechar los beneficios que reporta a la empresa evitando la existencia de prácticas discriminatorias por estas causas. Por ejemplo, puede citarse el CÓDIGO DE ÉTICA DE THALES-UK en el que se establece la defensa del principio de «igualdad de trato, lo que significa evitar cualquier discriminación por motivos de origen, sexo, orientación sexual, edad, opiniones políticas o religiosas, afiliación sindical o discapacidad».

¹⁰⁶ OMB Research (2019). «Employers' gender pay gap action plans: Research report» (<https://www.gov.uk/government/publications/gender-pay-gap-employers-actionand-understanding>).

¹⁰² Apartado 14 I informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social.

¹⁰³ MERINO SEGOVIA, A. (2009). Igualdad de género, empresa y responsabilidad social...cit., p.33. Y ello en consonancia con el informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas. Congreso de los Diputados– 31 de julio de 2006.–Serie D. Núm. 423, donde se indica que «Fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los planos de actividad de la empresa. La empresa es uno de los espacios sociales en los que más difícil está resultando la igualdad de derechos entre las mujeres y los hombres. Son evidentes las discriminaciones existentes: en el salario, en las profesiones, en la carrera profesional, en los órganos directivos, etc. Una política integral de RSE debe incluir un compromiso firme y decidido por ir superando esas desigualdades y debe tener aplicación en todos los planos de actividad empresarial».

garantizar la efectividad del Plan de actuación¹⁰⁷. Así, todo Plan de acción debe partir de una fase de diagnóstico en la que se realiza un análisis de los datos con el fin de comprender la existencia –y, en su caso, el nivel– de brecha retributiva por razón de género en la empresa y su grado de incidencia a lo largo de la trayectoria del personal en la empresa (incluyendo la selección, la contratación, el desempeño, el posible ascenso y la extinción del contrato de trabajo). Asimismo, el diagnóstico permite identificar las causas desencadenantes de la brecha retributiva, lo que permite adoptar un enfoque transversal y sistemático para decidir qué acciones que se incluirán en el Plan de acción y que han de estar dirigidas a combatir los obstáculos identificados en cada una de las etapas de la trayectoria profesional de la persona trabajadora en la empresa. Un adecuado diagnóstico de la igualdad salarial en la empresa debe centrarse en aspectos no sólo de composición salarial, sino también de procesos y políticas de reconocimiento del talento. Es esencial identificar la existencia de sesgos inconscientes que hacen que se valoren de manera diferente los perfiles de hombres y mujeres tanto en los procesos de contratación como en los de promoción profesional. Igualmente, es fundamental que se analicen las causas que pueden motivar la reducida presencia de mujeres en las candidaturas a posiciones de mayor responsabilidad con el objetivo de visibilizar los obstáculos al liderazgo femenino y de poder articular medidas precisas para favorecer la presencia de mujeres en puestos de dirección y gestión.

El éxito y efectividad de la estrategia del plan de acción exige que en su diseño se garantice la consulta y participación de las personas trabajadoras, sus representantes, los responsables de los recursos humanos y de los

diferentes niveles de la gestión. Igualmente, es fundamental concretar los objetivos internos específicos –claros, concretos y realistas– de garantía y promoción de la igualdad retributiva por razón de género a partir de la fijación de metas concretas en plazos concretos¹⁰⁸. El Plan de actuación, al insertarse en el seno de las políticas de diversidad en la empresa en la empresa, deberá como mínimo contemplar los siguientes objetivos prioritarios: a) la captación y retención del talento femenino a través de prácticas de contratación y selección más eficaces b) el empoderamiento de las mujeres y el fomento de su presencia en puestos de liderazgo; c) la transparencia salarial; y d) las políticas de trabajo flexible y corresponsabilidad.

Una vez implantado el Plan de actuación, es esencial articular procesos para su monitorización, revisión y evaluación continua con el fin de ir adaptándolo a las necesidades que vayan surgiendo. A tal fin, el establecimiento de objetivos concretos, con plazos específicos y la designación de un sujeto responsable del impulso del plan (por ejemplo, un responsable de diversidad) son elementos clave para asegurar su efectividad. Con todo, desarrollar e implantar un plan de acción efectivo es un proceso continuo e iterativo que requiere tiempo tanto para considerar en detalle el enfoque a adoptar como para perfilar su contenido para que refleje los problemas que impulsan el Plan de Acción.

3.3. Acciones de RSE destinadas a combatir la brecha retributiva por razón de género en la empresa

Las acciones responsabilidad social pueden dirigirse a fortalecer en el entorno laboral medidas políticas ya existentes destinadas mejorar la participación de las mujeres en la fuerza laboral, favoreciendo con ello la reduc-

¹⁰⁷ OMB Research (2019). «Four steps to developing a gender pay gap action plan», disponible en <https://gender-pay-gap.service.gov.uk/public/assets/pdf/action-plan-guidance.pdf>.; y «Eight ways to understand your organisation's gender pay gap», disponible en <https://gender-pay-gap.service.gov.uk/public/assets/pdf/understand-your-gender-pay-gap.pdf>

¹⁰⁸ MENTO, A.J.; STEEL, R.P. y KARREN, R.J. (1987). «A meta-analytic study of the effects of goal setting on task performance: 1966–1984», *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, núm. 39(1), pp. 52–83.

ción de la brecha retributiva por razón de género; o bien asumir un enfoque más ambicioso incluyendo otras acciones que contribuyan directa o indirectamente a conseguir el objetivo propuesto.

El análisis de los estudios realizados hasta el momento permite a las empresas conocer los distintos enfoques de RSE y las distintas iniciativas destinadas a mejorar el reclutamiento y la progresión profesional de las mujeres y a reducir la brecha salarial de género¹⁰⁹. Tomando como referencia los factores causantes de la brecha retributiva por razón de género, las empresas pueden seleccionar las medidas más adecuadas de cara a diseñar un plan de actuación contra la brecha retributiva por razón de sexo que garantice una mayor tasa de éxito en su propia estructura organizativa.

Siguiendo los resultados de estudios dedicados a cómo reducir la brecha salarial y mejorar la igualdad de género en las organizaciones¹¹⁰, se han identificado las acciones con mayor impacto positivo a la hora afrontar este reto en la empresa. Para facilitar la exposición de tales medidas, se presentan a continuación de manera sistematizada en función del área de actuación sobre la pretenden causar impacto.

❖ Un primer grupo de medidas actúan en los procesos de reclutamiento y de promoción del personal con el fin de aumentar la presencia de las mujeres en la empresa y, en especial, en los puestos de gestión y liderazgo. Las principales buenas prácticas empresariales en esta parcela son:

- Realización de ofertas de empleo no discriminatorias. Algunas empresas, como es el caso de AON-Reino Unido, some-

ten los anuncios a un decodificador de descripción de trabajo que elimina el lenguaje sesgado de género y analiza la descripción del trabajo frente a otros posibles elementos discriminatorios.

- Inclusión de mujeres en listas de personas candidatas a la contratación y/o promoción interna para asegurar las posibilidades de contratación o ascenso de las mujeres¹¹¹. Ejemplo de ello lo encontramos en el Grupo Santander que ha implantado como buena práctica el objetivo de 50:50 (lista de selección equilibrada masculina: femenina) en función del género para los puestos de dirección intermedia y superior.
- Sustitución de la referencia a hombres y mujeres por calidad y mérito. Esta medida exige la estandarización de métodos objetivos en los procesos selectivos para evaluar la idoneidad de las personas candidatas, de forma que junto a las entrevistas se solicite una prueba de desempeño consistente en la realización de tareas propias de las funciones del puesto al que se opta¹¹².
- Utilización de modelos de entrevistas estructurados en los procesos de selección de personal y en los de promoción interna que eviten los sesgos injustos¹¹³. Las entrevistas estructuradas

¹¹¹ JOHNSON, S. K.; HEKMAN, D. R. y CHAN, E. T. (2016). «If there's only one woman in your candidate pool, there's statistically no chance she'll be hired», *Harvard Business Review*, núm. 26(04).

¹¹² CABRERA, M. A. M. y NGUYEN, N. T. (2001). «Situational judgment tests: A review of practice and constructs assessed», *International Journal of Selection and Assessment*, núm.9(1-2), pp.103-113.

¹¹³ LEVASHINA, J.; HARTWELL, C. J.; MORGESON, F. P. y CAMPION, M. A. (2014). The structured employment interview: Narrative and quantitative review of the research literature. *Personnel Psychology*, 67(1), pp. 241-293. OH, I.; POSTLETHWAITE, B. E. y SCHMIDT, F.L. (2013). «Rethinking the validity of interviews for employment decision making: Implications of recent developments in meta-analysis», in SVANTEK, D. J. y MAHONEY, K. (Eds.), *Received wisdom, kernels of truth, and boundary conditions in organizational studies*, IAP, USA, pp. 297-329.

¹⁰⁹ BOHNET, I. (2016). *What works: Gender equality by design*, Harvard University Press; DOBBIN, F. y KALEV, A. (2016). «Why diversity programs fail», *Harvard Business Review*, núm. 94(7/8), pp. 52-60.

¹¹⁰ GOVERNMENT EQUALITIES OFFICE, (2018) «Reducing the gender pay gap and improving gender equality in organisations: Evidence-based actions for employers», UK, disponible en https://gender-pay-gap.service.gov.uk/public/assets/pdf/Evidence-based_actions_for_employers.pdf

consisten en la realización a las personas candidatas las mismas preguntas en el mismo orden y formato; y usando en la calificación y evaluación criterios preestablecidos y estandarizados para que las respuestas sean comparables y se reduzca el impacto del sesgo inconsciente. Según el informe de la Asociación Española de Directores de Recursos Humanos (AEDRH), el 54% de las empresas están aplicando criterios de promoción igualitarios como medida que destinada a evitar que se produzca o reducir el *gender pay gap*.

- Atenuación de la parcialidad y el sesgo inconsciente en los procesos de contratación y promoción¹¹⁴. A tal fin se requiere la evaluación en los procesos de contratación y ascensos recaiga en paneles o comités de evaluación de composición mixta, equilibrada y diversa¹¹⁵. La importancia de esta práctica la ha tomado en consideración el Grupo Santander-Reino Unido que promueve la presencia de mujeres en los paneles de entrevistas con el fin de ofrecer una visión equilibrada de las personas candidatas, evitar los sesgos de género y garantizar la igualdad de oportunidades.

¹¹⁴ Un factor menos conocido que impide que las mujeres progresen en el lugar de trabajo es el «sesgo de afinidad», una tendencia natural a contratar y promover a quienes se nos asemejan. Como hay más hombres en la parte superior de las grandes empresas que toman decisiones de contratación que las mujeres tal sesgo determina la mayor probabilidad de que la persona seleccionada sea un hombre. Sobe la teoría de la identidad social, TAJFEL, H. (1982). «Social psychology of intergroup relations», *Annual Review of Psychology*, núm.33, pp.1-39.

¹¹⁵ DE PAOLA, M. y SCOPPA, V. (2015). «Gender discrimination and evaluators' gender: evidence from Italian academia», *Economica*, núm. 82(325), pp. 162-188. BAGUES, M., SYLOS-LABINI, M., & ZINOVYEVA, N. (2017). «Does the gender composition of scientific committees matter?», *American Economic Review*, núm. 107(4), pp.1207-38; ABRAMO, G.; D'ANGELO, C. A. y ROSATI, F. (2015). Selection committees for academic recruitment: does gender matter? *Research Evaluation*, núm. 24(4), pp.392-404; DUGUID, M. (2011). Female tokens in high-prestige work groups: Catalysts or inhibitors of group diversification? *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, núm. 116(1), pp.104-115.

- Establecimiento de cuotas para mejorar la presencia de las mujeres en posiciones de dirección y gerencia debido a su beneficioso impacto en la reducción en la brecha salarial de género de la organización. Estas cuotas pueden estar fijadas por la legislación aplicable o marcadas por un objetivo propio de la empresa¹¹⁶. Así, el Grupo ANA HOLDINGS, INC incluye entre sus objetivos la promoción de las mujeres en el lugar de trabajo, y se propone aumentar el número de mujeres en puestos de dirección y gestión al 15% para fines de marzo de 2020¹¹⁷, en concordancia con los compromisos asumidos al adherirse en 2017 a los Principios de Empoderamiento de las Mujeres (WEP-2011)¹¹⁸. El 1 de abril de 2017, la proporción de mujeres gerentes era de 13,3%, aproximadamente 3.5 puntos porcentuales más que cinco años antes¹¹⁹ y del 19,9% en 2018¹²⁰. En el caso del Grupo Santander¹²¹, un 30.6% del personal directivo superior son mujeres. La compañía cuenta con un 38% de representación femenina en el nivel del Comité Ejecuto-

¹¹⁶ Según los datos contenidos en el ESADE Gender Monitor 2018 sobre el Equilibrio de Género en la Empresa presentado en enero de 2018 los altos puestos, masculinizados, los copan los más profesionales. Ahora bien, solo entre el 20% y el 30% de los miembros de los órganos de decisión empresariales son seleccionados por criterios profesionales, mientras que el resto accede a los consejos de administración por formar parte del círculo de confianza de los presidentes o consejeros delegados de las compañías. *Vid.* ESADE Gender Monitor 2018: Equilibrio de género en las empresas, disponible en <http://itemsweb.esade.edu/wi/Prensa/ESADEGenderMonitor2018.pdf>

¹¹⁷ ANA Group- Annual Report 2017: «Heading toward the next stage», p. 68, y ANA Group- Annual Report 2018: «Spreading our wings».

¹¹⁸ Iniciativa, promovida por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (UNGC) y ONU Mujeres, refuerza la igualdad de género en el liderazgo corporativo de alto nivel.

¹¹⁹ ANA Group- Annual Report 2017: «Heading toward the next stage», p. 68.

¹²⁰ ANA Group- Annual Report 2018: «Spreading our wings», p. 13.

¹²¹ Informe Santander UK Group: Our Gender pay Gap Report 2018 disponible en https://www.santanderjobs.co.uk/pdf/Santander_UK_Gender_Pay_Gap_Report_2018.pdf

tivo y un 43% en el nivel de la Junta; pero, tras sumarse en 2016 a la Carta de Mujeres en Finanzas de HM Treasury (*HM Treasury's Women in Finance Charter*), se ha fijado como objetivo aumentar el número de mujeres en cargos de alta dirección al 50% (+/- 10%) para 2021¹²². Por su parte, el Grupo Thales presenta una plantilla compuesta por un 80% de hombres y el 20% mujeres, mientras que en los niveles de rango superior la composición es del 87% y el 13% respectivamente. Desde 2016 uno de los retos de su política de reclutamiento consiste en aumentar esa proporción hasta alcanzar en 2030 un porcentaje de mujeres contratadas (40%) y de mujeres en puestos de responsabilidad superior (30%) y lograr una presencia de al menos tres mujeres en cada comité de gestión¹²³. En 2018, el 27,5% de las nuevas contrataciones en todo el mundo el año pasado fueron mujeres. En cuanto a la promoción profesional, en total, la proporción de mujeres promovidas en 2017 a los niveles más altos de responsabilidad representaron el 22,9% de todas las promociones en estos niveles en comparación con el 19,5% del año anterior. Otro ejemplo lo encontramos en AON– Reino Unido cuyo objetivo es que las mujeres representen el 30% de los tres niveles superiores de la empresa para el año 2020. Finalmente, en Telefónica¹²⁴,

las mujeres constituyen casi el 38% de la plantilla. En los cargos directivos, la presencia femenina asciende al 23,8%, y la multinacional española tiene el objetivo de llegar al 30% en 2020.

- Realización de programas de autoevaluación de desempeño para determinar su contribución a la progresión de las mujeres en el trabajo¹²⁵.
- ❖ Un segundo grupo de acciones se dirigen de forma específica a la negociación y concreción del *quantum salarial*. En esta área destacan como acciones principales:
 - Fomentar la negociación salarial mostrando las categorías o franjas salariales¹²⁶. Esta medida trata de contrarrestar los efectos derivados del hecho de que las mujeres tienen menos probabilidades de negociar su salario. A tal fin, la empresa comunica claramente la escala de salario que se ofrece para animar a las mujeres a negociar su salario. Esto ayuda al solicitante a saber lo que razonablemente puede esperar. Si el salario para un rol es negociable, las empresas deben indicarlo claramente ya que esto también puede alentar a las mujeres a negociar. Si las mujeres negocian más sus salarios, terminarán

¹²² Las acciones adoptadas por la empresa dirigidas a conseguir esta meta han hecho que la empresa en 2018 se haya incluido por The Times entre los 50 principales empleadores de mujeres en el Reino Unido en reconocimiento a sus iniciativas para igualar la brecha salarial de género.

¹²³ THALESGROUP (2017). Integrated Report. Corporate Responsibility, disponible en https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/database/document/2018-06/Thales_crir_2017_accede.pdf, pp. 39-40. THALESGROUP. Social Report 2017. Extracts from the 2017 registration document disponible en https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/database/document/2018-07/Thales_Social%20Report%202017.pdf

¹²⁴ En 2018 Telefónica figura por segundo año consecutivo en el Índice Bloomberg de Igualdad de Género – 2019

Bloomberg Gender-Equality Index o GEI prensa que distingue a las empresas comprometidas con la transparencia en la información de género y el avance en la igualdad de las mujeres teniendo en cuenta sus cifras, políticas, participación en la comunidad y sus productos y servicios.

¹²⁵ FLETCHER (1999). «The implications of research on gender differences in self-assessment and 360 degree appraisal», *Human Resource Management Journal*, 9(1), pp. 39-46. BEYER (1990). «Gender differences in accuracy of self-evaluations of performance», *Journal of Personality and Social Psychology*, núm.59(5), pp. 960-970.

¹²⁶ LEIBBRANDT, A. y LIST, J. A. (2014). «Do women avoid salary negotiations?», *Evidence from a large-scale natural field experiment*. *Management Science*, núm. 61(9), pp. 2016-2024; MAZEI, J.; HÜFFMEIER, J.; FREUND, P. A.; STUHLMACHER, A. F.; BILKE, L. y HERTEL, G. (2015). «A meta-analysis on gender differences in negotiation outcomes and their moderators», *Psychological Bulletin*, núm.141(1), p. 85.

con salarios que se ajusten mejor a los salarios de los hombres¹²⁷.

- Introducir la transparencia en los procesos de promoción, pago y recompensa¹²⁸ puede reducir las desigualdades salariales. Por lo que se refiere al compromiso de transparencia en las retribuciones, el Grupo Santander publica las cifras en un informe anual sobre brecha de género que además incluye las medidas que se están adoptando para cerrar la brecha salarial por razón de género¹²⁹; el último refleja la reducción de 1.7 puntos porcentuales en la brecha salarial media por género a lo que han contribuido la mayor representación femenina en los niveles superiores de la organización y la introducción de una nueva asignación de beneficios flexibles en marzo de 2018. También el Grupo Thales publica periódicamente un Informe en el que se contienen las cifras sobre brecha salarial¹³⁰, en el que se refleja que su brecha salarial coincide con la media del país. En el caso de AON, la publicación de los datos en consonancia con las obligaciones de la legislación se plasma en el informe UK Gender Pay Gap Report 2017¹³¹ donde se pone de manifiesto

que la brecha salarial de género está influenciada por la distribución de empleados masculinos y femeninos en toda la organización.

- Concretar el salario a través de un algoritmo que se alimenta de la combinación de una serie de cálculos matemáticos sobre los datos de entrada¹³². Esta vía de solución a la brecha retributiva por razón de género es recomendada por empresas consultoras como Willis Towers Watson o PeopleMatters, que se ocupan de elaborar este tipo de fórmulas que tienen en cuenta el puesto que ocupa la persona trabajadora, el nivel de contribución de la misma a la organización, la retribución pagada por otras empresas en el mercado para una determinada función, el salario de los empleados que ocupan un puesto similar en la organización, y el salario que desea pagar la empresa para ser competitiva. Por tanto, el sexo de la persona no es nunca, al menos de forma directa, un dato a considerar en este tipo de cálculos. Ahora bien, no puede llegar a afirmarse que el algoritmo sea una solución infalible pues este se nutre también de los factores personales derivados de la situación individual de la persona trabajadora (ausencias imprevisibles por necesidades familiares, horas de ausencia para acompañar a menores a una cita médica, etc.), así como del criterio subjetivo de la persona

¹²⁷ Según el informe de la Asociación Española de Directores de Recursos Humanos (Aedrh), entre las iniciativas que están aplicando las empresas para evitar que se produzca o reducir el gender pay gap destaca el establecimiento de bandas salariales, llevado a cabo en el 73% y en el 54% de las organizaciones.

¹²⁸ CASTILLA, E. J. (2015). «Accounting for the gap: A firm study manipulating organizational accountability and transparency in pay decisions», *Organization Science*, núm. 26(2), pp. 311-333.

¹²⁹ SANTANDER UK GROUP (2018). Informe: Our Gender pay Gap Report 2018 disponible en https://www.santanderjobs.co.uk/pdf/Santander_UK_Gender_Pay_Gap_Report_2018.pdf

¹³⁰ THALESintheUKGenderPayGapReport.2017 disponible en https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/database/d7/asset/document/thalesuk_genderpaygap_v9_20180327.pdf

¹³¹ AON UK Limited UK Gender Pay Gap Report 2017, disponible en https://www.aon.com/getmedia/03ac33f4-ee0e-4c8f-a48c-a43a9d64ef7a/Aon_UK_Gender_Pay_Gap_Report_2017_FINAL.aspx

¹³² Un ejemplo de una empresa que hace uso de esta buena práctica es Google que hace dos evaluaciones al año a sus empleados, desarrolla técnicas para la gestión de personas, basadas en el desempeño, así como herramientas que determinan el salario y cómo realizar los incrementos retributivos. En esta empresa la persona responsable de la dirección recibe la propuesta de subida salarial y de salario del personal en base a un algoritmo donde el sexo de la persona no forma parte del dato que se le da al algoritmo y donde lo que se considera es qué puesto tiene, qué nivel, cuál ha sido su evaluación, qué objetivos tenía y cuáles ha conseguido, siendo el propio algoritmo propone la subida y el esquema salarial de cada persona empleada cada año.

responsable de codificar el algoritmo, lo que puede provocar el riesgo de que finalmente la generación del algoritmo no sea un proceso totalmente libre de sesgo de género. Para solucionarlo, se propone, en unos casos, optar por procesos y toma de decisiones más matemáticos, objetivables y transparentes; en otros, recurrir a la inteligencia artificial. En este punto cabe advertir también sobre los riesgos derivados de la utilización de sistemas de inteligencia artificial basados en aprendizaje automático no supervisado en procesos de toma de decisiones –fundamentalmente aplicados a procesos de selección de personal–, pues estos sistemas pueden aplicar estereotipos de género¹³³. Ahora bien, cabe cuestionarse si realmente descartar la variable «sexo» en el algoritmo de cálculo de los salarios es la solución más efectiva para cerrar la brecha retributiva por razón de sexo en la empresa. No pueden dejar de advertirse supuestos en los que la inclusión del sexo en la formulación del algoritmo podría actuar como mecanismo corrector y, en consecuencia, como un parámetro que pudiera favorecer la reducción de la brecha salarial por razón de género. Ejemplo de ello sería la penalización salarial asociada a las ausencias por motivos imprevistos que general-

mente son utilizadas por las mujeres al ser estas las que mayoritariamente asumen las responsabilidades de conciliación. En estos casos, la inclusión de la variable sexo en el algoritmo podría ser una vía idónea para insertar en la empresa como acción positiva dirigida a erradicar la discriminación retributiva la menor penalización económica en los supuestos en que estas ausencias hayan sido utilizadas por mujeres.

❖ Una tercera parcela en la que es necesario actuar para combatir la brecha retributiva por razón de género es en materia de formación en sesgos inconscientes de género en el lugar de trabajo¹³⁴, y promoción y formación en diversidad¹³⁵. Las acciones en este campo incluyen:

- Nombrar gerentes de diversidad y/o grupos de trabajo de diversidad que monitoreen los procesos de gestión de talento (reclutamiento y promociones) y la diversidad dentro de la organización. Estos deben tener acceso a los datos de la empresa, pueden pedir justificación razonada de las decisiones en los procesos selectivos y de promoción, y pueden desarrollar e implantar estrategias y políticas de diversidad. Así, el Grupo Santander cuenta con promotores de nivel de Dirección para proporcionar apoyo adicional al Comité Ejecutivo sobre cuestiones de género con el fin de fortalecer y continuar avanzando en los niveles de responsabilidad y control del liderazgo. Además, supervisan semanalmente que se cumplan los requisitos de las listas equilibradas en

¹³³ El recurso a la inteligencia artificial ha empezado a ser descartada por las empresas como vía de solución al comprobar que, junto con la posibilidad de transmisión de los estereotipos de género de forma directa, a través de los propios programadores, el algoritmo también puede desarrollarlos a través de los datos que utiliza para su aprendizaje automático, dado que este se fundamenta en datos humanos a gran escala. Algunas noticias publicadas en prensa advierten de los riesgos de la inteligencia artificial: «Amazon despide por machista a la inteligencia artificial que seleccionaba currículums para trabajar en la empresa», publicada en eldiario.es el 11/10/2018 disponible en https://www.eldiario.es/tecnologia/Amazon-inteligencia-artificial-seleccionaba-curriculums_0_823817953.html; o «Una Inteligencia Artificial se vuelve racista y machista al aprender a leer», publicada en eldiario.es el 13/04/2017 disponible en https://www.eldiario.es/tecnologia/Inteligencia-Artificial-sexismo-racismo_0_632387552.html.

¹³⁴ GIROD, S.; FASSIOTTO, M.; GREWAL, D.; KU, M. C.; SRIRAM, N.; NOSEK, B. A. y VALANTINE, H. (2016). «Reducing implicit gender leadership bias in academic medicine with an educational intervention», *Academic Medicine*, núm. 91(8), pp.1143-1150. ATEWOLOGUN, D.; CORNISH, T. y TRESH, F. (2018). «Unconscious bias training: An assessment of the evidence for effectiveness», *Equality and Human Rights Commission*.

¹³⁵ DOBBIN, F. y KALEV, A. (2016). «Why diversity programs fail», *Harvard Business Review*, núm.94(7/8), pp. 52-60.

los procesos de selección y en el caso de que la lista de selección se componga exclusivamente por hombres, tal circunstancia se notifica por correo electrónico al miembro pertinente del Comité Ejecutivo para asegurarse de que son conscientes de las implicaciones.

- Impartir formación sobre sesgos inconscientes y mentoría. La formación del Comité Ejecutivo en este ámbito y la mitigación de cualquier sesgo de género en las decisiones de gestión garantiza que las decisiones sobre la retribución y la promoción interna sean justas y no discriminatorias. Tanto AON como el Grupo Thales (este último desde 2018) cuentan con un programa de capacitación dirigido a gerentes para formarlos en reclutamiento objetivo e inclusivo basado en las capacidades de la persona candidata, para comprender cómo su sesgo inconsciente de género puede afectar sus decisiones en el proceso de reclutamiento y selección y cómo abordarlo. También las políticas de RSC del Grupo Santander incluyen acciones de formación en sesgos inconsciente y la mentoría (orientación y asesoramiento) inversa para apoyar a los líderes (principalmente a los integrantes del comité ejecutivo) a tomar decisiones motivadas sobre la atracción, la contratación, la promoción y la salida de sus empleados¹³⁶. Con un enfoque más amplio el Grupo Thales ha lanzado una campaña sobre el sesgo inconsciente y los estereotipos de género dirigida a toda la plantilla para favorecer la toma de conciencia de los desafíos relacionados con la diversidad y la inclusión.

Con todo, uno de los ejemplos más representativos en esta área lo constituye Telefónica con su estrategia en diversidad e

inclusión, que abarca desde los procesos de selección, en los que se tienen en cuenta la representación de mujeres, la diversidad de género de los candidatos para puestos de gestión, la formación en sesgos inconscientes para managers y la inclusión de variables de diversidad en los objetivos de desempeño.

❖ Un cuarto grupo de buenas prácticas que debe poner en práctica una empresa socialmente responsable se dirigen a apoyar de manera proactiva la estrategia de diversidad e inclusión para atraer, desarrollar y retener a las mujeres con talento. Las principales acciones que pueden contribuir a esta causa son:

- Los programas de mentoría y patrocinio¹³⁷. En el Grupo Thales se ha desarrollado un programa de *Mentoring* que ofrece a las mujeres que ocupan importantes posiciones en el Grupo en Europa la oportunidad de recibir apoyo y asesoramiento de un mentor para contribuir a desarrollo profesional y personal. También AON- RU cuenta con un programa de patrocinio que vincula a trabajadoras de nivel medio y alto con líderes sénior para brindarles apoyo y orientación profesional.
- Las redes de colaboración, asesoramiento y apoyo para compartir información y consejos profesionales. En Telefónica, para lograr el reto de aumentar la presencia de mujeres en cargos directivos se ha puesto en marcha el programa *Women in Leadership*. El Grupo ANA ha creado ANA-WINDS (Red Innovadora para la Diversidad de Mujeres ANA) para respaldar la creación de redes e intercambio de información entre mujeres de nivel directivo en todas las empresas y divisiones. Por su parte, AON cuenta con la Red Internacional de Mujeres (WIN). El Grupo

¹³⁶ SANTANDER UK GROUP (2018). Informe: Our Gender pay Gap Report 2018 disponible en https://www.santanderjobs.co.uk/pdf/Santander_UK_Gender_Pay_Gap_Report_2018.pdf

¹³⁷ DOBBIN, F. y KALEV, A. (2016). «Why diversity programs fail», cit., pp. 52-60.

Santander cuenta con el programa de desarrollo de liderazgo especializado para mujeres de alto potencial denominado *Accelerating You*, que está dedicado a fomentar la participación activa de las mujeres y procura servir de apoyo para fomentar objetivos de desarrollo profesional, crear resiliencia, ampliar las redes y desarrollar marcas personales y perfiles de mujeres líderes en esa área de negocio. Además, la empresa cuenta desde 2012 con la Red *Women in Business (WIBN)*, que apoya de manera proactiva la estrategia de diversidad e inclusión para atraer, desarrollar y retener a las mujeres con talento. También Thales se ha unido a estas buenas prácticas y ha lanzado una *Red de Mujeres en Thales* para el sector de Transporte (WIT), creando con ello conciencia sobre las barreras para la inclusión de las mujeres.

- Realización de acciones de captación del talento. En este ámbito, AON dispone del programa «Mujeres del Futuro» dirigido específicamente a aumentar el número de mujeres en pasantías y programas de posgrado; y con otros programas específicamente dirigidos a construir un flujo de talentos de femenino en todos los niveles. Asimismo, AON ha desarrollado procedimientos integrados para atraer, retener, desarrollar y apoyar a las mujeres. Una medida más particular en materia de RSE la encontramos en el Grupo Thales que ha impulsado iniciativas dirigidas a atraer a mujeres jóvenes a carreras científicas y técnicas, como el Foro de Mujeres y la asociación *Elles Bougent*. Además, en asociación con *WISE (Women into Science & Engineering)*, Thales ha trabajado en la formación en igualdad de género y las barreras para las mujeres en el lugar de trabajo con el fin de crear un entorno de trabajo y una cultura laboral totalmente diversa e inclusiva.

❖ El quinto campo de actuación es el relativo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral¹³⁸. Las acciones que en esta parcela contribuyen a reducir la brecha retributiva por razón de género pueden ser:

- Mejorar la flexibilidad en el tiempo de trabajo, en el lugar de trabajo (*smart-working*) y fortalecer y favorecer en la empresa las políticas de flexibilidad laboral para hombres y mujeres incluyendo medidas como horario flexible, trabajo a tiempo parcial, trabajo a distancia, trabajo compartido, etc.
- Promover posibilidades ventajosas en materia de adaptación y reducción de jornada.
- Corresponsabilizar al progenitor varón. Es esencial fomentar la corresponsabilidad a través de medidas que favorezcan la utilización compartida de las licencias parentales con el fin de contrarrestar el hecho de que la brecha se amplíe después de que las mujeres tengan hijos. En este sentido, resulta una práctica referencial que se promueva que ejemplos de líderes de alto nivel que hayan tomado el permiso de paternidad compartido en su organización.
- Admitir la opción del recurrir a los descansos de carrera.
- Oferta de servicios de atención y cuidado para familiares (menores-mayores) dependientes, o de ayudas destinadas a este fin. Estas acciones tratan de fa-

¹³⁸ Algunos estudios realizados muestran que la implantación en las empresas de medidas de conciliación destinadas a complementar las necesidades de los trabajadores que también asumen el rol de cuidadores informales reportan beneficios en términos de retención de personal, motivación de los empleados y productividad. SÁNCHEZ-VIDAL, M.E.; SEGADO SEGADO, I. y CEGARRA LEIVA, D. (2015). «El conflicto trabajo-vida y su efecto en el compromiso organizativo y deseo de permanecer en la organización: Estudio en trabajadores de alta cualificación», RTSS-CEF, núms. 389-390, pp. 1-28.

cilitar a los trabajadores/as con responsabilidades familiares el acceso a servicios de cuidados regulares para sus hijos/as de distintas edades, o para cuidados de refuerzo –en caso de emergencia familiar por enfermedad o cuando las medidas empleadas habitualmente fallan–. Estos servicios pueden materializarse en instalaciones en la empresa, centros del vecindario vinculados al lugar de trabajo, apoyo económico (mediante subvenciones, reembolsos, vales o ahorros fiscales), etc.¹³⁹.

- Promoción de programas de retorno o reinserción tutelada tras abandonar el mercado laboral por un largo periodo de tiempo. En el ámbito de las medidas favorecedoras de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, se deben incluir iniciativas y buenas prácticas para favorecer la reincorporación al mercado laboral o la contratación de las personas después de tomarse período de descanso prolongado en su carrera por razones de cuidado u otras razones y que no están empleadas actualmente o están trabajando en puestos de trabajo para los que están sobrecualificadas¹⁴⁰.

En este ámbito, podemos destacar la amplia política de conciliación de Telefónica que favorece la corresponsabilidad y la permanencia de las mujeres con responsabilidades de cuidado en el mercado laboral¹⁴¹; y que ha

¹³⁹ Ampliamente, HEIN, C. y CASSIRER, N. (2010). Soluciones para el cuidado infantil en el lugar de trabajo, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, especialmente, pp. 125 y ss.

¹⁴⁰ Un ejemplo sobre estas buenas prácticas en el gobierno de Reino Unido, en Women Returners and Timewise (2018). «Returner Programmes: Best Practice Guidance for Employers», en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/685064/Returner_Programmes_-_Best_Practice_Guidance_for_Employers.pdf

¹⁴¹ TELEFÓNICA: «+ de 100 Medidas que impulsan la igualdad. Conciliación y diversidad», disponible en [https://www.telefonica.com/documents/364672/472909/100_medidas_con-](https://www.telefonica.com/documents/364672/472909/100_medidas_con)

motivado que la compañía figure en Índice Bloomberg de Igualdad de Género–2019.

En materia de conciliación de la vida familiar y laboral, el Grupo ANA fomenta la participación del hombre en el atendimento de las responsabilidades de cuidado; e introduce los acuerdos de trabajo dirigidos principalmente para trabajadores y trabajadoras de alto nivel, que respaldan las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar. Como resultado, el promedio de años trabajados para un empleado de ANA en el año fiscal 2017 fue más del 10 por ciento más que hace cinco años.

Por su parte, el Grupo Santander establece como meta para lograr cerrar la brecha retributiva por razón de género la promoción de políticas de conciliación de la vida laboral y familiar dentro de su programa de diversidad e inclusión (RSC)¹⁴², incluyendo la promoción de la utilización por el progenitor varón de los permisos parentales y la posibilidad de solicitar *flexible working*. Además, el Grupo Santander cuenta con una *Red de padres y cuidadores* y patrocina *Equal Lives*, un proyecto de investigación de vanguardia de *Business in the Community* (BITC), que explora las experiencias y necesidades de los hombres con responsabilidades de cuidado e investiga la relación entre la implicación masculina en las responsabilidades de cuidado y la progresión de la mujer en el mercado de trabajo y el impacto de las medidas destinadas a la conciliación en el lugar de trabajo. El Grupo Santander también ha desarrollado un programa de retorno o reinserción laboral que se dirige a recuperar el talento de personas que han estado fuera del lugar de trabajo durante dos años o más, y que tiene como potencial que permite volver a captar a personas que hubiesen trabajado para la empresa en el pasado. El programa piloto de reinserción concluyó en

[ciliacion_telefonica.pdf/2fcfa22b-22d5-f7cd-595c-5b41e-d6022a1](https://www.telefonica.com/documents/364672/472909/100_medidas_conciliacion_telefonica.pdf/2fcfa22b-22d5-f7cd-595c-5b41e-d6022a1)

¹⁴² El conjunto de medidas de conciliación del Grupo Santander UK puede consultarse en https://www.santanderjobs.co.uk/documents/Santander_Family_Friendly_Policies_180119.pdf

julio de 2018 con un 78% de los participantes contratados por la empresa.

El objetivo del Grupo Thales de apoyo a conciliación de la vida laboral y familiar de las personas con responsabilidades de cuidado se ha dirigido a implantar y generalizar el *smart working*¹⁴³. También, en Francia, Thales ha participado desde 2010 en la creación de guarderías entre empresas, que a finales de 2017 cuidaban a 359 niños. Desde 2014, en Alemania se ha ofrecido a los empleados la oportunidad de reservar plazas en una guardería. Además de este servicio para niños más pequeños, Thales-Alemania se ha desarrollado una experiencia piloto para el cuidado infantil diario para empleados con niños en edad escolar durante las vacaciones escolares, basado en la organización de talleres que también tienen como objetivo crear conciencia tecnológica.

Mostrando un conjunto de acciones similares en este ámbito, AON promueve el trabajo flexible y ágil para favorecer el equilibrio de las responsabilidades laborales y familiares a través de medidas como la reducción de jornada (el 21% de las empleadas trabajan a tiempo parcial); medidas de apoyo para el regreso al trabajo después de ausencias prolongadas por motivos de conciliación y la promoción de opciones de trabajo flexibles, incluidas las interrupciones de carrera.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMO, G.; D'ANGELO, C. A. & ROSATI, F. (2015). Selection committees for academic recruitment: does gender matter? *Research Evaluation*, núm. 24(4), pp.392-404.
- ANA Group– Annual Report 2017: «Heading toward the next stage».
- Annual Report 2018: «Spreading our wings».
- ANGHEL, B.; CONDE-RUIZ, J.I. y MARRA DE ARTÍÑANO, J. (2018). Brechas Salariales de Género en España, Fedea, 2018, disponible en <http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2018-06.pdf>
- ANTÓN, J. & MUÑOZ DE BUSTILLO, R. (2013). «Public-private sector wage differentials in Spain. An updated picture in the midst of the Great Recession» (MPRA Paper No. 48986), disponible en <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/id/eprint/48986>
- AON UK LIMITED (2017). UK Gender Pay Gap Report 2017, disponible en https://www.aon.com/getmedia/03ac33f4-ee0e-4c8f-a48c-a43a9d64ef7a/Aon_UK_Gender_Pay_Gap_Report_2017_FINAL.aspx
- ATEWOLOGUN, D.; CORNISH, T. & TRESH, F. (2018). «Unconscious bias training: An assessment of the evidence for effectiveness», Equality and Human Rights Commission.
- BAGUELIN, O. (2007). *Male-female, Wage Gap and Vertical occupational segregation: the role of motivation for work and effort*, Centre d'étude de l'emploi.
- BAGUES, M.; SYLOS-LABINI, M. & ZINOVYEVA, N. (2017). «Does the gender composition of scientific committees matter?», *American Economic Review*, núm. 107(4), pp.1207-38
- BALLESTER PASTOR, M^a. A. (2016). «Igualdad de remuneración por razón de sexo», en GOERLICH PESET, J.M^a (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2018). «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea», *documentación Laboral*, núm. 115, pp. 13-31.
- (2018), *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdad de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete.
- BANCO MUNDIAL (2018). *Mujer, Empresa y el Derecho* 2018. Washington, DC: Banco Mundial, disponible en <http://pubdocs.worldbank.org/en/663971532380756932/WBL-2018-Key-Findings-Spanish.pdf>
- BEYER (1990). «Gender differences in accuracy of self-evaluations of performance», *Journal of Personality and Social Psychology*, núm.59(5), pp. 960-970.
- BLAU, F.D.; KAHN, L.M. (2016). *The gender wage gap: Extent, trends, and explanations*, IZA Discussion Paper No. 9656.
- BLINDER, A. (1973). «Wage discrimination: Reduced form and structural estimates», *The Journal of Human Resources*, núm.8(4), pp. 436-455.
- BOHNET, I. (2016). *What works: Gender equality by design*, Harvard University Press.
- CABEZA PEREIRO, J. (2012). «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica», *Lan Harremanak*, núm.5, 2012.

¹⁴³ En España, según los datos del INE, solo el 27% de las empresas permiten a sus empleados el trabajo a distancia.

- CABRERA, M. A. M. & NGUYEN, N. T. (2001). «Situational judgment tests: A review of practice and constructs assessed», *International Journal of Selection and Assessment*, núm.9(1-2), pp. 103-113.
- CALAFÀ, L. y GOTTARDI, D. (2009). *Il diritto anti-discriminatorio, tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma.
- CANO GALÁN, Y. (2008). «Título II. Políticas para la igualdad. Capítulo I. principios generales (arts. 14 a 22» en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., (Dirs.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson Aranzadi, Navarra.
- CASTILLA, E. J. (2015). «Accounting for the gap: A firm study manipulating organizational accountability and transparency in pay decisions», *Organization Science*, núm. 26(2).
- CC.OO. (2018). *La brecha salarial, factor de quiebra democrática*. Confederación Sindical de CCOO.
- CES- ESPAÑA: *Informe 01/2011, Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, Madrid.
- CHICHA, M-T. (2008). *A Comparative Analysis of Promoting Pay Equity: Models and Impacts*, ILO, Working Paper; ITUC Report, *The Global Gender Pay Gap*.
- CHRISTOFIDES, L.; POLYCARPOU, A. & VRACHIMIS, K. (2013). «Gender wage gaps, 'sticky floors' and 'glass ceilings' in Europe», *Labour Economics*, núm. 21, pp. 86–102.
- COMISIÓN EUROPEA (2013). *The Gender Gap in Pensions in the European Union*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- (2014). *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
 - «Legislation and equality plans» disponible en http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/national-action/law/index_en.htm
- DE PAOLA, M. & SCOPPA, V. (2015). «Gender discrimination and evaluators' gender: evidence from Italian academia», *Economica*, núm. 82(325), pp. 162-188.
- DOBBIN, F. & KALEV, A. (2016). «Why diversity programs fail», *Harvard Business Review*, núm. 94(7/8), pp. 52-60.
- (2016). «Why diversity programs fail», *Harvard Business Review*, núm.94(7/8).
- DUGUID, M. (2011). Female tokens in high-prestige work groups: Catalysts or inhibitors of group diversification? *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, núm. 116(1), pp.104-115.
- DURÁN LÓPEZ, F. (1992). *Jurisprudencia constitucional y derecho del trabajo*, MTSS, Madrid.
- EIGE, «Gender Audit,» disponible en <http://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/tools-and-methods/gender-audit>
- ESADE Gender Monitor 2018: Equilibrio de género en las empresas, disponible en <http://itemsweb.esade.edu/wi/Prensa/ESADEGenderMonitor2018.pdf>
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2007). «El Complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: su significación general y manifestaciones concretas», *RRLI*, núm. 8.
- EUROFOUND (2014). Social partners and gender equality in Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- (2014 y 2015). Developments in working life in Europe: EurWORK annual review, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
 - (2016). The gender employment gap: challenges and solutions, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
 - (2016). Work-life balance: creating solutions for everyone, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
 - (2018). Pay transparency in Europe: First experiences with gender pay reports and audits in four Member States, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE, «Workplace Representation,» disponible en <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Luxembourg/Workplace-Representation>
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2007). «El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea: evolución y régimen vigente», en AA.VV. (REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TRASCASAS, A., Coords.), *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. (Estudios)*, Comares, Granada.
- FLETCHER (1999) «The implications of research on gender differences in self-assessment and 360 degree appraisal», *Human Resource Management Journal*, 9(1), pp. 39-46.
- FOUBERT, P. (2010). «The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective», Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo.

- GARCÍA ORTEGA, J. (1994). *Las desigualdades salariales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GIROD, S.; FASSIOTTO, M.; GREWAL, D. KU, M. C.; SRIRAM, N.; NOSEK, B. A. & VALANTINE, H. (2016). «Reducing implicit gender leadership bias in academic medicine with an educational intervention», *Academic Medicine*, núm. 91(8).
- GOLDIN, C. (2014). «A Grand Gender Convergence: Its Last Chapter», *American Economic Review*, núm.104(4), pp. 1091–1119.
- GOTTARDI, D. (2009). «Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere», en CALAFÀ, L, y GOTTARDI, D., *Il diritto antidiscriminatorio tra Teoria e prassi applicativa*, Edisse, Roma, 2009.
- GOVERNMENT EQUALITIES OFFICE, (2018). «Reducing the gender pay gap and improving gender equality in organisations: Evidence-based actions for employers», UK, disponible en https://gender-pay-gap.service.gov.uk/public/assets/pdf/Evidence-based_actions_for_employers.pdf
- HEDJIA, V. (2017). «Sector-specific gender pay gap: evidence from the European Union Countries», *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, núm. 30, pp.1804-1819.
- HEIN, C. y CASSIRER, N. (2010). *Soluciones para el cuidado infantil en el lugar de trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.
- ISFOL (2006). *Esiste un differenziale retributivo di genere in Italia? Il lavoro femminile tra discriminazioni e diritto alla parità di trattamento*, en European Foundation for the Improvement of Living and Working conditions, *The Gender Gap: Background Paper*.
- JOHNSON, S. K.; HEKMAN, D. R. & CHAN, E. T. (2016). «If there's only one woman in your candidate pool, there's statistically no chance she'll be hired», *Harvard Business Review*, núm. 26(04).
- LEIBBRANDT, A. & LIST, J. A. (2014). «Do women avoid salary negotiations?», *Evidence from a large-scale natural field experiment. Management Science*, núm. 61(9), pp. 2016-2024.
- LEVASHINA, J.; HARTWELL, C. J.; MORGESON, F. P. & CAMPION, M. A. (2014). «The structured employment interview: Narrative and quantitative review of the research literature», *Personnel Psychology*, 67(1), pp. 241-293.
- LÖSCHNIGG, G. (2016). *Derecho austriaco del Trabajo desde una óptica europea del Derecho del Trabajo*, Andavira, Santiago de Compostela.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (2007). «Política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la ley de igualdad», en AA. VV. (REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TRASCASAS, A., Coords.), *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. (Estudios)*, Comares, Granada.
- MAZEI, J.; HÜFFMEIER, J.; FREUND, P. A.; STUHLMACHER, A. F.; BILKE, L. & HERTEL, G. (2015). «A meta-analysis on gender differences in negotiation outcomes and their moderators», *Psychological Bulletin*, núm.141(1).
- MENTO, A.J.; STEEL, R.P. & KARREN, R.J. (1987). «A meta-analytic study of the effects of goal setting on task performance: 1966–1984», *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, núm. 39(1), pp. 52-83.
- MERINO SEGOVIA, A. *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- MYSÍKOVÁ, M. (2012). «Gender wage gap in the Czech Republic and central European countries», *Prague Economic Papers*, núm. 21(3), pp. 328–346.
- OAXACA, R. (1973). «Male-female wage differentials in urban labour markets», *International Economic Review*, núm.14(3), pp. 693–709.
- OCDE (2013). *Cerrando las brechas de género: es hora de actuar*, CIEDESS.
- OELZ, M.; OLNEY, S. y TOMEI, M. (2013). *Igualdad salarial: Guía introductoria*, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra.
- OH, I.; POSTLETHWAITE, B.E. & SCHMIDT, F.L. (2013). «Rethinking the validity of interviews for employment decision making: Implications of recent developments in meta-analysis», in SVYANTEK, D. J. & MAHONEY, K. (Eds.), *Received wisdom, kernels of truth, and boundary conditions in organizational studies*, IAP, USA, pp. 297-329.
- OIT (2003). «La hora de la igualdad en el trabajo», Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra.
- (2006). Iniciativa InFocus sobre Responsabilidad Social de la Empresa, Consejo de Administración, documento GB.295/MNE/2/1.
 - (2016). *Las mujeres en el trabajo, Tendencias 2016*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
 - (2017). *World Employment and Social Outlook: Trends for women*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
 - (2018). *Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019: Qué hay detrás de la brecha salarial de género*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
 - (2018). Memoria del Director General de la OIT: «Iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo: Impulso en favor de la igualdad». Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, Informe I (B).

- OLARTE ENCABO, S. (2016). «Discriminación retributiva», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva* Colección de estudios e informes, serie relaciones laborales núm.111, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- OMB Research (2019). «Eight ways to understand your organisation's gender pay gap», disponible en <https://gender-pay-gap.service.gov.uk/public/assets/pdf/understand-your-gender-pay-gap.pdf>
- (2019). «Employers' gender pay gap action plans: Research report» (<https://www.gov.uk/government/publications/gender-pay-gap-employers-actionand-understanding>)
- (2019). «Four steps to developing a gender pay gap action plan», disponible en <https://gender-pay-gap.service.gov.uk/public/assets/pdf/action-plan-guidance.pdf>
- ONU Mujeres (2016). El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (2004). «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Caja Dureo, Salamanca.
- PENA-BOQUETE, Y.; DE STEFANIS, S. & FERNANDEZ-GRELA, M. (2010). «The distribution of gender wage discrimination in Italy and Spain: A comparison using the ECHP», *International Journal of Manpower*, núm. 31(2), pp.109–137.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (2000). «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario» en CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coords.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid.
- (2003). «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario», en RUIZ PÉREZ, E., (Coord.), *Mujer y Trabajo*, Bomarzo, Albacete.
- RAHONA-LÓPEZ, M.; MURILLO-HUERTAS, I. & SALINAS-JIMÉNEZ, M. (2016). «Wage differentials by sector and gender: A quantile analysis for the Spanish case», *Journal of Economic Policy Reform*, núm. 19(1), pp.1–19.
- RAMOS QUINTANA, M.I. (2002). *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid.
- (2017). «El futuro de las mujeres. El futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real», en *Conferencia Internacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos, Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid.
- REMERY, C. y PLANTENGA, J. (2006). *The Gender Pay Gap – Origins and Policy Responses*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (2017). «Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones», *Lan harremanak, Revista de relaciones laborales*, núm. 38.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1984). «Discriminación y crisis económica», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Universidad Complutense, Madrid.
- RUBERY J.; GRIMSHAW D.; FAGAN, C.; FIGUEREIDO H. y SMITH M. (2003). «Gender equality still on the European agenda-but for how long», *Industrial Relations Journal*, vol. 34, núm. 5, pp. 477-497.
- RUBERY, J.; KOUKIADAKI, A.(2016). «Closing the gender pay gap: A review of the issues, policy mechanisms and international evidence», OIT, Ginebra, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-gender/documents/publication/wcms_540889.pdf
- SÁNCHEZ-VIDAL, M.E.; SEGADO SEGADO, I. y CEGARRA LEIVA, D. (2015). «El conflicto trabajo-vida y su efecto en el compromiso organizativo y deseo de permanecer en la organización: Estudio en trabajadores de alta cualificación», *RTSS-CEF*, núms. 389-390.
- SANTANDER UK GROUP (2018). Informe: Our Gender pay Gap Report 2018 disponible en https://www.santanderjobs.co.uk/pdf/Santander_UK_Gender_Pay_Gap_Report_2018.pdf
- (2018): Our Gender pay Gap Report 2018 disponible en https://www.santanderjobs.co.uk/pdf/Santander_UK_Gender_Pay_Gap_Report_2018.pdf
- SOUMELI, E. and NERGAARD, K. «Gender pay equity in Europe», *EurWORK*, January 29, 2002, disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/gender-pay-equity-in-europe>.
- TAJFEL, H. (1982). «Social psychology of intergroup relations», *Annual Review of Psychology*, núm.33, pp.1–39.
- TELFÓNICA: «4 de 100 Medidas que impulsan la igualdad. Conciliación y diversidad», disponible en https://www.telefonica.com/documents/364672/472909/100_medidas_conciliacion_telefonica.pdf/2fcfa22b-22d5-f7cd-595c-5b41ed6022a1
- THALESGROUP (2017). Integrated Report. Corporate Responsibility, disponible en https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/database/document/2018-06/Thales_crir_2017_accede.pdf

- (2018). Gender Pay Gap Report-2017 disponible en https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/database/d7/asset/document/thalesuk_gender-paygap_v9_20180327.pdf
 - (2018). Social Report 2017 disponible en https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/database/document/2018-07/Thales_Social%20Report%202017.pdf
- TINIOS, P.; BETTIO, F. y BETTI, G. (2015). *Men, women and pensions*, Luxemburgo, Oficina de Publicación de la Unión Europea.
- VENTURA, L. (1984). *Il principio di eguaglianza nel Diritto del Lavoro*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1984.
- VERONIKA HEDIJA (2017). «Sector-specific gender pay gap: evidence from the European Union Countries», *Economic Research-Ekonomika Istrazivanja*, núm. 30 (1), pp.1804-1812.
- WLODARSKI, O. (2010). «Addressing the gender pay gap: Government and social partner actions – Luxembourg.» EurWORK, disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/luxembourg/addressing-the-gender-pay-gap-government-and-social-partner-actions-luxembourg>.
- WOMEN RETURNERS AND TIMEWISE (2018). «Returner Programmes: Best Practice Guidance for Employers», en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/685064/Returner_Programmes_-_Best_Practice_Guidance_for_Employers.pdf
- WORLD ECONOMIC FORUM (2018). Global Gender Gap Report 2018, disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf

RESUMEN

De entre todos los ámbitos en que se pone de manifiesto la desigualdad por razón de género en el mercado de trabajo, la discriminación retributiva es el más significativo. El perjuicio que sufren las mujeres en materia retributiva derivada de trabajo igual o de igual valor –y cuyo escenario más habitual en la actualidad se halla en el ámbito de las discriminaciones indirectas– posee una doble vertiente, pudiendo distinguirse supuestos en los que el motivo de discriminación retributiva es el sexo, y otros en los que la causa de discriminación es el género. La brecha retributiva por razón de sexo y género tiene consecuencias significativas en la posición económica y social de las mujeres durante su vida activa y después; ya que representa un obstáculo a la independencia económica, condiciona las decisiones sobre la duración del trabajo, las interrupciones de carrera o el reparto de las responsabilidades domésticas y familiares, y agrava el riesgo de pobreza de las mujeres. De manera rotunda, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de octubre de 2017, sobre el empoderamiento económico de la mujer en los sectores público y privado* en la UE afirmaba que «la violencia económica es una forma de violencia de género que tiene lugar en la vida diaria de las mujeres, que dificulta que las mujeres disfruten de su derecho a la libertad, que reproduce la desigualdad de género y que ignora al papel de las mujeres en la sociedad en general».

A pesar de que el entramado normativo en los distintos ámbitos (internacional, europeo y nacional) garantiza el principio de igualdad retributiva por razón de género, la realidad sigue reflejando que la brecha de género en las retribuciones es un problema social pendiente al que no se ha conseguido dar solución. A nivel mundial, el *Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019* establece que la brecha salarial de género no ajustada (ponderada) a nivel mundial se sitúa en torno al 16 por ciento, alcanzando el 22 por ciento si se utiliza la mediana de los salarios. En Europa, según los datos de la Oficina Europea de Estadística (Eurostat) el *Gender Pay Gap*, que refleja la diferencia entre la retribución por hora de hombres y mujeres contratados a tiempo completo, es del 16,3% en la UE y del 14,9% en España; mientras que el *Gender Overall Earnings Gap*, que compara las ganancias anuales de hombres y mujeres en activo con independencia de su tipo de contrato por lo que tiene en cuenta los huecos sin retribución por trabajo a tiempo parcial o por rotación laboral, las excedencias, permisos o abandonos, es del 39,6% en la UE y del 35,7% en España.

En la actualidad, la necesidad de consolidar una política general sobre igualdad de género como vía fundamental para promover la igualdad de remuneración, se ha visto impulsada, entre otros, por la Agenda 2030 de Naciones Unidas, puesto que entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), figura como número 5 el referido a «lograr la igualdad entre géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas»; por la Iniciativa de la OIT-2018 relativa a las mujeres en el trabajo; así como por la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

Las diferencias de oportunidades entre mujeres y hombres se presentan en tres momentos del ciclo vital y de empleo: en el acceso al empleo; en las condiciones de permanencia en el mercado de trabajo (al concentrar las mujeres las responsabilidades del hogar y de la familia y debido a la existencia de la brecha salarial por trabajo de igual valor); en la promoción profesional a puestos de especial responsabilidad o, que requieran capacidades de liderazgo, lo que responde a sistemas y filtros de selección de las mujeres que a veces se ha calificado como «techo de cristal». Tomando como punto de partida las causas de la persistente brecha de género en el mercado laboral se exponen las estrategias y mecanismos correctores de esta situación que están siendo diseñados en el entorno europeo para

valorar su coincidencia o su virtualidad aplicativa en España. A estos efectos, se analiza el enfoque de las estrategias implantadas en países pioneros en Europa como Islandia, Reino Unido, Alemania, Francia, Luxemburgo, etc., haciendo un análisis reflexivo sobre la presencia de las medidas existentes en estos países con las que se incluyen en los textos de las distintas Proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (noviembre 2017), por el Grupo Parlamentario Socialista (marzo y septiembre 2018) y por el Grupo Parlamentario Popular (octubre 2018). El carácter reciente de la mayoría de las medidas adoptadas hasta el momento impide tomar una postura clara sobre cuál es la medida más efectiva para combatir la brecha en las retribuciones. No obstante, el carácter complejo y las múltiples aristas del fenómeno de la brecha salarial, unido a las distintas realidades sociales y económicas de los distintos países y del tejido empresarial, nos permiten afirmar la virtualidad de todas las medidas pues todas pueden actuar de forma complementarias y conviene vigilar el grado de efectividad que van alcanzando para valorar su posible adaptación a nuestro país.

Asimismo, el estudio desciende a la realidad empresarial para analizar el potencial de las políticas de responsabilidad social corporativa para combatir la brecha de género en las retribuciones. La igualdad retributiva es una materia cuya promoción y garantía puede incluirse como área prioritaria de las prácticas socialmente responsables dirigidas al ámbito interno de las empresas, correspondiéndose con una cultura empresarial innovadora y transparente y un modelo de competitividad responsable y sostenible. De este modo, superando las limitaciones de las previsiones legales y/o convencionales, principalmente derivadas del retraso en la incorporación de necesidades sociales inaplazables, muchas empresas han tratado de afrontar el reto de la igualdad de oportunidades y de dar respuesta a la problemática de la brecha retributiva por razón de género, a través de un canal diferente por medio del cual han encauzado sus políticas de igualdad retributiva. La vía utilizada ha sido la responsabilidad social empresarial (RSE). Las acciones de responsabilidad social pueden dirigirse a fortalecer en el entorno laboral medidas políticas ya existentes destinadas mejorar la participación de las mujeres en la fuerza laboral, favoreciendo con ello la reducción de la brecha retributiva por razón de género; o bien asumir un enfoque más ambicioso incluyendo otras acciones que contribuyan directa o indirectamente a conseguir el objetivo propuesto. Las acciones de RSE destinadas a combatir la brecha retributiva por razón de género en la empresa se incluyen en el marco de las políticas de gestión de la diversidad en la empresa y habitualmente se plasman en un Plan de actuación contra la brecha retributiva por razón de sexo. El diseño de este Plan de acción parte del diagnóstico de la realidad de la empresa y debe como mínimo contemplar los siguientes objetivos prioritarios: a) la captación y retención del talento femenino a través de prácticas de contratación y selección más eficaces b) el empoderamiento de las mujeres y el fomento de su presencia en puestos de liderazgo; c) la transparencia salarial; y d) las políticas de trabajo flexible y corresponsabilidad. Siguiendo los resultados de estudios dedicados a cómo reducir la brecha salarial y mejorar la igualdad de género en las organizaciones, se presentan de manera sistematizada, en función del área de actuación sobre la pretenden causar impacto, las acciones con mayor impacto positivo a la hora afrontar el reto de combatir la brecha retributiva por razón de sexo en la empresa. La exposición se ilustra con la presentación comparada de buenas prácticas desarrolladas por las empresas Telefónica, AON, Grupo Thales, Grupo ANA, Grupo Santander, destinadas a abordar esta problemática.

Palabras clave: Discriminación; igualdad; brecha de género en las retribuciones; responsabilidad social corporativa.

ABSTRACT

Gender pay gap is the most significant discrimination in the labour market. The harm suffered by women in terms of remuneration for equal work or for work of equal value – whose most usual scenario is in the area of indirect discrimination – has a double aspect, and it is possible to distinguish cases in which the motive of pay discrimination is sex, and others in which the cause of discrimination is gender. Pay gap based on sex and gender has significant consequences on the economic and social position of women during their active life and afterwards; since it represents an obstacle to economic independence, it conditions decisions about the duration of work, career interruptions or the distribution of domestic and family responsibilities, and aggravates women risk of poverty. In this sense, the *European Parliament Resolution of 3 October 2017 on women's economic empowerment in the private and public sectors in the EU* has stated that «economic violence is a form of gender-based violence occurring in women's everyday life, which hinders women from fulfilment of their right to freedom, reproduces gender inequality and neglects women's role in society at large».

Even though equal remuneration for work of equal value is widely recognized and guaranteed by international for men and women workers, European and national regulations, the reality shows than gender pay gap is still a social issue. ILO-Global Wage Report 2018/19 states that the weighted global estimates range from about 16 per cent (in the case of mean hourly wages) to 22 per cent (in the case of median monthly wages), depending on which measure is used. In Europe, according to the European Statistical Office (Eurostat) the *Gender Pay Gap*, which reflects the difference between the remuneration per hour of men and women hired full-time, is 16.3% in the EU and 14.9% in Spain; whereas the *Gender Overall Earnings Gap*, which is the difference between the average annual earnings between women and men regardless of their type of contract, and taking into account pay gaps due to part-time work or labour rotation, leaves or dropouts, is 39.6% in the EU and stands at 35.7% in Spain.

Gender pay gaps represent one of today's greatest social injustices and eradicating this injustice has taken on significant momentum in recent times. Central to this effort is Sustainable Development Goal (SDG) target 8.5 which calls, among other things, for equal pay for work of equal value within the framework of the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development; as well as the ILO-2018 Women at work initiative, and de Commission Recommendation of 7 March 2014 on strengthening the principle of equal pay between men and women through transparency.

Disparities of opportunities between women and men occur in three moments of the life cycle and employment: in access to employment; in the conditions of permanence in the labour market (since women are the main caretaker, undertake household and care responsibilities the family and due to the existence of the wage gap for work of equal value); and in the professional promotion to positions of special responsibility or, which require leadership skills, where women suffer the consequences of 'glass ceiling'.

This paper details the main policies, strategies and corrective mechanisms that European countries are using to diminish the gender wage gap, trying to analyse if these approaches are included in the Spanish Equality Law Proposals or whether, on the contrary, some of them could be implemented in Spain. For this purpose, it is analysed the approach of the main strategies implemented in pioneering countries in Europe such as Iceland, the United Kingdom, Germany, France, Luxembourg, etc., making a reflexive analysis on the presence of existing measures in these countries with those included in the different Legislative Proposal put forward by the Confederal Parliamentary Group of Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (November 2017), by the Socialist Parliamentary Group (March and September 2018) and by the Popular Parliamentary Group (October 2018). The recent implementation of most of the measures prevents us from taking a clear position on what is the most effective measure to combat gender pay gap. However,

the complex nature and the multiple edges of the wage gap phenomenon, together with the different social and economic realities of the different countries and the business sector, allow us to affirm the virtuality of all the measures, since they can all act in a complementary way. Nonetheless, it is advisable to monitor the degree of effectiveness that these legal actions are reaching to assess their possible adaptation to our country.

Likewise, the study analyzes the potential of corporate social responsibility policies to close the gender wage gap. Equal pay is a subject whose promotion and guarantee can be included as a priority area of socially responsible practices aimed at the internal sphere of companies, corresponding to an innovative and transparent business culture and a model of responsible and sustainable competitiveness. In this way, overcoming the limitations of legal provisions and/or collective bargaining agreements, mainly derived from the delay in incorporating social needs that can not be postponed, many companies have tried to face the challenges of equal opportunities and gender wage gap, by implementing their remunerative equality policies through Corporate Social Responsibility (CSR).

Corporate Social Responsibility actions can be focused to strengthen existing political measures aimed at improving the participation of women in the labour market, thus fostering the reduction of the gender wage gap; or adopt a more ambitious approach, including other actions that contribute directly or indirectly to achieving these targets. CSR actions aimed at combating the gender wage gap into the company are usually included within the framework of diversity policies and embodied in a Gender Wage Gap Action Plan. The design of this Action Plan starts from the diagnosis of the reality of the company and at least must include the following priority goals: a) the recruitment and retention of female talent through more efficient hiring and selection practices; b) the empowerment of women and the promotion of their presence in leadership positions; c) salary transparency; and d) flexible working and work-life balance. In accordance with the studies on how to reduce the gender wage gap and improve gender equality in organizations, it is featured a sample of good practices in employers' organizations (Telefonica, AON, Thales Group, ANA Group, Santander Group) aimed at an effective diagnosis and correction of gender wage gap.

Keywords: Discrimination; equality; gender wage gap; corporate social responsibility.

Segregación ocupacional por razón de género en el sector de la pesca: el paradigma de las rederas*

Occupational gender segregation in fisheries: the paradigm of women who mend the nets

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ**

1. LA NECESARIA Y URGENTE INTEGRACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS DE EMPLEO DEL SECTOR PESQUERO

Los recursos y las actividades marinas han sido siempre un importante motor de la economía de los Estados costeros. En la Unión Europea el Tratado de Roma formuló ya la necesidad de avanzar hacia una política pesquera común¹ que ha debido afrontar desafíos cruciales, como el acceso y la conservación de los recursos comunes, la adecuación de la flota pesquera y la ordenación de las relaciones internacionales en la pesca. Sin embargo, la enorme variedad y complejidad de las actividades económicas vinculadas al mar ha dado paso a un enfoque holístico que se plasma en la Política Marítima Integrada². A través de

ella se pretende intervenir de forma coherente y coordinada en campos tan diversos como la pesca y la acuicultura, el transporte y los puertos marítimos, la investigación marina, la energía en el mar, la construcción naval y las industrias afines, la vigilancia marítima o el empleo, entre otros.

Una de las acciones vinculadas al desarrollo de la Política Marítima Integrada es la Estrategia de Crecimiento Azul³, que pretende impulsar las actividades de aprovechamiento de los recursos marinos, y en especial las orientadas al potencial subestimado de los océanos, presentándose como un pilar del crecimiento económico de la Unión Europea, así como una fuente de riqueza y nuevos empleos.

No obstante, la relación entre Crecimiento Azul y empleo es controvertida, pues para poner en marcha los objetivos que incorpora la estrategia es preciso un amplio contingente de mano de obra del que no se dispone en la actualidad. Los motivos que explican esta si-

* El presente estudio se enmarca dentro de las investigaciones desarrolladas como miembro de la Rede de Excelencia de Estudios Xurídico-Marítimos-REDEXMAR (ED431D R2017/015), financiada por la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

** Profesora Contratada Doctora (Acreditada a Titular Universitaria) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo.

¹ Artículo 3.1.e) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, suscrito en Roma el 25 de marzo de 1957.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité

de las Regiones, «Una política marítima integrada para la Unión Europea», Bruselas, 10.10.2007, COM (2007) 575 final.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Crecimiento azul. Oportunidades para un crecimiento marino y marítimo sostenible», Bruselas, 13.9.2012, COM (2012) 494 final.

tuación paradójica son múltiples, y van desde la inadecuación de la formación que ofrecen las instituciones educativas respecto de las competencias y aptitudes demandadas por las empresas de la Economía Azul⁴, hasta el reducido atractivo para los jóvenes de trabajos que tradicionalmente no han disfrutado de condiciones laborales favorables, sin olvidar la escasa participación femenina en las actividades marítimas debida a la pervivencia de estereotipos de género.

Por tanto, el actual enfoque económico de la Unión Europea hacia la explotación de los recursos marinos demanda una urgente remodelación del empleo en este sector y, sin duda, la introducción de la perspectiva de género en la política y la industria pesquera y acuícola constituye un elemento clave para garantizar el contingente de mano de obra necesario para el desarrollo de la Economía Azul⁵.

De forma similar al resto de las actividades que integran el sector primario, la pesca se encuentra altamente masculinizada. A nivel mundial, si se toma en consideración toda la industria relacionada con la pesca y la acuicultura, incluyendo las actividades de procesamiento y comercialización de los productos, el empleo femenino ronda un cincuenta por ciento de las personas trabajadoras. Ahora bien, si el examen se centra en las actividades extractivas y en sus tareas auxiliares, dicho nivel desciende a una horquilla de entre un quince y un veinte por ciento, siendo especialmente baja la participación femenina en el continente europeo⁶. Estos datos evidencian

que la gran mayoría de las personas que prestan servicios en el sector pesquero en sentido estricto son varones⁷.

Pero, además, en la pesca y la acuicultura se da una fuerte segregación ocupacional, tanto horizontal como vertical, que perjudica de forma muy significativa a las mujeres, pues reduce drásticamente sus oportunidades de empleo y de progresión profesional, a la vez que genera profundas diferencias en cuanto a sus ingresos económicos y su protección social⁸.

Desde una perspectiva horizontal, las mujeres que trabajan en este sector se concentran en determinadas actividades en las que su presencia es mayoritaria, con la particularidad de que todas ellas comparten tres rasgos característicos.

En primer lugar, se trata de actividades que no exigen el embarque, por lo que no interfieren con el rol tradicional de cuidado de la familia⁹. La división sexual del trabajo, en

plano doctrinal analizan esta situación HARPER, S., ZELLER, D., HAUZER, M., PAULY, D. y SUMAILA, U. R., «Women and fisheries: Contribution to food security and local economies», *Marine Policy*, 39 (2013) 57-59.

⁷ En España, según los datos aportados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, de las personas afiliadas y en alta en el Régimen Especial de Trabajo en el Mar a 28 de diciembre de 2018, 9.961 eran mujeres y 51.119 varones. Datos disponibles en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST305/EST307> (último acceso el 19.1.2019). Hay que tener en cuenta en todo caso que el ámbito de aplicación del RETM va más allá del sector pesquero, englobando diversos colectivos, como el de los tripulantes de buques mercantes, de embarcaciones deportivas y de recreo, de tráfico interior de puertos, estibadores portuarios, trabajadores de plataformas *off shore*, entre otros.

⁸ MONTFORT, M. Ch., *The role of women in the seafood industry*, FAO-GLOBEFISH Research Programme, Vol. 119 (2015) 9-14.

⁹ Según la *Encuesta Económica de Pesca Marítima – Principales Resultados 2017*, que elabora el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en dicho año prestaron servicios a bordo de buques de pesca que faenan en aguas nacionales 859 mujeres frente a 25.763 hombres. En cambio, ninguna mujer prestó servicios a bordo de buques de pesca que faenan en aguas no nacionales, frente a 6.539 hombres

⁴ CAMÓS VICTORIA, I., «La educación, formación y competencias en el marco de la economía azul», *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, CARBALLO PIÑEIRO, L. (coord.), Bosch, Barcelona (2017) 737-763.

⁵ Pone de manifiesto esta necesidad RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «Las condiciones laborales y sociales de las mujeres trabajadoras del mar», *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. (coords.), Bor-marzo, Albacete (2018) 107-127.

⁶ WORLD BANK, *Hidden Harvest. The Global Contribution of Capture Fisheries*, Washington DC (2012) 28, 29 y FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture 2018. Meeting The Sustainable Development Goals*, Rome (2018) 33, 34. En el

tendida como el reparto de tareas entre hombres y mujeres en función de los estereotipos de género imperantes, se ha manifestado en el sector pesquero en una parcelación de los lugares en que mujeres y hombres desarrollan sus funciones. Así, el trabajo en el mar, físicamente muy exigente, pero sobre todo, alejado del hogar familiar, fue asumido por los hombres, quedando reservados para las mujeres los trabajos vinculados a la pesca que se desarrollan en tierra, y que por ello permiten seguir atendiendo los roles de cuidado del hogar y de la familia¹⁰.

En segundo lugar, la labor de las mujeres en la pesca es concebida como residual o complementaria, bien porque no consiste en trabajo extractivo, o bien porque, aun siéndolo, tiene un fuerte carácter estacional. Y, en tercer lugar, el contexto en el que las mujeres desarrollan estas actividades es principalmente el de la pesca artesanal, donde colaboran con explotaciones familiares o de reducido tamaño, a veces de manera informal, estando prácticamente ausentes en la industria pesquera a gran escala¹¹. La conjunción de estos tres elementos contribuye a una valoración peyorativa de las actividades feminizadas, en contraposición con las actividades más apreciadas, que son las que desempeñan los hombres a bordo de los buques de pesca.

que sí lo hicieron. Datos disponibles en https://www.mapa.gob.es/images/es/2017_principales-resultados_encuesta-economica-pm_tcm30-500093.pdf (último acceso a 20.01.2019). Véanse también las cifras desagregadas en función del sexo de las trabajadoras y trabajadores del sector pesquero con labores en tierra o a bordo de buques durante los años 2013 y 2014 en MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Grado de Implantación y Cumplimiento del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola (2015-2020)*, 2ª evaluación (2016) 20.

¹⁰ PROUTIERE-MAULION, G., MAULION, H. y GUICHARD-CLAUDIC, Y. (dirs.), «Les femmes et le travail maritime. Trajectoires professionnelles», en *La mer au féminin. Essai pluridisciplinaire sur l'évolution du rôle et du statut des femmes dans les activités maritimes*, Programme FEMAR, *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, T. XXXV (2017) 416.

¹¹ MONTFORT, M. Ch., *The role of women in the seafood industry*, cit., 10-12.

A pesar de que existen grandes diferencias regionales, en España son oficios típicamente femeninos la reparación de las redes de pesca, el marisqueo a pie, o la descarga y empacado del producto, así como el aprovisionamiento de víveres para el buque, tareas estas últimas que en el País Vasco tradicionalmente han desarrollado las neskatillas, un colectivo compuesto exclusivamente por mujeres¹².

Desde una perspectiva vertical, el menor nivel de empleo femenino y su ocupación en actividades infravaloradas ha alentado una aguda segregación que implica que las mujeres no tienen una presencia significativa ni en los puestos directivos de las empresas de pesca¹³, ni en las plataformas y los procesos de participación y toma de decisiones del sector, lo que dificulta en gran medida un cambio en la concepción del empleo en la pesca en términos de género¹⁴.

Aunque la igualdad entre mujeres y hombres es uno de los objetivos básicos de la Unión Europea desde su origen, su irrupción en el sector pesquero ha sido muy reciente, pues su punto de partida se sitúa en torno a la revisión de la Política Pesquera Común iniciada a partir de 2001, lo que revela una especial reluctancia de este sector para asumir perspectivas de género que llevan ya décadas incorporadas –al menos formalmente– en otros sectores de actividad¹⁵. A esto hay que

¹² Según datos ofrecidos por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, en diciembre de 2016 el porcentaje de mujeres dedicadas al oficio de reparación de redes de pesca era de un 87,12%, mientras las que practicaban el marisqueo a pie constituían un el 64,15% de las personas dedicadas a esta actividad. El colectivo de neskatillas estaba compuesto íntegramente por mujeres (*Diagnóstico sobre la situación de la mujer en el sector pesquero y acuícola* (2017) 16).

¹³ BRICEÑO-LAGOS, N. y MONTFORT, M. Ch., *Poniendo la Igualdad de Género en la Agenda de la Industria Pesquera. Resultados de una Encuesta Global*, International Organisation for Women in the Seafood Industry (2018) 11.

¹⁴ MONTFORT, M. Ch., *The role of women in the seafood industry*, cit., 17-20.

¹⁵ La preocupación de la Unión Europea por esta materia comienza a manifestarse tímidamente en el contexto de la reforma de la Política Pesquera Común de 2002. Así, en el subapartado «Otros problemas sociales» del Libro Verde sobre

añadir que las medidas adoptadas desde entonces para impulsar la igualdad de oportunidades en la pesca y la acuicultura han sido muy discretas, pues se han limitado a incorporar el principio de igualdad entre hombres y mujeres entre los objetivos que pueden ser subvencionados por los fondos económicos europeos vinculados a la pesca¹⁶. Pero, además, la eficacia de esta estrategia de financiación para propiciar una mejora apreciable de la situación de la mujer en la pesca ha sido puesta en duda en algunas evaluaciones de sus resultados¹⁷. Pese a todo, la obligación de los

el Futuro de la Política Pesquera Común, Bruselas, 20.3.2001, COM (2001) 135 final, se introducen dos renglones del siguiente tenor literal: «Asimismo, la Comunidad debe contribuir a que se reconozca el importante papel que desempeñan las mujeres en el sector pesquero y a que éstas adquieran mayor protagonismo». Simultáneamente a tan lacónica referencia se produjo el encargo por parte de la Dirección General de Pesca a la consultora británica Macalister Elliott and Partners Ltd del Informe *The Role of Women in the Fisheries Sector – Tender Fish/2000/01-Lot No 1*, cuya versión final fue presentada en marzo de 2002. A través de este documento la Comisión pretendía obtener una información específica sobre el empleo femenino en el sector, su estatus legal y social, sus ingresos económicos, su participación en las organizaciones y agentes que operan en este ámbito, así como las dificultades sociales y culturales a las que se enfrentaban. Obviamente, toda esa información habría de servir para adoptar medidas correctoras del déficit de igualdad en la pesca y la acuicultura. Asimismo, también fue relevante a efectos de la gestión de las políticas europeas la organización por la Comisión de la Conferencia sobre el papel de la mujer en el sector de la pesca, celebrada en Bruselas los días 23 y 24 de enero de 2003.

¹⁶ Véanse los artículos 4.g) y 11 del Reglamento (CE) nº 1198/2006 del Consejo de 27 de julio de 2006, relativo al Fondo Europeo de Pesca, así como los artículos 1.b), 29.1.b) y 50.1.c) del Reglamento (UE) nº 508/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, y por el que se derogan los Reglamentos (CE) nº 2328/2003, (CE) nº 861/2006, (CE) nº 1198/2006 y (CE) nº 791/2007 del Consejo, y el Reglamento (UE) nº 1255/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo. La dimensión de género del Fondo Europeo de Pesca fue analizada en el estudio encargado por el Parlamento Europeo a FRANGOUDÉS, K. (coord.), *El papel de las mujeres en el desarrollo sostenible de las zonas de pesca*, Bruselas (2008) 42-50.

¹⁷ Así, el informe de evaluación intermedia del Fondo Europeo de Pesca, califica la contribución del programa a la igualdad de oportunidades como «neutral o marginalmente positiva» (*Interim evaluation of the European Fisheries Fund (2007-2013). Synthesis of the 26 national evaluation reports* (2011) 89 y 90. Disponible en <https://ec.europa.eu/fisheries/>

Estados miembros de incluir en sus planes estratégicos para el sector pesquero previsiones para reforzar la posición y la función de las mujeres¹⁸ parece haber servido, a lo largo de los años, para asentar la convicción de que es necesario y urgente promover la igualdad de oportunidades en este sector¹⁹.

El Parlamento Europeo se ha mostrado especialmente comprometido con este objetivo mediante la emisión de dos Resoluciones que abordan de manera específica la problemática del empleo femenino en la pesca en 2006 y 2014. La primera de ellas se centra en la importancia de fomentar el asociacionismo de las mujeres de la pesca no solo a nivel local o regional, sino también a escala europea, a fin de que puedan hacer oír sus reivindicaciones y participar directamente en la definición, desarrollo y ejecución de las políticas pesqueras²⁰,

[sites/fisheries/files/docs/body/eff_evaluation_synthesis_en.pdf](https://ec.europa.eu/fisheries/files/docs/body/eff_evaluation_synthesis_en.pdf) (último acceso 21.01.2019).

¹⁸ Artículo 15.2.g) del Reglamento (CE) nº 1198/2006 del Consejo de 27 de julio de 2006, relativo al Fondo Europeo de Pesca y artículo 7, sobre promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y no discriminación, del Reglamento (UE) nº 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes para los distintos fondos, incluido el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca.

¹⁹ El actual el Programa Operativo para España del Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca para el período de programación 2014-2020, aprobado por la Comisión Europea mediante la Decisión de 13 de noviembre de 2015, ha sido elaborado con la colaboración del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, precisamente para hacer efectivo el enfoque de género y velar por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres a lo largo del texto. Uno de sus principios horizontales es la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres y no discriminación, que ha de concretarse en acciones específicas. Además, el Comité de Seguimiento del Programa Operativo español del FEMP cuenta con dos miembros permanentes del ámbito de la igualdad de género y de oportunidades, provenientes de la Red Española de Mujeres en el Sector Pesquero y de la Red de Políticas de igualdad en los Fondos Estructurales y Fondo de Cohesión.

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo sobre redes de mujeres: pesca, agricultura y diversificación (2004/2263(INI)), DOUE de 23.11.2006, C 286 E/519. En los últimos años el asociacionismo de las mujeres de la pesca ha adquirido un desarrollo muy esperanzador. En 2006 se funda AKTEA, la red europea de organizaciones de mujeres en el sector pesquero, que desde entonces actúa a nivel europeo y nacional para recono-

mientras que la segunda propone una serie de medidas en el ámbito de la política pesquera común para desarrollar el papel de la mujer, que van desde el fomento de análisis estadísticos con datos desagregados por sexos, hasta la mejora de los derechos sociales de las mujeres de la pesca, pasando por la valoración de su trabajo, la financiación de sus proyectos y el impulso de su participación en los órganos decisorios y representativos del sector²¹.

Los esfuerzos llevados a cabo a nivel europeo han logrado importantes avances que de momento se han plasmado sobre todo en una mayor visibilidad del problema de la desigualdad de género en el sector pesquero y de la necesidad de solucionarlo, perfilándose asimismo las principales líneas de intervención que es preciso poner en marcha²². Sin embargo, los cambios en la realidad aún son poco perceptibles, lo que indica que queda un largo y arduo camino por recorrer.

En España se han acometido iniciativas muy relevantes como resultado de la ejecución de las políticas impulsadas por la Unión Europea. En el plano legislativo, se ha inclui-

cer el papel de la mujer en la pesca y la acuicultura y lograr la igualdad de género en estos sectores. A nivel estatal opera en España la Red Española de Mujeres en el Sector Pesquero, puesta en marcha desde la Secretaría General de Pesca del Ministerio de Agricultura y Pesca y Alimentación. A nivel local y regional el asociacionismo de las mujeres que trabajan en el sector pesquero en España ha sido muy activo, siendo muchas las asociaciones creadas en los últimos años. Sin embargo, la financiación es el principal problema con el que se enfrentan estas asociaciones, que no siempre pueden acceder a las ayudas del Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, lo que hace peligrar su actividad, tal y como indica FRANGOUES, K., *Las Mujeres en la Pesca: una Perspectiva Europea*, Parlamento Europeo-Unión Europea (2013) 29-32.

²¹ Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas específicas en el ámbito de la Política Pesquera Común para desarrollar el papel de la mujer (2013/2150(INI)), DOUE de 29.8.2017, C 285/150.

²² Uno de los últimos hitos en este sentido fue la celebración de la I Conferencia Internacional de Mujeres de la Pesca (Santiago de Compostela, noviembre de 2018), en la que se suscribió la *Declaración de Santiago de Compostela por la igualdad de Oportunidades en el sector pesquero y acuícola*, donde se exponen las principales reivindicaciones en esta materia.

do en la Ley de Pesca Marítima del Estado una disposición para garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades y evitar cualquier discriminación basada en el sexo²³. Y en el plano del desarrollo de políticas en favor de la igualdad, además de la creación de la Red Española de Mujeres en el Sector Pesquero, que ha reforzado la labor de las organizaciones locales y regionales, merece especial atención la aprobación del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020, que ordena en torno a cuatro ejes prioritarios una detallada batería de objetivos y actuaciones estratégicas. Dichos ejes versan sobre el fomento de la igualdad de oportunidades en el acceso, permanencia y promoción al empleo en el sector pesquero, el impulso del emprendimiento femenino, la mejora de las condiciones de trabajo y de la calidad de vida de las mujeres del sector pesquero y acuícola, el reconocimiento de la labor de las mujeres de la pesca, así como su liderazgo y empoderamiento. A nivel local y autonómico también ha sido muy activo el asociacionismo y el desarrollo por parte de los poderes públicos de políticas para promover la igualdad²⁴.

En todo caso, hay que señalar que la implantación efectiva del principio de igualdad de oportunidades en la pesca y la acuicultura exige desarrollar actuaciones en dos niveles paralelos y complementarios, poniendo las bases para garantizar un futuro más igualitario, pero a su vez, mejorando el presente y tratando de corregir las inequidades heredadas del pasado.

De cara al futuro es preciso allanar los obstáculos para que la sociedad perciba que el trabajo en la pesca es una salida profesional igualmente factible para ambos sexos y

²³ Artículo 3 bis de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, que regula la Pesca Marítima del Estado, añadido por la Ley 33/2014, de 26 de diciembre.

²⁴ Como ejemplo de las políticas autonómicas, véase el I Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en la actividad agroalimentaria y pesquera de Andalucía - Horizonte 2020.

se produzca un paulatino acceso de la mujer a los oficios tradicionalmente masculinizados. Para ello es necesario adoptar medidas en el sector pesquero, pero también en ámbitos vinculados al mismo, como el educativo, fomentando el acceso de las mujeres a la formación específica para tripulantes de buques de pesca; el de la construcción naval, pues es preciso que los buques, en especial los de pesca de altura, estén acondicionados para tripulaciones mixtas; o el de fabricación de equipos de protección individual, que debe ofrecer tanto tallajes masculinos como femeninos²⁵.

Paralelamente, atendiendo al presente y a las consecuencias de un pasado no equitativo, es urgente proceder a la mejora de las condiciones socio-laborales y profesionales de las mujeres que prestan servicios en este sector, por regla general en oficios feminizados, a fin de corregir las graves e injustificadas diferencias que se aprecian si se compara su situación con la de los hombres que desempeñan labores similares.

Este trabajo se enmarca en la última perspectiva de análisis. Se ha elegido el segundo oficio más feminizado del sector pesquero, el de las rederas, situadas por detrás de las neskatillas y por delante del marisqueo a pie, como ejemplo paradigmático de la segregación ocupacional en este sector y de sus efectos perjudiciales sobre el trabajo femenino. Aunque la labor de reparación de las redes de pesca poco tiene que ver con las tareas de empaquetado del pescado o de marisqueo, algunos de los problemas profesionales más acuciantes que sufren las rederas son semejantes a los que se detectan en esos colectivos, por lo que ciertos aspectos del análisis pueden ser predicables de otros ámbitos de la pesca y la acuicultura en los que el trabajo de la mujer está minusvalorado.

²⁵ Sobre estas cuestiones, véase MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Diagnóstico sobre la situación profesional de las mujeres en la pesca extractiva* (2017) 28-32.

2. MANIFESTACIONES DE LA SEGREGACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL OFICIO DE REPARACIÓN DE LAS REDES DE PESCA

2.1. Los estereotipos de género como causas de segregación

La reparación de las redes de pesca es una de las labores esenciales tanto en la pesca artesanal como en la industrial. Las roturas y desperfectos en las redes como consecuencia de la propia actividad son inevitables y habituales, de modo que su reparación resulta indispensable para la continuación de la pesca. Las rederas y rederos son las personas que se dedican profesionalmente a la fabricación y montaje de las redes, pero sobre todo son quienes se encargan de su ordinario mantenimiento.

Aunque se trata de un trabajo que precisa fuerza física, ya que las redes incorporan piezas de plomo o están confeccionadas con cuerdas plumadas, la principal exigencia no reside en la fuerza, sino en la destreza y habilidad en las labores manuales. El ejercicio de este oficio precisa un amplio conocimiento de las artes de pesca, del manejo de los instrumentos de trabajo, así como de las técnicas de reparación de cada tipo de red. Es, por tanto, un oficio cualificado que se lleva a cabo de forma eminentemente manual, siguiendo los mismos procesos que hace décadas, pues los únicos aspectos que se han mecanizado han sido las labores auxiliares de izado, traslado y recogida de redes²⁶.

Según las cifras de afiliación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar —en adelante RETM—, de las personas dadas de alta como rederos y rederas en diciembre de 2016, el 87,12% eran mujeres y el 12,8% varones²⁷. Aunque estos datos son revelado-

²⁶ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido* (2012) 32, 33, 42.

²⁷ MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Diagnóstico sobre la situación de la mujer en el sector pesquero y acuícola* (2017) 16.

res de un altísimo grado de feminización de esta actividad, es preciso introducir un pequeño matiz en su interpretación. Y es que entre los varones que trabajan en el sector pesquero es habitual simultanear las tareas de reparación de los aparejos con la pesca a bordo de la embarcación²⁸. La polivalencia de estos trabajadores, en los que prevalece a efectos de afiliación en el RETM la consideración de pescador sobre la de redero explica en cierta medida la menor composición masculina de este oficio²⁹.

Pero a esta primera segregación se suman otras segregaciones que operan dentro del colectivo, y que vuelven a separar a las rederas y a los rederos en virtud de las áreas geográficas en que desarrollan su labor, del tipo de arte y del modelo de empleo.

En efecto, aunque en términos globales el oficio de reparación de redes sea desarrollado en su mayor parte por mujeres, hay zonas geográficas donde esa proporción se invierte. Así, si bien la presencia femenina supera el 95% en la costa atlántica y cantábrica –Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias, Cantabria y País Vasco–, es la presencia masculina la que supera el mismo porcentaje en algunas zonas del Mediterráneo –Comunidades Autónomas de Andalucía y Valencia– y del Atlántico –Comunidad Autónoma Canaria³⁰.

²⁸ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 38.

²⁹ Es interesante destacar que el certificado de profesionalidad de Confección y mantenimiento de artes y aparejos exige que para ejercer las actividades de confección y montaje de artes y aparejos a bordo de un buque pesquero es necesario estar en posesión de la tarjeta profesional de Marinero Pescador. Obviamente, esta medida afianza la polivalencia de los rederos que prestan servicios embarcados, así como su inclusión en el grupo profesional de pescadores a efectos laborales y de Seguridad Social (Anexo I del Real Decreto 1376/2009, de 28 de agosto, por el que se establecen dos certificados de profesionalidad de la familia profesional Marítimo pesquera que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad).

³⁰ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 22-24. Véase también ISSGA, *Guía de buenas prácticas. Salud laboral: rederas* (2014) 11.

Por otra parte, también se aprecia una clara segregación según el tipo de arte trabajada. Por lo general, las redes de arrastre o de cerco de altura son reparadas por hombres y no por mujeres, que se dedican fundamentalmente al mantenimiento de las artes menores de la pesca costera artesanal³¹. De nuevo las razones de esta división del trabajo estriban en elementos asociados a estereotipos de género, como el hecho de que las redes de mayor tamaño exigen más fuerza en su manipulación, condición tradicionalmente vinculada al trabajo masculino. Asimismo, el superior peso y tamaño de las redes hace que en ocasiones estas deban ser reparadas a bordo del barco, que es el entorno de trabajo masculino por excelencia. Por último, no hay que soslayar que el volumen de trabajo es superior en estos casos, dadas las características de las redes y el alto riesgo de rotura al estar en contacto con el fondo marino, de modo que el trabajo adquiere mayor entidad y es mejor valorado, lo que explica que pase a ser desarrollado por varones.

2.2. El género como elemento de desigualdad en la incorporación al empleo: rederas autónomas y rederos asalariados

Pero la forma de segregación más llamativa en el oficio de rederos y rederas es sin duda la que se refiere al modo en que se articula su actividad. Mientras la práctica totalidad de las rederas desarrolla su trabajo por cuenta propia, la mayoría de los rederos son trabajadores asalariados que prestan servicios para armadores, empresas pesqueras, empresas de reparación de redes o del sector de la acuicultura marina³².

³¹ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 25, 26, 41 y CANEDA BARREIRO, M. y BLANCO GALLUR, P. (coords.), *La situación de las redes de pesca y el medioambiente*, Federación Galega de Redeiras «O Peirao» (2012) 16.

³² MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 38.

Esta marcada división entre trabajo autónomo femenino y trabajo asalariado masculino es exclusiva del oficio de reparación de las redes de pesca, sin que tenga parangón en otros oficios del sector pesquero. La hipótesis más probable sobre el origen de esta singular diferencia se encuentra en la conformación histórica del trabajo de las rederas, vinculado a la economía familiar y ejercido como un trabajo no remunerado que, lejos de constituir una actividad profesional, se perfila como una extensión de las tareas domésticas, una simple ayuda al trabajo en la pesca de padres, maridos o hermanos³³. Cuando se produce el tránsito hacia el empleo regulado, tanto la falta de tradición en la contratación de asalariados para la reparación de las redes, como las dificultades económicas de las pequeñas explotaciones artesanales para asumir nuevas contrataciones, conducen a la oferta de servicios por cuenta propia como única alternativa. Recuérdese que, como ya se ha señalado, en aquellos supuestos en los que las necesidades de reparación de las redes son de mayor entidad y ofrecen una ocupación laboral estable, como sucede en la pesca industrial, el trabajo ha sido asumido prioritariamente por varones.

La segregación entre rederas autónomas y rederos asalariados atestigua la profunda minusvaloración de un trabajo femenino de igual valor que impide la incorporación de las mujeres al empleo en igualdad de condiciones. El trabajo por cuenta propia al que se ven abocadas las rederas no es fruto de una elección voluntaria, ni de un proyecto emprendedor construido en torno a una oportunidad de negocio no aprovechada, sino que, dadas las circunstancias, se trata de la única modalidad bajo la que esta actividad productiva desempeñada por mujeres puede aflorar en la economía formal³⁴.

³³ PROUTIERE-MAULION, G., MAULION, H. y GUICHARD-CLAUDIC, Y. (dirs.), «Les femmes et le travail maritime. Trajectoires professionnelles», *cit.*, 419.

³⁴ Se confirma así la hipótesis de que el autoempleo puede ser una vía interesante para lograr mayor presencia femenina

Sin embargo, esta fórmula de tránsito desde la economía doméstica a la economía formal determina una especial vulnerabilidad del empleo, ya que el trabajo autónomo que surge de esta manera está marcado por unas condiciones de precariedad que lo sitúan en los límites del trabajo decente y que por ello multiplican las probabilidades de fracaso o abandono de la actividad³⁵.

El Programa de Trabajo Decente que viene impulsando la OIT desde hace más de una década no se refiere solo al trabajo asalariado, sino que comprende las formas atípicas de trabajo, entre las que se encuentra el autoempleo o trabajo por cuenta propia³⁶. Es más, dicha organización sitúa al trabajo por cuenta propia y al trabajo familiar auxiliar en el núcleo del concepto de empleo vulnerable, que, a tenor de los datos estadísticos, alcanza sus cotas más altas en el sector de la «agricultura, silvicultura, caza y pesca» en todos los países, también en los más desarrollados³⁷.

en sectores masculinizados donde hay cierto rechazo a contratar a mujeres. Sobre esta cuestión véase ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Emprendimiento en femenino. Dificultades en materia de conciliación trabajo-familia y autoempleo (avances y retrocesos)», *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. (Coord.), Universidad Carlos III, Madrid (2017) 143, 144.

³⁵ Sobre las diferentes motivaciones en el emprendimiento y su influencia en la buena marcha de la actividad en España, véase Asociación RED GEM España, *Global Entrepreneurs-hip Monitor. Informe GEM España 2017-2018*, Editorial de la Universidad de Cantabria (2018) 66-69.

³⁶ Oficina de la OIT para España, *Nota Informativa «Estado del Trabajo Decente en el Mundo». Jornada Mundial por el Trabajo Decente*, 7 de octubre de 2015, pág. 8. En la doctrina internacional, destaca este aspecto GHAI, D., «Trabajo decente. Concepto e indicadores», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 2 (2003) 125. Y en la doctrina española, véase RODRÍGUEZ EGÍO, M., *Hacia un trabajo autónomo decente*, Bomarzo, Albacete (2016) 61 y 62, ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Trabajo autónomo decente de la mujer», *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. (dir.), Dykinson, Madrid (2018) 95-98 y VILA TIERNO, F., «Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421 (2018) 59-66.

³⁷ OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo – Tendencias 2018*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (2018) 39.

La aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluye el trabajo decente entre sus diecisiete objetivos³⁸, relanza la necesidad de velar por el cumplimiento de los cuatro ejes del trabajo decente, que son crear empleo, garantizar los derechos de los trabajadores, extender la protección social y promover el diálogo social. Además, la Agenda califica de crucial la incorporación sistemática de la perspectiva de género en todas las acciones dirigidas a su implementación, a fin de conseguir la igualdad entre los géneros y el empoderamiento del sexo femenino³⁹.

El análisis de la situación socio laboral de las rederas a nivel académico, social, político e institucional debe realizarse en el marco de estas coordenadas internacionales que imponen importantes obligaciones a los poderes públicos.

Como ya se ha apuntado, el origen de la precariedad que afecta al trabajo de las rederas parte del hecho de que la prestación se realiza por cuenta propia, al contrario de lo que sucede en el colectivo masculino de rederos. Aunque la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo –en adelante LETA– y las sucesivas reformas operadas recientemente en este tipo de trabajo están tratando de mejorar el estatus de los trabajadores por cuenta propia, confiriéndoles un abanico de derechos profesionales semejantes a algunos derechos laborales, es indudable que la protección dispensada por el ordenamiento socio laboral es mucho más amplia y profunda. Si bien los trabajadores autónomos con mayores ingresos pueden tomar algunas medidas para atenuar esta falta de protección pública, por ejemplo, mediante la contratación

de trabajadores asalariados o la suscripción de seguros privados o planes de pensiones, los autónomos con menores ingresos se encuentran indefensos ante la insuficiencia de sus derechos legales, por lo que en definitiva el nivel de beneficios económicos de la actividad es determinante para el disfrute de un mejor estatus profesional y social⁴⁰. Los esfuerzos del legislador por amparar el trabajo autónomo más vulnerable a través de la figura del TRADE no han tenido éxito, pues la obligatoria suscripción de un contrato entre el TRADE y su cliente principal ha constituido un obstáculo insalvable para su operatividad práctica⁴¹. Pero, además, la precariedad del trabajo autónomo no siempre va vinculada al perfil del TRADE.

Desde muy temprano el Tribunal Constitucional ha afirmado que el diverso alcance de la protección dispensada por distintos sistemas o regímenes de Seguridad Social se justifica por la heterogeneidad de las situaciones a las que estos dan cobertura. Por consiguiente, no habiendo identidad en el punto de partida, las disparidades de régimen jurídico no son constitutivas de discriminación⁴². Esta tesis impide que pueda ha-

⁴⁰ Lamentablemente se trata de una situación común en los Estados de la Unión Europea, como se pone de manifiesto en SPASOVA, S., BOUGET, D., GHAILANI, D. y VANHERCKE, B., *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies*, European Social Policy Network (ESPN) – European Commission, Bruselas (2017) 24 y 25.

⁴¹ ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo», *Trabajo y Derecho*, 49 (2019) 17 y 18. Citado por Smartteca.

⁴² Según el Alto Tribunal, «la existencia de un régimen general y de unos sistemas especiales dentro del ámbito complejo de la Seguridad Social, justificados éstos por las peculiaridades en el sector a los que se aplican, no comportan en una abstracta consideración calificaciones de inconstitucionalidad con base en discriminaciones por las circunstancias que en fórmula abierta establece el art. 14 de la Constitución Española» (ATC 78/1984, de 8 febrero). En la misma línea, señala en otro pronunciamiento que «las diferencias entre unos y otros trabajadores (los del régimen general y los autónomos) son tan claras que las desigualdades de trato en modo alguno pueden ser tachadas de discriminatorias» (ATC 112/1984, de 22 febrero). Véase también la STC 103/1984, de 12 noviembre, f. j. 4º.

³⁸ El Objetivo 8 es «Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos», *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.

³⁹ Apartado 20 y Objetivo 5, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit.

blarse en sentido estricto de discriminación cuando se compara la situación profesional de las rederas autónomas con la de los rederos asalariados. Sin embargo, aunque la discriminación no resida en las diferencias de la normativa aplicable, sí se encuentra en un estadio anterior, concretamente en el contexto social marcado por estereotipos de género que no acepta la incorporación de estas mujeres a formas de trabajo típico y las posterga al empleo atípico⁴³.

Por último, aunque no parece ser una cuestión que afecte de manera global a las rederas, sería interesante analizar el impacto que tiene en este ámbito el trabajo falsamente autónomo, así como del trabajo autónomo económicamente dependiente sin reconocimiento formal. La posibilidad de que la relación mercantil encubra trabajo asalariado solo puede ser escrutada caso por caso, tras un examen minucioso de los indicios de ajenidad y dependencia⁴⁴. Y, por otra parte, el hecho de que muchas rederas presten servicios en pequeñas localidades costeras con una flota reducida puede contribuir a que su cartera de clientes sea muy limitada, teniendo un cliente principal o incluso un único cliente, de modo que podrían darse los requisitos materiales que conforman la figura del TRADE⁴⁵.

⁴³ Como indica BALLESTER PASTOR, M. A., «se trata, desde la perspectiva sociológica de estereotipos, pero desde la perspectiva jurídica son, sencillamente, discriminaciones» («Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino», *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, MOYA AMADOR, R. (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2016) 93.

⁴⁴ En este sentido, hay que destacar que las indicaciones dadas por el armador pueden ser muy exhaustivas, pues las características de la red varían en función del tipo de embarcación, la zona donde ha de faenar, etc. (Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 47). Si esa exhaustividad implica asimismo un control férreo sobre el trabajo realizado, podría apreciarse dependencia. En cuanto a la ajenidad, habrá que tener en cuenta la titularidad de las herramientas de trabajo y otros indicios señalados por la jurisprudencia.

⁴⁵ Artículo 11 LETA.

3. FACTORES DE PRECARIEDAD EN LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE LAS REDERAS

3.1. Escasez de los beneficios económicos

Uno de los índices del trabajo decente y de la calidad del empleo es el nivel de ingresos obtenidos en el ejercicio de la actividad profesional o laboral⁴⁶. El rápido crecimiento del autoempleo y las formas de trabajo atípicas a raíz de la reciente crisis económica han dado impulso a un preocupante fenómeno, que es el riesgo de pobreza de la población ocupada⁴⁷. A pesar de que esta manifestación de las inequidades del sistema productivo afecta a trabajadores autónomos y asalariados, los últimos cuentan con algunos mecanismos que contribuyen a impedir este resultado, como la determinación de los salarios en convenio colectivo o la fijación de un salario mínimo interprofesional, además de una protección social muy aceptable. En cambio, los trabajadores autónomos carecen total o parcialmente de la cobertura de instrumentos semejantes, lo que explica que la tasa de riesgo de pobreza sea significativamente superior en este grupo⁴⁸.

⁴⁶ OIT, *Decent Work and the Sustainable Development Goals: A Guidebook on SDG Labour Market Indicators*, Department of Statistics (STATISTICS) - ILO, Geneva (2018) 20 y EUROFOUND, *Exploring self-employment in the European Union*, Luxemburgo (2017) 27.

⁴⁷ Véase un análisis de esta situación en España y el resto de los Estados de la Unión Europea en CALVO GALLEGU, F. J., «Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación», *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, CALVO GALLEGU, F. J. y GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, M. R. (Dirs.), Laborum, Murcia (2017) 35-41.

⁴⁸ Hasta tres veces superior como media en los Estados de la Unión Europea en 2015, según SPASOVA, S., BOUGET, D., GHAILANI, D. y VANHERCKE, B., *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies*, cit., 24 y 25. Véase también HERNÁNDEZ BEJARANO, M., «La opción por el trabajo autónomo: ¿una alternativa frente al desempleo protegida de forma adecuada?», *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto*

La segregación ocupacional que caracteriza el trabajo de mujeres y hombres en el sector pesquero contribuye a reforzar las diferencias relativas a los ingresos de la actividad, situando a las mujeres en una posición más vulnerable frente al riesgo de pobreza⁴⁹. Por ello el objetivo 2.1 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020, consiste precisamente en promover una remuneración justa que evite la precariedad y la brecha salarial.

El escaso margen de beneficio es uno de los factores que caracterizan la actividad de las rederas. Como trabajadoras por cuenta propia, cobran sus servicios por pieza reparada y sus ingresos mensuales no siempre alcanzan el salario mínimo interprofesional⁵⁰. La situación de los rederos que desempeñan esta actividad por cuenta ajena es muy distinta, pues el salario establecido para esta categoría profesional en los convenios colectivos es similar al de los marineros, pudiendo percibir una porción de su retribución a la parte⁵¹. Incluso, como ya se ha indicado, en ocasiones son los propios marineros los que realizan, conjuntamente con otras tareas de pesca, las labores de reparación de las redes, percibiendo las remuneraciones correspondientes a esta categoría.

Esta comparación pone de relieve la existencia de una pronunciada brecha retributiva que deriva del coste inferior del mismo trabajo cuando es realizado por mujeres, dadas las menores garantías que rodean al trabajo por cuenta propia.

y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales, cit., 375, 376.

⁴⁹ Como subraya RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., la desigual participación de la mujer en el mercado de trabajo está en el origen de la elevada tasa de pobreza femenina [*El Derecho del Trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, Albacete (2013) 17-25 y 57-70].

⁵⁰ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido, cit., 47, 66, 67.*

⁵¹ Véase el Convenio colectivo de la pesca marítima de arrastre al fresco de Almería, BO. Almería de 4 mayo de 1990 y el Convenio colectivo de la pesca marítima de arrastre al fresco de Cádiz, BO. Cádiz de 30 de julio de 1990, todavía vigentes.

La escasez de ingresos económicos producidos por la actividad profesional de las rederas está profundamente interrelacionada con el resto de los factores de precariedad de su trabajo. Así, el origen de esta actividad en la economía doméstica y su reciente tránsito a la economía formal actúa como un lastre para el incremento de los beneficios de dos maneras distintas. Por un lado, la falta de cualificación profesional de muchas de las rederas que aprendieron el oficio en un contexto doméstico no reglado dificulta una valoración económica apropiada de su trabajo. Y, por otro lado, la pervivencia de cierto volumen de trabajo en la economía informal o sumergida es fuente de competencia desleal para las rederas dadas de alta en el RETM.

En efecto, el alta en el RETM como redera por cuenta propia debe producirse cuando el trabajo se realice de forma habitual, personal y directa, fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona y a título lucrativo⁵². Los requisitos de habitualidad y ánimo de lucro son especialmente difíciles de apreciar cuando el volumen de trabajo es pequeño y además los periodos productivos están afectados por una gran inestabilidad, como sucede en el sector pesquero⁵³. Si la dedicación temporal a la reparación de redes de pesca no es significativa y los ingresos de la actividad no constituyen su medio fundamental de vida, las rederas no tienen obligación de darse de

⁵² Artículo 4.1.f) de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁵³ La Disposición Adicional 4ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo ha manifestado la intención de analizar los elementos que deben ser tenidos en cuenta para apreciar habitualidad a efectos de la incorporación al correspondiente régimen de Seguridad Social, mostrando especial atención a aquellos supuestos en los que los ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Sobre esta cuestión véase ALFONSO MELLADO, C. L., FABREGAT MONFORT, G. y PARDO GABALDÓN, R., «Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo: medidas laborales», *Revista de Derecho Social*, núm. 80 (2017) 52 y 53.

alta en el RETM⁵⁴, lo que, dadas las características del sector, genera cierto porcentaje de trabajo marginal.

También hay que tener en cuenta que a causa de la escasa cuantía de la pensión de jubilación, algunas rederas siguen trabajando una vez jubiladas, pues el artículo 213.4 LGSS permite compatibilizar el cobro de la pensión con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional en cómputo anual⁵⁵.

Situación distinta es la del trabajo irregular, que surge cuando se incumple la obligación de alta. Desgraciadamente, las dificultades que han de afrontar quienes ejercen esta actividad por cuenta propia, junto con la escasa protección dispensada por el sistema de Seguridad Social, favorecen también el trabajo no declarado en este ámbito⁵⁶.

Tanto el trabajo marginal, como el trabajo irregular en mayor medida, son muy perjudiciales, pues el coste del trabajo de quienes no afrontan el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social es inferior y por lo tanto se produce una competencia desleal que ejerce una presión a la baja sobre el precio de los servicios, perjudicando la viabilidad económica y la estabilidad del oficio de las rederas.

A continuación se van a analizar otros aspectos que concurren en la actividad de reparación de las redes de pesca y que dificultan todavía más la percepción de unos ingresos económicos equitativos respecto del trabajo realizado. Se trata de la estacionalidad típica de algunas actividades del sector pesquero

y de los gastos que, como trabajadoras autónomas, deben asumir las rederas para poder prestar sus servicios.

3.1.1. *Inestabilidad de la actividad. Dificultades para el acceso a ayudas públicas y prestaciones sociales*

La actividad de las rederas, al igual que muchas otras en el sector pesquero, se caracteriza por la intensificación de la producción en determinados periodos y su drástica disminución en otros. Así, la necesidad de que las redes estén en buen estado para garantizar la eficacia de la pesca exige con frecuencia que las reparaciones deban ejecutarse en un espacio de tiempo muy limitado –mientras el barco descarga y se prepara nuevamente para salir a faenar–, sin provocar retrasos en su reincorporación a la mar. La ausencia de una jornada y un horario predeterminado, como los que establecen los convenios colectivos para los rederos⁵⁷, permite la plena adaptación del trabajo de las rederas a las necesidades de los clientes, viéndose obligadas en ocasiones a alargar sus horas de trabajo o a trabajar en fines de semana o días festivos sin que ello suponga un incremento en el precio de sus servicios⁵⁸.

Además, hay que tener en cuenta el carácter estacional de la pesca, derivado del necesario respeto de las paradas biológicas, aunque en ocasiones dichas pausas se aprovechan precisamente para proceder al mantenimiento de las redes. Otras suspensiones de la actividad menos previsibles son las provo-

⁵⁴ Artículo 10.2 de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁵⁵ Aplicable al trabajo autónomo en virtud del artículo 318.d) LGSS, y a los trabajadores por cuenta propia del RETM en virtud del artículo 30.1 de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁵⁶ MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Diagnóstico sobre la situación de la mujer en el sector pesquero y acuícola*, cit., 26.

⁵⁷ Por ejemplo, el artículo 12 del Convenio Colectivo de los Rederos de Tierra Puerto de Huelva, B.O. Huelva de 17 de noviembre de 2017, dispone que «la jornada laboral normal será de 40 horas semanales. La jornada de trabajo será continuada de lunes a viernes y distribuida de la siguiente forma: - Horario de invierno (desde el 1 de octubre al 31 de mayo): de lunes a viernes de 07:00 horas a 15 horas. - Horario de verano (desde el 1 de junio al 30 de septiembre): de lunes a viernes de 08:00 horas a 15:00 horas».

⁵⁸ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 47.

cadadas por circunstancias meteorológicas, por contaminación marina accidental o por el cierre de caladeros de pesca por razones políticas o administrativas, como la no renovación de acuerdos de pesca con otros Estados.

A la vista de estas circunstancias, las Administraciones Públicas suelen ofrecer ayudas sociales a los afectados por paradas excepcionales o especialmente graves. Pero, aunque en alguna ocasión se ha incluido a las rederas expresamente entre los destinatarios⁵⁹, por lo común las ayudas se dirigen a los armadores y a los pescadores embarcados, quedando excluido el personal que realiza labores auxiliares tanto en tierra como a bordo del buque⁶⁰.

Pese a todo, el colectivo masculino de rederos está en mejores condiciones que el de las rederas para beneficiarse de estas compensaciones, no solo porque a veces simultanean su labor de reparación de los aparejos con la pesca a bordo del buque, como ya se ha dicho, sino porque cuando las ayudas se dirigen de manera genérica a la tripulación algunos pronunciamientos judiciales han considerado incluidos en tal concepto a los rederos asalariados al servicio del armador que realizan su trabajo en tierra⁶¹.

La delimitación de los beneficiarios de este tipo de compensaciones atendiendo tan solo a quienes desempeñan labores extractivas o ejercen sus funciones en alta mar perjudica de forma injustificada al colectivo feminizado de

rederas, pese a que económicamente dependen en la misma medida de la actividad de los buques de pesca. Por esa razón es precisa su inclusión entre los beneficiarios de ayudas económicas e indemnizaciones para paliar supuestos de paro forzoso de la flota cuando dicho paro afecte a su actividad⁶².

Desde el punto de vista de la protección del sistema de Seguridad Social, estos periodos de inactividad resultan especialmente difíciles de afrontar para las rederas, dado el carácter autónomo de su trabajo. Así, mientras los rederos asalariados pueden acceder a prestaciones de desempleo parcial si han sido incluidos en un expediente de regulación temporal de empleo conforme al artículo 47 ET, las rederas no cuentan con esta posibilidad.

Aunque desde hace unos años el catálogo de prestaciones del sistema de Seguridad Social para los trabajadores autónomos del RETA y del RETM incorpora la prestación por cese de actividad, su incidencia práctica no ha sido la esperada⁶³. Una de las razones es que hasta diciembre de 2018 la protección y consiguiente cotización por esta contingencia ha sido voluntaria, lo que ha propiciado la escasa opción por esta cobertura de los autónomos con ingresos más bajos, como las rederas. A ello hay que sumar otras circunstancias que no hacían atractiva dicha elección, como la complejidad de la acreditación de la situación de cese de actividad, la exigencia de que el cese sea total o la escasa cobertura de la prestación, tanto en su cuantía como en su du-

⁵⁹ Artículo 4.3.g) del Decreto de la Xunta de Galicia 118/2005, de 28 de abril, que regula el sistema de compensaciones en caso de cese, cierre o suspensión temporal de la actividad pesquera, marisquera o acuícola como consecuencia de contaminación marina accidental, publicado a raíz del accidente del buque *Prestige* frente a las costas gallegas.

⁶⁰ Por ejemplo, véanse los artículos 5 y 13 del Real Decreto 1173/2015, de 29 de diciembre, de desarrollo del Fondo Europeo Marítimo y de Pesca en lo relativo a las ayudas a la paralización definitiva y temporal de la actividad pesquera.

⁶¹ SSTSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 19 septiembre de 2008, rec. 152/2007 y del mismo tribunal en su sede de Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 25 junio de 2004, 1546/2002.

⁶² MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 74, 75.

⁶³ Con todo, la proporción de solicitudes resueltas favorablemente en el RETM es muy superior a la del RETA. Así, según las estadísticas de la Seguridad Social, en el último trimestre de 2018 se concedieron 1423 prestaciones por cese de actividad en el RETA y se denegaron 1175. En cambio, en el mismo periodo en el RETM fueron concedidas 345 y denegadas 35. Probablemente esta diferencia tenga ver con las dificultades de acreditación de las causas económicas, que son las invocadas con mayor frecuencia en el RETA, mientras que el RETM la causa de cese más frecuente es la fuerza mayor (<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2562/3829>).

ración, en comparación con la prestación por desempleo.

La situación ha cambiado radicalmente a partir del uno de enero de 2019, momento en que la contingencia de cese de actividad se torna obligatoria en los regímenes citados, lo que supone de manera inmediata un incremento de las cotizaciones sociales de las rederas que hasta entonces no habían optado por esta cobertura⁶⁴. La reforma ha ido acompañada además del aumento progresivo de los tipos de cotización hasta el año 2021, de modo que incluso aquellas rederas que ya estuviesen cotizando por cese de actividad verán incrementada su cuota⁶⁵.

Si bien esta reforma refuerza la importancia del RETA y del RETM como regímenes públicos de protección social y amplía el grado de protección dispensado a los trabajadores por cuenta propia dados de alta, también es cierto que exige un mayor esfuerzo contributivo, por lo que el legislador podía haber aprovechado para introducir ajustes en alguno de los aspectos que han restado eficacia práctica al disfrute de la prestación por cese de actividad.

En el caso concreto de las rederas la posibilidad de acceso a esta prestación en los supuestos de interrupción temporal de la actividad mencionados anteriormente no resulta clara. El ISM y la doctrina judicial reconocen de forma pacífica que el cierre temporal de los bancos de pesca o marisqueo mediante resolución administrativa de las autoridades

competentes constituye un supuesto de fuerza mayor a los efectos del artículo 331.1.b) LGSS⁶⁶. Ahora bien, para acreditar la situación legal de cese de actividad por esta causa los pescadores o mariscadores que solicitan la prestación deben atestiguar que la embarcación faena en dicho banco. Puesto que las rederas no realizan una actividad extractiva que pueda vincularse tan nítidamente a la explotación de un banco de pesca o marisqueo, la acreditación de la situación legal de cese de actividad por esta causa de fuerza mayor se complica. Pero incluso si pudiera superarse este obstáculo —quizás mediante la aportación de un listado de los clientes habituales junto con la declaración jurada que exige el artículo 5 del Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre—, nuevas dificultades aparecen en torno a la prueba de que el cese de la actividad provocado por esa circunstancia sea total.

A la imposibilidad de acceder a la prestación por cese temporal de la actividad se une la obligación de continuar haciendo frente al pago de las cotizaciones sociales, problema al que tampoco se enfrentan los rederos asalariados⁶⁷. La Disposición Final primera de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas urgentes del Trabajo Autónomo, ha pretendido paliar esta carga excesiva ofreciendo la posibilidad de que, dentro de cada año natu-

⁶⁴ Disposición final 2.16 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, de revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que reforma el artículo 327.1 LGSS.

⁶⁵ Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, de revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. En todo caso, hay que recordar que la base de cotización por cese de actividad de los trabajadores del grupo tercero de cotización, en el que están incluidas las rederas, cuenta con una reducción, tal y como dispone el artículo 11 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁶⁶ Por todas, STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2015, rec. 4317/2014, f. j. 2º. Sobre la problemática que puede aparecer en torno a este tipo de supuestos, véase MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «Ejercicio simultáneo de varias actividades y acceso a la prestación por cese de actividad. Acerca de una controversia judicial en el TSJ de Galicia», *Revista de información laboral*, 10 (2016) 99-123.

⁶⁷ En alguna ocasión las administraciones autonómicas han convocado ayudas individuales para ayudar a las rederas a sufragar el pago de sus cotizaciones sociales, como sucedió en Galicia a través del Programa *Arlinga*, puesto en marcha por la Xunta en 2008. Sin embargo, la finalidad de esta medida era contribuir a la regularización del trabajo sumergido, tratándose de una actuación puntual que no ha tenido continuidad. Sobre este Programa, véase MARTÍNEZ GARCÍA, P., *Empoderamiento femenino en contextos de gobernanza. Análisis de las experiencias de las trabajadoras de la pesca en Galicia y Euskadi*, Tesis Doctoral, Bilbao (2016) 143.

ral, los autónomos puedan darse hasta tres veces de alta y de baja, pagando las cuotas únicamente desde la fecha de alta y/o hasta la fecha de baja, sin contar la mensualidad completa. A partir de la cuarta alta o baja los efectos serán, respectivamente, del día primero del mes natural del inicio o del último día del mes natural del cese en la actividad⁶⁸. Evidentemente ello alivia las cargas económicas que tienen que afrontar las rederas en los periodos de inactividad, pero provoca a su vez la aparición de más periodos no cotizados con sus consiguientes efectos negativos sobre el acceso y/o cuantía de futuras prestaciones y pensiones del sistema. La solución se presenta como un parche en los contextos marcados por una acusada estacionalidad, como la pesca, para los cuales sería preciso buscar otro tipo de alternativas más coherentes con la realidad del sector, como la reducción de las cuotas sociales en momentos de menor actividad, la supresión de la exigencia del cese total de la actividad para acceder a la prestación por cese temporal de la actividad o una regulación específica para el trabajo autónomo a tiempo parcial, anunciada desde hace años en la LETA y pospuesta en tantas otras ocasiones⁶⁹. Podría además barajarse la posibilidad de que las medidas dispuestas para afrontar la temporalidad en el trabajo por cuenta propia no se dirigiesen a todos los trabajadores autónomos del sector, sino a aquellos económicamente más débiles y por ello más necesitados de una protección social eficaz⁷⁰.

⁶⁸ Así queda redactado el artículo 46.1.a) y b) y 4.a) y b) del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

⁶⁹ Las referencias al trabajo autónomo a tiempo parcial de los artículos 1 y 24 LETA no han llegado a entrar en vigor, siendo suspendida su vigencia y aplicación por última vez mediante la Disposición adicional 126ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

⁷⁰ Véase una reflexión sobre el impacto de la regulación del trabajo por cuenta propia sobre los autónomos más precarios en BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Atelier, Barcelona (2016) 125-174.

3.1.2. *El elevado coste de la actividad profesional. Especial referencia a las cotizaciones sociales*

Otra traba importante respecto de los beneficios de la actividad de las rederas proviene del deber de afrontar los costes de la producción, como por ejemplo, la adquisición de las herramientas y materiales de trabajo o el alquiler del local en el que desarrollan su actividad, en su caso. Esta situación contrasta con la de los rederos asalariados que por lo general no cargan con dichos gastos, haciéndolo el empleador⁷¹.

Uno de los costes más relevantes para las rederas es el pago de sus cotizaciones sociales, situación que no tiene parangón cuando el oficio lo desempeñan rederos por cuenta ajena⁷². Hay que indicar, además, que el pago en tiempo y forma de las cotizaciones sociales tiene especial relevancia para los trabajadores autónomos, pues uno de los requisitos de acceso a las prestaciones es estar al corriente de dichos pagos⁷³.

Como ya se ha señalado, la reforma en la cotización de los trabajadores autónomos llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre supone un incremento en las cuotas de las rederas, ya que la cotización por cese de actividad se torna obligatoria. Aunque dicha norma también introduce la obligatoriedad de cotizar por las contingencias profesionales, esta modificación no afecta a las rederas, pues los autónomos dados de alta

⁷¹ Por ejemplo, el artículo 14 del Convenio Colectivo de los Rederos de Tierra del Puerto de Huelva, *cit.*, prevé incluso que las empresas aporten la ropa de trabajo de los rederos.

⁷² En materia de cotización se aplican al RETM las normas generales previstas para el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia en la LGSS, salvo ciertas especialidades previstas en la Ley 47/2015, según dispone el artículo 8 de esta última norma. Por consiguiente, los rederos por cuenta ajena costean únicamente una pequeña parte de la cotización que el empresario detrae de su nómina, al igual que el resto de los trabajadores asalariados.

⁷³ Artículo 47 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

en el RETM ya debían cotizar por estas contingencias, dada la especial peligrosidad y el desgaste físico que suelen comportar las profesiones incluidas en este régimen especial⁷⁴. Ahora bien, el aumento progresivo de los tipos de cotización tanto por cese de actividad como por contingencias profesionales sí conlleva una subida de las cuotas⁷⁵.

Por otro lado, el cálculo de las cuotas en el RETM parte de una clasificación de todos los trabajadores en tres grupos de cotización que describe el artículo 10 de la Ley 47/2015. Según este precepto, los rederos y rederas que desempeñen su actividad por cuenta ajena han de quedar englobados en el grupo primero, mientras que si lo hacen por cuenta propia pasan a formar parte del grupo tercero⁷⁶. Más allá del lenguaje inclusivo de la norma, la segregación ocupacional que sitúa de forma mayoritaria a los rederos en el trabajo asalariado y a las rederas en el trabajo autónomo provoca que aquellos pertenezcan al grupo primero de cotización, mientras que estas se integran en el grupo tercero.

La determinación de la base de cotización por todas las contingencias y situaciones protegidas en el RETM está sujeta a distintas reglas en función de cuál sea el grupo de cotización que corresponda. El grupo primero, en el que se encuentran los rederos asalariados, no presenta particularidades respecto de lo dispuesto a estos efectos en el Régimen General de la Seguridad Social⁷⁷. En cambio, para la determinación de la base de cotización de las rederas y del resto de trabajadores integrados

en el grupo tercero, se consideran retribuciones efectivamente percibidas las que se determinen anualmente mediante Orden del Ministerio de Trabajo a propuesta del ISM, oídas las organizaciones sindicales y empresariales representativas, las cofradías de pescadores y las organizaciones de productos pesqueros. Tal determinación se efectúa por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales sobre la base de los valores medios de remuneraciones percibidas en el año precedente y por el procedimiento que establezca el Ministerio⁷⁸. El hecho de que formen parte del grupo tercero trabajadores por cuenta ajena cuyas retribuciones están por encima del SMI provoca un alza en el cálculo de la base de cotización que no resulta favorable para las rederas, cuyos ingresos medios se sitúan en la franja más baja de este colectivo, incluso por debajo del SMI, de modo que es muy probable que su base de cotización sea superior a sus ingresos reales⁷⁹.

Además, aunque la determinación de las bases pretende integrar la voz de los colectivos del sector, es altamente improbable que los intereses de las rederas sean trasladados al ISM y al Ministerio de Trabajo por las organizaciones mencionadas, que no representan a este oficio, lo que pone en evidencia las dificultades de las mujeres que conforman esta profesión feminizada para defender sus intereses en los centros de toma de decisio-

⁷⁴ Artículo 48.4 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de Trabajadores.

⁷⁵ Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, de revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

⁷⁶ Artículo 10.1.a) 1º y c) 2º de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁷⁷ Artículo 9.1 de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁷⁸ Artículo 9.1.a) y b) de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁷⁹ Las bases de cotización del grupo tercero del RETM en 2019 oscilan en la zona norte entre 1296 y 1605 euros, en la zona este entre 1476 y 1734 euros y en la zona sur entre 1344 y 1578 euros (Orden TMS/40/2019, de 21 de enero, por la que se establecen para el año 2019 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero). Como se puede apreciar, incluso la base más baja de entre todas ellas –aplicable a las neskatillas, empacadoras y mariscadoras de a pie de Vizcaya– es notablemente superior a la base mínima de cotización del RETA, que en 2019 es de 944,40 euros (artículo 6.1 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo).

nes que les afectan. Ahora bien, partiendo de que el objetivo 4.1 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020, consiste precisamente en promover la presencia y participación activa de las mujeres en los órganos de decisión y gestión de este sector, debe plantearse la necesidad de incluir una organización representativa de las mujeres de la pesca entre las organizaciones que han de ser oídas a efectos de la determinación de la base de cotización del grupo tercero, que es justamente el más feminizado.

Con todo, el legislador, consciente de que el grupo tercero de cotización aglutina a los trabajadores más modestos o vulnerables del RETM⁸⁰, ha dispuesto que se aplicará un coeficiente corrector de un tercio a la base de cotización por contingencias comunes y cese de actividad, sin que ello afecte a la base reguladora de las prestaciones económicas, que se calculará sobre la totalidad de la base de cotización⁸¹. Evidentemente, la finalidad de la previsión es aliviar el peso de las cotizaciones sobre este colectivo, lo que resulta de especial interés cuando se trata de trabajadores autónomos como las rederas, que tienen que hacer frente a sus propias cuotas. La introducción con carácter estable e indefinido de esta medida explica la cautela introducida por el artículo 11.5 de la Ley 47/2015, que establece la incompatibilidad de la aplicación del coeficiente corrector con cualquier otra reducción o bonificación en la cotización, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Sin embargo, esta última disposición ha impedido que la batería de bonificaciones que la Ley 6/2017, de 24 de octubre, incorporó al capítulo II de la LETA para fomentar el emprendimiento femenino beneficie a las rederas y al resto de los colectivos feminizados del sector pesquero, todos ellos incluidos en el grupo tercero de cotización⁸². Y es que las normas que regulan cada bonificación aclaran de forma expresa que solo serán aplicables a los integrantes del grupo primero de cotización del RETM, que es el único que no se beneficia de los coeficientes correctores del artículo 11 de la Ley 47/2015.

Aunque la razón de esta exclusión reside en el convencimiento de que sería excesivo favorecer en mayor medida a quienes ya cuentan con un beneficio general que reduce la cuantía de sus cuotas sociales sin mermar las futuras prestaciones, la decisión del legislador merece ser criticada. En primer término, porque frente al carácter indefinido de la aplicación de los coeficientes correctores, las medidas de fomento del emprendimiento femenino del capítulo II de la LETA son temporales, oscilando su duración entre uno y cinco años, pues pretenden apoyar a la trabajadora autónoma en momentos concretos en los que peligra la continuidad de su actividad profesional, como la fase inicial de la misma o periodos relacionados con la maternidad y los cuidados familiares. Por lo tanto, no es desmesurado plantearse la concurrencia temporal de ambos beneficios, o bien permitir a la trabajadora autónoma la elección de la medida más beneficiosa.

⁸⁰ Básicamente se trata de trabajadores asalariados de pequeñas embarcaciones de bajura y de pesca artesanal, así como sus armadores, siempre que ejerzan su actividad a bordo; y trabajadores por cuenta propia como mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos, buceadores extractores de recursos marinos, rederos y rederas (artículo 10.1.b) y c) de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero).

⁸¹ Artículo 11.4 de la Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁸² Según datos de afiliación en el RETM de diciembre de 2016, las trabajadoras autónomas del sector pesquero y acuícola comprendidas en el grupo primero de cotización eran veintiuna; las incluidas en el grupo segundo eran treinta y dos; y en el grupo tercero había cuatro mil cuatrocientas veintidós. En cuanto a las rederas por cuenta propia, en la misma fecha había una en el grupo primero y seiscientos treinta y tres en el grupo tercero (MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Diagnóstico sobre la situación de la mujer en el sector pesquero y acuícola*, cit., 4 y 5 y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Diagnóstico sobre la situación profesional de las mujeres en la pesca extractiva*, cit., 35).

Pero, además, la diversa finalidad de ambas disposiciones justifica e incluso exige su compatibilidad y no su exclusión. En efecto, la implantación de coeficientes correctores para todos los trabajadores del grupo tercero trata de facilitar la actividad de un colectivo vulnerable en función de su perfil profesional y económico, mientras que las bonificaciones del emprendimiento femenino pretenden allanar obstáculos provocados por el género para hacer efectiva la igualdad profesional entre hombres y mujeres. Las mujeres del grupo tercero de cotización están expuestas a esa doble vulnerabilidad y por eso deberían ser acreedoras de la doble protección.

En conclusión, la decisión de excluir a las trabajadoras del grupo tercero de cotización del RETM de las medidas de fomento del trabajo autónomo femenino recogidas en el capítulo II de la LETA no está respaldada por un análisis cuidadoso acerca de la situación profesional de la mujer en el sector pesquero, de las numerosas desigualdades que impiden la efectividad del principio de igualdad de oportunidades y de la imperiosa necesidad de aplicar el enfoque de género en todas las medidas relacionadas en este sector. Prueba de ello es la falta de adecuación de dicha opción legislativa con el objetivo 1.2 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020, ya en vigor cuando se publica la Ley 6/2017, que ordena «promover el emprendimiento femenino para potenciar la creación de nuevos empleos». Es evidente que se desaprovechó una oportunidad de desarrollar este objetivo no solo con la Ley 6/2017, sino también con el Real Decreto-Ley 28/2018 que, al reformar algunos aspectos del capítulo II de la LETA, bien pudo extender el ámbito de aplicación de las citadas medidas a las trabajadoras autónomas del grupo tercero de cotización del RETM.

En el caso particular de las rederas, que están tratando de integrarse en la economía formal y de consolidar su oficio como una alternativa profesional para los jóvenes, las bonificaciones y reducciones de cuotas

previstas para mujeres menores de treinta y cinco años que causen alta inicial o no hubiesen estado de alta en los dos años inmediatamente anteriores⁸³ podrían haber contribuido de forma significativa a hacer emerger el empleo marginal o irregular y a poner las bases del relevo generacional tan necesario en este oficio. Con ello también se hubiera dado cumplimiento a la actuación 2.1.2 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020, que consiste en incentivar la afiliación femenina.

Pero lo que resulta radicalmente injustificado es que las rederas y la práctica totalidad de las trabajadoras autónomas del sector pesquero no tengan acceso a las bonificaciones que pretenden contribuir al ejercicio de derechos fundamentales profundamente asociados a la condición femenina en situaciones de violencia de género y de maternidad⁸⁴. Es una exigencia indiscutible del trabajo decente que las trabajadoras autónomas de la pesca tengan la misma protección en estas circunstancias que las trabajadoras autónomas de otros sectores de actividad.

⁸³ Se trata de la denominada tarifa plana reducida para nuevos autónomos a la que solo tienen acceso los integrantes del grupo primero de cotización del RETM. Véase el artículo 31 LETA, en especial sus apartados 4 y 7. Además, hay que tener en cuenta que la Disposición Transitoria tercera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 20 de diciembre, atribuye a las personas beneficiarias de las bonificaciones de los artículos 31 y 32 LETA mayores beneficios de cotización que hubieran sido interesantes para las rederas, como la exención de cotizar obligatoriamente por cese de actividad.

⁸⁴ En cuanto a las víctimas de violencia de género, se prevén reducciones o bonificaciones para las trabajadoras autónomas que, reuniendo esta condición, causen alta inicial o no hubiesen estado de alta en los dos años inmediatamente anteriores –artículo 32 LETA–. Por lo que respecta a la maternidad, hay dos tipos de incentivos. Por un lado, las bonificaciones de las cuotas durante el descanso por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; y, por otro lado, las bonificaciones previstas para las autónomas que, habiendo cesado su actividad por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes al cese –artículos 38 y 38 *bis* LETA–.

3.2. Hacia la profesionalización del oficio y la formación integral de las rederas

Las condiciones de precariedad que se manifiestan en el oficio de las rederas, como la escasa remuneración o la presencia de empleo marginal y sumergido, están relacionadas con su falta de profesionalización⁸⁵. La mayor parte de las mujeres que desempeñan este oficio lo han aprendido a edades muy tempranas y dentro del núcleo familiar, no siendo objeto de una formación oficial o reglada. Sin embargo, la adecuada formación profesional es uno de los requisitos del trabajo decente.

La situación es muy distinta allí donde el trabajo de reparación de las redes de pesca está masculinizado y se desempeña bajo las formas del trabajo típico. En los convenios colectivos de la pesca de arrastre es frecuente encontrar entre las categorías profesionales la de «aprovechante» o aprendiz de redero, correspondiente a quien se inicia en este trabajo bajo las órdenes de otros que ya ostentan la categoría profesional de redero⁸⁶. Ello muestra que en estos contextos se accedía al oficio por el sistema tradicional de aprendizaje que no solo garantizaba una formación profesional compaginada con trabajo retribuido, sino que conducía al reconocimiento oficial de las aptitudes y abría la posibilidad de una futura promoción profesional.

Por consiguiente, la formación profesional de las rederas es una condición urgente para garantizar la igualdad de oportunidades⁸⁷.

⁸⁵ Ha llamado la atención sobre esta cuestión el MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 69, 70.

⁸⁶ Artículo 37 del Convenio Colectivo para la pesca Marítima en buques arrastreros al fresco de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BO. Cantabria de 5 de abril de 2004, todavía en vigor; Anexo del Convenio colectivo de Parejas Bacaladeras y Buques Bacaladeros de Gipuzkoa, BO. Gipuzkoa de 15 de junio de 1999; artículo 5 del Convenio Colectivo de los Rederos de Tierra Puerto de Huelva, cit.

⁸⁷ Como manifestación del principio general de igualdad de trato y de oportunidades en la formación, recogido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el artículo 1.a) de

Consciente de esa necesidad, el objetivo 3.2 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020 propone «aumentar el reconocimiento profesional de las trabajadoras del sector», siendo su primera línea de acción «promover la profesionalización de las actividades realizadas tradicionalmente por mujeres en el sector pesquero y acuícola, a través de cursos y formación específica».

Las actuaciones a favor de la profesionalización del oficio de reparación de las redes de pesca deben producirse en dos niveles. En primer lugar, es preciso ofertar una formación reglada que permita la adquisición de las competencias necesarias para ejercer esta profesión. Ello contribuiría a integrar en esta actividad a personas jóvenes que no están vinculadas por razones familiares o sociales con el sector pesquero, promoviendo así una composición más heterogénea del colectivo que se dedica a este oficio tanto por cuenta propia como por cuenta ajena. A corto o medio plazo el resultado de esta acción en favor de la profesionalización debería servir para allanar los obstáculos a la contratación de trabajadoras en ámbitos masculinizados. Pero, igualmente, la profesionalización debería contribuir a abrir el empleo autónomo de reparación de redes de pesca a los varones, acabando con todos los tipos de segregación por razón de género en esta actividad.

Un paso muy relevante en esta línea se dio en 2009, con la inclusión en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales de la relativa a la «Confección y mantenimiento de artes y aparejos» de pesca⁸⁸. El seguimien-

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. En torno a la importancia de la formación como instrumento al servicio de la igualdad de género en el empleo, véase BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral (las implicaciones de la reforma laboral de 2012)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2012) 121-124.

⁸⁸ Real Decreto 1376/2009, de 28 de agosto, por el que se establecen dos certificados de profesionalidad de la familia

to de las acciones formativas diseñadas para esta cualificación permite adquirir las competencias necesarias para desarrollar este oficio y obtener el correspondiente certificado de profesionalidad. Ahora bien, además de la regulación de la formación, es preciso que los centros formativos la oferten de forma estable o regular, garantizando su accesibilidad, en especial en las zonas con mayor implantación de la industria pesquera.

En segundo lugar, hay que poner en marcha acciones para acreditar oficialmente las aptitudes profesionales de las rederas que cuentan con una dilatada experiencia pero que han adquirido sus competencias y habilidades mediante el aprendizaje informal. De hecho, algunas Comunidades Autónomas en las que hay una mayor presencia de rederas han comenzado a realizar convocatorias anuales para promover el acceso a dichas acreditaciones⁸⁹.

Paralelamente, las asociaciones de rederas han promovido la elaboración de una norma UNE por parte de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) para establecer las condiciones que deben reunir las personas dedicadas a la confección y mantenimiento artesanal de las artes y aparejos de pesca –entre ellos, disponer de formación profesional acreditada y alta en la Seguridad Social–, así como los requisitos de las asociaciones de rederas⁹⁰. De este modo se pretende mejorar la calidad y la transparencia en el

desempeño de este oficio, fomentar la profesionalización y combatir el trabajo sumergido y la competencia desleal.

Ahora bien, las necesidades de formación de las rederas van más allá de las competencias específicas de su oficio, alcanzando competencias transversales especialmente relevantes para el desarrollo del trabajo por cuenta propia, como son el manejo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación o la gestión empresarial⁹¹. Para llevar a cabo este tipo de actuaciones es necesaria la implicación de las asociaciones de rederas, pero también de las cofradías de pesca, de las autoridades portuarias y las Administraciones Públicas, en especial las locales y autonómicas, a través de subvenciones y ayudas.

Por último, merece la pena destacar que, a tenor del artículo 7.c) de la Ley 47/2015, los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo tercero de cotización están obligados a cotizar por la contingencia de formación profesional. Siendo este grupo el que incluye a las personas con menor cualificación profesional, resulta claro que el objetivo de la norma no solo es que contribuyan económicamente al desarrollo de acciones formativas, sino también que se beneficien de ellas. Sin embargo, ninguno de los cursos programados anualmente por el ISM incide en las competencias y habilidades del trabajo de confección y mantenimiento de redes de pesca⁹². Dada la carga que supone para las rederas el pago de la cotización y siendo tan acuciante la necesidad

profesional Marítimo pesquera que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad.

⁸⁹ Así, en la Comunidad Autónoma de Galicia se han convocado en el último año 50 plazas para el acceso a la cualificación profesional de Confección y Mantenimiento de Artes y Aparejos (Anexo I de la Orden de 18 de diciembre de 2017, por la que se realiza la convocatoria pública para el año 2018 del procedimiento de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral, en la Comunidad Autónoma de Galicia, en determinadas unidades de competencia del Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, cofinanciado en un 80 % por el FSE con cargo al programa operativo FSE Galicia 2014-2020).

⁹⁰ Norma UNE 195005 sobre Confección y mantenimiento artesanal de artes y aparejos de pesca, febrero de 2015.

⁹¹ Así lo subraya la actuación 3.2.2 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020.

⁹² ISM, *Plan de Formación Profesional Marítima y Sanitaria*, 2018. Hay que subrayar que no se aprecia en el plan un enfoque de género en virtud del cual se ofrezca formación para las profesiones feminizadas marítimo-pesqueras. Por el contrario, la mayor parte de los cursos ofertados se dirigen a puestos de trabajo masculinizados. Así, se oferta un amplio número de certificados de profesionalidad sobre operaciones de carga en distintos tipos de buques o sobre mecánica industrial. Apenas hay cursos específicos para el sector pesquero –aunque sí hay otros genéricos que pueden ser de interés para las personas vinculadas a este sector–, ofreciéndose solo uno de «Marinero Pescador» de buque de pesca.

de profesionalización de su oficio, cabe desear una mayor sensibilización del ISM para diseñar acciones formativas que respondan a las necesidades de formación de este colectivo.

3.3. Infravaloración de los riesgos profesionales para la salud de las rederas

La pesca es una de las actividades económicas con mayor siniestralidad laboral, siendo además la primera en número de accidentes de trabajo con resultado de muerte, por delante de otros ámbitos como la industria extractiva o la construcción⁹³. El tipo de riesgos que puede provocar estos accidentes con consecuencias graves o muy graves suele estar presente en los trabajos realizados a bordo de buques de pesca, de modo que los trabajadores afectados son fundamentalmente varones⁹⁴. La especial intensidad de estos riesgos laborales y las dramáticas consecuencias de su actualización hacen muy visible esta problemática, siendo numerosos los esfuerzos para combatirla⁹⁵.

Probablemente todo ello ha contribuido a dejar en un segundo plano la prevención de riesgos de los trabajos que no implican embarque, donde la probabilidad de accidente de trabajo grave es muy inferior. Sin embargo, en este contexto existen relevantes riesgos de diversa tipología que se manifiestan como una amenaza permanente y continuada para la salud, pudiendo desembocar en trastornos músculo-esqueléticos, entre otras patologías.

⁹³ Véanse los datos recogidos en INSHT, *Caracterización de la siniestralidad en la actividad pesquera*, Madrid (2016) 9-38.

⁹⁴ El 96% de los accidentes que se produjeron en 2015 afectaron a trabajadores del sexo masculino, según datos del INSHT, *Caracterización de la siniestralidad en la actividad pesquera*, cit., 12.

⁹⁵ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., «Seguridad y salud laboral del trabajo en el mar. Especial referencia al sector pesquero», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, CABEZA PEREIRO, J. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (coords.), Bomarzo, Albacete (2015) 473-492.

Ahora bien, la manera larvada y progresiva en la que se actualizan estos riesgos ha determinado su menor visibilidad.

Este resultado también ha venido alentado por un sesgo de género, pues los trabajos de la pesca que no implican embarque –marisqueo a pie, reparación de redes y empacado de pescado– son desempeñados principalmente por mujeres. Sin duda, el origen informal y accesorio de este trabajo feminizado en la economía familiar explica la infravaloración de sus riesgos durante mucho tiempo. Aunque en la actualidad se están realizando esfuerzos significativos para corregir esta situación, el hecho de que estas actividades se presten por cuenta propia supone un nuevo obstáculo en la correcta valoración de los riesgos, ya que el sofisticado régimen legal de prevención de riesgos laborales no deviene aplicable, ocupando su lugar la autotutela ejercida por el propio trabajador autónomo.

Si se centra el foco en el trabajo de reparación de redes de pesca los diferentes estándares de protección en función del género son aún más llamativos, pues la asimetría no se da entre diversas actividades masculinizadas y feminizadas, sino que afecta a las personas que desarrollan la misma actividad. Así, la segregación ocupacional que sitúa a las mujeres en el trabajo autónomo y a los varones en el trabajo asalariado determina que las garantías de la tutela preventiva sean considerablemente más reducidas cuando quien repara las redes de pesca es una mujer. Como se ha dicho, el punto de arranque de tal diferencia se encuentra en el diseño legal del sistema de prevención de riesgos laborales, construido exclusivamente en torno a la relación sinalagmática que deriva del contrato de trabajo.

En efecto, la normativa preventiva impone sobre el empleador una amplia panoplia de obligaciones y responsabilidades en beneficio del trabajador asalariado. Pero este esquema protector basado en la distribución binaria de obligaciones y derechos no puede proyectarse sobre el trabajo por cuenta propia, en el que

un único individuo asume la organización productiva y la prestación del servicio⁹⁶.

Pese a que la carencia de reconocimiento de un derecho general a la protección de la seguridad y salud del trabajador autónomo ha sido subsanada por la LETA, que además dedica uno de sus preceptos a la prevención de riesgos⁹⁷, es evidente la falta de parangón entre el régimen de tutela del trabajador por cuenta ajena, respaldado por numerosos deberes legales y pesadas responsabilidades, y el del trabajador por cuenta propia, basado en la libertad profesional y, por tanto, en la autotutela que pueda dispensarse el individuo⁹⁸.

Puesto que la prevención de riesgos profesionales implica ciertos costes –de evaluación, formación, adquisición de equipos de protección individual o de vigilancia de la salud, entre otros–, los trabajadores autónomos que obtienen menores beneficios de su actividad son de nuevo los más vulnerables. Sin embargo, la prevención de riesgos de los autónomos no es un asunto privado, sino que tiene diversas vertientes colectivas, tanto desde el punto de vista de la competencia, ya que el ahorro de costes preventivos puede situar en una posición más competitiva a quienes no los asu-

⁹⁶ Por eso en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales los trabajadores autónomos sin asalariados a su servicio solo aparecen como sujetos obligados y responsables en caso de concurrencia de actividades empresariales, y siempre para garantizar la seguridad y salud de los demás, pero no la suya, a tenor de los artículos 3.1 y 24.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Sobre la inaplicación de las responsabilidades preventivas, como el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en relación con el propio autónomo, véase BLASCO LAHOZ, J. F., «La protección por contingencias profesionales en el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA)», *Revista de Información Laboral*, 1 (2018) 5 y 6.

⁹⁷ Artículo 4.3.e) y 8 LETA.

⁹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos», *Temas Laborales*, 81 (2005) 151-162. Véase también ALONSO-OLEA GARCÍA, B., «La prevención de riesgos laborales del trabajador autónomo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 16 (2008) y AGUILAR MARTÍN, M. C. «La dimensión jurídica de la protección de la seguridad y salud del trabajador autónomo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1 (2012).

men, propiciando una tendencia a la desatención de los riesgos profesionales; como desde el punto de vista de la protección social, pues el deterioro de la salud por un inadecuado o inexistente diseño preventivo puede desencadenar una carga económica innecesaria sobre el sistema de Seguridad Social⁹⁹.

Las rederas forman parte de este grupo de autónomos especialmente vulnerables a los riesgos derivados de su profesión, no solo a causa de su reducida capacidad económica para hacer frente a la prevención de riesgos, sino también debido al insuficiente estudio de los riesgos profesionales de su actividad, que dificulta el acceso a la información y la formación necesaria para articular medidas preventivas. No obstante, son numerosos los riesgos higiénicos y ergonómicos que pesan sobre esta actividad.

En efecto, aunque las rederas pueden ejecutar el trabajo en su domicilio cuando se trata de redes de pequeño tamaño, lo más habitual es que lo hagan en el propio puerto, bien a la intemperie, quedando expuestas a las inclemencias meteorológicas, bien a cubierto en carpas o locales cuyo alquiler es asumido por las trabajadoras, aunque a veces cuentan con la colaboración de armadores y cofradías¹⁰⁰. La progresiva profesionalización de este colectivo ha contribuido a la extensión de esta última opción, que sin duda es la mejor desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo. Con todo, es frecuente que estos locales no reúnan condiciones adecuadas de salubridad para desempeñar el trabajo, en especial por lo que se refiere a la iluminación, temperatura,

⁹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos», *cit.*, 153 y ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Salud laboral y mujer emprendedora», *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, BLÁZQUEZ AGUDO, E. (coord.), Instituto de Estudios de Género – Universidad Carlos III de Madrid (2017) 110.

¹⁰⁰ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, *cit.*, 9, 27, 48-54. La deficitaria prevención de los riesgos laborales es una característica común a los trabajos feminizados en la pesca, como destaca RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «Las condiciones laborales y sociales de las mujeres trabajadoras del mar», *cit.*, 121.

humedad, mobiliario o higiene. Por esa razón, la actuación 2.4.2 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020 subraya la necesidad de apoyar el desarrollo de actuaciones para el acondicionamiento y mejora de las instalaciones y lugares de trabajo.

Asimismo, se han detectado alergias o dermatitis de contacto, pues las redes de pesca tienen un alto contenido de plomo y están compuestas por fibras y resinas sintéticas y materiales plásticos, aunque es preciso seguir desarrollando estudios para determinar los niveles de exposición¹⁰¹.

Por último, los trastornos musculoesqueléticos son muy habituales entre las rederas, debido a múltiples factores, como las condiciones insalubres de los lugares de trabajo, las posturas forzadas que exige la ejecución del trabajo, la reiteración de determinados movimientos, el empleo de fuerza física en la manipulación de las redes, el escaso uso de equipos de protección individual, así como las carencias formativas de las trabajadoras en higiene postural profesional.

Por todas estas razones, el régimen de autotutela de las rederas en cuanto a la prevención de sus riesgos laborales debe recibir el respaldo firme de los poderes públicos, a los que la Constitución atribuye el deber de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y de proteger la salud¹⁰². Ese deber se manifiesta con particular intensidad en el empleo autónomo, donde la Administración pública ha de adoptar la posición de garante externo de las obligaciones del trabajador respecto de su salud, máxime cuando se trata de autónomos especialmente vulnerables a los riesgos profesionales, bien por su escasa capacidad de autotutela, como sucede con las rederas, bien por la gravedad de los riesgos que les afectan. En este sentido, el artículo 8.1 y 2 LETA atribuye

a las Administraciones públicas competentes un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos, por medio de actividades de promoción de la prevención, asesoramiento técnico y formación específica y adaptada a las peculiaridades de los trabajadores. Y la actuación 2.4.1 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020 concreta dicho mandato legal en la necesidad de «promover un mayor conocimiento sobre equipamientos y medidas de protección y prevención de riesgos para una correcta salud y seguridad laboral a través de programas de formación y acciones divulgativas» que integren la perspectiva de género.

Afortunadamente, hay que destacar el esfuerzo hecho por algunas instituciones autonómicas especializadas en prevención de riesgos laborales para identificar los riesgos que afectan a las rederas y diseñar medidas preventivas concretas para contrarrestarlos¹⁰³. Al arrojar luz sobre los riesgos, estos estudios constituyen un importante y necesario punto de partida para poner en marcha acciones informativas y formativas, e incluso para allanar el camino hacia el reconocimiento de las contingencias profesionales del sector.

Si bien la divulgación es clave para cambiar la mentalidad de las rederas y de todos los sujetos implicados en el sector pesquero, la formación es fundamental para que las propias trabajadoras conozcan cómo evitar los riesgos o neutralizar aquellos que no se pueden evitar. A este respecto, la Disposición Adicional duodécima de la LETA sugiere que las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podrán realizar programas permanentes de informa-

¹⁰¹ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 57.

¹⁰² Artículos 40.2 y 43 CE.

¹⁰³ ISSGA, *Guía de buenas prácticas. Salud laboral: rederas*, cit.; GUIASOLA YEREGUI, A. (coord.), *Guía de Vigilancia de la Salud en el sector pesquero (2ª parte)*, ISSGA, OSALAN, Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos Laborales e Instituto Cántabro de Seguridad y Salud en el Trabajo (2012) y MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, cit., 56-61.

ción y formación promovidos por las Administraciones Públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales y de reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Resulta claro, por tanto, que la Administración Pública, en colaboración con las asociaciones de rederas, tiene el deber de ofrecer a estas trabajadoras la formación necesaria para que puedan hacer frente a los riesgos laborales que se desprenden de su actividad y desempeñarla con las garantías de seguridad y salud que exige el trabajo decente.

3.4. Insuficiencias de la protección social

3.4.1. Dificultades para obtener el reconocimiento de las contingencias profesionales

Como ya se ha indicado, la cotización por contingencias profesionales es obligatoria desde hace tiempo en el RETM y su coste se ha incrementado como consecuencia de las últimas reformas. Sin embargo, el esfuerzo contributivo de las rederas no siempre se ve compensado por el reconocimiento de las contingencias profesionales derivadas de su actividad.

El accidente de trabajo en sentido estricto, entendido como un acontecimiento súbito y externo que causa daños en la salud, no presenta singularidades, ni por su frecuencia ni por su gravedad, tratándose por lo común de golpes, cortes y caídas al mismo nivel de escasa trascendencia¹⁰⁴. A pesar de todo, hay que subrayar que, a diferencia de los rederos que desempeñan su labor en régimen asalariado, las rederas únicamente reciben la protección reforzada del sistema de Seguridad Social por aquellos accidentes provocados de forma directa e inmediata por el trabajo, y no por aquellos otros que suceden con ocasión de

mismo, pues el concepto de accidente de trabajo que opera en el trabajo por cuenta propia no incorpora la causalidad mediata u ocasionalidad relevante que ha sido clave para calificar como contingencias profesionales algunos accidentes sucedidos en el sector de la pesca¹⁰⁵.

Ahora bien, el alcance restrictivo del accidente de trabajo en el trabajo autónomo se ha visto atenuado con la extensión a este ámbito del accidente *in itinere*, hasta hace poco tiempo predicable solo del trabajo asalariado¹⁰⁶. Ello supone sin duda una mejora para las rederas, al proteger en mayor medida los desplazamientos entre su domicilio y el lugar de la prestación, siempre que se cumplan los requisitos teleológico, geográfico, cronológico y modal que la jurisprudencia exige para este tipo de accidentes. Con todo, hay que destacar la rigidez del concepto legal de «lugar de la prestación», que el artículo 316.2 LGSS define como el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad, siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales. El hecho frecuente de que las rederas deban acudir a distintos puertos para realizar su actividad, ante la dificultad de transportar las redes hasta su lugar habitual de trabajo, puede ser un obstáculo para calificar como accidente *in itinere* el sufrido por las trabajadoras en el desplazamiento desde su domicilio hasta esos otros lugares.

No obstante, las principales dificultades no se refieren a los accidentes de trabajo, sino al reconocimiento como contingencias profesionales de ciertas enfermedades relacionadas con el ejercicio de la actividad de reparación de las redes de pesca.

¹⁰⁵ Artículo 316.2 LGSS. Véase la STS de 24 de febrero de 2014, rcud. 145/2013. Aunque el concepto de accidente de trabajo aplicable al TRADE sí incorpora este tipo de causalidad –artículo 317 LGSS–, esta figura apenas se encuentra presente en los oficios feminizados del sector pesquero.

¹⁰⁶ Artículo 316.2 *in fine* LGSS, tras la reforma operada por el artículo 14 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

¹⁰⁴ ISSGA, *Guía de buenas prácticas. Salud laboral: rederas*, cit., 17.

El concepto de enfermedad profesional que rige para las trabajadoras por cuenta propia del RETM es el que opera en el RETA, que a su vez coincide con el que se aplica en el trabajo asalariado¹⁰⁷. Así pues, para apreciar la concurrencia de una enfermedad profesional son precisos tres elementos bien delimitados por la jurisprudencia: que la enfermedad se contraiga a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia; que éste consista en alguna de las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre; y por último, que la patología haya sido provocada por la acción de los elementos y sustancias que se determinan en cada caso¹⁰⁸. Una vez que se acrediten tales requisitos, se desencadena una presunción *iusuris et de iure* de que se trata de una enfermedad profesional¹⁰⁹.

El listado legal de enfermedades profesionales no incluye actividades específicas del sector pesquero y, desde luego, no hace referencia a las tareas de reparación de redes de pesca o de marisqueo a pie, todas ellas actividades feminizadas de este sector. Esta falta de mención expresa dificulta la calificación como enfermedades profesionales de los trastornos músculo-esqueléticos causados por la reiteración de movimientos o por las posturas forzadas efectuadas en las labores de reparación de las redes y en la recolección de marisco. Sin embargo, el síndrome del túnel carpiano, afecciones de columna, cervicales u hombros son problemas de salud muy frecuentes en estos colectivos que están asociados con su actividad profesional¹¹⁰.

Otra alternativa para lograr el reconocimiento del carácter profesional de estas contingencias pasa por intentar su calificación como accidentes de trabajo, teniendo en cuenta que este concepto engloba las enfermedades que, sin ser profesionales, hayan sido contraídas con motivo de la realización del trabajo, siempre que se acredite que este constituye la causa exclusiva de la enfermedad¹¹¹. Ahora bien, la exhaustividad de la prueba que recae sobre la trabajadora condena al fracaso este intento, pues, dada la etiología de los trastornos músculo-esqueléticos, es prácticamente imposible acreditar que su causa *exclusiva* es el trabajo, descartando otros factores externos o internos que pudieran haber actuado como concausas en el desarrollo de la enfermedad¹¹².

De todos modos, la dificultad de que los trastornos músculo-esqueléticos de rederas y mariscadoras sean reconocidos como contingencias profesionales no es insalvable, pues el Tribunal Supremo ha tratado de atenuar los inconvenientes que se derivan del modelo de identificación de las enfermedades profesionales a través de un listado, admitiendo la calificación de la enfermedad como profesional aunque la concreta actividad no esté expresamente incluida en la enumeración del Real Decreto 1299/2006, siempre que lo estén otras profesiones con análogos requerimientos¹¹³. En definitiva, las patologías que derivan de actividades no incluidas en la lista legal de enfermedades profesionales podrían llegar a ser calificadas como tales si se demostrase que las

¹⁰⁷ Artículo 13.2 de la Ley 47/2015, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero y artículo 157 LGSS.

¹⁰⁸ Por todas, STS de 13 de noviembre de 2006, rcud. 2539/2005.

¹⁰⁹ STS de 20 de diciembre de 2007, rcud. 2579/2006.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ-ROMERO, B., SALVADOR PITA-FERNÁNDEZ, S., PERTEGA DÍAZ, S. y CHOUZA-INSUA, M., «Calidad de vida relacionada con la salud en trabajadoras del sector pesquero usando el cuestionario SF-36», *Gaceta Sanitaria*, vol. 27, núm. 5 (2013) 418-424.

¹¹¹ Artículo 3.2.c) del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

¹¹² Como ejemplo de estas dificultades, véase la STSJ de Galicia de 15 julio de 2014, rec. 3490/2012.

¹¹³ Cabe destacar que esta jurisprudencia se dicta precisamente para facilitar la calificación como enfermedades profesionales de los trastornos músculo-esqueléticos presentados por dos trabajadoras cuyas actividades –peluquera y limpiadora– no figuran entre las susceptibles de generar este tipo de patologías (SSTS de 5 de noviembre de 2014, rcud. 1515/2013 y de 18 de mayo de 2015, rcud. 1643/2014).

tareas que componen su haz profesional son semejantes o equivalentes a las de otras actividades que sí figuran en el Anexo I del Real Decreto 1299/2006.

Aunque esta jurisprudencia abre una posibilidad muy esperanzadora para la adecuada protección social de las contingencias profesionales de las rederas y mariscadoras, hay que subrayar que su eficacia práctica está lejos de la que tendría la inclusión de tales oficios en el listado de enfermedades profesionales. El hecho de que estas sentencias se hayan dictado respecto de dos actividades feminizadas –pe luquería y limpieza– ajenas al sector pesquero, reduce la probabilidad de que la entidad gestora reconozca en vía administrativa el carácter profesional de la contingencia, obligando a las interesadas a acudir a la vía judicial. Pero, además, no hay que menospreciar la carga probatoria que impone la obligación de demostrar que las exigencias físicas de la profesión de redera son similares a alguna de las que figuran en la lista de enfermedades profesionales como causantes de trastornos músculo-esqueléticos.

Lo cierto es que, al enumerar los oficios desencadenantes de trastornos músculo-esqueléticos, el Anexo I del Real Decreto 1299/2006 recoge de forma exhaustiva profesiones típicamente masculinas, sin atender con el mismo rigor a las profesiones feminizadas¹¹⁴. Ello

¹¹⁴ Así, en el catálogo de actividades profesionales desencadenantes de enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo (2 C a G del Anexo I) se enumera tan solo una actividad feminizada, que es el servicio doméstico, y cuatro actividades en las que puede haber una composición más equilibrada de mujeres y hombres, como la industria textil, los trabajos agrícolas, hostelería (camareros, cocineros) y los deportistas. Al margen de éstas, el resto son profesiones masculinizadas. Se reproducen a continuación algunas de ellas: colocadores de parquet y baldosas, jardineros, talladores y pulidores de piedras, zapateros, carpinteros, pescaderos, curtidores, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), mataderos (carniceros, matarifes), soldadores, pintores, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles, trabajos de apaleo o de manipulación de cargas pesadas, trabajos en minas subterráneas, electricistas, soldadores, fontaneros, talla y pulido de vidrio, burilado, leñadores, herreros, peleteros, lanzadores de martillo, disco y jabalina.

evidencia una infravaloración del impacto negativo de las actividades feminizadas sobre la salud músculo-esquelética, a pesar de que desde hace tiempo se viene alertando sobre la incidencia de estas enfermedades en trabajos desarrollados fundamentalmente por mujeres¹¹⁵.

Es posible concluir, por tanto, que la norma produce una discriminación indirecta por razón de género, pues, aunque no se refiere expresamente al sexo de las personas trabajadoras, la omisión de profesiones feminizadas frente a la prolija enumeración de profesiones masculinizadas, aunque sea a título ejemplificativo, causa un perjuicio sobre un colectivo históricamente discriminado, como son las mujeres trabajadoras¹¹⁶. Tal perjuicio consiste en que un número significativamente más alto de trabajadoras no podrá beneficiarse de la presunción legal de que en su actividad profesional se realizan los movimientos articulares o las posturas forzadas determinantes de la enfermedad profesional, debiendo asumir la carga de la prueba de tales circunstancias¹¹⁷.

La necesidad de neutralizar esa discriminación indirecta, de la que también son objeto las rederas, obliga a los operadores jurídicos

¹¹⁵ INSHT, *Nota Técnica de Prevención núm. 657: Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*; y *Nota Técnica de Prevención núm. 658: Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (II): recomendaciones preventivas*.

¹¹⁶ Artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sobre la noción de discriminación indirecta y su aplicación, véase LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia (2014) 197-243.

¹¹⁷ Esta observación dio lugar a la presentación por el Grupo parlamentario socialista de la Proposición no de Ley 161/002283, para la modificación del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de Enfermedades Profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, para que su aplicación no dé lugar a discriminaciones indirectas por razón de sexo (BO de las Cortes Generales (Congreso De Los Diputados), serie D, núm. 214, 22 de septiembre de 2017, págs. 38-41).

–entidades gestoras, mutuas y órganos judiciales– a integrar en la aplicación de la norma el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Como resultado de ello, una vez constatado que la actividad incluye habitualmente entre sus tareas fundamentales los movimientos o posturas capaces de causar el trastorno músculo-esquelético en cuestión, debe desencadenarse la misma presunción que opera respecto de las actividades recogidas en el Anexo I del Real Decreto 1299/2006. Por lo que se refiere a las rederas, los estudios sobre salud laboral en esta profesión pueden ser de gran utilidad a este respecto¹¹⁸. A partir de la presunción de que se trata de una enfermedad profesional, quien defienda su carácter común deberá asumir la carga de probar que en ese caso concreto no se da la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad¹¹⁹.

Con todo, la discriminatoria omisión de numerosas profesiones feminizadas que comportan riesgos para la salud músculo-esquelética solo puede ser subsanada mediante una actualización del listado legal de enfermedades profesionales conforme a la perspectiva de género. Precisamente, el objetivo 2.5 del Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020, propone impulsar el reconocimiento de enfermedades derivadas de las actividades profesionales feminizadas en este sector.

¹¹⁸ Por ejemplo, ISSGA, *Guía de buenas prácticas. Salud laboral: rederas*, cit. y LORENZO ESPESO, N., GIL FERNÁNDEZ, M. y SANTIAGO PÉREZ, M. I., «Estudio de salud laboral en las rederas de Galicia», *Proceedings of the 12th International Conference on Occupational Risk Prevention* (2014). Disponible en <https://www.preencionintegral.com/canal-orp/papers/orp-2014/estudio-salud-laboral-en-rederas-galicia> (último acceso el 5.2.2019).

¹¹⁹ Esto es precisamente lo que han hecho el TSJ de Galicia en sus sentencias de 11 de marzo de 2016, rec. 385/2015; de 14 de octubre de 2016, rec. 1513/2016; de 13 de julio de 2017, rec. 1127/2017; de 8 de noviembre de 2018, rec. 2099/2018; y el TSJ de Cataluña en la sentencia de 29 de noviembre de 2016, rec. 5498/2016. Las demandantes en todas estas sentencias eran trabajadoras en actividades feminizadas –limpieza, sector textil e industria conservera–.

3.4.2. *Desigualdades en la pensión de jubilación: diferencias en la cuantía y en la aplicación de coeficientes reductores sobre la edad*

Las situaciones de desigualdad y segregación por razón de género que se manifiestan en el oficio de las rederas durante toda su vida profesional también se proyectan sobre la cuantía de sus pensiones de jubilación¹²⁰. A falta de datos estadísticos públicos sobre la pensión de jubilación media de rederos y rederas, o bien de las personas dadas de alta en el RETM en función de su grupo de cotización y de su sexo, los datos desagregados por sexo de las pensiones medias de hombres y mujeres en el RETM a 1 de enero de 2019 permiten hacer algunas observaciones. La más relevante es que, si bien en todos los regímenes de Seguridad Social se aprecia una brecha de género en la cuantía de la pensión de jubilación, ésta es bastante más significativa en el RETM, donde las mujeres cobran casi la mitad que los varones, ya que la pensión media de éstos es de 1326,70 euros, mientras que la de ellas es de 721,62 euros¹²¹.

Esta tajante diferencia es un claro indicio de los efectos negativos de la segregación ocupacional en la pesca, pero hay que tener en cuenta ciertos aspectos distorsionadores que

¹²⁰ En torno a los efectos adversos que el principio de contributividad produce en general sobre la cuantía de las pensiones de las mujeres, véase VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., «La repercusión de la discriminación en el empleo por razón de género sobre la pensión de jubilación», *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), Lustel, Madrid (2007) 1501-1522.

¹²¹ En el Régimen General la diferencia no es tan profunda, situándose la pensión de jubilación media de los hombres en 1423,43 euros y la de las mujeres en 1001,10 euros. En el RETA la cuantía media de las pensiones de jubilación es mucho más baja pues la mayor parte de los autónomos eligen cotizar por la base mínima, pero en todo caso, la diferencia cuantitativa en función del sexo del pensionista tampoco es tan acentuada como en el RETM, pues los hombres perciben como media 849, 54 euros y las mujeres 627,93 euros. Datos disponibles en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST193> (último acceso el 2.2.2019).

impiden conocer con exactitud la magnitud de la situación. Por una parte, el RETM no solo incluye el trabajo en la pesca, sino que integra a la marina mercante, la estiba, el buceo, etc. Aunque se trata también de profesiones masculinizadas, por lo común los puestos de trabajo son más cualificados y por ello es posible que las retribuciones medias de todo el conjunto estén por encima de la media en el sector de la pesca. Por consiguiente, la pensión media real de los hombres en el sector pesquero puede ser algo más baja que la cifra antes reproducida. Por otra parte, dada la prevalencia del empleo masculino en los sectores de actividad ajenos a la pesca incluidos en el RETM, también resulta probable que la mayor parte de las pensionistas de jubilación de este régimen pertenezcan al sector pesquero. Si ello fuese así, entonces los datos sobre la pensión media femenina de jubilación en el RETM sí serían bastante orientativos sobre la cuantía de la pensión media de las mujeres que trabajan en la pesca. De hecho, la similitud en la cuantía de la pensión media femenina en el RETM con la del RETA parece avalar esta conclusión, toda vez que la mayor parte de las mujeres que trabajan en el sector pesquero lo hacen por cuenta propia.

Hechas estas advertencias, no cabe duda de que las mujeres que trabajan en la pesca cobran pensiones más bajas que los hombres y que esa brecha es superior a la de otros regímenes, aunque la diferencia no se haya podido calcular con exactitud. En el caso de las rederas, las razones que explican esta situación son variadas. La falta de reconocimiento profesional de su labor, así como las responsabilidades domésticas y de cuidado que han tenido que afrontar en momentos en los que no se atisbaba la idea de corresponsabilidad han dado lugar a carreras de seguro fragmentadas y más cortas en su conjunto que las de los hombres del sector pesquero, y en particular los rederos. El reconocimiento de la profesión de redero y la clasificación profesional contenida en algunos convenios a tenor de la cual es posible una promoción profesional dentro de este oficio, permite una mayor estabilidad en él, al servicio de

una o más empresas, de modo que es probable que los hombres que han desempeñado esta profesión acumulen más años de cotización. Además, el hecho de que en su mayoría hayan prestado servicios por cuenta ajena, ocupando incluso categorías profesionales superiores a la de redero en casos de polivalencia funcional, los sitúa en el grupo primero de cotización, calculándose su base de cotización en función de su salario, lo que incide positivamente en la cuantía de su pensión.

Sin embargo, la principal reivindicación de las rederas en relación con la jubilación no se refiere a su cuantía, sino a la aplicación a su oficio de los coeficientes reductores de la edad previstos para la mayor parte de las actividades del RETM. En efecto, el artículo 30.2 de la Ley 47/2015 indica que la edad de jubilación en el RETM es la establecida en el Régimen General de la Seguridad Social. Ahora bien, dicha edad podrá ser rebajada mediante la aplicación de coeficientes reductores en aquellas actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en las que se acusen elevados índices de morbilidad o siniestralidad, así como en aquellas otras cuya realización implique una continua separación del hogar y alejamiento familiar. La finalidad de la norma es, por tanto, preservar la salud ante el mayor desgaste físico y psicológico que provoca la especial dureza del trabajo, permitiendo un acceso temprano a la jubilación sin que ello implique reducción en su cuantía, pues el periodo de tiempo en que se rebaja la edad de jubilación, que no puede ser superior a diez años, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable al importe de la pensión¹²².

La norma legal encuentra su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, que establece nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del RETM.

¹²² Sobre este tema, véase PAZOS PÉREZ, A., «La pensión de jubilación en el trabajo en el mar», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, cit., 500-503.

Allí se recogen las actividades que determinan la reducción de la edad mínima de jubilación y los coeficientes aplicables a cada una de ellas, que fluctúan entre 0,40 y 0,1, en función de la intensidad de las condiciones que aconsejan la reducción de la edad de jubilación. En términos generales, disfrutaban de este beneficio todos los trabajos que se llevan a cabo a bordo de embarcaciones pesqueras y de la marina mercante¹²³, así como algunas actividades marítimo-terrestres; en concreto, la estiba portuaria y las actividades extractivas de mariscadores, percebeiros y recogedores de algas¹²⁴.

De la confrontación entre el listado de actividades con coeficientes reductores de la edad de jubilación y el ámbito subjetivo de aplicación del RETM¹²⁵ se desprende que son residuales las actividades de este régimen que no se benefician de coeficientes reductores. Así sucede con los trabajos de tipo administrativo al servicio de cofradías, empresas u organizaciones del sector, cuya exclusión es evidente, pues no concurren las condiciones de especial penosidad, peligrosidad o alejamiento del hogar familiar que justifican la aplicación de los coeficientes¹²⁶. Pero,

¹²³ Se usa este concepto en un sentido amplio que engloba los trabajos realizados en remolcadores de altura, plataformas petrolíferas y de gas, buques de investigación oceanográfica y pesquera, buques de pasaje, embarcaciones de tráfico interior de puertos, embarcaciones y buques de salvamento y lucha contra la contaminación. Eso sí, los coeficientes reductores aplicables varían en función de los tipos de embarcación. Así, en la marina mercante se sitúan entre 0,40 y 0,20, mientras en la pesca lo hacen entre 0,40 y 0,15, dependiendo en este último caso de las toneladas de registro bruto del buque, de modo que las tripulaciones de embarcaciones dedicadas a la pesca de altura disfrutaban de mayores reducciones en su edad de jubilación que los tripulantes de las embarcaciones de bajura y pesca artesanal (artículo 1.a) y b) del Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, que establece nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del RETM).

¹²⁴ Artículo 1.c) y d) del Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, que establece nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del RETM. A los primeros se les asigna un coeficiente reductor de 0,30 y a los segundos de 0,10.

¹²⁵ Artículos 3 y 4 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

¹²⁶ Se trata de las personas trabajadoras que desarrollen actividades de carácter administrativo, técnico y subalterno en empresas marítimo-pesqueras, de estiba portuaria, en cofra-

al margen de esta primera salvedad, sorprende que los otros colectivos excluidos sean los buceadores, rederos y rederas, neskatillas y empacadoras. La situación de los buceadores responde a su tardía incorporación al RETM, que se produce con la entrada en vigor de la Ley 47/2015, sin que en ese momento se modificase el Real Decreto 1311/2007¹²⁷. No obstante, en 2016 se inició el procedimiento necesario para reconocer a esta profesión un coeficiente reductor de la edad de jubilación, por lo que cabe esperar que esa modificación se lleve a cabo en breve. Por el contrario, aunque rederas, neskatillas y empacadoras llevan años solicitando la aplicación de coeficientes reductores a su edad de jubilación, las diversas iniciativas parlamentarias practicadas con esta finalidad han fracasado, bajo el argumento de que la penosidad y morbilidad de estas profesiones no son suficientes para obtener tal beneficio¹²⁸. A pesar de todo, el objetivo 2.6 del Plan para la Igualdad de Género en el

días de pescadores y sus federaciones, en las cooperativas del mar, organizaciones sindicales del sector marítimo-pesquero y asociaciones de armadores, que deben darse de alta en el RETM, a tenor del artículo 3.j) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

¹²⁷ Deben encuadrarse en el RETM los buceadores extractores de recursos marinos y los buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación, quedando sin embargo fuera de este régimen los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas (artículos 3.e) f) y 4.d) e) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero).

¹²⁸ En 2008 el Grupo Parlamentario Mixto presentó una Proposición no de Ley relativa a la necesidad de aplicar los coeficientes reductores de la edad de jubilación a las rederas, BO de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), serie D, núm. 6, de 25 de abril de 2008 (número de expediente 162/000015). Más recientemente, el 26 de noviembre de 2016 el Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV) presentó una moción con el objeto de instar al Gobierno a comenzar de forma inmediata el procedimiento para el reconocimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación a rederas y rederos, neskatillas y empacadoras. No obstante, la Comisión de Empleo y Seguridad Social, en su sesión del día 2 de noviembre de 2017 rechazó la moción (BO de las Cortes Generales – Diario de Sesiones (Senado) de 2 de noviembre de 2017, XII Legislatura, núm. 187, págs. 1-7 y BO de las Cortes Generales (Senado) de 16 de noviembre de 2017, XII Legislatura, núm. 175, págs. 3 y 4).

Sector Pesquero y Acuícola, 2015-2020 es precisamente la adaptación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación.

En último término, la opción legislativa sobre si procede o no la aplicación de coeficientes reductores a la edad de jubilación de las rederas se apoya en un juicio de valor que requiere ponderar la penosidad del oficio tanto por sí mismo, como en comparación con otros que sí disfrutaban de este beneficio.

En la actualidad diversos estudios epidemiológicos de salud laboral acreditan el impacto negativo de las condiciones de la actividad sobre la salud de las rederas¹²⁹. La ejecución del trabajo a la intemperie o en locales inadecuados y con un insuficiente o nulo diseño preventivo deriva en numerosos trastornos músculo-esqueléticos que a medio y largo plazo producen un deterioro muy significativo de su calidad de vida. Aunque los rederos también están excluidos de la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación, algunos podrán acceder a ellos si realizan sus labores a bordo del buque de pesca o compaginan el trabajo de redero con el de marinero; y, en todo caso, tratándose de trabajadores asalariados, es de esperar que el cumplimiento por parte de su empleador de la normativa de prevención de riesgos laborales garantice mejores condiciones de trabajo y atenúe la penosidad de su actividad.

El deterioro de la salud de las rederas tras años de ejercicio de la profesión se evidencia en una elevada litigiosidad relativa al reconocimiento de la situación de incapacidad permanente, que en numerosas ocasiones va más allá de la instancia, llegando a suplicación. El perfil de la demandante es el de una redera por cuenta propia con una larga trayectoria profesional y

de edad avanzada con quebrantos de salud causados por trastornos músculo-esqueléticos compatibles con el ejercicio prolongado de la profesión, aunque curiosamente no se suele discutir el origen común de la contingencia, debido a las dificultades ya indicadas respecto de su calificación como contingencias profesionales.

La mayoría de los pronunciamientos judiciales dictados en este tipo de litigios confirman las resoluciones negativas del ISM respecto al acceso a la situación de incapacidad permanente, por entender que la capacidad profesional de las trabajadoras no se encuentra anulada por su estado de salud. Hay que tener en cuenta que al trabajo autónomo del RETM –como al del RETA– no se le aplica el grado de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, que en el Régimen General de la Seguridad Social da cobertura a los casos en que la incapacidad representa una disminución no inferior al 33 por 100 en el rendimiento normal, siempre que no impida la realización de las tareas fundamentales de la profesión habitual¹³⁰. Por lo tanto, la protección por incapacidad permanente de las rederas solo se despliega cuando la incapacidad es total o absoluta, quedando sin esta cobertura social los supuestos menos graves. Ello no impide que los hechos probados de tales sentencias dejen constancia del significativo deterioro de la salud de las rederas, así como de las penosas condiciones en las que deben seguir trabajando, hasta alcanzar la edad de jubilación¹³¹.

¹³⁰ Artículo 29.1 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. En cuanto a la no aplicación de este grado de incapacidad al RETA, véase la STS de 29 de marzo de 2016, rcud. 3756/2014. Por último, la incapacidad permanente parcial para el RGSS se encuentra regulada en la Disposición Transitoria 26ª LGSS. La prestación económica que le corresponde consiste en una indemnización a tanto alzado, tal y como dispone el artículo 196.1 LGSS.

¹³¹ Subraya expresamente esta circunstancia la STSJ de Asturias de 27 de mayo de 2011, rec. 879/2011. Véanse además las SSTSJ de Galicia de 22 de enero de 2010, rec. 3535/2009; de 12 de marzo de 2010, rec. 4859/2009; de 19 de julio de 2016, rec. 4645/2015; de 29 de octubre de 2010, rec. 3370/2010; de 17 de noviembre de 2011, rec. 4074/2010; de 10 de octubre de 2016, rec. 781/2016; de 23 de octubre de 2015, rec. 1754/2014 y de 16 de noviembre de 2015, rec. 2923/2014.

¹²⁹ Entre otros, LORENZO ESPESO, N., GIL FERNÁNDEZ, M. y SANTIAGO PÉREZ, M. I., «Estudio de salud laboral en las rederas de Galicia», *cit.*; ISSGA, *Guía de buenas prácticas. Salud laboral: rederas*, *cit.*; y MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Rederas: un oficio desconocido*, *cit.*, 57, 71, 72; en este último se solicita expresamente la inclusión de estas trabajadoras entre los beneficiarios de coeficientes reductores de la edad de jubilación (pág. 74).

Frente a la mayoría de pronunciamientos desestimatorios, algunos sí reconocen la incapacidad permanente, pero en su grado de total para la profesión habitual, siendo excepcionales los supuestos en que las rederas acceden a la incapacidad permanente absoluta, lo cual es a su vez objeto de controversia judicial¹³².

Todo ello refleja que existe una morbilidad significativa asociada al ejercicio prolongado de la profesión en condiciones precarias y que esta situación no encuentra una respuesta adecuada en el ordenamiento de Seguridad Social. La prestación de incapacidad permanente no tiene por finalidad atender a un desgaste de las condiciones de salud causado por la penosidad del trabajo, ni prevenir futuros daños. Sin embargo, la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación podría aliviar la situación de las rederas en el último tramo de su vida profesional y evitar que la penosidad del trabajo termine menoscabando su salud de forma irreversible.

Si se analiza la normativa sobre coeficientes reductores de la edad de jubilación en el RETM con perspectiva de género resulta que *todas* las actividades masculinizadas del sector pesquero se benefician de dichos coeficientes, y *ninguna* de las dos actividades feminizadas –reparación de redes de pesca y empacado de pescado– tiene acceso a ellos¹³³. Se trata por tanto de una normativa aparentemente neutra, ya que no incorpora consideraciones sobre el sexo de los trabajadores, que sin embargo causa un impacto adverso sobre un colectivo históricamente discriminado, tanto en el empleo en general como en el trabajo en la pesca en particular. En consecuencia, el artículo 1 del Real Decreto

1311/2007 puede estar incurriendo en una discriminación indirecta por razón de sexo. Ahora bien, para que efectivamente pueda apreciarse tal discriminación, esta configuración jurídica no ha de responder a un criterio de objetividad, necesidad e idoneidad no relacionado con el sexo de las personas, por lo que es preciso traer de nuevo a colación el grado de penosidad del trabajo de las rederas.

El juicio de valor sobre la penosidad, peligrosidad e insalubridad de los oficios pesqueros en el que se basa la actual delimitación del ámbito de aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación no es objetivo, pues está viciado por los mismos perjuicios de género que han infravalorado e invisibilizado el trabajo de la mujer en la pesca durante siglos. En efecto, el perfil de las actividades que se benefician de los coeficientes reductores, así como el índice de reducción asignado a cada una de ellas, confirman que para el legislador la peligrosidad, penosidad e insalubridad se identifica con el trabajo desempeñado a bordo de las embarcaciones pesqueras, sujeto al riesgo de accidente en sentido estricto, que requiere empleo de la fuerza física y/o que consiste en actividades extractivas. Sin embargo, una adecuada valoración de la penosidad e insalubridad del trabajo de rederas y neskatillas exige desechar prejuicios de género y apreciar la correcta magnitud de los efectos negativos que a medio y largo plazo pueden derivarse de sus muy precarias condiciones de trabajo, entre ellos, en particular, el acusado deterioro de la calidad de vida que provocan los trastornos músculo-esqueléticos.

¹³² SSTSJ de Galicia de 16 de febrero de 2018, rec. 4600/2017; de 15 de diciembre de 2015, rec. 655/2013; de 29 de enero de 2010, rec. 3928/2009; de 24 de abril de 2017, rec. 4738/2016; y de 21 de mayo de 2010, rec. 831/2010.

¹³³ En el caso del marisqueo, hay que recordar que en su conjunto la participación masculina es alta, en especial en el marisqueo a flote, si bien la modalidad de marisqueo a pie registra mayor número de trabajadoras que de trabajadores. Véase MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Diagnóstico sobre la situación profesional de las mujeres en el oficio del marisqueo en España* (2016) 9.

RESUMEN

La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo es un principio esencial del Derecho social europeo y del Derecho español, pero su desarrollo no ha sido equivalente en todos los sectores de actividad. La pesca sigue siendo un sector fuertemente masculinizado, en el que se aprecia una segregación ocupacional horizontal que veda el acceso de la mujer a ciertos puestos de trabajo, confinándola masivamente en otros, y una segregación ocupacional vertical, en virtud de la cual apenas hay representación femenina en los puestos de dirección o en los puestos donde se toman decisiones relevantes para el sector.

El presente artículo tiene por finalidad analizar algunos de los obstáculos que impiden la igualdad entre mujeres y hombres en la pesca desde el punto de vista de su regulación jurídica. Se trata así de verificar qué papel desarrolla el ordenamiento: si opera como una superestructura que contribuye a consolidar la situación de desigualdad o si, por el contrario, fomenta la plena integración de la mujer en el empleo de manera acorde con los principios y derechos constitucionales.

La precisión que requiere este tipo de análisis ha obligado a delimitar el objeto de estudio, y por ello se ha seleccionado uno de los colectivos feminizados de este sector, que es el de las personas que realizan los trabajos de reparación de las redes de pesca.

Desde una perspectiva metodológica, se han combinado dos métodos de análisis. Por un lado, para conocer en profundidad la situación profesional de las mujeres que trabajan en la pesca y, en particular, la de las rederas, se ha procedido al manejo de estudios sociológicos, informes de organizaciones internacionales como la FAO o la Unión Europea, documentación elaborada por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación sobre el empleo en el sector pesquero, y numerosas estadísticas oficiales sobre empleo, afiliación y prestaciones sociales referidas a la pesca y desagregadas por sexos. Por otro lado, se ha llevado a cabo un análisis jurídico de la legislación y la jurisprudencia aplicable.

Los principales resultados del estudio son los siguientes. La segregación ocupacional que se produce en la pesca es fruto de estereotipos de género y de una división sexual del trabajo que atribuye a los hombres el trabajo a bordo de los buques, permitiendo únicamente a las mujeres el desarrollo de labores en tierra firme. Los trabajos desempeñados por las mujeres en tierra son minusvalorados e inicialmente forman parte de la economía familiar. Por eso, cuando van incorporándose al mercado del empleo, adoptan la forma del trabajo autónomo o por cuenta propia. Pero esta circunstancia va a ser el punto de partida de numerosas desigualdades e inequidades entre las mujeres y los hombres que trabajan en la pesca, y de manera particular, de quienes se dedican a la reparación de las redes de pesca, pues mientras las mujeres suelen prestar sus servicios de manera autónoma, los hombres suelen hacerlo por cuenta ajena.

Esas debilidades sitúan el empleo de las rederas en el contexto del trabajo precario. La incorporación del trabajo decente al objetivo octavo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas obliga a usar las directrices de la OIT sobre el Trabajo Decente como parámetro para calibrar la precariedad del trabajo de las rederas. En particular, se han examinado cuatro aspectos que muestran la especial vulnerabilidad de este tipo de empleo.

En primer lugar, la escasez de los beneficios económicos. Uno de los costes principales de esta actividad es el pago de las cotizaciones sociales, pero las bonificaciones del capítulo II de la LETA para impulsar el trabajo autónomo femenino no son aplicables a las rederas, ni a la mayoría de las trabajadoras del sector pesquero, sin que haya una justificación razonable para esta exclusión. Además, las rederas tienen mayores dificultades que otros trabajadores de la pesca para acceder a prestaciones sociales o ayudas públicas durante los periodos de paro temporal propios de la actividad pesquera.

En segundo lugar, la escasa formación de las rederas supone un obstáculo para su ejercicio profesional. Aunque existen certificados de profesionalidad relativos a este oficio, esta formación profesional no siempre se ofrece de forma efectiva.

En tercer lugar, las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de las rederas son muy deficientes, en particular por lo que se refiere a los locales de trabajo y a la ergonomía. Afortunadamente, los organismos especializados en seguridad y salud laboral de algunas Comunidades Autónomas han elaborado valiosas guías para identificar los riesgos presentes y evitarlos, pero es necesario que los poderes públicos sigan velando para que las rederas tengan acceso a las herramientas necesarias para proteger su salud profesional.

En cuarto lugar, se han puesto de manifiesto importantes problemas relativos a la protección del sistema de Seguridad Social. Por un lado, aunque la incidencia de los trastornos musculoesqueléticos es muy alta, estos casi nunca son reconocidos como contingencias profesionales, pues estas actividades no figuran en el listado legal de enfermedades profesionales. En consecuencia, las rederas se encuentran con la exigencia de probar que su trabajo comporta riesgos para la salud análogos a los de otras actividades incluidas en el listado. Puesto que esto sucede con muchas otras profesiones feminizadas, la norma podría estar incurriendo en una discriminación indirecta por razón de sexo. Por último, también se aprecian inequidades respecto de la pensión de jubilación de las rederas. No se trata solo de que la cuantía de la pensión de las mujeres sea más baja que la de los varones en este sector de actividad, sino que, además, las rederas no tienen acceso a los coeficientes reductores de la edad de jubilación que se aplican a casi todas las profesiones de la pesca. Una vez más, la norma incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo.

En definitiva, el trabajo muestra que los estereotipos de género actúan en contra de la integración de la mujer en condiciones de igualdad en el empleo en la pesca, pero la normativa aplicable no equilibra la balanza, pues, o bien adopta una posición neutral que permite el libre juego de los estereotipos, o bien los asume de forma inadvertida, provocando discriminaciones indirectas por razón de sexo. Por consiguiente, es urgente modificar la normativa, evitando todo tipo de discriminación, dignificando la prestación de servicios en los colectivos feminizados y fomentando el empleo femenino y el asociacionismo de las mujeres de la pesca. En resumen, es preciso allanar los obstáculos para que la sociedad perciba que el trabajo en la pesca es una salida profesional igualmente viable para ambos sexos y se produzca un paulatino acceso de la mujer a los oficios masculinizados.

Palabras clave: Segregación; género; pesca; rederas; discriminación.

ABSTRACT

Equality of opportunities between women and men on the labour market is an essential principle of European social law and Spanish law, but its development has not been equivalent in all sectors of activity. Fishing continues to be a strongly masculinised sector, in which there is a horizontal occupational segregation that blocks women's access to certain jobs, confining them massively in others, and vertical occupational segregation, under which there is hardly any representation women in management positions or in positions where relevant decisions are made for the sector.

The purpose of this article is to analyse some of the obstacles that prevent equality between women and men in fisheries from the point of view of their legal regulation. It is thus a question of verifying the role of the legal system: whether it operates as a superstructure that contributes to the consolidation of the situation of inequality or, on the contrary, promotes the full integration of women in employment in fishing in a manner consistent with the principles and constitutional rights.

The precision required by this type of analysis has forced to delimit the object of study, and for that reason, one of the feminized collectives of this sector has been selected, which is that of the people who carry out the repair work of the fishing nets.

From a methodological perspective, two methods of analysis have been combined. On the one hand, in order to know in depth the professional situation of women working in fisheries and, in particular, of women who repair fishing nets, we have proceeded to the management of sociological studies, reports from international organizations such as the FAO or the European Union, documentation prepared by the Ministry of Agriculture, Fisheries and Food on employment in the fishing sector, and numerous official statistics on employment, affiliation and social benefits related to fisheries and disaggregated by sex. On the other hand, a legal analysis of the applicable legislation and jurisprudence has been carried out.

The main results of the study are the following. The occupational segregation that occurs in fisheries is the result of gender stereotypes and a sexual division of labor that attributes to men the work on board fishing vessels, only allowing women to work on land. The jobs performed by women on land are undervalued and initially part of the family economy. That is why, when they join the employment market, they adopt the form of self-employment. But this circumstance will be the starting point for many inequalities between women and men working in fisheries, and in particular, women and men who are engaged in the repair of fishing nets, because while women usually are self-employed workers, men usually are employee.

These weaknesses place women who repair fishing nets in the context of precarious work. The incorporation of decent work into the eighth objective of the Sustainable Development Goals of the UN 2030 Agenda makes it necessary to use the ILO guidelines on Decent Work as a parameter to gauge the precariousness of the work of the workers. In particular, four aspects that show the special vulnerability of this type of employment have been examined.

First, the shortage of economic benefits. One of the main costs of the activity of women who repair fishing nets is the payment of social contributions. The study has found that the bonuses of chapter II of the LETA to boost female self-employment are not applicable to most workers in the fishing sector, without there being a reasonable justification for this exclusion. In addition, it has also been observed that women who repair fishing nets have greater difficulties than other fishing workers in accessing social benefits or public aids during periods of inactivity typical of fishing activity.

Second, the scarce training of women who repair fishing nets is an obstacle to their professional practice. Although there are Certificates of Professional Standards related to this trade, this professional training is not always offered effectively.

Thirdly, the safety and health conditions at work of women who repair fishing nets are very poor, particularly with regard to workplaces and ergonomics. Fortunately, the specialized health and safety agencies of some autonomous communities have developed valuable guides to identify the risks present and avoid them, but it is necessary that the public authorities continue to ensure that these workers have access to the necessary tools to protect their professional health.

Fourth, there are important problems regarding the protection provided by the Social Security system. On the one hand, although the incidence of musculoskeletal disorders is very high, these are almost never recognized as professional contingencies, since these activities are not included in the legal list of occupational diseases. Consequently, women who repair fishing nets are required to prove that their work involves health risks analogous to those of other activities included in the list. Since this happens with many other feminized professions, the norm could be incurring in indirect discrimination based on sex. Finally, there are also inequities regarding the retirement pension of these workers. It is not only that the amount of the women's pension is lower than that of men in this sector of activity, but also that women who repair fishing nets do not have access to the reduction of the retirement age which applies to almost all fishing professions. Once again, the rule incurs indirect discrimination based on sex.

In short, this paper shows that gender stereotypes prevent access to employment under conditions of equality in fisheries, and that legal regulations do not rebalance the situation. Indeed, the norms sometimes adopt a neutral position that allows the free play of stereotypes, and at other times they assume them inadvertently, provoking indirect discriminations based on sex. Therefore, it is urgent to amend the legislation, avoiding all types of discrimination, dignifying the provision of services in feminized groups and promoting women's employment and the association of women in fisheries. In summary, it is necessary to remove the barriers so that society perceives that fishing work is an equally viable professional opportunity for both sexes and that there is a gradual access of women to traditionally masculinized trades.

Keywords: Segregation; gender; fisheries; fisherwomen; discrimination.

Violencia de género y pensión de viudedad de la Seguridad Social en España. La perspectiva de género, y el género en perspectiva para la consecución de la justicia material y avanzar en igualdad

Gendered violence and the Spanish Social Security widow's pension. A gender-based perspective and gender in perspective to achieve material justice and progress towards equality

MARÍA PILAR MARCO FRANCIA*
JUAN CARLOS GONZÁLEZ SORIA**

1. INTRODUCCIÓN. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

1.1. Definición de Violencia de Género

El fenómeno de la violencia de género tiene múltiples facetas, que han de ser abordadas desde los diferentes focos que su esencia incluye. En Derecho tendemos a agrupar los estudios desde las distintas áreas de conocimiento, sin embargo no debemos olvidar que la realidad social sobrepasa con mucho la esencia de una única disciplina, por lo que es necesario ampliar la mirada para abarcar los fenómenos sociales en su conjunto, y sin duda, para posteriormente acotar y dirigir una respuesta al problema lo más fo-

calizada posible, pero sin perder de vista la perspectiva global, con el único propósito de solucionarlo, o cuando menos, de atemperar sus consecuencias negativas. Parafraseando las brillantes palabras de Añón Roig (2016, pág. 3) «La violencia sobre las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y es expresión de la ruptura del derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral, la igualdad, la seguridad, la libertad, la autonomía y el respeto de sí misma. Como proceso tiene un carácter estructural social y político; es un fenómeno social de múltiples y diversas dimensiones forjado por un sistema sexo-género patriarcal que da lugar a la subordinación estructural de las mujeres».

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 85ª sesión plenaria celebrada el 20 de diciembre de 1993, dio lugar a la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en cuyo artículo 1 define la violencia contra la mujer, es decir la violencia de género la que

* Doctora en Derecho. Abogada. Profesora de Derecho penal Universidad de Castilla-La Mancha.

** Funcionario Tesorería de la Seguridad Social. Licenciado en Derecho.

se realiza sobre una mujer por el hecho de ser mujer, como: «todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada», y en ese ámbito debemos incluir, tal y como hace la Declaración en su artículo 2, la violencia sexual¹.

Por su parte, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo², de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo establecía el concepto de violencia de género como: (17) «La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género. Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los

denominados «delitos relacionados con el honor». Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia».

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011, conocido como el Convenio de Estambul, establece tres compromisos a seguir respecto a la lucha de la violencia contra las mujeres en el marco de políticas integrales, que serán la prevención, protección y enjuiciamiento (Ushakova, 2013, pág. 16). Por su parte, el Convenio de Estambul define en su artículo 3 la violencia contra las mujeres como: «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada». También define la «violencia contra las mujeres por razones de género» y se entenderá que lo constituye: «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

1.2. Algunas cifras sobre el fenómeno de la violencia de género en España

En lo que se refiere a las denuncias realizadas por mujeres respecto a los tipos penales que afectan a la violencia de género, encontramos que en la serie publicada por el Instituto de la Mujer, en 2017 (último año publicado) ha habido un incremento en el número de denuncias por estos hechos, concretamente de 166.260 denuncias, lo que implica que en 2017 hubo un incremento de 23367 denuncias con respecto a 2016. Cuestión que nos hace pensar en el tamaño de este fenómeno, por mucho que los actuales movimientos políticos de

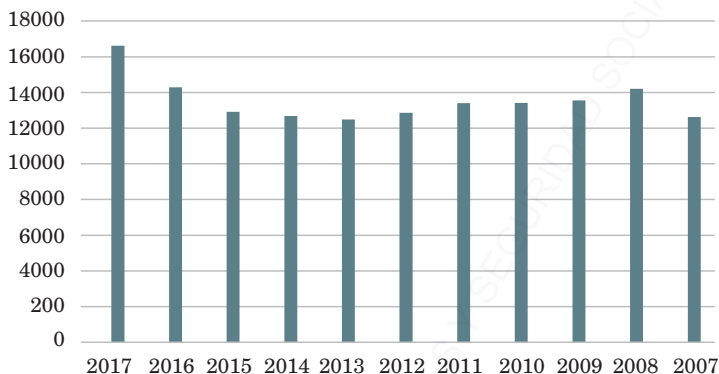
¹ En lo que respecta a la violencia sexual, la Organización Mundial de la Salud (2003, pág. 161) la define como: «todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo».

² Con respecto al análisis de la Directiva y su alcance con respecto al Estatuto de la Víctima es muy interesante la aportación de BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., «La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la unión europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, Madrid, septiembre/diciembre 2013, págs. 897-934.

extrema derecha, y su respaldo social, intenten restarle importancia y hacerle luz de gas al fenómeno, siempre bajo el potente foco de defensa del patriarcado que busca su perpetuación, alegando espurias cuestiones de falta

de igualdad para el hombre, o de denuncias falsas (prácticamente inexistentes) por parte de las mujeres para conseguir prestaciones o un mejor tratamiento de una disputa judicial familiar.

FIG. 1. DENUNCIAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA DESDE 2007 A 2017



Fuente: Instituto de la Mujer España.

Respecto a las órdenes de protección solicitadas en el año 2016, último año disponible según la estadística proporcionada por el Instituto de la Mujer, estas fueron 37.956 (con respecto a las denuncias de ese año: 142.893) de las cuales fueron concedidas en un 64,20% de los casos, es decir, en 24.367 ocasiones. Tenemos que hacer constar que las órdenes de protección pueden contener, o no, medidas civiles, y penales. Las medidas penales generalmente consisten en prohibiciones de comunicación o aproximación a la víctima y se conceden de manera restrictiva, como medida limitadora de la libertad deambulatoria que son, en casos en que la mujer manifiesta temor a su victimario, y ese riesgo es objetivado por el órgano jurisdiccional a través de la prueba obrante en autos. Como vemos, no existe un abuso de la solicitud de la misma, apenas se solicita en un 26,56% de los casos y se concede en un 17% de los mismos (a la vista de los datos del año 2016).

En lo que respecta a la forma más extrema de violencia de género, los datos de feminicidio u homicidio de mujeres, según las estadísticas del Instituto de la Mujer en lo que llevamos de

2019, concretamente a 4 de febrero de 2019, han sido asesinadas a manos de sus parejas o exparejas 7 mujeres. En lo que respecta a datos del año 2018 fueron 47 las mujeres asesinadas, 30 de ellas mantenían una relación de pareja con su victimario en el momento del óbito y 17 habían roto su relación. En el año 2017 fueron asesinadas por sus parejas o exparejas 51 mujeres, del total de las 118 mujeres que fueron víctimas de homicidio en España, según estima el Instituto Nacional de Estadística, lo que supone que en un 43,22% de los feminicidios en nuestro país es la pareja o expareja quien mata a su mujer³.

³ Los datos del Instituto Nacional de Estadística utilizados incluyen todas las víctimas mujeres de homicidio o agresión existentes en España en el año 2017 de cualquier edad. En el año 2018 a fecha de 12 de febrero de 2019 todavía no existen datos del INE del número total de mujeres víctimas de delito de homicidio o asesinato en España en el año 2018. Estas estadísticas están incluidas en la «Estadística de defunciones por causa de muerte» en: www.ine.es. Respecto al feminicidio en España, vide: MARCO FRANCIA, M. P., «Ni una menos», Diario La Ley, nº 9182, de 20 de abril 2018, nº 9182, 20 de abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer. El Pacto de Estado contra la Violencia de Género en su medida 245 establece como medida la homogeneización de las estadísticas sobre víctimas. Los diferentes

Sin embargo, entendemos que en la cuestión del tratamiento estadístico del feminicidio, se debería ir más allá de la consideración de si el asesinato se produce en el seno de la pareja, porque estamos reduciendo la violencia de género al ámbito doméstico y puede darse más allá de los límites de la pareja. Como acertadamente indica GARCÍA TESTAL (2018, pág. 3) el concepto de violencia de género que recoge nuestro Código Penal va unido a la interacción de violencia fruto del patriarcado, pero en el ámbito de una relación marital, o análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, incluyendo relaciones de noviazgo que tengan cierta estabilidad, estabilidad que no ampara a relaciones esporádicas de tipo sexual, bastando que ambos digan no ser pareja o novios para que nos encontremos, dependiendo de la gravedad de la lesión, de la coacción o de la amenaza, ante un delito leve.

En esas ocasiones, al no estar legislado como constitutivo de violencia de género, podríamos acudir a la agravante de razones de género incluida en la modificación del Código Penal por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, concretamente en el artículo 22.4^a, que sí incluye la esencia del concepto de violencia de género al que hemos aludido al comienzo de este trabajo, ya que, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia 565/2018 de 19 de noviembre de 2018⁴ –en la que se dirime

Ministerios trabajan con conceptos diferentes: jurídico-penales y sociológicos que son manifiestamente heterogéneos y de difícil compatibilidad, por lo que la intención es establecer una base de datos común con unidad de criterios. Sin embargo, entendemos que el problema es eminentemente conceptual, la violencia de género en España se entiende como violencia en el ámbito de las relaciones de pareja o de expareja, cuando debería ir más allá, y a la vista de las políticas de igualdad, y de lucha contra la violencia de género se debería hacer un *impasse* marcadamente evaluativo de la política criminal y social existente para realizar una programación ajustada a las necesidades sociales, demandadas o no.

⁴ En la Sentencia 565/2018, de 19 de noviembre de 2018, el Tribunal Supremo realiza una interpretación de la expresión «razones de género» que tan sucintamente indica el artículo 22.4 del Código Penal, y la integra en las definiciones y marco regulatorio contenido en el Convenio de Estambul, recoge la Sentencia (FD 7^o): «Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4^o reside en el ma-

la compatibilidad de aplicar conjuntamente la agravante de razones de género con la agravante de parentesco, e indica que ambas se pueden aplicar conjuntamente, no se produce una vulneración del principio *ne bis in idem*, por atender cada una a fundamentos distintos– esta agravante de razones de género debe aplicarse en todos los casos en que se actúe contra la mujer por el mero hecho de serlo, aunque entre el autor del delito y la víctima no exista ningún tipo de relación e indicando que en esta agravante concurre un fundamento subjetivo, que es la concurrencia en el autor del delito, de un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo.

Por su parte, el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 677/18, de 20 de diciembre ha dado un paso importante a la hora de configurar el delito de lesiones del artículo 153.1 del Código Penal, que entendemos como violencia de género, tras analizar el tipo legal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la del Tribunal Constitucional, mantiene que, en ningún caso se ha exigido como elemento del tipo del art. 153.1 CP ese elemento subjetivo del injusto específico de dominación, pero ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco, –que era el supuesto que se enjuiciaba, tas dos sentencias absolutorias en una pareja que se había agredido de forma mutua y no había denunciado– «cuando se trata de un acometimiento mutuo se exige el ánimo de dominación para poder fundamentar una condena por el art. 153.1 CP cuando el sujeto activo sea un hombre, y para el apartado 2^o del mismo precepto cuando en esa misma agresión, y con reciprocidad, el su-

yor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género».

jeto pasivo sea una mujer. Y ello, con el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del apartado 1º del art. 153 CP». Continúa diciendo la Sentencia: «Pero hay que destacar que, pudiendo haberlo hecho, en ninguno de los dos apartados el legislador quiso adicionar un componente subjetivo de elemento intencional en la comisión del delito, como sí que lo ha hecho, sin embargo, en otros tipos penales en los que en la conducta típica sí que describe un elemento subjetivo que deberá ser probado. Además, ello deberá inferirse en la prueba practicada en el plenario, habida cuenta las dificultades para acreditar la intención a la que se puede llegar desde la inferencia o deducción en la ejecución del hecho, por las dificultades probatorias de «fotografiar» la intención del sujeto activo del delito. Con ello, si el legislador hubiera querido incluir en las conductas del art. 153 CP un determinado «animus» en el tipo penal lo hubiera hecho. Pero no lo hizo, por lo que su exigencia probatoria queda fuera del tipo penal». Por tanto, en los supuestos de aplicación del tipo del artículo 153.1 del Código Penal, la Sentencia realiza una aplicación «automática» del tipo, que habida cuenta de la no exigencia del ánimo de dominación o machismo en ese precepto, en el momento de que concurra la agresión del hombre hacia la mujer, eso bastará para integrar la tipicidad. Finaliza diciendo el Tribunal, que si bien no existe una presunción de dominación *iuris et de iure*, al no ser un elemento del tipo penal del art. 153 CP., sin poder tener en cuenta el trasfondo sociológico del hecho. Siendo por tanto aplicable el artículo 153.1 del Código Penal «incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato, igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo». La Sentencia revoca la sentencia absolutoria y condena a la pena mínima por el 153.1 C.P. al marido y a

la pena mínima por el artículo 153.2 C.P. a la mujer⁵.

1.3. Más allá de la violencia: datos sobre la brecha de igualdad

La posición de la mujer, desde el punto de vista de la igualdad formal ante la ley con el hombre, está garantizada por el artículo 14 de la Constitución Española. Ahora bien, todos los autores coinciden en que el paso a la igualdad material real, no es, ni va a ser tan rápido. La realidad social y laboral, entendiendo como el acceso y desempeño al derecho del trabajo remunerado, ya sea por cuenta ajena o propia, el mayor punto de inflexión en la vida de una mujer en pro de dicha igualdad efectiva.

El trabajo democratiza el acceso a bienes y servicios, a la independencia económica de la mujer, y a la consecución de la igualdad material entre ambos sexos. No debemos olvidar que en pleno siglo XXI, existe un techo de cristal, transparente pero potente, y todavía son muchas las mujeres que se dedican en exclusiva al cuidado de sus familias, a las tareas domésticas... En muchas ocasiones debido a que la brecha de género existente en el mercado laboral a nivel general, son las mujeres las que sacrifican un empleo, generalmente peor remunerado que el de su pareja, o pasan a desempeñar su trabajo en jornada reducida para poder compatibilizar el trabajo y el cuidado a su familia.

El *World Economic Forum* publicó en diciembre de 2018, el Informe Global sobre la Brecha de Género donde España aparece, en

⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo 677/18, de 20 de diciembre tuvo un voto particular formulado por Magistrado Colmenero, al que se adhirieron los Magistrados Berdugo Gómez de la Torre, Jorge Barreiro y la Magistrada Lamela Díaz en la que huyen de automatismos y continúan en la línea de, entre otras sentencias, la STS nº 1177/2009, de 24 de noviembre, entendiendo que, además de la lesión leve, el artículo 153.1 C.P. exige que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre.

el cómputo global, en el puesto 29 en la brecha de género mundial (World Economic Forum, 2018). Este informe se divide en ocho regiones geográficas, y señala que se ha conseguido a nivel mundial un 60% de media en paridad de materia de género, y dos regiones mundiales han superado el 70%. Europa occidental tiene 75,8%, y tiene la media más alta de paridad en materia de género. España está un poco por debajo de esa media europea alcanzando un 74,6%.

Las proyecciones de cierre de la brecha del género que realiza el *World Economic Forum*, de mantenerse en la progresión actual, es que la brecha de género se cerrará dentro de 61 años en Europa occidental, de 70 años en el sur de Asia, de 74 años en Latinoamérica y el Caribe, dentro de 135 años en el África Subsahariana, y de 124 años en Europa del Este.

En lo que respecta al ranquin europeo España está en el puesto número 12, detrás de Islandia, Noruega, Suecia, Finlandia, Irlanda, Francia, Dinamarca, Alemania, Reino Unido, Suiza, Países Bajos y supera a países como Bélgica, Portugal, Austria, Luxemburgo, Italia, Grecia, Malta y Chipre (*World Economic Forum*, 2018, pág. 10)⁶. En lo que se refiere a los datos sobre España respecto a la participación en el trabajo, hay que destacar que el número de jóvenes que ni estudian ni trabajan es inferior en el caso de las mujeres 14.9, respecto al de los hombres 16.4; los adultos desempleados mujeres son un 21.4, mientras que

⁶ Al observar los datos del informe respecto a España, observamos que se ha incrementado la brecha de género al comparar los datos del informe de 2006 con el reciente informe de 2018. En el informe de 2018 España, como ya hemos visto, ocupa el puesto global número 29 de brecha de género, mientras que en 2006 ocupaba el puesto once. De igual forma, ha descendido en educación, pasando del puesto 38 al 47, en salud y supervivencia pasando del 71 al 93 y en empoderamiento político, pasando el puesto número 5 al 23. Únicamente se ha mejorado en lo referente a participación económica pasando de puesto 85 al 80. Por tanto, todavía resta mucho trabajo que realizar, y es necesaria la implicación de toda la sociedad y principalmente de las administraciones públicas, para mejorar la brecha de género hasta conseguir su cierre total.

los hombres son 18.1, el número de mujeres en búsqueda de empleo decepcionadas casi triplica al de los hombres, siendo de 71.2 frente a un 28.8 de hombres; en el caso del tiempo parcial la mujer obtiene 32.6 puntos, duplicando los valores de los hombres (16.1). Respecto a la cifra de trabajo por minutos y las mujeres estamos hablando de 503.9 minutos al día de media, mientras que en el caso de los hombres son 487.8 minutos al día.

Coincidimos con Alonso García (2019) en que las políticas igualitarias repercuten en una mejora de la economía, lo que propicia el aumento de los intercambios y el comercio de bienes y servicios, apostar por la igualdad de género conlleva un incremento de la competitividad del país, como en el caso de Noruega, que al apostar por la igualdad y el empleo femenino ha obtenido una mayor calidad de vida de sus ciudadanos, una mayor renta per cápita, que seguro ha redundado en mejoras sociales en pro de una mayor igualdad y justicia.

2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN DERECHO PENAL Y EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La perspectiva de género es una cuestión primordial a la hora de realizar la necesaria adecuación de cualquier abordaje educativo, pasando de la educación en general a disciplinas tan diferentes como la Arquitectura o el Derecho, y en concreto del Derecho Penal, Derecho Laboral o del Derecho de la Seguridad Social. Todo fenómeno social, es susceptible de ser acotado desde la perspectiva de género, y es esta perspectiva la que nos puede llevar hacia la implementación de políticas sociales, culturales y jurídicas de tipo transversal, indispensables para que nuestra función como miembros de la sociedad coadyuve a potenciar el valor superior del ordenamiento jurídico de la igualdad, sin olvidar el de la Justicia. Además, hay que señalar que el derecho a la igualdad, y especialmente la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres,

es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico (artículo 4 L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres). Para Gil Ruiz (2018), la consecuencia directa de este artículo es la asunción de la transversalidad en España como un fin a alcanzar por todas las normas del ordenamiento jurídico.

Como veremos en el punto tercero de este trabajo, siguiendo a García Testal (2018, pág. 142): «la exigencia de los requisitos objetivos señalados por el Tribunal Supremo, debe acompañarse de la imprescindible dimensión de género para la resolución de las cuestiones litigiosas, según la cual en los casos en que se involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos por razón de género, debe aplicarse en la impartición de justicia una metodología de análisis que integre la perspectiva de género».

Respecto a la perspectiva de género, el ECOSOC en 1997 (Naciones Unidas, 2018) la definía como: «El proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros».

El artículo 9.2 de la Constitución Española establece la obligación para los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En ese aspecto, la perspectiva de género coadyuva a la promo-

ción de la igualdad de los individuos, máxime si se trata de individuos violentados y que han padecido desequilibrios vitales estructurales, frutos de la estructura social imperante, como en el supuesto de las mujeres víctimas de violencia de género. En este aspecto, *la perspectiva de género a la hora de legislar, pero también a la hora de presentar las demandas por parte de los abogados y la imprescindible implicación de jueces y tribunales al juzgar con perspectiva de género y proporcionando una solución en un conflicto judicializado donde se eliminen desigualdades jurídicas y sus reflejos en la realidad social, entre las personas. Igualmente, la perspectiva de género es de obligada implementación en los estudios de Derecho para evitar visiones sesgadas de la realidad (Marrades Puig, 2018) ya que los estudiantes de Derecho son los juristas del mañana que pueden actuar, y conseguir el objetivo último de igualdad material.*

La Seguridad Social tiene un papel muy importante que jugar en la promoción de la igualdad, las desigualdades en el ciclo vital de las mujeres actúan como una rémora en el desarrollo de la sociedad y en la consecución de la igualdad, por lo que la actuación inclusiva de la Seguridad Social redundará en una sociedad más justa y más igual.

3. PENSIÓN DE VIUDEDAD Y VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1. Introducción

Dentro de los sistemas de Seguridad Social modernos, y tras la innegable preponderancia que, en lo referente a prestaciones proporcionadas por cualquiera de ellos, tiene la pensión de jubilación, seguramente la siguiente en importancia (sin desmerecer a otras como la incapacidad o invalidez), lo ocupan las prestaciones denominadas de muerte y supervivencia, entre las cuales como más importantes, encontramos las pensiones de viudedad y orfandad.

La pensión de viudedad surge como consecuencia de la necesidad de proteger una determinada situación, ante el fallecimiento del cónyuge (cuando se creó, generalmente masculino) que generaba en la familia un quebranto económico, al ser este el proveedor, a través de su trabajo, del salario que permitía a la familia subsistir hasta la percepción del siguiente salario.

A lo largo de las diversas épocas, aunque podía haber excepciones, en los diversos contextos social y económico el rol económico del mantenimiento de la familia lo asumía el hombre, y la mujer se encargaba de las tareas domésticas, cuidado de los hijos y otros familiares, tanto los propios como del esposo, componiendo todos ellos el núcleo familiar.

La situación ha cambiado considerablemente en estos momentos, las sociedades han evolucionado, y hoy en día ya no podemos hablar de un modelo de familia, sino de modelos de familia. Ante esos cambios de modelo de familia, tanto cuantitativos como cualitativos, y la imparable, e inevitable, incorporación de la mujer a la vida laboral, esto conlleva que tanto hombres como mujeres pueden ser beneficiarios de la prestación de viudedad. Por lo tanto, en el momento actual, podemos afirmar que la pensión de viudedad actúa a modo de mecanismo compensatorio por la disminución de ingresos que en la unidad familiar causa el fallecimiento de uno de sus miembros (sea el hombre o la mujer), y en caso de que el superviviente de la misma no disponga de medios económicos para su propia subsistencia y la del resto de integrantes de la unidad familiar, el reconocimiento de la pensión de viudedad ayudara a paliar esa situación de necesidad, así como a ayudar a subvenir a los gastos de los hijos comunes junto con las prestaciones por orfandad.

Desde el 1 de enero de 1967, la pensión de viudedad como tal se encuentra recogida dentro de la 1ª Ley General de la Seguridad Social como tal existente en nuestro país, aprobada vía Decreto 909/1966, donde viene recogida en sus artículos 160 y 161, y desarrollada poste-

riormente por los artículos 31 a 35 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

El Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de una nueva Ley General de la Seguridad Social, introduce la prestación de viudedad en su artículo 160, concretamente dentro del Capítulo IX del Título II, dedicado a la muerte y supervivencia. Las numerosas modificaciones producidas posteriormente, así como el cambio de régimen político con la llegada de la democracia, y la existencia de la Constitución de 1978, hicieron que en 1994 se promulgara el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, que entró en vigor el 1 de septiembre, por el que se aprobaba una nueva Ley General de la Seguridad Social, derogando en su Disposición Derogatoria Única casi la totalidad de la anterior ley. La regulación de la pensión de viudedad en esta nueva legislación, recogía el tratamiento de la pensión de viudedad en su artículo 174, objeto de numerosas e importantes modificaciones, las más importantes, sin duda, las producidas a través de la Ley 40/2007, de 4 de febrero, de medidas en materia de Seguridad Social, en su artículo 5.3, que entraron en vigor con fecha 1 de enero de 2008 y las producidas por la Disposición Final Tercera, apartados 10 y 14, de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, que daban, respectivamente, una nueva redacción al artículo 174 de ley y le añadía la importante Disposición Transitoria Decimoctava.

Las modificaciones que ha sufrido la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, así como la dispersión de normas de Seguridad Social de determinados colectivos en otras leyes e instrumentos jurídicos, que no hacían sino añadir heterogeneidad y dispersión normativa, hicieron aconsejable el planteamiento de la necesidad de elaborar una nueva Ley General de la Seguridad Social, que introdujese coordinación,

unicidad, unidad y homogeneidad en su normativa. Por ello, en primer lugar, y a través de la Disposición Adicional Vigésimoquinta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, se facultó al gobierno en un plazo de dos años para que elaborase un nuevo texto refundido; plazo que incumplió, motivo por el cual, se realizó un nuevo mandato a través del artículo 1.c) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por medio de la cual se otorgaba delegación en el Gobierno de la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, entre ellos, el de una nueva Ley General de la Seguridad Social. Así, y dentro del plazo de doce meses concedido por esta ley, se produjo la promulgación y entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por medio del cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que entró en vigor con fecha 02 de enero de 2016, derogando en su integridad la totalidad de la anterior Ley General de la Seguridad Social. El articulado existente en la misma, referente a la prestación de viudedad queda encuadrado en Capítulo XIV del Título II de la Ley, que comprende los artículos 216 a 234, y los que específicamente hacen referencia a la pensión de viudedad son los artículos 219 a 223 y 231 a 234. La Disposición Transitoria Decimotercera de la anterior LGSS, es en la actualidad en la nueva LGSS la Disposición Transitoria Decimotercera, con contenido idéntico, modificándose únicamente en la nueva LGSS, el artículo que hace referencia a la pensión de viudedad. Estos artículos se mantienen, a día de hoy, en su redacción original, salvo el apartado 3 del artículo 229, modificado con efectos de fecha 1 de agosto 2018 por la Disposición Final 40.1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio económico 2018.

Blazquez Agudo (2017, pág. 169) afirma que la pensión de viudedad ostenta una doble naturaleza, teniendo un carácter de contributiva para el causante y y *cuasi*-asistencial para

el beneficiario y entiende que en supuesto del acceso de los beneficiarios (en la mayoría de los casos todavía son mujeres) en el supuesto de los beneficiarios por casos de divorcio, la asistencialización es total al exigirse la extinción de la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante, y entender que necesita otras rentas que sustituyan la pensión compensatoria para poder subsistir, supuesto que no se produce en los supuestos de violencia de género.

3.2. Regulación legal actual

La regulación actual, diferencia tres tipos de supuestos en los que puede causarse la pensión de viudedad, en función del beneficiario: por parte del cónyuge supérstite, siempre que exista una relación de derecho es decir, que sea matrimonial, independientemente del sexo de sus componentes (artículo 219), por parte del cónyuge supérstite, pero en los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial (artículo 220) o por parte de aquella persona que, en los casos de uniones de hecho, se encuentre unido al causante de la prestación como pareja de hecho (artículo 221).

La pensión de viudedad tiene un carácter vitalicio, mientras se cumplan las condiciones para su percepción. Los requisitos son:

- Que el causante se encontrase se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento y hubiera completado un período de cotización de al menos quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (fallecimiento). En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, como una suscripción de convenio especial, estar en situación de excedencia (art. 166 LGSS), el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de co-

tizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización (art. 219 LGSS).

- En caso de que en el momento del fallecimiento no estuviera en alta o situación asimilada, existirá el derecho si ha completado un período mínimo de cotización de quince años.
- Para los casos en que el matrimonio se contrae existiendo ya una enfermedad previa (no sobrevenida) que ocasiona el fallecimiento, la LGSS impone como requisito adicional alternativo, que el matrimonio haya durado como mínimo un año antes del fallecimiento (o convivencia marital de más de dos años en total junto con la duración del matrimonio), o que existieran hijos comunes. En caso de que no exista la duración mínima del matrimonio, o no hubiera hijos, podrá ser acreedor/a de una prestación temporal de viudedad (art. 222 LGSS).

En los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial⁷, la pensión corresponde a quien sea, o haya sido cónyuge legítimo, reúna los requisitos del artículo 219 LGSS y no haya contraído nuevo matrimonio, o hubiera constituido pareja de hecho (*vide* artículos 221 y 223 LGSS). También tendrán que ser acreedoras de una pensión compensatoria que se extinguiere con el fallecimiento del causante, teniendo la pensión el límite económico de la pensión compensatoria (artículo 220 LGSS). Ahora bien, el requisito de la existencia de pensión compensatoria no será necesario en los supuestos en que la beneficiaria pueda acreditar que era víctima de violencia de gé-

nero en el momento de la separación judicial o el divorcio.

Respecto a la acreditación de la circunstancia de ser víctima de violencia de género, el artículo 220.1 *in fine* LGSS dispone que la acreditación de ser víctima de violencia de género se realizará mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento del agresor; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Por su parte, 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 ha modificado el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género y, además de la existencia de una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección, una resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o por informe del Ministerio Fiscal, también se podrá acreditar dicha condición mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados o de los servicios que dan acogida a mujeres víctimas de violencia de género que pertenezcan a la administración, y admitiendo cualquier otro de medio de prueba admisible en Derecho, siempre que esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. La Ley deja para un desarrollo posterior, por parte de la Conferencia Sectorial de Igualdad en la que Gobierno y Comunidades Autónomas acordarán y diseñarán los sistemas para que las situaciones de violencia de género puedan ser acreditadas.

3.3. La interpretación por parte de la jurisprudencia de la interacción entre viudedad y violencia de género y su evolución

Pese a la aprobación de la Ley de Violencia en 2004, no existían prevenciones al respecto

⁷ En el caso de divorcio y existencia de varios beneficiarios, se reconoce proporcionalmente al tiempo de convivencia, garantizándose un 40 por ciento al cónyuge superviviente o pareja de hecho (art. 220.2 LGSS). Para los casos de nulidad, la pensión se le concede al cónyuge merecedor del derecho de indemnización del artículo 98 del Código Civil, siempre que se cumplan los requisitos prevenidos en el artículo 220.3 LGSS.

para supuestos de mujeres víctimas respecto a las pensiones de viudedad, ni en la ley 2004, ni en la LGSS. En el año 2007 se publica la ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, que introdujo en los casos de separación y divorcio, el requisito de ser acreedor de pensión compensatoria que se extinguiese por el fallecimiento del obligado a la misma, para poder optar a la pensión de viudedad. Las situaciones, en muchas ocasiones límite, en las que se mueven las mujeres víctimas de violencia de género, cuando ya deciden poner fin a la agonía de la convivencia, hacía que en numerosas ocasiones, por falta de fuerzas para continuar peleando en una lucha donde las relaciones son totalmente asimétricas, por miedo al agresor, por luchar por la guarda y custodia de sus hijos y ser lo único que les importaba, y/o por desconocimiento de la legislación vigente, no peleaban y obtenían una pensión compensatoria, lo que les vedaba de una posible pensión de viudedad al fallecimiento de su exmarido.

Hay que tener en cuenta que la Entidad Gestora no hace excepciones respecto a lo establecido en el artículo 174.2 LGSS, es decir, que el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, dicha pensión quedará extinguida por el fallecimiento del causante. Ello indica que función de la pensión de viudedad, en tales casos, ha de compensar la pérdida económica que supone la extinción de la pensión compensatoria.

3.3.1. *Jurisprudencia previa a la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*

En la jurisprudencia previa a la modificación e incorporación de la exención de necesidad de pensión compensatoria para víctimas de violencia de género, que se produjo a

través de la Disposición Final 3ª.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, salvo escasas excepciones, no se realizan salvedades a la necesidad de la existencia de pensión compensatoria introducida en 2007 (STSJ Castilla y León de 20 de octubre de 2009, la sentencia 1093/2009, de 17 de julio, del TSJ de Castilla León, STSJ Asturias 1234/09, de 17 de abril, sentencia del TSJ de Extremadura nº 657/2009, de 30 de diciembre). Como honrosa excepción, destacar por la aplicación de la perspectiva de género y del conocimiento de los desequilibrios de poder que se producían en los supuestos de violencia de género, la Sentencia del TSJ Cantabria, número 80/2009, de fecha 4 de febrero, (basándose en su sentencia anterior de 22 de enero 2009) en la que se considera merecedora de pensión de viudedad a la actora que, víctima de violencia, no era perceptora de una pensión compensatoria, presumiendo que sucedió por razones de defensa y autoprotección. El Tribunal, en este caso realizó una interpretación con perspectiva de género y ajena a automatismos, e interpretando de manera integrada el espíritu de las Leyes Orgánicas 1/2004 y 3/2007, con la regulación en aquél momento del artículo 174.2 LGSS, entendiéndose que si no solicitó la pensión compensatoria fue porque estaba imposibilitada para hacerlo.

3.3.2. *Jurisprudencia posterior a la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*

A. Interpretación integradora con la normativa de violencia de género e igualdad

Como heredera de la interpretación integradora de la sentencia del TSJ de Cantabria mencionada, y con la entrada en vigor con fecha 1 de enero de 2010, de la Disposición Transitoria Decimoctava, introducida por la Ley 26/2009, podemos analizar la cuestión ya con una perspectiva actual con sentencias como la

del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7628/2010 – Id Cendoj 28079140012010100893), recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2010, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid. Es una sentencia importante, dado que la cuestión que se plantea por la recurrente es si tiene derecho a pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento de quien fue su marido hasta que se divorciaron, sin que en la sentencia de divorcio se hubiera fijado pensión compensatoria a favor de la recurrente, requisito este –el de ser acreedora a la pensión compensatoria contemplada en el art. 97 del Código Civil que se extinga a la muerte del causante– que se introdujo por la Ley 40/2007, cumpliendo la recurrente todos los demás requisitos legalmente exigidos para acceder a la pensión solicitada, y además, dándose la circunstancia de haber sido víctima de violencia de género por parte del causante. La sentencia del TSJ de Castilla y León, aun estando ya en vigor la norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores a 1 de enero de 2008, estima la pretensión de la entidad gestora INSS de revocar la concesión de la prestación, pero la sentencia de contraste aportada por la recurrente (STSJ Cantabria número 38/2009, de 22 de enero de 2009, Id Cendoj 39075340012009100109) dictada con antelación a la entrada en vigor de esta norma transitoria, realiza una novedosa interpretación sistemática del artículo 174.2 de la LGSS (en su redacción dada por la Ley 40/2007) en relación con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, concretamente sus artículos 1 y 2, la respuesta del Tribunal es: «que a la actora le corresponde la prestación de viudedad, dando cumplimiento a la disposición legal de protección integral de la mujer sometida a violencia de género». Esta es la doctrina por que opta la Sala del Tribunal Supremo, dado que como dispone el último párrafo de la Disposición Transitoria Decimoctava, «lo dispuesto en esta Disposi-

ción Transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley», procediendo a anular la sentencia del TSJ recurrida y confirmando la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social nº 3 de León, de fecha 19 de octubre de 2009, que reconocía la prestación para la recurrente.

Esta interpretación integradora la sigue consolidando el Tribunal Supremo en, entre otras, la STS de fecha 26/01/2011 (Roj: STS 499/2011 – Id Cendoj 28079140012011100065), la STS de fecha 19 de julio de 2012 (Roj: STS 5861/2012 – Id Cendoj 28079140012012100631), que aplica un matiz nuevo, en el sentido de considerar como violencia de género la existencia únicamente de una denuncia por malos tratos, a pesar de la absolución posterior por incomparecencia en juicio de la mujer, al entender que no acudió para conseguir la separación judicial de mutuo acuerdo.

La STS de fecha 5 de febrero de 2013 (Roj: STS 821/2013 – Id Cendoj 28079140012013100086), analiza la expresión «en todo caso», que es utilizada por la norma y que hace pensar que la exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre y en toda hipótesis a favor de las víctimas de violencia de género, de manera tal que las pensiones compensatorias reconocidas sólo con carácter temporal o las que en su día lo fueron con carácter indefinido pero se extinguieron por causa legal, no impiden el reconocimiento de la pensión de viudedad, porque –así lo razona la sentencia recurrida– el legislador ha querido otorgar una especial protección a las citadas víctimas y dispensarles siempre de la exigencia de pensión compensatoria, tanto si nunca la tuvieran reconocido como si simplemente se les hubiera extinguido.

B. Innecesariedad de realizar nueva solicitud de pensión de viudedad

En sentencias posteriores, como la STS de 16 de diciembre de 2010 (RCUD 1245/2010) y STS de fecha 13 de julio 2011 (RCUD 3040/2010), acogiendo los pronunciamientos de

las anteriores sentencias, la STS de fecha 21 de noviembre 2011 (Roj: STS 8776/2011 – Id Cendoj 28079140012011100702), contra sentencias recurridas de los Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas, revocan las resoluciones de instancia, en virtud de la no aplicabilidad al momento de las modificaciones incorporadas en la nueva regulación a partir de 1 de enero de 2010. Lo que se trata de determinar es si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, puede llevar a cabo la aplicación de la nueva regulación, pese a haberse promulgado esta después de dictarse la resolución administrativa que denegó la prestación. Y conjuntamente con lo recogido en las sentencias de referencia y también la de 26 de enero de 2011 (RCUD 4587/2009), la Sala elabora la doctrina de aplicar a los asuntos en trámite, las modificaciones legales introducidas en el régimen jurídico de la pensión de viudedad por la Ley 26/2009, cuando como aquí acontece, se reúnen por parte de las recurrentes los requisitos exigibles. Bien es cierto, y se recalca por el Tribunal, que el criterio que sostiene la entidad recurrente, coincidente con el de la sentencia de contraste, es el que la demandante debería de solicitar nuevamente la pensión de viudedad, iniciando la vía administrativa de nuevo, pero ello ha de estimarse no conforme a Derecho, por contrario a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.2 de nuestra Constitución proclama y garantiza. Los órganos jurisdiccionales deben aplicar a las circunstancias del hecho causante, según lo acreditado, las normas legales aplicables en el momento de enjuiciar y dictar su resolución, siempre que, como aquí acontece, no ocasionen indefensión a ninguna de las partes, y es claro, que ninguna indefensión existe para el Instituto recurrente, en cuanto las circunstancias personales y familiares de la demandante constan en el expediente administrativo.

- C. Acreditación de la existencia de violencia de género, para eximir del requisito de pensión compensatoria para generar derecho a pensión de viudedad

Otro aspecto importante es la consideración que realiza el Tribunal Supremo, a

la hora de determinar si tienen derecho a la pensión de viudedad aquellas mujeres que habiendo fallecido el causante, con anterioridad a la existencia de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, (con las modificaciones en su articulado realizadas a través de la Ley 40/2007 y Ley 26/2009 y la existencia de la L.O. 1/2004, de violencia de género), hasta el momento en que se obtuviera sentencia de separación, y sin que en ella se adoptaran previsiones sobre pensión compensatoria a favor de la demandante, resultando en autos la existencia de actuaciones penales sobre violencia de género, anteriores a la separación. El Tribunal Supremo considera como equiparable a la violencia de género la «violencia acreditada que pueda acreditarse por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho». Este es el caso de la STS de fecha 30 de mayo de 2011 (Roj: STS 5324/2011 – Id Cendoj 28079140012011100451), donde al existir una somera mención a la existencia de actuaciones penales contra el esposo fallecido, y pese a no existir sentencia condenatoria por violencia de género, la norma permite que en su defecto, esa situación se ponga de manifiesto a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, o así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. El Tribunal, tras analizar las actuaciones penales incorporadas a la causa, entiende que se desprende con claridad que la demandante estuvo sometida antes de la sentencia de separación a una situación de coacciones, injurias, insultos y amenazas que constan en esas actuaciones, por lo que aplicando la previsión legal de que esa situación de violencia pueda acreditarse por «por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho».

- D. Forma de computar el plazo de diez años en la Disposición Transitoria 18ª de la Ley General de la Seguridad Social

Otra polémica importante, resuelta por el Tribunal Supremo, estribaba en determinar, conectando con el análisis realizado anterior-

mente de la Disposición Transitoria Decimocava de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, era el momento exacto del cómputo del plazo que se marca en la misma, cuando manifiesta que «entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años». Esta disposición era una excepción a la regla general sobre lo que preceptuaba en el 174.2 LGSS, y era relevante para dicho cómputo el considerar si debía computarse a partir de la separación judicial o a partir del día del divorcio, al haber ido la separación judicial inicial seguida del divorcio.

La STS de fecha 2 de noviembre de 2013 (Roj: STS 6643/2013 – Id Cendoj 28079140012013100945)⁸, responde y sienta la doctrina de que al tenor de la interpretación lógico sistemática del artículo 97 C.C. y de que la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil sólo se reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio le produce un desequilibrio económico, esto va a ser lo que nuestro sistema de Seguridad Social trató, tradicionalmente de proteger mediante la pensión de viudedad. La Ley 40/2007, de medidas de Seguridad Social, interpretó que la no existencia de la percepción por parte del separado o divorciado de dicha pensión era porque no tenía necesidad de la misma, por lo que no había trastorno económico alguno, ergo no existía una situación de necesidad que nuestro sistema de Seguridad Social debiera proteger con el reconocimiento de una pensión de viudedad. No obstante lo cual, y habida cuenta de las distorsiones que causaba, palió los efectos de la Ley 40/2007 con la modificación efectuada a través de la Ley 26/2009 introduciendo la DT 18ª, entendiendo que el periodo de diez años debe computarse a partir del divorcio o de la separación judicial.

⁸ En el mismo sentido *vide* STS de fecha 19 de noviembre de 2014 (Roj: STS 5423/2014 – Id Cendoj 28079140012014100715), y STS de fecha 29 de abril de 2015 (Roj: STS 2626/2015 – Id Cendoj 28079140012015100310).

Por todo ello, toda persona separada judicialmente primero, aunque se haya divorciado en fecha posterior, y hayan pasado más de 10 años desde la separación hasta el fallecimiento del causante, verá desestimada su pretensión.

E. Acreditación y concepto de violencia de género

La STS de fecha 20 de enero de 2016 (Roj: STS 178/2016 – Id Cendoj 28079140012016100004), en RCUD interpuesto contra la sentencia de fecha 11-06-2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia (rec 4587/2009), merece un estudio detenido por las implicaciones que de ella se desprenden. El objeto de debate casacional consiste en determinar, si puede tenerse por acreditada la situación de violencia de género, pretendidamente sufrida por la actora al tiempo de su separación matrimonial, para el reconocimiento de una pensión de viudedad por el fallecimiento de su ex marido. Se trata de determinar por un lado, la necesidad de acreditar la condición de víctima de violencia de género en el momento de la separación o divorcio a través de cualquier medio de prueba, y por otro, la interpretación que debe de hacerse de la expresión «por cualquier otro medio de prueba». El Tribunal Supremo reconoce como víctima de violencia de género a una mujer, que fue víctima indirecta, ya que la violencia se ejerció sobre su hijo común. Establece la sentencia, que si bien únicamente las mujeres pueden acceder a la condición de pensionistas de viudedad como víctimas de violencia machista, ello no comporta necesariamente que haya una previa tipificación o calificación jurídica de cuándo concurre tal condición. La LGSS, a efectos de adquirir la condición de pensionista, les permite acreditar «que eran víctimas», sin caer en automatismos, sino en la acreditación de una cualidad. Y para ello, se interpreta el concepto «violencia de género» de forma amplia o expansiva, siendo la violencia sobre un hijo común valorada como indicio de una situación conflictiva o un indicio de maltrato. Lo que tiene cabida en el concepto de violencia de género como violencia de tipo vicaria y además, los menores del

entorno familiar también son víctimas directas o indirectas de esa violencia. También es relevante la interpretación que realiza acerca del fallo absolutorio respecto de los malos tratos del demandado, y se distingue entre una absolución tras entrar en el objeto de litigio o porque la denunciante no formula acusación y se dicta sentencia absolutoria, cuestión que hará que no se entienda que los hechos no hayan sucedido, sino que se ha retirado la acusación y en ese caso el Tribunal entiende que el panorama indiciario de violencia permanece como si esta sentencia absolutoria no existiera, y le atribuye un valor neutro.

La STS de fecha 26 de septiembre de 2017 (Roj: STS 3679/2017 – Id Cendoj 28079 140012017100048), mantiene que si existe denuncia y testifical de la violencia de género, es suficiente para acreditar la condición de víctima de violencia de género por aplicación de la legislación vigente (artículo 220 de la Ley General de la Seguridad Social) pero por cuestiones de tipo procesal formal, al no haber sido impugnados los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Social que concedió la pensión de viudedad, y posteriormente revocó el TSJ de Cataluña pero sin modificar dichos hechos probados, lo que llevó a que el Tribunal Supremo se viera abocado a la concesión de la misma por atentar contra las garantías constitucionales de interdicción de la indefensión el que en una sentencia aparezcan afirmaciones fácticas sin la correspondiente motivación, pues no cabe olvidar que esta exigencia forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Sin embargo, entendemos que esta resolución es de enorme trascendencia para las víctimas de violencia de género que sufren dificultades para acreditar los malos tratos sufridos, especialmente, cuando ha transcurrido cierto tiempo desde su materialización. Esta decisión del Tribunal Supremo refuerza la potestad de los tribunales para realizar interpretaciones amplias de la normativa de violencia de género, y más concretamente, de aquellos hechos que puedan ser constitutivos de tales, con la voluntad de

proteger los intereses de la mujer víctima de violencia de género.

F. La inscripción de la condición de pareja de hecho en los registros públicos o su constitución en documento público

La STS de fecha 12 de diciembre de 2017 (Roj: STS 4784/2017 – Id Cendoj 2807 9140012017100968), relaciona la condición de mujer víctima de violencia de género y el mantenimiento de una relación afectiva análoga a la conyugal⁹. La cuestión a dirimir era el incumplimiento de los requisitos referentes a la falta de inscripción como pareja de hecho en un registro especializado, que tampoco estaba constituida en un documento público. La sentencia entiende que la acreditación de la existencia de la pareja de hecho ha de realizarse de conformidad con lo estipulado en la LGSS y no se puede atribuir eficacia a sentencias anteriores que hayan sido dictadas por otros juzgados y que únicamente acreditan la ruptura de la pareja, pero no la constitución de la misma por documento público, tal y como exige la norma.

3.4. Novedades de la nueva regulación respecto a la suspensión o privación de la pensión de viudedad en casos de feminicidio de la causante

Las novedades que plantea la actual regulación de la pensión de viudedad, prevista en

⁹ Recordemos que según el artículo 221.2 LGSS, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante, y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Dicha condición se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción, como la formalización del correspondiente documento público, deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

los artículos 219 a 223 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, son varias.

En primer lugar, se incorpora el artículo 231, de importancia esencial, sobre todo en su apartado 1º, sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no podrá tener la condición de beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia que hubieran podido corresponderle, quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación. Se entiende, según el apartado segundo de este mismo artículo, que ello se producirá cuando fuese condenado por sentencia firme en el supuesto indicado, pudiendo la entidad gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social), en cualquier momento, revisar por sí misma la resolución de reconocimiento de una prestación, no solo de viudedad, sino cualquier otra de muerte y supervivencia, a quien fuese así condenado. Por coherencia, el condenado deberá de devolver las cantidades indebidamente percibidas por tal concepto.

En segundo lugar, y en relación con el anterior, se incorpora el artículo 232, el cual autoriza a la entidad gestora a suspender cautelarmente el abono de las prestaciones que hubiera reconocido para el caso de que, a través de resolución judicial, se deriven indicios racionales de que el sujeto investigado es responsable de un delito doloso de homicidio, y siempre y cuando el sujeto causante de la prestación sea la víctima del mismo. Los efectos de dicha suspensión, desde el día primero del mes siguiente a la comunicación de dicha circunstancia a la entidad gestora.

Es importante señalar que, una vez conocida la Sentencia, si el interesado reúne los requisitos para ser considerado beneficiario, la Entidad Gestora tiene la obligación de re-

conocer al interesado la misma, para luego, suspenderla cautelarmente hasta que recaiga sentencia firme u otra resolución firme que ponga fin al procedimiento penal, o determine la no culpabilidad del beneficiario. Llegados a este punto, pueden darse varias opciones:

a) Puede ocurrir que se condene finalmente al beneficiario por Sentencia firme (art 231). En este caso, se revisará la resolución de reconocimiento y se reintegrarán las cuantías de la prestación, indebidamente percibidas.

b) También puede suceder que se absuelva o se declare la no culpabilidad del beneficiario, en cuyo caso se rehabilitará el pago de la prestación, con los efectos procedentes de abono de cantidades no percibidas desde su reconocimiento, o de deducción de cantidades satisfechas en concepto de obligación de alimentos. En el caso de que hubiera obligación de prestar alimentos, la Entidad Gestora los abonará y, cuando una vez recaída Sentencia absolutoria, se le abonará la diferencia entre estos alimentos ya abonados y la pensión de viudedad que se le hubiera suspendido cautelarmente.

c) También puede suceder, que se absuelva en primera instancia, se recurra la sentencia, y se revoque el fallo en segunda instancia, condenándole. En este caso, procede revisar la concesión, desestimándola y solicitándole el reintegro de las cantidades percibidas.

Es relevante respecto al artículo 233.1, señalar que la pensión de viudedad no concedida o revocada, acrecerá la pensión de orfandad de los hijos de la fallecida, si los hubiera. Si no hubiera hijos, podrá incrementarse la pensión en favor de familiares, si no hubiera otras personas con derecho a pensión por muerte y supervivencia causada por la víctima. Además, se le impone a la Entidad Gestora (art. 234.2) una obligación para reconocer las pensiones de orfandad, la de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de esta o estas, en el caso de que derivado de una resolución judicial, se estime que concurren indicios racionales de que el progenitor (y por tanto, beneficiario de la prestación causada por el otro cónyuge) es

responsable de un delito doloso de homicidio en la persona de su cónyuge.

Lo que claramente se persigue con los artículos 231 a 234, es el evitar que el beneficiario de una prestación de muerte y supervivencia —en el caso de la viudedad, el cónyuge superviviente; en el caso de la orfandad, el otro progenitor como homicida y persona que va a administrar dichas pensiones de sus hijos—, se pueda lucrar esa prestación, aunque cumpla teóricamente los requisitos que se marcan en la ley y cobrarla. Aunque haya sido con anterioridad, o con posterioridad a la concesión de este prestación, condenado por sentencia (firme o no), y por tanto considerado culpable del homicidio del causante (por lo tanto, víctima de violencia de género), situación que antiguamente, no estaba contemplada.

4. PLANTEAMIENTOS PARA UN ESTUDIO Y DISCUSIÓN POSTERIOR

El artículo 9.2 de la Constitución Española, indica que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Es exigencia de la igualdad, y de la justicia material, la exención del requisito de la existencia de pensión compensatoria para mujeres divorciadas que hayan sido víctimas de violencia de género. El fenómeno de la violencia de género y las dinámicas de desigualdad que genera y se perpetúan hace necesario que los poderes públicos establezcan mecanismos correctores de esta desigualdad.

En los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social¹⁰ constan a 1 de enero de 2019, un total

de 2.361.540 pensiones de viudedad, con una cuantía total para las arcas del Estado de 1.670.557,80 euros, resultando una pensión media de 707,4 euros al mes. Sin embargo, no constan datos de acceso público de cuántas mujeres cobran la pensión de viudedad como víctimas de violencia de género, ni tampoco de cuántos beneficiarios son acreedores del subsidio temporal de viudedad. Para un mejor conocimiento de la realidad social y económica de los recursos públicos, sería relevante conocer los datos de prevalencia de las mujeres víctimas de violencia dentro de las pensiones de viudedad, así como la edad de las beneficiarias, para realizar una mejor planificación futura.

Como hemos visto, la jurisprudencia analizada ha mantenido e inspirado una amplitud interpretativa e integrada de la Ley General de Seguridad Social con el espíritu, la esencia y la literalidad de las leyes de violencia y de igualdad (L.O. 1/2004 y 3/2007), aplicando la necesaria perspectiva de género.

A modo de apunte, y continuando en la línea rehabilitadora de la justicia social aludida, nos parece importante destacar que sería deseable analizar una posible implantación de una pensión no contributiva de viudedad, que podría establecerse con carácter temporal para supuestos de necesidad, que quedasen fuera del ámbito del vigente ámbito de protección de la Ley General de Seguridad Social, ante el incumplimiento deliberado y obstaculizador del abono de pensiones alimenticias y compensatorias, mediante el abandono de la actividad laboral deliberada del sujeto causante.

TRABAJOS CITADOS

ALONSO GARCÍA, M. (2019). La introducción del la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público. En VV.AA., *Buenas prácticas en la contratación pública: transparencia, responsabilidad social y lucha contra la corrupción* (pág. 201 a 231). Toledo: Ledoira.

¹⁰ Disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/64578cca-88f9-45d3-bd9a-04f770364371/S2201901.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8T8N80QOV0H20V0000-64578cca-88f9-45d3-bd9a-04f770364371-myxegzR (fecha de consulta 14 de febrero de 2019).

- AÑÓN ROIG, M. J. (2016). Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 1-26. Recuperado el 2019 de febrero de 11, de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/8257/8035>
- BLAZQUEZ AGUDO, E. M. (2017). La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género. *Lan Harremanak*(38), 152-177. Recuperado el 15 de febrero de 2019, de <https://www.jubilaciondefuturo.es/recursos/doc/pensiones/20180910/fondo-documental/pensiones-y-genero.pdf>
- GARCÍA TESTAL, E. (Julio-agosto de 2018). Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género. *Lex Social*, 1-16.
- GIL RUIZ, J. M. (2014). Introducción de la perspectiva de género en las titulaciones jurídicas: hacia una formación reglada. *Revista de Educación y Derecho*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945391>
- (17 de marzo de 2018). *La interpretación de las normas bajo una perspectiva de género*. Obtenido de poder judicial: www.poderjudicial.es/.../20130502%20JP%20La%20interpretación%20de%20las%20
- MARRADES PUIG, A. (1 de marzo de 2018). *XIV congreso de la asociación de constitucionalistas de España*. Obtenido de <http://congresoace.deusto.es/wp-content/uploads/2015/10/Ana-Marrades.pdf>
- NACIONES UNIDAS. (17 de marzo de 2018). *ONU Mujeres*. Obtenido de <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2003). *Informe mundial sobre la violencia y la salud. Publicación científica núm. 558*. Washington. Obtenido de http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112670/9275315884_spa.pdf;jsessionid=61DA9260A896E44AD74BB3F256BAD-F5B?sequence=1
- USHAKOVA, T. (2013). La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1-18. Recuperado el [fecha última consulta 13/2/19], de http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/137
- WORLD ECONOMIC FORUM. (2018). *The Global Gender Gap Report 2018*. Ginebra: Disponible online: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf. Recuperado el 25 de enero de 2019, de http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf

RESUMEN

El fenómeno de la violencia de género tiene múltiples facetas y cómo nos enfrentamos como sociedad al problema, ha de dirigirse hacia los diferentes factores que la componen. No en vano, estamos ante una violación de los derechos humanos de las mujeres cuyo origen, gestación y desarrollo es eminentemente social con diferentes dimensiones y que hemos de abordar de manera multidisciplinar e interdisciplinar. Desde una perspectiva jurídica, tendemos a agrupar los estudios desde las distintas áreas de conocimiento, sin embargo no debemos olvidar que la realidad social sobrepasa con mucho la esencia de una única disciplina, por lo que es necesario ampliar la mirada para abarcar los fenómenos sociales en su conjunto, y sin duda, para posteriormente acotar y dirigir una respuesta al problema lo más focalizada posible, pero sin perder de vista la perspectiva global, con el único propósito de solucionarlo, o cuando menos, de atemperar sus consecuencias negativas. El propósito de este artículo es analizar, por un lado el fenómeno de la violencia de género en España con datos estadísticos y su tratamiento jurisprudencial, en especial con las sentencias del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de noviembre de 2018 y la Sentencia 677/18, de 20 de diciembre. Estas sentencias han implementado la indispensable perspectiva de género en la interpretación de los supuestos que la Justicia aborda. Es una cuestión primordial en concreto en materias tan sensibles al género como el Derecho Penal, Derecho Laboral o del Derecho de la Seguridad Social donde, en muchas ocasiones las relaciones sobre las que se suscitan las discrepancias son extremadamente asimétricas. Entendemos que la perspectiva de género tiene que ser transversal y que su implementación coadyuva a potenciar tanto la igualdad como la justicia. Máxime teniendo en cuenta que el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, tal y como establece el artículo 4 L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

Tras examinar dichas cuestiones, y entendiendo que la Seguridad Social tiene un papel muy importante que jugar en la promoción de la igualdad, no en vano el artículo 9.2 de la Constitución Española conlleva un mandato para que los poderes públicos promuevan las condiciones para conseguir la igualdad real y efectiva, además de eliminar los obstáculos que la impidan. Entendemos por tanto, que las desigualdades en el ciclo vital de las mujeres actúan como una rémora en el desarrollo de la sociedad y en la consecución de la igualdad, por lo que la actuación inclusiva de la Seguridad Social redundará en una sociedad más justa y más igual. Es aquí donde nuestro análisis ahondará sobre el papel de la normativa de Seguridad Social respecto a interacción entre pensión de viudedad y violencia de género, así como de las intervenciones jurisprudenciales interpretando con perspectiva de género dicha cuestión. La exigencia de pensión compensatoria hasta la modificación de la Ley General de Seguridad Social hizo necesario que la jurisprudencia mantuviera en determinados momentos una amplitud interpretativa e integrada de la Ley General de Seguridad Social con el espíritu, la esencia y la literalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esto implica aplicar la indispensable perspectiva de género, y por tanto, tener en cuenta las dificultades que las mujeres víctimas de violencia tienen a la hora de divorciarse, la situación palmaria de desequilibrio que se produce con la convivencia diaria del maltrato, el miedo a perder a los hijos que hacen que cualquier negociación esté viciada de origen, y dónde conseguir una pensión compensatoria puede ser tarea imposible.

Los autores entienden que el mantenimiento de la línea de justicia social es necesaria y que sería interesante realizar investigaciones ulteriores que nos permitieran analizar la necesidad y viabilidad de la implantación de una posible pensión no contributiva de viudedad temporal, para supuestos fuera del ámbito de protección de la Ley General de Seguridad Social, cuando el ex cónyuge haya dejado de trabajar con la finalidad de no afrontar el pago de pensiones alimenticias y compensatorias.

Palabras clave: Género; violencia; feminicidio; Seguridad Social; igualdad.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

Gendered violence's phenomenon has many faces and how we confront the problem as a society must be directed towards the different factors that compose it. Not in vain, we are facing a violation of women's human rights whose origin, gestation and development is eminently social, with a great variety of dimensions and which we must address in a multidisciplinary and interdisciplinary way. From a legal point of view, we tend to group studies from different areas of knowledge, however we must not forget that social reality far exceeds the essence of a single discipline, so it is necessary to broaden our scope to cover social phenomena in its whole, and undoubtedly, to establish limits and address a direct response to the problem as focused as possible, but without losing sight of the global perspective, with the sole purpose of solving it, or at least, tempering its negative consequences. The purpose of this paper is to analyse, on the one hand, the phenomenon of gender violence in Spain with statistical data, and its jurisprudential treatment, especially with two recent Supreme Court judgements: the number 565/2018, 19th of November 2018 and number 677/18, 20th of December. These judgments have implemented the indispensable gender perspective in the interpretation of the assumptions that Justice addresses. It is a fundamental issue in particular in matters as sensitive to gender as Criminal Law, Labour Law or Social Security Law where, on many occasions the relationships on which discrepancies arise are extremely asymmetric. We understand that gender perspective must be transversal, and its implementation helps to promote Equality, as well as Justice. Taking especially into account that the right to equal treatment and opportunities between men and women, is a principle informing the entire legal system, as established in the article number 4 of L.O. 3/2007, 22th of March, for the Effective Equality of Women and Men.

After having examined these issues and considering that Social Security plays a very important role in the promotion of equality, not in vain Article 9.2 of the Spanish Constitution entails a mandate so that public authorities promote the conditions to achieve real and effective equality, in addition to eliminating the obstacles that prevent it. Therefore, we understand that the inequalities in the life cycle of women act as a hindrance in the development of society and the achievement of equality, so the inclusive action of Social Security will result in a more egalitarian and fair society. This is where our analysis will look at the role of Social Security regulations in depth regarding the interaction between widowhood pensions and gender-based violence, as well as jurisprudential interventions interpreting the issue from a gender point of view. The requirement of the maintenance allowance until the modification of the General Law of Social Security made it necessary that jurisprudence sporadically kept an interpretative and integrated amplitude of the General Law of Social Security with the spirit, essence and literalness of Organic Law 1/2004, of December 28, on Measures of Integral Protection against Gender Violence and Organic Law 3/2007, of March 22, on effective equality of women and men. What it means is, in order to apply the indispensable gender perspective, and therefore, to take into account the difficulties that women victims of violence face while divorcing and to divorce, the palpable situation of such an asymmetric situation that occurs with the daily coexistence of abuse, the fear of losing children, make any possible negotiation to get a compensatory pension (as the one required by the law) is biased and most of the times an impossible mission.

The authors understand that maintenance of this line of social justice is necessary and probably, it would be interesting to carry out further research that would allow us to analyse the need, and viability of the implementation of a possible non-contributory temporary widow's pension, for cases outside the scope of protection of the Ley General de Seguridad Social, when the ex-husband has left his job with the purpose of not facing the payment of alimony, and compensatory pensions.

Keywords: Gender; violence; femicide; social security; equality.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MTMSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportarán las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305 Fax number: 913632349 Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305 Fax number: 913632349 Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPUTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es
Librería Virtual
<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

PRESENTACIÓN: *Yolanda Valdeolivas García* • ESTUDIOS: El trabajo de las mujeres en España: estereotipos, sesgos e inercias. Una mirada hacia tres ámbitos de perentoria intervención normativa. *Amparo Garrigues Giménez* • Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva en género. *Julia López López* • Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa. *Susana Rodríguez Escanciano* • La igualdad entre mujeres y hombres en el Empleo Público. *Carmen Sáez Lara* • Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT. *Margarita Isabel Ramos Quintana* • Liderazgo femenino ante la cuarta revolución industrial. *Consuelo Ferreiro Regueiro* • Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI. *M^a Luisa Molero Marañón* • La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir). *María Amparo Ballester Pastor* • Violencia de género en el trabajo: conceptualizando el acoso a las mujeres. *Ana Rosa Argüelles Blanco* • Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa. *Saraí Rodríguez González* • Segregación ocupacional por razón de género en el sector de la pesca: el paradigma de las rederas. *Nora María Martínez Yáñez* • Violencia de género y pensión de viudedad de la Seguridad Social en España. La perspectiva de género, y el género en perspectiva para la consecución de la justicia material y avanzar en igualdad. *María Pilar Marco Francia* y *Juan Carlos González Soria*.

