

Coordinadora
Carmen Sáez Lara

IGUALDAD DE GÉNERO
EN EL TRABAJO:
ESTRATEGIAS Y
PROPUESTAS

Autoras

M^a Inmaculada Benavente Torres

Julia Muñoz Molina

María Luisa Rodríguez Copé

María José Rodríguez Crespo

Consejo de redacción

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Presidente

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Vicepresidente y Director de Publicaciones

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MANUEL ABADÍA VICENTE

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MIGUEL CARDENAL CARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidente del Consejo Superior de Deportes

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ISABEL VICTORIA GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho Civil

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidente del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CRISTINA SÁNCHEZ RODAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Magistrado del Tribunal Supremo

Coordinadora:
CARMEN SÁEZ LARA

IGUALDAD DE GÉNERO EN EL TRABAJO: ESTRATEGIAS Y PROPUESTAS

Autoras:
M^a Inmaculada Benavente Torres
Julia Muñoz Molina
María Luisa Rodríguez Copé
María José Rodríguez Crespo
Carmen Sáez Lara



EDICIONES LABORUM



EDICIONES LABORUM

Avda. Gutiérrez Mellado, 9 – Planta 3ª Oficina 21

30008 Murcia

Tel.: 968882181

e-mail: laborum@laborum.es

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

Director editorial

1ª edición, Ediciones Laborum S.L. - 2016

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2016

Copyright © del texto, sus respectivas autoras, 2016

Este trabajo está financiado por el Grupo de investigación «Derecho del Trabajo», SEJ-117, Universidad de Córdoba.

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de sus autores con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

ISBN: 978-84-945033-8-2

DEPÓSITO LEGAL: MU 1259-2016

Impreso en España - Printed in Spain

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
<i>Carmen Sáez Lara</i>	
POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO PARA MEJORAR LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS MUJERES: POLÍTICAS PÚBLICAS EN RETROCESO Y DERECHOS INDISPONIBLES EN TIEMPOS DE CRISIS	13
<i>María José Rodríguez Crespo</i>	
1. Las políticas activas de empleo destinadas a mujeres: avance en las políticas cualitativas de empleo	13
2. Las políticas de empleo orientadas a mujeres: elementos a tener en cuenta de forma previa.	15
2.1. La Política de igualdad de oportunidades a nivel europeo	15
2.2. El <i>mainstreaming</i> de género.....	17
2.3. La Política de igualdad de oportunidades en el marco de la Estrategia Europa 2020	20
3. El acceso de la mujer al mercado de trabajo: el principio de igualdad y no discriminación en asuntos de empleo y ocupación	21
3.1. El principio de igualdad en materia de empleo y ocupación en la normativa de la Unión Europea	21
3.2. El principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, la formación profesional y la intermediación laboral en nuestro ordenamiento jurídico.....	25
4. Configuración de las políticas de empleo destinadas a mujeres en España: la dependencia de Europa.....	27
5. Políticas de empleo cualitativas para garantizar el acceso al mercado de trabajo en igualdad de oportunidades	29
5.1. Las acciones positivas. Especial referencia a los Planes de Igualdad.....	29
5.2. Incentivos a la contratación de las mujeres.....	36
6. Instrumentos imprescindibles para el mantenimiento de la carrera profesional: la igualdad salarial.	39
6.1. La igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el marco de las normas de la Unión Europea.....	39
6.2. El principio igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el ordenamiento jurídico española a la luz de las interpretaciones del Tribunal Constitucional.....	48
7. Conclusiones y propuestas.....	53

IGUALDAD, CONCILIACIÓN, CORRESPONSABILIDAD Y FLEXIBILIDAD: EJES CLAVES PARA LA GESTIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO ACTUAL..... 57

María Luisa Rodríguez Copé

1. La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres como principio y base de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.....	57
2. La conciliación de intereses de las personas trabajadoras. Cuestiones a tener en cuenta.....	61
3. El papel de la política comunitaria. Aspectos claves	63
3.1. Panorama actual. El problema y sus consecuencias	63
3.2. Instrumentos normativos comunitarios para equilibrar la vida profesional y la privada.....	66
3.3. Las “lagunas” persistentes	70
4. Las políticas internas de conciliación y corresponsabilidad en el contexto vigente	72
4.1. Algunas consideraciones previas	72
4.2. Un recordatorio del marco normativo vigente.....	74
5. Conclusiones y propuestas: la “flexiguridad como elemento clave para lograr la conciliación	88
6. Bibliografía citada.....	90

¿ES POSIBLE ELIMINAR LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO? 93

Carmen Sáez Lara

1. Concepto de brecha salarial de género	93
1.1. Brecha salarial: la diferencia de retribución por hora trabajada entre hombres y mujeres	95
1.2. Discriminación salarial: la diferencia de retribución para igual trabajo y para trabajos de igual valor entre mujeres y hombres.....	97
2. Causas de la brecha salarial.....	97
3. El principio de igualdad salarial entre mujeres y hombres	100
3.1. Discriminación salarial directa: los supuestos de desigualdad salarial para trabajos iguales	103
3.2. Discriminación salarial indirecta: los supuestos de desigualdad salarial para el trabajo a tiempo parcial y para trabajos de igual valor.....	105
4. Vías para la eliminación de la brecha salarial de género.....	112
4.1. Vía judicial: luces y sombras.....	112
4.2. Planes de igualdad en las empresas	114
4.3. Responsabilidad Social Corporativa: Recomendación de la Comisión de 2014	117
5. Conclusiones y propuestas.....	118

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y MATERNIDAD	121
<i>M^a Inmaculada Benavente Torres</i>	
1. Régimen jurídico.....	121
2. Los orígenes del art. 26 LPRL.....	122
3. Principios informadores de las medidas preventivas específicas.....	126
4. Evaluación específica, inicial sucesiva y subjetiva de los riesgos específicos e información	129
5. Adaptación	136
6. Cambio de puesto de trabajo.....	145
7. La suspensión contractual.....	146
8. La garantía de indemnidad en el riesgo durante el embarazo, parto reciente y lactancia natural	151
9. Conclusiones y propuestas.....	158
LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	163
<i>Julia Muñoz Molina</i>	
1. Introducción.....	163
2. Medidas tendentes a reducir la brecha de género	167
2.1. Periodos de cotización asimilados por parto	168
2.2. Beneficios por cuidado de hijos o menores	169
2.3. Prestaciones familiares en su modalidad contributiva.....	170
2.4. Periodos de maternidad o paternidad que subsistan a la fecha de extinción del contrato se asimilan a cotizados	174
3. Complemento de maternidad por aportación de demográfica	175
4. Prestaciones de Seguridad Social vinculadas con la maternidad.....	178
4.1. Maternidad	179
4.2. Paternidad.....	184
4.3. Riesgo durante el embarazo.....	187
4.4. Riesgo durante la lactancia natural	188
4.5. Cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave	189
4.6. Otras prestaciones de la Seguridad Social	190
5. El trabajo a tiempo parcial.....	194
5.1. Cotización y cómputo de los periodos de cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial	195
5.2. Determinación de la cuantía de las prestaciones económicas.....	197
6. Conclusiones y propuestas.....	200

PRESENTACIÓN

La igualdad entre mujeres y hombres es hoy un principio jurídico universal inserto en el ADN de la construcción europea. Han sido múltiples los recursos normativos, doctrinales, judiciales y económicos movilizados en las últimas cinco décadas para afrontar el grave problema de la discriminación por razón de género y que han posibilitado en Europa una sociedad más igualitaria. Sin embargo, persisten reductos de discriminación para las mujeres, como la violencia de género y la discriminación salarial, que siguen siendo consecuencia de la perpetuación de los roles de género. De forma simultánea, surgen otras formas de discriminación, asociadas al uso de las nuevas tecnologías y a los nuevos modelos de familia con impacto adverso sobre las mujeres.

En este largo camino de avance hacia la igualdad entre mujeres y hombres, podríamos identificar tres fases o períodos. Una primera fase abarcaría los años transcurridos desde 1975 a 1995, aproximadamente. En 1975 se invocó con éxito el principio de igualdad de retribución para defender a Gabrielle Defrenne, azafata de las líneas aéreas nacionales belgas, y este caso llevó a la adopción de las primeras directivas europeas sobre igualdad entre los sexos (igualdad salarial e igualdad en las condiciones de trabajo). Esencial fue, sin duda alguna, la doctrina del entonces TJCE relativa a igualdad salarial, la prohibición de discriminación indirecta, la prohibición de diferentes condiciones de trabajo (retributivas) para las trabajadoras a tiempo parcial, la prohibición de discriminación directa por embarazo, y la protección de la situación de embarazo y maternidad.

Entre nosotros, y al amparo de la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 CE, se lleva a efecto en esa época la regulación sobre el permiso de maternidad y la prohibición de atentados a la intimidad, incluyendo los de naturaleza sexual. Especialmente relevante sería la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la prohibición de discriminaciones salariales indirectas y a la tutela frente al despido por embarazo de la trabajadora.

Una segunda fase puede situarse en el período que transcurre de 1995 a 2005, que puede calificarse como el tiempo de la transversalidad del principio de igualdad y de las directivas antidiscriminatorias. Tras la

IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 y el Tratado de Ámsterdam, la igualdad entre mujeres y hombres sería un objetivo que debe integrarse necesariamente en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros, un principio fundamental del Derecho comunitario en virtud del Tratado (arts. 2 y 3.2) y refrendado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Desde la segunda mitad de la década de los años 90, en efecto, la dimensión transversal de la igualdad será *seña de identidad* del moderno derecho antidiscriminatorio, desde una concepción sectorial de la igualdad se pasará a un enfoque global (dirigido a integrar la igualdad en la vida económica, social y política) que se caracteriza, además, por ser dual, al combinar la integración del género en todas las políticas, y las acciones específicas o sectoriales.

Las directivas antidiscriminatorias del año 2000 integrarán en la tutela de la igualdad entre mujeres y hombres, la prohibición de discriminación directa e indirecta y del acoso sexual y por razón de sexo, junto con la admisión de la acción positiva en favor del sexo menos representado. Por su parte, la Estrategia Europea sobre Igualdad asumió por primera vez un enfoque integral y dual, imponiendo medir el impacto de género de todas las normas y acciones y la desagregación de datos por sexo, lo que ha conllevado un notable avance en la información disponible desde la perspectiva de género.

Finalmente, una tercera fase puede identificarse a partir de 2005, caracterizada por un proceso de refundición de la normativa antidiscriminatoria y por la incorporación de la lucha contra la violencia de género y la promoción de la paridad entre mujeres y hombres. Fruto de este proceso de refundición, se adoptó la vigente Directiva 2006/54/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Desde el año 2006, por otra parte, la lucha contra la violencia de género se insertaría en los planes europeos de acción para la Igualdad. Un elemento calificador de esta fase sería también el fomento de la presencia equilibrada o paridad en los consejos de administración de las empresas europeas.

En España, un año antes, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género fue, y sigue siendo, un referente en la materia en el ámbito del Derecho Comparado. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, integrará la transversalidad del principio de igualdad, la prohibición de discriminación directa e indirecta y del acoso sexual y del

acoso por razón de sexo, admitirá las acciones positivas y fomentará la paridad en el ámbito privado, es decir, la participación de las mujeres en los consejos de administración de las grandes empresas. Las medidas laborales más importantes promulgadas en esta época serán la promoción de la igualdad efectiva en la empresa a través de los Planes de Igualdad y el permiso de paternidad como derecho individual y exclusivo del padre.

En el contexto actual, la igualdad entre mujeres y hombres, además de referente sociolaboral, se concibe como un objetivo económico. Promover una mayor igualdad entre los sexos puede aportar ventajas económicas y empresariales, pues se afirmará que para lograr los objetivos de Europa 2020, es decir, un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, es preciso utilizar el potencial y los talentos de las mujeres de manera más extensa y eficaz.

Pues bien, a pesar de todos los recursos movilizados desde las instancias europeas y españolas los datos siguen insistiendo en mostrarnos una realidad de desigualdad entre hombres y mujeres en el empleo y las condiciones laborales. Desde esta perspectiva, se constata la menor participación relativa de las mujeres en el mercado de trabajo y, a pesar de que las mujeres han mejorado su nivel de formación en las últimas décadas y de que ellas se gradúan con mejores calificaciones y expedientes que sus compañeros, la tasa de empleo continúa estando lejos de alcanzar los objetivos de la estrategia Europa 2020. Igualmente, pese al paso del tiempo, constituye una variable presente en todos los análisis elaborados en la materia las referencias a la segregación horizontal y vertical del mercado de trabajo que, además, aparece estrechamente vinculada a índices superiores en la tasa de temporalidad y de contratos a tiempo parcial en el empleo femenino. Por otra parte, resulta preocupante el mantenimiento de las injustificables diferencias o desigualdades salariales existentes entre mujeres y hombres. Por último, y en contraste con las cifras sobre la participación equilibrada en el ámbito público, donde sí es apreciable un cambio en el número de parlamentarias y cargos públicos, situándose en niveles que están por encima de la media europea, en relación con el objetivo de lograr una participación equilibrada de mujeres en los consejos de administración de las grandes empresas, nos encontramos aún lejos de alcanzar ese 40% para 2020 propuesto por la Comisión de la UE en aras de incrementar la “diversidad de género”.

Todo ello explica que las distintas Estrategias y Planes Estratégicos para la Igualdad sigan asumiendo como objetivos superar todos los anteriores datos negativos sobre la situación profesional y de empleo de las mujeres. Desde esta perspectiva, es preciso destacar la necesidad de adoptar medidas

que incidan en las causas de la perpetuación de la discriminación (roles de género y reparto de las responsabilidades familiares, fundamentalmente) además de atender a nuevas formas de discriminación (ciberacoso) y a nuevas formas o situaciones familiares con impacto adverso sobre la igualdad de las mujeres. En suma, es preciso avanzar propuestas en favor de una mayor y mejor participación de las mujeres en el mercado de trabajo.

Ciertamente, hay que reconocer que el desarrollo de las políticas implementadas en este largo camino apenas descrito, necesitaba y creo que ha contado con una construcción dogmática sólida, pues, paradójicamente, la igualdad como principio jurídico se construye a través de desigualdades fácticas que se cuestionan dogmáticamente y se impugnan en sede judicial. Entre los principales hitos de este recorrido hacia la igualdad entre mujeres y hombres, hemos de situar el tránsito desde la igualdad formal a la igualdad efectiva a través de la prohibición de la discriminación indirecta y la admisión de las acciones positivas, y desde la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades (gracias a la transversalidad del principio de igualdad) y finalmente a la igualdad de resultados, que se expresa en los mandatos de paridad en el ámbito público y de fomento de la paridad en el privado, concretamente en los órganos de dirección de las empresas.

En definitiva, la labor doctrinal ha sido y debe seguir siendo un instrumento necesario para descubrir los obstáculos a la igualdad real y efectiva, y para la propuesta de soluciones. Esta es, sin duda, la intención que guía la realización de este trabajo conjunto por profesoras del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba.

Las doctoras Benavente Torres, Muñoz Molina, Rodríguez Copé y Rodríguez Crespo con una larga experiencia docente e investigadora en los ámbitos de la prevención de riesgos laborales, la Seguridad Social, las condiciones de trabajo y el mercado de trabajo, abordan en este libro la situación de la mujer en estas parcelas de su especialidad. El objetivo de todas nosotras ha sido, fundamentalmente, aportar soluciones que permitan avanzar hacia mayores cotas de igualdad de las mujeres en las relaciones laborales.

Córdoba, octubre de 2016

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO PARA MEJORAR LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS MUJERES: POLÍTICAS PÚBLICAS EN RETROCESO Y DERECHOS INDISPONIBLES EN TIEMPOS DE CRISIS

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Córdoba

1. Las políticas activas de empleo destinadas a mujeres: avance en las políticas cualitativas de empleo

Las políticas activas de empleo son el instrumento idóneo de la política de empleo para alcanzar el objetivo de fomentar la inserción laboral de la mujer en el actual mercado laboral y para el mantenimiento del puesto de trabajo una vez conseguido. Ello es debido a que pueden centrarse en varios ámbitos directamente relacionados con el empleo, como son la orientación, la formación, el empleo propiamente dicho, esto es, la contratación, así como el mantenimiento del puesto de trabajo ya obtenido y el autoempleo. La crisis económica que viene sufriendo nuestro país desde hace años, ha agravado la situación laboral de la mujer, produciéndose una regresión muy importante para éstas. Según cifras y estimaciones del Informe de OIT de 2015 relativo a la situación del empleo a escala mundial, las formas de exclusión y de pobreza provienen del trabajo a tiempo parcial, de los contratos de duración determinada, del trabajo en la economía informal y de los trabajos familiares no remunerados. Una vez más en este punto, el análisis de los datos con perspectiva de género arroja como resultado que las mujeres continúan moviéndose en estos estratos del mercado de trabajo, lo que les conduce a mayores niveles de pobreza y

exclusión¹. En nuestro país, los datos sindicados muestran un aumento de la contratación de las mujeres de más de cincuenta años, unido a un aumento de la contratación a tiempo parcial de este grupo de población y del subempleo femenino², los cuales vienen a confirmar que la mujer ha sido, en los últimos años, la principal víctima del incremento de la desigualdad en España³.

Las políticas activas de empleo pueden desarrollarse, tanto a nivel estatal como autonómico y son la vía mediante la cual se pueden crear programas específicos de fomento de la inserción laboral de personas que cuentan con dificultades para acceder al mercado laboral, como pueden ser las mujeres. Las Comunidades Autónomas pueden jugar un papel relevante en el diseño y aplicación de dichas políticas, debiendo tener en cuenta siempre los objetivos establecidos en la Estrategia Española de Activación para el Empleo y los de la normativa estatal de aplicación (art. 23.2 TRLE). Según la configuración actual de la Estrategia, contenida en el art. 4 bis de la Ley de Empleo, uno de los objetivos en materia de política activa de empleo es la “Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo” (eje 4 de la Estrategia), que comprende las actuaciones dirigidas a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso y permanencia y promoción en el empleo.

Abordar las acciones en materia de empleo destinadas a aumentar la inserción laboral de las mujeres en una etapa política y económica como la actual, de eliminación paulatina de la política de igualdad, de falta de referente sobre medidas de fomento del empleo de las mujeres en los Programas Nacionales de Reformas y en los Planes Nacionales de Empleo de los últimos cuatro años, se torna complejo. En nuestro estudio partimos de la base de que, actualmente, no existe en España una política de fomento del empleo femenino, como si existe, por el contrario, en relación con otro grupo de trabajadores como los jóvenes, fruto de la línea abierta en este sentido por la Unión Europea a través del programa de Garantía Juvenil.

¹ RAMOS QUINTANA, M.I. *El futuro del trabajo y las mutaciones del empleo*. Revista Trabajo y Derecho. Nº 11. 2015, págs. 13-14.

² ALONSO, N./ TRILLO, D. *La crisis del Estado del bienestar y sus repercusiones sobre la situación sociolaboral de las mujeres*. Revista de Economía Crítica. Nº 20. 2015, pág. 152.

³ PEREZ DEL RIO, T. “Las políticas de incentivación y mejora del empleo femenino: entre la inadecuación y la insuficiencia”, en AA.VV. *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*. Liber amicorum en honor a la profesora Rosa Quesada Segura. Monereo Pérez/ Márquez Prieto (Direct.). Monografías de Temas Laborales. Nº 56. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2016, pág. 857.

Las actuaciones en este sentido son parcas y se encuentran muy mediatizadas por la situación económica actual. Y a partir de este ello, realizaremos un análisis actualizado de las políticas activas de empleo orientadas a mujeres que se están realizando en nuestro país y cuyo diseño confluyen elementos de variado orden que deben tenerse en cuenta de manera holística para poder entender las transformaciones que está sufriendo el modelo de empleo español en lo que a la incorporación de la mujer al mercado laboral se refiere⁴.

El objeto de nuestro estudio será, pues, exponer aquellos elementos que confluyen para configurar las actuales políticas activas de empleo orientada a mujeres y proponer actuaciones en este sentido para su mejora, en aras de alcanzar la pretendida inserción laboral igualitaria y de calidad de las mujeres en nuestro país.

2. Las políticas de empleo orientadas a mujeres: elementos a tener en cuenta de forma previa.

La cantidad y la calidad en el empleo de la mujer en España está fuertemente influenciada por un cúmulo de elementos, que, conectados entre sí, permiten entender la configuración actual de la política de empleo orientada a las mujeres. La necesaria integración de las políticas de igualdad de oportunidades y las políticas de igualdad, el *mainstreaming* de género, las líneas de actuación impuestas por la legislación de la Unión Europea en materia de empleo y, de forma especial, la imperiosa necesidad de alcanzar los objetivos previstos en la Estrategia Europa 2020, van a configurar un panorama complejo, no siempre encaminado a reducir la tendencia hacia la segmentación y segregación del mercado de trabajo en España y otras formas de desigualdad o de discriminación en el empleo, como la brecha salarial.

2.1. La Política de igualdad de oportunidades a nivel europeo

En los cimientos de la Unión Europea ha existido desde siempre una contradicción latente entre la escasa intensidad del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y la exigua incidencia de la intervención de

⁴ No nos detendremos sin embargo en analizar las medidas de fomento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas por exceder del ámbito de este estudio, aunque las actuaciones llevadas a cabo son similares por lo general a las efectuadas por el Gobierno central (bonificaciones a la contratación, sin programas específicos de empleo para la mujer).

las instituciones comunitarias sobre un tema tan importante como el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación⁵, debido principalmente, a la ausencia de base en los Tratados Fundacionales. El primigenio desarrollo de la legislación comunitaria se centrará en dos ámbitos relacionados con dicha prohibición, como son el principio de libre circulación de trabajadores y la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo. El Tratado de Ámsterdam supuso el punto de inflexión para la configuración de las actuales políticas comunitarias de empleo de la mujer, ya que por primera vez se constitucionaliza el principio de igualdad de trato y de oportunidades, lo que supone un cambio sustantivo⁶ del panorama de referencia en la política de empleo para la inserción de las mujeres en el mercado de trabajo⁷.

Actualmente, el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante), incluye dentro de los valores en los que ésta se fundamenta el de la igualdad entre mujeres y hombres, siendo la relativa a la mejora de las oportunidades de acceso al mercado laboral y al trato en el trabajo uno de los elementos claves para alcanzar los objetivos de política social previstos en el art. 151 TFUE (art. 153.1, i) TFUE). También en el marco de la legislación “*soft*” se luchado contra la discriminación. Las emblemáticas Directivas 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, 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, fueron un antes y un después en la lucha contra la desigualdad de las mujeres en el ámbito laboral, suponiendo la armonización de las legislaciones nacionales respecto del principio de igualdad de trato en atención a conductas relacionadas con el mercado laboral y las condiciones

⁵ En este sentido se ha manifestado CRUZ VILLALON, J. “Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario”. AA.VV. *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*. Aranzadi. Pamplona. 1997, pág. 33 y ss.

⁶ En opinión de LOPEZ LOPEZ, J. / CHACARTEGUI JAVEGA, C. *Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Ámsterdam*. Revista Española de Derecho del Trabajo 99/2000, pag. 20.

⁷ RODRIGUEZ PIÑERO, M./ CASAS BAAMONDE, M.E. *Por una Constitución Europea*. Relaciones Laborales II/1995, pág. 5.

de trabajo. Actualmente, es la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, la que garantiza la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, si bien la legislación europea es prolija en este sentido⁸.

2.2. El *mainstreaming* de género

La igualdad de género es, pues, un derecho fundamental y un valor común para todos los países que conforman la Unión Europea, tal y como lo contempla el art. 2 del Tratado de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, constituyéndose en uno de los valores sobre los que ésta se construye. No obstante, la integración de la dimensión de género en las políticas europeas ha sido fruto de un largo periplo, que se inicia con la adopción por la Comisión Europea en 1996 del enfoque del *mainstreaming* o transversalidad de género, cuyo objetivo no era sustituir la política de igualdad de oportunidades, sino servir de complemento a la misma.

El *mainstreaming* de género se define por el Consejo de Europa como un instrumento para “la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore a todas las políticas, a todos

⁸ Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo; Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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 (Texto pertinente a efectos del EEE); Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 79/7/CEE del Consejo, 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; Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social

los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas”⁹. Implica no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la adopción de medidas específicas a favor de las mujeres, sino de movilizar todas las medidas y políticas generales específicas con el propósito de lograr la igualdad¹⁰.

La estrategia de *mainstreaming* de género nace con la intención de iniciar un proceso de cambio social, que implicaba importantes retos en la concepción de las políticas, en las instituciones responsables, en la forma de administrar los recursos y en las relaciones interpersonales¹¹. Fue asumido explícitamente por la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de las Naciones Unidas, reunidas en Pekín en 1995 y en ella se requiere a los gobiernos y otros actores “a promocionar una política activa y visible del *mainstreaming* de género en todas las políticas y programas para que antes de que se tomen las decisiones se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres respectivamente”¹². La, entonces, Comunidad Europea asume los compromisos adoptados en la Naciones Unidas y se compromete a que sus políticas y programas se centren en medidas favorables al reconocimiento del papel fundamental desempeñado por las mujeres en los procesos sociales, económicos y políticos, a la participación de las mujeres en la gestión del poder y a su acceso a la independencia económica, debiéndose adoptarse medidas específicas para garantizar la integración de la cuestión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas de la Unión¹³. Ello implicó, a nuestro entender, un cambio trascendental en materia de igualdad de género, en el sentido de que el ámbito de aplicación del derecho a la igualdad se amplía y se exige la aplicación de una perspectiva de género a nivel global y no un enfoque limitado exclusivamente a los problemas de

⁹ CONSEJO DE EUROPA. *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”*. Informe final de actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming* (EG-SMG). Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie documentos, n°. 28. Madrid. 1999, pág.26.

¹⁰ COMISION EUROPEA. *Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*. COM (1996) 67 final.

¹¹ CASTRO GARCIA, C. *Introducción al enfoque integrado o *mainstreaming* de género. Guía Básica*. Instituto Andaluz de la Mujer. Junta de Andalucía. Pág. 368.

¹² Ver Plataforma de Pekín, párrafos 79, 105, 123, 141, 164, 189, 202, 229, 238, 252, 273.

¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo de 1 de junio de 1995 - distribución y participación equitativas: para una nueva relación entre hombres y mujeres; prioridades de la Comunidad Europea para la Cuarta conferencia mundial de las Naciones Unidas sobre la mujer (Pekín, septiembre de 1995) [COM (1995) 221 - no publicada en el Diario Oficial].

las mujeres. Posteriormente, la Unión Europea ha asumido expresamente este compromiso a través de diversos instrumentos legislativos, como el Quinto Programa de Acción Comunitaria (2001-2005)¹⁴ y el Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres (2005-2010)¹⁵. Hoy el *mainstreaming de género* está plenamente vigente y de actualidad con la adopción de la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015)¹⁶, que conecta con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en materia de incremento de la tasa de empleo femenino y que pretende promover la igualdad en el marco de la estrategia Europa 2020.

En relación con las políticas de empleo, la incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante va a determinar la eliminación de políticas sectoriales, que consideran a la mujer como un colectivo cuyas necesidades especiales hay que atender por ser diferentes a las que puede tener la población masculina, así como a incluir la dimensión de género como dimensión que debe estar presente en el conjunto de políticas y actuaciones en materia de empleo¹⁷. Ello implica un examen sistemático de todas las medidas que afectan a la vida cotidiana, analizando las causas y evaluando los posibles efectos (como la organización del trabajo o el establecimiento de horarios escolares, etc.), los cuales pueden tener diferente impacto y significado en las vidas de los hombres y mujeres y que deben ser tenidos en cuenta si el objetivo es promover la igualdad de género¹⁸. Las consecuencias que ello haya podido tener en la generación de políticas de empleo específicas para mujeres será analizado con posterioridad.

¹⁴ Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006).

¹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 [COM (2006) 92 final - No publicada en el Diario Oficial].

¹⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 [COM(2010) 491 final - no publicada en el Diario Oficial].

¹⁷ CARRASQUER, P. "Las mujeres en las políticas de empleo" en AA.VV. *Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014*. Fausto Miguélez (coord.). Centre d'Estudis Sociològics sobre la Vida Quotidiana i el Treball. 2015. Capítulo 1. Pág. 1. Disponible en: <http://ddd.uab.cat/record.14865>

¹⁸ SECRETARIA GENERAL DE POLITICAS DE IGUALDAD. *Guía para la incorporación de la perspectiva de género*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

2.3. La Política de igualdad de oportunidades en el marco de la Estrategia Europa 2020

En el caso de la Unión Europea, se han venido sucediendo por parte de las Instituciones europeas un sinnúmero de programas y estrategias encaminados todos ellos a conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, precisamente porque dicha igualdad sigue ausente, a pesar de la inclusión de la transversalidad de género en las políticas públicas. En 2006, el Consejo Europeo adoptó el primer Pacto Europeo por la Igualdad de Género¹⁹, que fue sucedido por el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), con la finalidad de abordar los desafíos actuales en materia de igualdad y de garantizar que se integrara la dimensión de género en todos los ámbitos de actuación, en particular en el contexto de la Estrategia Europa 2020.

La Estrategia Europa 2020 define actualmente la ruta de actuación para el crecimiento de la Unión Europea, a través de la creación de un nuevo modelo económico basado en un crecimiento más inteligente, sostenible e integrador. Como parte de sus objetivos se establece que el 75% de la población en edad de trabajar tenga un empleo en 2020, dentro de cuyo porcentaje se incluyen, claro está las mujeres, especialmente afectadas por la crisis económica. Desde entonces, se han sucedido diferentes actuaciones para conseguir que la igualdad entre hombres y mujeres fuera una realidad en dicho año, tales como la *Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015)* y el *Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020)* y sigue en la mente de las Instituciones Europeas la necesidad de luchar contra la discriminación de la mujer, tal y como lo demuestra la reciente Resolución de 9 de junio de 2015 del Parlamento Europeo sobre la Estrategia de la UE para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015²⁰, en el que se aboga por la necesidad de elaborar una nueva estrategia específica para los derechos de la igualdad de género en Europa.

¹⁹ 2011/C 155.02. DO C 155/10, de 25.5.2011.

²⁰ 2014/2152 (INI). P8_TA (2015) 0218.

3. El acceso de la mujer al mercado de trabajo: el principio de igualdad y no discriminación en asuntos de empleo y ocupación

3.1. El principio de igualdad en materia de empleo y ocupación en la normativa de la Unión Europea

El artículo 157, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proporciona la base jurídica específica para la adopción de las medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. También los arts. 21 y 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíben toda discriminación por razón de sexo y consagra el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

En relación con el empleo y la ocupación, garantizar la igualdad en el acceso al empleo y la formación profesional capacitadora se ha considerado esencial para la aplicación del principio de igualdad de trato, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la 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. Garantizar la igualdad en el acceso al empleo y a la formación profesional con independencia del sexo, es esencial para la aplicación de este principio. Es por ello por lo que el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE, prohíbe el ejercicio de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores públicos o privados, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción .

No cabe duda que la discriminación indirecta hacia las mujeres es la forma de discriminación más difícil de detectar en la práctica²¹. Para tener conciencia de las dificultades que conlleva la detección de este tipo de discriminación hay que tener en cuenta que aquí no se valora el uso como factor diferencial de uno de los prohibidos, porque en apariencia esa utilización no se produce, sino la intensidad del efecto del uso de un factor aparentemente neutro y, en principio, legítimo, en la adopción de determinada medida, al aplicarse dicha medida a un colectivo determinado, caracterizado por una situación histórica de discriminación. En este caso, el carácter discriminatorio o no de una determinada medida que impacta de forma desfavorable sobre el colectivo femenino debe medirse en función de la proporcionalidad del resultado perjudicial, de tal manera que un factor de diferenciación originariamente legítimo puede dejar de serlo si resulta demasiado costoso en términos de agravación de la situación discriminatoria de un colectivo tradicionalmente marginado y carece de razonabilidad para perseguir los objetivos buscados por el sujeto activo de la conducta o medida. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de septiembre de 1999, Asunto Krüger, fue pionera en este sentido, al entender que la exclusión de los trabajadores con un “empleo menor” del derecho a una prima especial por Navidad era un supuesto de discriminación indirecta hacia las mujeres, dado que este tipo de empleo era tradicionalmente realizado por mujeres. El Tribunal estimó que si la medida afecta a un porcentaje considerable mayor de mujeres que hombres deberá llegarse a la conclusión de que dicha disposición es contraria al art. 141 TCE porque constituye y es una discriminación indirecta.

No obstante, pesar de que la Directiva 2006/54/CE, prohíbe el ejercicio de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en todos los sectores, en lo que a las condiciones laborales y de contratación se refiere, debe tenerse en cuenta que existe una jurisprudencia asentada que permite al empresario adoptar medidas empresariales de aplicación desigual para mujeres y hombres, siempre que exista una justificación objetiva para ello. En este caso, será el juez nacional el que deberá determinar, apoyándose en los criterios ya adoptados por el TJUE, si la medida que crea la desigualdad entre mujeres y hombres es o no, discriminatoria.

²¹ Sobre el concepto de discriminación directa e indirecta puede consultarse el reciente trabajo de NAVARRO NIETO, F. *El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria*. Temas Laborales, nº 130. 2015, págs.8 y 9.

Desde la sentencia sobre el asunto Bilka²², el Tribunal de Justicia europeo ha indicado que, frente al hecho probado de la existencia de una desigualdad que afecta a una o varias personas, el empresario puede demostrar que la medida susceptible de ser considerada como discriminatoria está justificada objetivamente por un motivo legítimo, necesario y proporcionado. A partir de este pronunciamiento se crea una jurisprudencia asentada en la que se reitera por parte del Tribunal de Justicia europeo que, para que una medida empresarial pueda suponer en la práctica algún tipo de diferencia de trato o desigualdad, debe reunir una serie de elementos que permitan erradicar toda sospecha de discriminación directa o indirecta.

En primer lugar, para que una decisión empresarial que afecta de manera desigual a mujeres que a hombres no sea considerada como discriminatoria, debe poder ser entendida como objetiva. La medida o disposición se considera objetiva “si ella se inscribe en el curso de medidas que aspiran a aliviar las obligaciones de las pequeñas empresas, las cuales juegan un rol esencial en la creación del empleo” (STCE Asunto Kisammer-Hack)²³. Según el Tribunal de Justicia europeo, el criterio objetivo debe ser extraño a toda discriminación, y permite aceptar todo tipo de razones, como puede ser la flexibilidad en el horario de trabajo, la promoción del empleo o la formación profesional. Así, por ejemplo, en la sentencia sobre el asunto Enderby, la mala situación del empleo se admitió como causa para justificar las diferencias en la retribución de los trabajadores masculinos y femeninos²⁴. Los argumentos relacionados con la gestión de la empresa y con las exigencias relacionadas con la marcha del empleo pueden ser utilizadas de forma amplia. El Tribunal europeo permite que la justificación provenga de cualquier vía, como puede ser la legislación nacional, las directrices sobre política social, etc. La justificación pues, no debe ser subjetiva, no debe estar ligada a la persona por ella misma. Si la justificación invocada por el empresario es susceptible de relacionarse con alguna característica del individuo sobre el que recae la medida empresarial (sexo, religión, estado civil, etc.), corre el riesgo de ser discriminatoria, particularmente en los casos de discriminaciones indirectas o en los que las medidas empresariales se dirigen contra un colectivo desfavorecido de trabajadores determinado por las estadísticas, como pueden ser las mujeres. Por ello, el Tribunal Europeo

²² STJCE 13-5-1986. Bilka, Caso C-189/84.

²³ STJCE Kisammer-Hack. C-30/1993.

²⁴ STJCE 27-10-1993 (Enderby). C-127-92.

no aceptó en la sentencia Bilka que el empresario invocase la mala calidad de trabajo de las mujeres como justificación el trato desigual que pretendían aplicarles.

Como segundo elemento a concurrir, el Tribunal de Justicia europeo mantiene la necesidad de que la finalidad de la decisión empresarial que crea desigualdad sea legítima, reservándose al juez la posibilidad de apreciar su realidad y su adecuación, en función de la talla de la empresa²⁵, del sector empresarial, etc., ante un caso concreto.

La justificación económica se encuentra muy aceptada dado que el desarrollo económico, en el curso de la competitividad económica de la Unión europea es un objetivo primario y así legítimo para ser considerado como razón objetiva de las desigualdades. Así, el TJUE ha admitido como válidas las razones empresariales que se fundan en las obligaciones específicas a las que tienen que hacer frente las empresas como medio de justificar las diferencias de protección entre los trabajadores²⁶.

El control de la legalidad de la medida puede cumplir una función negativa. Si un empresario no convence al juez de la objetividad de sus motivos, el juez puede deducir fácilmente que la finalidad subyacente es discriminatoria²⁷. Por ejemplo, en la sentencia sobre el asunto Danfoss, el Tribunal consideró que la justificación de la medida empresarial basada en el sistema de remuneración de la empresa no podía ser admitido como razón objetiva para atribuir distinta retribución a los trabajadores masculinos y femeninos.

Por último, el control del carácter necesario y proporcionado de la medida empresarial que genera la desigualdad de trato entre trabajadores de la misma empresa es otra forma de evaluar su adecuación con los objetivos perseguidos. El juez debe verificar, por ejemplo, que el sistema de remuneración que se pretende implantar permite atraer a los candidatos al puesto de trabajo o que permite compensar la flexibilidad en la organización del trabajo, o que el sistema de primas pretende evitar el absentismo laboral²⁸.

²⁵ MOREAU, M. A. *Las Justificaciones de las Discriminaciones*, op.cit. pág. 163. Por ejemplo, la justificación económica es una de las razones más aceptadas por el Tribunal de Justicia de la UE.

²⁶ STJCE Kirshammer Hack. C-189-91.

²⁷ MOREAU, M.A. Les justifications des discriminations. *Droit Social* 12. 2002, pág. 1115.

²⁸ SSTJCE Enderby, Danfoss, citadas.

El control del carácter necesario de las medidas permite verificar la realidad de éstas y evitar que las justificaciones reposen en modelos estereotipados de comportamiento que se ponen de manifiesto en las empresas, como pueden ser motivos comerciales²⁹. El control estricto de la exigencia de una relación de causalidad directa entre la justificación y los objetivos legítimos invocados por el empresario es extremadamente importante, sobre todo en los casos en los que la presunción de discriminación está basada en el sexo, la raza o la etnia del trabajador.

Todos estos elementos deben ser tomados en consideración por el juez nacional a la hora de valorar si una determinada decisión empresarial que genera una desigualdad entre trabajadores por motivos personales, como puede ser el género, es o no discriminatoria.

3.2. El principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, la formación profesional y la intermediación laboral en nuestro ordenamiento jurídico

Como es de todos conocido, nuestro ordenamiento consagra en el artículo 14 de la Constitución Española el principio general de igualdad, coherentemente con la normativa internacional ratificada por España (Convenio n° 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958)³⁰ y con la legislación en materia de igualdad emanada de la Unión Europea (Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE).

En materia de política de empleo, nuestro ordenamiento garantiza el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el art. 4.2,c) del Estatuto de los Trabajadores, manifestación del principio que abarca todo el ámbito de las relaciones laborales (arts. 17, 24, 28 y 68 del Estatuto de los Trabajadores, entre otros muchos). Asimismo, dicho principio se contiene en otras normas de contenido laboral, siendo la más emblemática la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad. Según el Tribunal Constitucional, si bien no existe en nuestro ordenamiento un principio absoluto de igualdad

²⁹ MINÉ, M. Le droit communautaire dans la pratique du droit social. Droit ouvrier. 2000.

³⁰ Ratificado por España en 1967 y que concibe la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1.1,a), obligando a los Estados firmantes a llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, con objeto de eliminar cualquier forma de discriminación a este respecto

de trato, sin embargo, del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores se desprende que su aplicación informará toda la vida de la relación entre el empresario y el trabajador, prohibiéndose el trato discriminatorio fundado en alguna de las causas que expresamente se prevén en el precepto como factores diferenciales³¹.

Dentro de la política de empleo, la política de colocación e intermediación laboral debe permitir el acceso al empleo de la mujer en igualdad de condiciones que los hombres. En este ámbito, en coherencia con los principios impuestos por la Unión Europea, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, la actuación de los agentes de colocación, públicos y privados, está sujeta al principio de igualdad y no discriminación. Este constituye un principio básico de actuación en materia de intermediación laboral, tal y como se desprende, tanto del artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores, como en los artículos 34 y 35 del Real Decreto-legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Empleo (LE, en adelante). De este modo se garantiza legalmente que la intermediación laboral como conjunto que es de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan empleo, para su colocación, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos. Y ello con independencia de que la intermediación se lleve a cabo por agentes públicos (servicios públicos de empleo y agencias públicas de colocación) o privados de colocación (agencias privadas de colocación), dado que el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores les confiere la condición de garantes de la igualdad en el acceso al empleo en su ámbito de aplicación, no pudiendo establecer discriminación alguna, ni directa ni indirecta, por motivos, entre otros, de sexo, siempre que los trabajadoras se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Es por ello que los agentes de la intermediación laboral, en su condición de garantes de la igualdad en el acceso al empleo de las mujeres deben prestar especial atención a los requisitos exigidos a los candidatos en las ofertas de empleo, teniendo la obligación de comunicar a quienes la hubieran formulado en el caso de que apreciaran algún elemento discriminatorio. El artículo 35 LE considera discriminatorias las ofertas

³¹ STC 34/84, de 9 de marzo.

referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. Y, en todo caso, también se considerará como tal, las ofertas referidas a unos de los sexos basadas en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico. Apreciada por el agente de intermediación que una oferta es discriminatoria para las mujeres, debe dirigirse al oferente y indicarle la necesidad de modificar las condiciones de la oferta de empleo para eliminar la desigualdad latente. En el caso de que no sea así, debe darse traslado de la infracción a la Inspección de Trabajo para que actúe en consecuencia. No obstante, el principio de no discriminación por razón de género en política de colocación, resulta compatible con la determinación de distinciones en materia de acceso al empleo, que puede provenir tanto del legislador, como de la negociación colectiva, opción permitida por el artículo 17.3 del Estatuto de los Trabajadores, al permitir al Gobierno regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores o trabajadoras demandantes de empleo.

Asimismo, podrán otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades para acceder al empleo, como pueden ser las mujeres. De hecho, es ésta una de las medidas estrella en la política de empleo actual, al incentivarse la contratación de mujeres con mayores reducciones en las cuotas a la Seguridad Social de las que se prevén para la contratación de los hombres (como se analizará en un apartado posterior).

La negociación colectiva es otro de los ámbitos en los que se pueden establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesionales. A tal efecto, podrán establecerse reservas y preferencia en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate (art. 17.4 ET).

4. Configuración de las políticas de empleo destinadas a mujeres en España: la dependencia de Europa

Para comprender la situación actual en la que se encuentra la política de empleo destinada a mejorar la inserción laboral de las mujeres, debe tenerse presente que nuestro país debe contribuir a alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 y que, entre ellos, como vimos, no existe el de aumentar la empleabilidad de las mujeres, sino el más amplio de alcanzar el

75% de la población empleada en 2020, sin distinción entre mujeres y hombres. Ello determina que los Programas Nacionales de Reforma realizados por nuestro país y que son la principal herramienta de concreción para la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 a nivel nacional, no contengan medidas tendentes a mejorar la empleabilidad de la mitad de la población española. Desde el año 2012 la mejora de la empleabilidad de las mujeres deja de ser un objetivo prioritario en el diseño de las políticas de empleo. A ello han contribuido a ello las Recomendaciones realizadas por la Comisión Europea a nuestro país relativas a los Programas Nacionales de Reformas desde la aprobación en 2010 de la Estrategia Europa 2020 y en las que se identifica aquellos problemas que pueden estar influyendo en que no se alcancen los resultados previstos por aquélla. Si bien, en todos las Recomendaciones que se han realizado a España, las referencias a mejorar las políticas activas de empleo han sido constantes, la lucha contra el desempleo femenino no aparece entre las medidas a adoptar, como sí lo ha sido respecto de otro colectivo, como es el de los jóvenes. Como ejemplo puede citarse la Recomendación de 8 de julio de 2014, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2014 en España³², en la que se solicita al Gobierno “*que mejore la eficacia y focalización de las políticas activas del mercado de trabajo, incluidas las ayudas a la contratación, sobre todo para quienes tienen más dificultades para acceder al empleo*”, indicándole tan solo indirectamente que mejore las medidas de política de empleo dirigidas a las mujeres, en la medida en que pueden incluirse entre aquellos que tienen mayor dificultad en el acceso al empleo.

Esta ausencia de recomendaciones por parte de las Instituciones Europeas, unido a la opción de los distintos gobiernos nacionales de no adoptar líneas de actuación propias en este sentido, determina que los Programas Nacionales de Reforma de 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 no contengan referencia alguna a la mujer y la mejora de su inserción laboral a través de medidas concretas que fomenten su inserción laboral. Los citados Programas no son más que la mera concreción de las recomendaciones efectuadas por la Comisión para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, que han sido seguidas fielmente por nuestros gobiernos, sin introducir otros aspectos que también es necesario abordar, como es el del empleo femenino.

³² DOCE C 217/81, de 30 de julio de 2013.

Este desmantelamiento de las políticas de fomento de la inserción laboral de la mujer, ha pretendido paliarse con la adopción por el Gobierno en 2014 de un nuevo Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, para el periodo 2014-2016, que continúa la senda abierta por Planes anteriores. En él se contienen los objetivos y medidas prioritarios para eliminar las discriminaciones por razón de sexo que puedan persistir y para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres. Si bien uno de los objetivos estratégicos es el ya clásico “reducir las desigualdades que aún existen en el ámbito del empleo y la economía, con especial incidencia en las desigualdades retributivas”, no se infiere del contenido de las medidas un avance importante en la mejora de la inserción laboral de las mujeres. Las actuaciones previstas no han tenido desarrollo posterior por parte de los Ministerios encargados de aplicar las medidas por lo que, en la práctica, su eficacia ha sido nula.

5. Políticas de empleo cualitativas para garantizar el acceso al mercado de trabajo en igualdad de oportunidades

5.1. Las acciones positivas. Especial referencia a los Planes de Igualdad

Las acciones positivas son medidas especiales de carácter temporal que permiten dar solución a las discriminaciones de las que pueden ser objeto las personas por cualquier motivo, como puede ser el género. Garantizan la igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres, corrigiendo situaciones de victimización mantenidas a lo largo de los años en todo tipo de culturas y sea cual sea el nivel de desarrollo de los distintos Estados³³. Permitidas a nivel internacional por el Convenio núm.111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y las Directivas 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo³⁴, se configuran como un instrumento idóneo para

³³ PEREZ DEL RIO, T. “Las políticas de mejora e incentivación...”. Op. Cit. Pág. 858.

³⁴ Dicha Directiva permite la adopción de medidas que tiendan a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, aquellas que evitan las desigualdades de hecho que afectan a las mujeres en el campo de acceso al empleo, promoción y formación profesional, condiciones de trabajo y seguridad social (art. 2.4 D. 76/207/CEE).

coadyuvar junto con los otros ya expuestos, en la búsqueda y consecución de la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral.

En el plano nacional, primero el Tribunal Constitucional y después el legislador, legitiman la utilización de las acciones positivas como medio para eliminar la desigualdad por razón de sexo. La STC 128/1987, de 16 de julio, marca un punto de inflexión en la abundante doctrina sobre esta materia³⁵, al permitir el abono de complementos retributivos a trabajadoras con hijos menores de seis años, mientras que los hombres con hijos de esa edad solo los percibían si eran viudos. En una sentencia posterior, la nº 269/1994, de 3 de octubre, el TC permite la reserva de puestos de trabajo a favor de un colectivo como el de las mujeres por encontrar éste grandes dificultades en el acceso al empleo, sin que ello pueda entenderse discriminatorio. Las medidas de acción positiva se convierten así, en instrumentos de promoción de la igualdad de oportunidades, coherentes con el art. 9.2 de la CE, dado que lo que se pretende es alcanzar una igualdad sustancial de aquellas personas que están en una situación de partida desfavorable³⁶.

La regulación normativa de las acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades se concreta en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOI), la cual estipula que “*con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*”, por lo que permite a las personas físicas y jurídicas privadas adoptar este tipo de medidas en los mismos términos, pudiendo implantarse a través de la negociación colectiva (art. 11.2 LOI). Tradicionalmente, las medidas de acción positiva adoptadas para incentivar y diversificar el empleo femenino han sido de tipo formativo, encaminadas a la mejora de la formación de las mujeres de forma general o puntual respecto de determinadas profesiones fuertemente masculinizadas y también mediante la utilización del sistema de “cuotas” de reserva para la contratación de mujeres en aquellos puestos de trabajo en los que se encontraba subrepresentada, permitidas en nuestro

³⁵ MENDOZA NAVAS, N. “Acciones positivas: instrumento para eliminar las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales”, en *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*. Martín Lopez, T./ Velasco Retamosa, J.M. (Coords). Civitas. 2014, pág. 175.

³⁶ Otras sentencias similares abordaron este tema. Pueden consultarse, por emblemáticas, las sentencias 38/1986, de 21 de marzo y 317/1994, de 28 de noviembre.

ordenamiento por el art. 17.4 ET y utilizadas en la práctica sobre todo en la contratación del sector público.

Actualmente, creemos que las medidas de acción positiva que mejores resultados están obteniendo a la hora de incentivar el acceso al empleo de calidad de las mujeres, son los Planes de Igualdad, al permitir la eliminación de barreras que dificultan el acceso de las mujeres a determinadas profesiones y puestos de trabajo cualificados, en igualdad de condiciones que los hombres. Por su contenido, los planes de igualdad son una medida de acción positiva que puede favorecer el acceso al empleo de las mujeres, mediante la inclusión de cláusulas de acceso al empleo que les otorguen preferencia o que traten de eliminar los obstáculos que les impiden a puestos de trabajo cualificados. Constituyen la plasmación de las obligaciones actitudinales que el artículo 43 de la Ley Orgánica de Igualdad impone a los empresarios en materia de igualdad de trato y de oportunidades de las mujeres en el ámbito laboral. Esto es, se impone la necesidad de que mantengan una actitud activa y no pasiva en relación con la aplicación de este principio en la empresa, debiendo adoptar una postura negociadora y, si fuera posible, acordar con los representantes de los trabajadores medidas que corrijan la situación de desventaja de las mujeres en la empresa³⁷.

Formalmente, los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación y que tienden 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 LOI). Sólo las empresas que cuenten con un censo laboral superior a doscientos cincuenta trabajadores tienen la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad (art. 45.2 LOI)³⁸.

En relación con los grupos de empresa, que cuentan por lo general, con plantilla que exceden en su conjunto del tope máximo de personal para que exista la obligación de negociar un plan de igualdad, no están obligadas legalmente a negociar un plan de igualdad para todo el grupo. En estos casos, la aplicación estricta de la norma implica que, si alguna de las

³⁷ GALLARDO MORA, R. *Los nuevos Planes de Igualdad en la empresa: un análisis de las primeras experiencias*. Revista de Derecho Social, nº 48. 2009, pág.85.

³⁸ FABREGAT MONFORT, G. *Los Planes de Igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. 2007, explica cómo debe computarse el censo de trabajadores en empresas con plantilla fluctuante.

empresas del grupo cuenta con una plantilla superior a 250 trabajadores, tendrán la obligación de negociar el plan, mientras que no lo tendrían los que tuvieran una plantilla inferior. No obstante, creemos que pueden ser más ventajoso para los trabajadores del grupo de empresa la negociación de un plan de igualdad conjunto para todas las empresas que lo conforman, sin perjuicio de que puedan incluirse en él compromisos que tengan en cuenta las concretas particularidades de cada uno de ellas, en relación con los objetivos de igualdad³⁹. Como ejemplo, pueden citarse el plan de igualdad único del grupo Vips (2016-2020)⁴⁰ y del grupo Eiffage Infraestructuras (2015-2019)⁴¹, que resultan aplicables todas las empresas del grupo, con independencia de que algunas de ellas no se encuentren legalmente obligadas a ello por no alcanzar el número de empleados requeridos. En estos casos, la adhesión de la totalidad de las empresas a los compromisos asumidos en el plan de igualdad del grupo empresarial debe reflejarse expresamente en el texto del mismo.

La obligación de negociar un plan de igualdad también puede venir impuesta por el convenio colectivo aplicable o cuando la autoridad laboral así lo hubiera acordado en un procedimiento sancionador, como alternativa a una propuesta de sanción derivada de un incumplimiento empresarial muy grave en materia de igualdad de trato (art. 45.3 LOI). En el resto de las empresas, la elaboración de los planes de igualdad es voluntaria, previa consulta con la representación legal de los trabajadores, pero resulta recomendable por las ventajas que ello reporta para las mismas, en relación con la responsabilidad social corporativa.

En su articulado, deben contener los concretos objetivos de igualdad a alcanzar en la empresa, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución y el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Deberán incluir la totalidad de una empresa, si bien pueden establecer acciones especiales y que traten de adecuarse a las características especiales que pueda presentar un determinado centro de trabajo.

³⁹ NIETO ROJAS, P. *Los Planes de Igualdad entre la Ley y la negociación colectiva: un diálogo insuficiente*. Revista de Información Laboral, nº. 10, 2015, pág. 3, aboga por la negociación fragmentada del plan en cada una de las empresas del grupo.

⁴⁰ PI grupo Vips (BOE 10 de junio 2016). El grupo Vips gestiona 6 cadenas y más de 340 establecimientos en varios países.

⁴¹ PI grupo Eiffage Infraestructuras (BOE 25 de noviembre 2015).

El plan de igualdad de oportunidades se desarrolla a largo plazo, requiriendo para ello la definición de planes de acción que tengan horizontes temporales concretos, en los que delimitar las actuaciones a seguir y los objetivos a alcanzar. Los planes se configuran como instrumentos dinámicos, en la medida en que la realización de los objetivos que se pretenden a corto plazo van a determinar la actuación de nuevos objetivos, que se llevarán a cabo en los años siguientes. La LOI no regula el proceso de elaboración e implantación de los planes, que en práctica se están llevando a cabo de forma unificada, mediante la realización de varias fases sucesivas; normalmente una fase inicial, una fase de diseño y una fase final de implantación, aunque en ocasiones los negociadores introducen fases intermedias de diagnóstico y de definición de objetivo y otras finales, de evaluación y seguimiento de resultados. La aplicación del plan termina cuando concluye el plazo previsto para la implantación en la empresa de las medidas previstas, esto es, cuando se han conseguido los objetivos previstos en el mismo y se han producido de forma efectiva la inclusión de la igualdad de género entre hombres y mujeres en la organización empresarial o, al menos, se ha intentado a través de las medidas previstas y que han debido de ser ejecutadas en el tiempo al que se refiere el plan. Según el art. 46 de la LOI, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. La ampliación de estas materias queda en mano de los negociadores, que pueden hacerse eco de otras circunstancias que tienen especial incidencia para el acceso al mercado laboral de las mujeres, como puede ser la violencia de género o su pertenencia a grupos especialmente vulnerables (mujeres discapacitadas, inmigrantes, etc.), incluyendo compromisos para la mejora de su situación laboral específicos⁴².

El compromiso que la empresa asume en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres pasa por incluir acciones positivas

⁴² Por desgracia en la práctica, los Planes de Igualdad sólo han servido para poner por escrito aquello que ya se estaba haciendo en las empresas, por lo común, medidas de conciliación, sin llevar a cabo una reflexión ni evaluación de su impacto en términos de igualdad. Se trata de algo que la empresa percibe como un mero trámite, según el estudio realizado por CARRASQUER, P./ RECIO, C./ RODRIGUEZ-SOLER, J. *Políticas de igualdad y modelos de empleo: el caso Español*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Economía y Sociología, n.º 116. pág. 92.

en materia de acceso al empleo, contratación y promoción que remueva los obstáculos existentes en la empresa en este sentido y que permitan, no solo evitar discriminaciones por razón de sexo, sino conseguir la igualdad entre los trabajadores de diferente sexo.

Los planes de igualdad deben contener compromisos que garanticen que el acceso de la mujer al empleo se lleve a cabo en igualdad de condiciones que el de los hombres y también aquellos otros que permitan afianzarlos como herramientas negociadoras que permitan avanzar en la inserción laboral de la mujer, sobretodo en sectores de actividad en las que pueden encontrar mayor dificultad. En materia de selección de personal, acceso al empleo y contratación se debe realizar a través de un modelo de gestión por competencias, con un enfoque integrados que permita una gestión más eficaz y eficiente en la que prime el valor humano y no el género. La eliminación de la desigualdad entre mujeres y hombres en este primer estadio de la relación laboral, debe pasar obligatoriamente por seleccionar a la mejor persona para cada puesto de trabajo, independientemente de cuales sean sus características naturales, culturales, sociales y personales, mediante la realización de procesos de selección no discriminatorios, tanto en su configuración como en su aplicación. Para que ello sea posible, los Planes de Igualdad deben contener compromisos centrados en los siguientes objetivos:

- 1) Garantizar la no discriminación por razón de género en el acceso al empleo.
- 2) Fomentar la incorporación del género menos representado, dado preferencia ante candidatos de igual valía, a la contratación del subrepresentado.
- 3) Impulsar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los equipos directivos y de selección de personal.

Para garantizar la no discriminación por razón de género en el acceso al empleo, se deben adoptar medidas de acción positiva que eliminen sesgos o preferencias por uno u otro género y evitarse cuestiones de contenido personal irrelevantes para definir si una persona es idónea para cubrir un determinado puesto de trabajo. Asimismo, para fomentar la incorporación del género menos representado, se deben eliminar los desequilibrios por sexo (segregación horizontal y vertical) que puedan existir en las áreas de trabajo, grupos profesionales y ocupaciones. Y para impulsar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los equipos directivos y de selección de personal, las acciones positivas deben centrarse en impulsar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los equipos de trabajo.

Las acciones a realizar en este sentido, deben partir de compromisos como los siguientes:

- a) Establecer el objetivo de diversificación profesional y el equilibrio entre la plantilla entre hombres y mujeres, eliminando los desequilibrios por sexo, siempre que las candidaturas lo permitan⁴³.
- b) Procedimientos estandarizados de selección y/o promoción interna, asegurándose la empresa de que sea objetivo y basado en las competencias y los conocimientos, sin connotaciones ni lenguaje sexista⁴⁴.
- c) Revisar el lenguaje de las ofertas de empleo y de las prácticas existentes para la contratación⁴⁵.
- d) En los procesos de reclutamiento no se podrán realizar ofertas referidas a uno de los sexos⁴⁶.
- e) A igualdad de mérito y capacidades, tendrán preferencia las mujeres en el acceso a puestos de dirección⁴⁷.
- f) Fomentar el equilibrio de mujeres y hombres, con independencia del tipo de contrato⁴⁸.
- g) Adoptar la medida de acción positiva para que, cumpliendo los requisitos exigidos para el puesto de trabajo, tendrán preferencia el género subrepresentado⁴⁹.
- h) Adoptar la medida de acción positiva para que, en los casos de que haya una vacante a tiempo completo o de necesidad de contratación a tiempo parcial de mayor jornada, cumpliendo con el principio de idoneidad y competencia, tendrán preferencia las mujeres con contrato a tiempo parcial⁵⁰.

⁴³ PI de El Corte Inglés (BOE 6 de agosto 2016).

⁴⁴ Plan de Igualdad de Gate Gourmet Spain, SLU (BOE 5 de julio 2016); PI de Lafarge Cementos, SAU (BOE 9 de noviembre 2015); PI del grupo Eiffage Infraestructuras (BOE 25 de noviembre 2015); PI de Alcatel- Lucent SLU (BOE 21 de enero 2016).

⁴⁵ Plan de Igualdad de Gate Gourmet Spain, SLU (BOE 5 de julio 2016); PI de Securitas Seguridad España (BOE 5 de julio 2016); PI de Asispa (BOE 23 de febrero 2016).

⁴⁶ Plan de Igualdad de Severiano Servicio Móvil, SA (BOE 1 de junio 2016).

⁴⁷ Plan de Igualdad de Paradores de Turismo de España, SA (BOE 8 de junio 2016).

⁴⁸ Plan de Igualdad de Supersol Spail, SLU (BOE 20 de junio 2016).

⁴⁹ Plan de Igualdad de Gate Gourmet Spain, SLU (BOE de 5 julio 2016); Plan de Igualdad de Paradores de Turismo de España (BOE 8 de junio 2016); PI de Securitas Seguridad España (BOE 5 de julio 2016); PI de Alcatel- Lucent SLU (BOE 21 de enero 2016).

⁵⁰ Plan de Igualdad de Supersol Spail, SLU (BOE 20 de junio 2016).

La LOI impone al Gobierno la obligación de impulsar la adopción voluntaria de los planes de igualdad, para lo cual establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario. Con el fin de reconocer y estimular la labor de las empresas comprometidas con la igualdad, la LOI prevé, en su artículo 50, la creación de un distintivo empresarial en materia de igualdad para aquellas empresas que destaquen por la aplicación de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización y en otros ámbitos, como los servicios, productos y publicidad de la empresa. Con dicho distintivo, regulado actualmente por el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre y la Orden IGD/3195/2009, de 12 de noviembre, que identifica a las empresas con el logotipo “Igualdad en la empresa”, se pretende poner en marcha un reconocimiento a la excelencia y buenas prácticas acreditadas en materia de igualdad de oportunidades por parte de las empresas que ejerzan su actividad en territorio español, reforzando su marca empresarial, dado que solo serán merecedoras del distintivo aquellas empresas que destaquen de forma relevante y especialmente significativa en la aplicación e implantación de Planes y políticas de igualdad de oportunidades.

5.2. Incentivos a la contratación de las mujeres

La incentivación de la contratación de las mujeres a través de bonificaciones es una medida tradicionalmente utilizada en España⁵¹ y que toma como referente la idea de considerar a la mujer como uno de los grupos de población que presenta mayores dificultades en el acceso al empleo, junto con los jóvenes menores de 30 años, los discapacitados, los trabajadores mayores de cuarenta y cinco, etc. De entre las opciones que el legislador tiene a la hora de incentivar el empleo, pudiendo optar entre el empleo de carácter indefinido y a tiempo completo, en el caso de las mujeres, ha optado por incentivar mayoritariamente el empleo temporal, lo cual acentúa aún más la segregación laboral que sufren desde hace décadas. Los incentivos que se conceden a las empresas por la contratación suelen tener contenido económico, y por lo general, se trata de bonificaciones en

⁵¹ Y actualmente la única apuesta concreta para promover el empleo femenino, aparte del empleo a tiempo parcial, según la opinión de CARRASQUER, P. “Las mujeres en las políticas de empleo”, en AA.VV. *Diagnóstico socio-económico de las políticas de empleo en España, 2012-2014*. Bellaterra. Dipòsit Digital de Documents. Universidad Autònoma de Barcelona. Pág. 24. Disponible en: <http://ddd.uab.cat/record/142917>.

las cuotas a la seguridad social, que son más elevadas para las empresas si la contratación se realiza a mujeres. No obstante, ello pudiera entenderse contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dado que, en la sentencia de 17 de octubre de 1995, (asunto *Kalanke*) consideró contrario al principio de igualdad el establecimiento de un régimen de preferencia a favor de las mujeres con iguales méritos que los varones en el acceso al empleo y en la promoción interna y también consideró contraria al principio de igualdad la contratación preferente del sexo subrepresentado siempre que las diferencias de méritos no resultasen considerables (STJUE de 6 de julio de 2000. Asunto Abrahamson)⁵².

En el caso de la contratación indefinida, el art.4.5 Ley 3/2012, de 20 de diciembre, concede a las empresas que contraten a mujeres mayores de cuarenta y cinco años con un contrato de apoyo a los emprendedores, reducciones en las cuotas a la seguridad social de 1500 euros al mes (200 euros menos que si se contrata a un hombre), siempre que se trate de contrataciones de mujeres en ocupaciones en las que estén menos representadas⁵³. En el ámbito de la contratación temporal, diferentes normas incentivan la contratación de mujeres o la transformación en indefinido de sus contratos inicialmente temporales, mediante reducciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social. De nuevo, la forma elegida por el legislador en ampliar el margen de bonificación en el caso de contratar a mujeres de forma preferente a la de los hombres. Este es el caso de la transformación en indefinido del contrato de primer empleo joven (700 €/año mujeres; 500 €/año hombres –art. 12 Ley 11/2013–); contratación indefinida de jóvenes procedentes de una empresa de trabajo temporal con contrato de primer empleo joven (700 €/año mujeres; 500 €/año hombres –art. 12.4 Ley 11/2013–); contratación indefinida de trabajadores provenientes de una empresa de trabajo temporal con contrato para la formación y el aprendizaje (1800 €/año mujeres; 1500 €/año hombres –Disposición Final 4ª Ley 11/2013–); contratación indefinida de trabajadores que hubieran estado contratados por una ETT con contratos

⁵² Aunque también han existido pronunciamientos del TJUE que han considerado legítimas leyes que obligaban a dar preferencia a las mujeres en el acceso al empleo en las Administraciones Públicas en los sectores en los que tenían menos presencia (STJCE de 11 de noviembre de 1997. Asunto *Marschall*).

⁵³ La OM de 16 de septiembre de 1998 identifica las profesiones en las que las mujeres cuentan con escasa presencia, en relación con la clasificación nacional de ocupaciones de 2011, aprobada por el Real Decreto 1591/201, de 26 de noviembre, aplicable a partir del 1 de enero de 2011.

en prácticas y puestos a disposición de una empresa usuaria que procede a su contratación como indefinido (700 €/año mujeres; 500 €/año hombres –Ley 14/1994; RDL 16/2013–).

La transformación de contratos temporales también resulta incentivada por el legislador, con la misma técnica que aumento de la bonificación en el caso de las mujeres en los siguientes supuestos: transformación de contratos para la formación y el aprendizaje, contratos en prácticas, relevo o sustitución en indefinidos a la finalización de su duración inicial o prorrogada y la reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social se incrementa cuando la transformación se realiza en favor de una mujer (1800 €/año, frente a los 1500 €/año si el trabajador beneficiario de la medida es hombre, en el caso de la transformación de los contratos para la formación y el aprendizaje; 700 €/año para la transformación del resto de los contratos en el caso de las mujeres, frente a los 500 €/año de los hombres).

Como puede comprobarse de lo expuesto, no existen medidas de fomento de la contratación de la mujer que deriven de un programa específico, como ocurre con los jóvenes, a los cuales se diseña desde la Ley 11/2013 un nutrido número de nuevos tipos de contratos con los que promocionar su inserción laboral (contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, primer empleo joven, etc.). Sólo en algunos supuestos muy puntuales y excepcionales, las especiales circunstancias de un grupo de mujeres se tienen en cuenta por el legislador para diseñar incentivos a su contratación por parte de las empresas. Es el caso de las mujeres víctimas de violencia de género que cuentan con medidas especiales para su inserción laboral. Dentro de estas medidas no solo existen estímulos a la contratación de las empresas en forma de cantidades a tanto alzado (600 € durante toda la vida del contrato –Ley 43/2006–), sino que se concretan legalmente otras medidas con este objetivo, entre las que se encuentran la realización de un itinerario de inserción sociolaboral integrado (art. 6 RD 1917/2008), un programa formativo específico (art. 7 RD 1917/2008), incentivos para favorecer el inicio de una actividad por cuenta ajena (O. TAS/1622/2007, de 5 de junio), incentivos para compensar las diferencias salariales por cambio de empleo (art. 11 RD 1917/2008), entre otros.

6. Instrumentos imprescindibles para el mantenimiento de la carrera profesional: la igualdad salarial.

6.1. La igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el marco de las normas de la Unión Europea

Desde los orígenes de la Unión Europea, se ha constatado la existencia de cierta contradicción entre la escasa intensidad del ordenamiento jurídico de los Estados miembros y la escasa incidencia de la intervención comunitaria, sobre un tema tan importante como el derecho a la igualdad y la no discriminación⁵⁴. El desarrollo de la política europea a la hora de prohibir la discriminación principió por incidir en dos ámbitos directamente relacionados entre sí: el principio de libre circulación y la prohibición de la discriminación retributiva por razón de sexo.

La primigenia inactividad del legislativo comunitario se debió, principalmente, a la ausencia de base en los Tratados Fundacionales que justificase esta actuación, dado que en ellos no existían apenas referencias al principio de igualdad de trato y, de existir, solo hacían referencias a determinados ámbitos de la relación laboral, como era el caso de la igualdad referido a las retribuciones, pero que no era extensible al acceso al empleo ni al resto de las condiciones laborales, tal y como disponía el artículo 119 TCE, en su redacción previa al Tratado de Ámsterdam. Las razones de su inclusión con posterioridad en el ordenamiento europeo fueron de naturaleza económica, como elemento clave para evitar el “dumping social”. El citado artículo 119 TCE se inspiró en el anterior Convenio nº 100 de la OIT, celebrado en 1951, sobre “igualdad de remuneración entre trabajadores de ambos sexos” y que definía en concepto de retribución en los mismos términos amplios, aunque con diferencias, dado que el art. 119 TCE se refería solo a trabajos iguales (“igual trabajo”) y el Convenio de la OIT se refería a “trabajos de igual valor”; concepto ambos que posteriormente se unirán para configurar una única definición de lo que debe ser la igualdad salarial⁵⁵.

⁵⁴ CRUZ VILLALON, J. Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario. AA.VV. *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*. Aranzadi. Pamplona. 1997, pág. 33 y ss.

⁵⁵ Otros elementos diferenciadores entre ambos se referían al ámbito de aplicación del principio de igualdad retributiva, dado que el art. 119 TCE establecía un principio general de aplicación, tanto para las actuaciones públicas, como a las privadas y también a la autonomía (...)

La aprobación del Tratado de Ámsterdam en 1997, supuso un cambio sustantivo⁵⁶ en el panorama de referencia en las políticas de empleo para la inserción de las mujeres en el mercado laboral, al constitucionalizarse por primera vez el principio de igualdad de trato y de oportunidades⁵⁷. Tuvo a bien impulsar decididamente la igualdad entre ambos sexos, al incluirlo entre los principios de la Comunidad Europea, reconociendo como misión de ésta al de promover la igualdad entre hombres y mujeres. A partir de este momento, la Unión Europea se convierte en garante de la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, constitucionalizando así los principios que ya se había recogido en el derecho derivado.

Actualmente el principio de igualdad retributiva se contiene en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual consagra la obligación de los Estados miembros de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Este principio, que constituye una expresión específica del principio de igualdad, que exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado, forma parte del fundamento de la Unión Europea⁵⁸. Aunque inicialmente persiguió una finalidad esencialmente económica, este concepto evoluciona, hasta el punto de que el Tribunal de Justicia europeo lo identifica en la sentencia Defrenne II⁵⁹, no solo como principio encargado de evitar desventajas en la competitividad intracomunitaria respecto de los costes de la mano de obra, sino también como principio que forma parte de los objetivos sociales de la Comunidad Europea, que no es meramente una unión económica, sino que tiende al mismo tiempo, a través de una acción común, a asegurar el progreso social y

colectiva e individual, mientras que el Convenio n° 100 de la OIT únicamente garantiza la aplicación del principio cuando interviene directa o indirectamente el estado y no respecto de la autonomía colectiva o individual, frente a las que el Estado solo les corresponde “promover la aplicación progresiva del principio, incitando o animando a la autonomía de las parte a respetarlo”.

⁵⁶ LOPEZ LOPEZ, J./ CHACARTEGUI JAVEGA, C. *Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Ámsterdam*. Revista Española de Derecho del Trabajo n° 99. 2000, pág. 20.

⁵⁷ RODRIGUEZ PIÑERO, M./ CASAS BAAMONDE, M.E. *Por una Constitución Social Europea*. Relaciones Laborales T. II. 1995, pág. 3.

⁵⁸ STJCE de 8 de marzo 1976, asunto Defrenne, C-43/1975.

⁵⁹ STJCE de 8 de marzo 1976, asunto Defrenne, C-43/1975.

procurar constantemente la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos. Su inclusión en el Título dedicado a la política social tiende a acentuar la finalidad social del mismo, y esa doble finalidad, social y económica, demuestra que el principio de igualdad retributiva forma parte de los fundamentos de la hoy Unión Europea.

La asunción por parte del derecho derivado de dicho principio se llevó a cabo a través de la ampliación del concepto utilizado originariamente por el art. 119 TCE, plasmándose en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. En ella, se dispone que *“el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo se denominará “principio de igualdad de retribución”, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo”*. Según la sentencia emitida en el asunto Allonby⁶⁰, este derecho solo puede ser invocado por las personas que ostenten la condición de trabajadores, siendo aplicable incluso cuando los trabajadores cuya prestación de servicios se compara hayan prestado servicios para distintos empresarios.

La refundición de la Directiva 75/117/CE con otras normas antidiscriminatorias en la Directiva 2006/54/CE, deja prácticamente intacto el principio, actualizando conforme a la obligación de no atender a discriminaciones directas o indirecta, que se derivan de otras normas de *soft law*, al entender el artículo 4 de esta Directiva que *“para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificaciones profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”*.

⁶⁰ STJCE de 13 de enero de 2004. Asunto Allonby. C-256-01.

6.1.1. Elementos que integran los conceptos “retribución” y “trabajo de igual valor” a efectos de garantizar la igualdad retributiva

A los efectos aplicativos del principio de igualdad retributiva consagrado en el artículo 157 TFUE, son dos los elementos que han de ser tomados en consideración, tanto por el empresario a la hora de retribuir la prestación laboral de los trabajadores, como por las autoridades públicas, a la hora de garantizarlo: el concepto de “retribución” y la exigencia de retribuir de forma igualitaria un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, con independencia del sexo de la persona que lo haya desempeñado. De forma expresa, el art. 157 TFUE atiende a ambas cuestiones cuando regula el principio de igualdad retributiva, al disponer que: *“Se entiende por retribución, el salario normal de base o mínimo o cualquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”*.

Desde su inclusión original en el artículo 119 TCE hasta hoy día, el concepto de “retribución” a efectos de la aplicación del principio de igualdad retributiva, ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia de la Tribunal de Justicia comunitario, ampliándolo hasta incluir en él todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo⁶¹, tales como los complementos que puede recibir éste por prestar servicios en horarios incómodos y para compensar las perturbaciones e inconvenientes que le ello le ocasiona⁶². No se incluirían, por el contrario, en el concepto de retribución y, por lo tanto, se podrían establecer condiciones retributivas diferentes entre mujeres y hombres, las aportaciones que el empresario realiza a los regímenes de Seguridad Social y, en particular, las pensiones de jubilación reguladas por ley⁶³, lo que implica, en sentido

⁶¹ STJCE de 7 de mayo de 1990. Asunto Barber, C-262/68; STJCE 30 de marzo de 2000. Asunto Jämo, C-236/98.

⁶² STJCE de 30 de marzo de 2000. Asunto Jäm, C-236/98.

⁶³ STJCE de 17 de mayo de 1990. Asunto Barber, C-262/88; STJCE de 25 de mayo de 2000. Asunto Modesta, C-50/99, entre otras.

inversos, que sí estarían incluidas en el concepto “retribución” a efectos de aplicación del principio de igualdad, tanto las aportaciones del empresario, como las prestaciones que se deriven de regímenes profesionales privados y excluidos contractualmente del general, no financiados por los poderes públicos, como pueden ser los planes de pensiones⁶⁴.

El segundo elemento que garantiza la aplicación del principio de igualdad retributiva es la obligación del empresario de abonar el mismo salario a trabajadores y trabajadoras que desempeñen, no solo el mismo trabajo, sino un trabajo de igual valor. En la sentencia de 1983, Comisión contra Dinamarca, el Tribunal de Justicia europeo manifestó que era obligación de los Estados miembros tomar en consideración esta manifestación del principio de igualdad y extender expresamente el principio de igualdad de remuneración a trabajos de igual valor. En sentencias posteriores toma carta de naturaleza dicho principio, entendiéndose que este concepto, junto a los de “mismo trabajo” y “mismo puesto de trabajo”, reviste carácter puramente cualitativo, por cuanto está exclusivamente ligado a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado por los interesados⁶⁵. En estas circunstancias, la comprobación de la cuestión de si los trabajadores, hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para constatar y apreciar los hechos, teniendo en cuenta la naturaleza concreta de las actividades realizadas por los interesados⁶⁶, pero deben seguirse las indicaciones que en este sentido ya ha realizado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo.

A tal efecto, los criterios para apreciar si unos trabajadores, mujeres y hombres, realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se le puede atribuir un mismo valor, son los siguientes:

Primero. Debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se

⁶⁴ STJCE de 17 de mayo de 1990. Asunto Barber, C-262/88; STJCE de 10 de febrero de 2000. Asunto Schröder, C-50/90. Sobre el contenido de estas sentencias puede consultarse el análisis realizado por BAYLOS GRAU, A. *No discriminación, tiempo parcial y retroactividad del efecto directo del principio de igualdad de retribución por razón de sexo*. Revista de Derecho Social 9/2000.

⁶⁵ STJCE de 11 de julio de 1986. Asunto Rummler, C-237/85.

⁶⁶ STJCE de 30 de marzo de 2000. Asunto JämO, C-236-98; STJCE de 26 de junio de 2001. Asunto Brunnhofer, C-381/99.

encuentran en una situación comparable⁶⁷. Por ello, en la determinación del “valor” del trabajo deben tenerse en cuenta las posibles discriminaciones operadas a través de los sistemas de clasificación profesional que son, por lo general, de carácter indirecto, sin que pueda entenderse que la inclusión de ambos trabajos en la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo sea indicio suficiente para eliminar todo atisbo de discriminación⁶⁸.

Segundo. Cuando ejercen una actividad aparentemente idéntica diferentes grupos de trabajadores que no disponen de la misma habilitación o cualificación profesional para ejercer una profesión, debe verificarse si dichos grupos efectúan el mismo trabajo, tomando en cuenta los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y a las condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan⁶⁹.

6.1.2. Supuestos que justifican la diferencia retributiva

Partiendo, pues del hecho de que no debe existir diferencias retributivas entre hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, el principio de igualdad retributiva no solo se opone a la aplicación de las disposiciones que establezcan discriminaciones basadas en el sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores de uno y otro sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo⁷⁰. Es decir, se prohíbe tanto la discriminación salarial directa como indirecta.

El concepto de discriminación directa e indirecta ha ido evolucionando por las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte Europea, hasta solidificarse en el art.2.1.a de la Directiva 2006/54, que la conceptúa como “*la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser*

⁶⁷ STJCE de 11 de mayo de 1999. Asunto Angestelltenbetriebstrat der Wienes Gebietskrankenkasse, C-309/97; STJCE de 26 de junio de 2001. Asunto Brunnhofer, C-381/99.

⁶⁸ STJCE de 26 de junio de 2001. Asunto Brunnhofer, C-381/99.

⁶⁹ STJCE de 11 de mayo de 1999. Asunto Angestelltenbetriebstrat der Wienes Gebietskrankenkasse, C-309/97.

⁷⁰ STJCE de 20 de febrero de 1999. Asunto Seymour-Smith y Pérez, C-167/97; STJCE de 17 de julio de 2014. Asunto Maurice Leone y otro, C-172/13.

tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable?. En la última reforma de 2002 se introduce el concepto denominado “comparador hipotético” (–pudiera ser–), que permite que a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico o siquiera similar⁷¹.

Por su parte, el artículo 2.1.b de la Directiva 2006/54 que establece como definición de discriminación indirecta: “*La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados o necesarios*”. Este texto también fue reformado en 2002 para eliminar la prueba estadística exigida con anterioridad para demostrar la existencia de la discriminación. La utilización del término “desventaja particular” implica un tránsito de un sistema de detección cuantitativo o uno cualitativo, en el que deberían analizarse, entre otros, los efectos potenciales sobre las mujeres de una determinada medida⁷². Nos obstante, no puede constatarse aún el alcance que este cambio de criterio tendrá para la eliminación de la desigualdad salarial entre hombre y mujeres, dado que aún no ha sido asumido por la jurisprudencia del TJUE. Como puede observarse en la sentencia de 17 de julio de 2014, asunto Maurice Leone, se sigue aplicando el concepto de discriminación indirecta que atiende al criterio cuantitativo, y que implica que ésta existe por razón de sexo “cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un mayor número de trabajadores de un sexo u otro”.

Llegados a este punto haya que tener en cuenta que es doctrina reiterada de la Corte de Justicia europea, con basamento en el original artículo 114 TCE y en las actuales normas de derecho derivado, que pueden existir diferencias retributivas entre trabajadores y trabajadoras que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, siempre tales diferencias de trato puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a

⁷¹ BALLESTER PASTOR, M.A. *Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos*. Trabajo y Derecho, número 6. Junio. 2015, pág.35.

⁷² MARKEY. *Le principe de non-discrimination en droit communautaire: égalité entre femmes et hommes et autres discriminations*, citado por BALLESTER PASTOR, M.A op.cit.pág36.

toda discriminación por razón de sexo⁷³. Según el TJUE, los criterios para poder admitir dicha diferencia retributiva serían los siguientes:

Primero. La justificación aportada por el empresario debe basarse en una finalidad legítima. Según el TJUE, los medios elegidos para alcanzar dicha finalidad deberán ser idóneos y necesarios para conseguir dicho efecto⁷⁴.

Segundo. No es válida cualquier tipo de justificación. A juicio del TJUE, el objeto de la justificación del empresario en lo que atañe a la aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo no debe centrarse en justificar el nivel de retribución pagada a cada uno de los grupos de referencia ni tampoco de justificar la asignación de trabajadores a uno u otro grupo, sino de justificar la retribución en sí misma⁷⁵. La diferencia de retribución es la que debe justificarse por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo.

Tercero. El origen de la disposición de la que deriva la diferencia retributiva influye notablemente en la posible justificación de la aparente discriminación. Según el TJUE, cuando se trata de una discriminación indirecta, el origen de la diferencia de retribución puede ser diverso, y, por lo tanto, la justificación de tal diferencia puede ser igualmente diversa y, de este modo, referirse a una disposición nacional, a un convenio colectivo que regule el trabajo por cuenta ajena o incluso a una práctica o acción unilateral de un empresario respecto al personal que emplea, por lo que atañe al empresario aportar la justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores de distinto sexo que se consideran discriminados⁷⁶. En el supuesto de que las condiciones salariales aplicables vengan establecidas en varias normas legales o convencionales aplicables, el TJUE ha admitido que, en la determinación de si existe discriminación en lo referente a la retribución de trabajadores de distinto sexo que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, ha de tenerse en cuenta la norma de la que deriva el reconocimiento de la condición salarial, de modo que estarían amparadas por el principio de igualdad retributiva las condiciones salariales derivadas de disposiciones legales o convencionales, cuando la norma de la que se deriva tal condición es aplicable a todos los trabajadores comparados, como

⁷³ STJCE de 17 de julio de 2014. Asunto Maurice Leone, C-173/13, con cita de jurisprudencia anterior.

⁷⁴ STCE de 3 de octubre de 2006. Asunto Cadman, C-17/05, con cita de jurisprudencia anterior.

⁷⁵ STJCE de 28 de febrero de 2013. Asunto Margaret Kenny, C-427/11.

⁷⁶ STJCE de 28 de febrero de 2013. Asunto Margaret Kenny, C-427/11.

es el caso de un convenio colectivo de sector o de empresa. Por el contrario, si las diferencias observadas en las condiciones salariales de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una misma fuente, porque derivan por ejemplo, de dos convenios colectivos diferentes pero aplicables en la misma empresa, falta una entidad responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato, por lo que en este caso, no podría compararse el trabajo ni la retribución de dichos trabajadores⁷⁷.

Cuarto. Para la determinación de la existencia de discriminación indirecta se sigue utilizando un criterio cuantitativo en relación con el número de trabajadores afectados, aun cuando la Directiva 2006/54 ha introducido el criterio cualitativo sobre el cuantitativo. A juicio del TJUE, si la retribución correspondiente a los empleos de un grupo de trabajadores es sensiblemente inferior a la correspondiente a los empleos de otro grupo y los primeros están ocupados fundamentalmente por hombres, dicha situación pone de manifiesto una apariencia de discriminación por razón de sexo, siempre, al menos, que las dos funciones de las que se trata tengan el mismo valor y que los datos estadísticos que caracterizan dicha situación sean válidos⁷⁸. En este contexto, corresponde al juez nacional apreciar su puede tomas en consideración los mencionados datos estadísticos, es decir, si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos⁷⁹.

Quinto. No resulta válido cualquier dato estadístico para justificar la ausencia de discriminación. Según el TJUE, para realizar la comparación que arrojará luz sobre la existencia o no de discriminación retributiva indirecta por razón de sexo, no resulta adecuada la utilización de grupos formados arbitrariamente, de manera que uno esté formado fundamentalmente por mujeres y el otro fundamentalmente por hombres⁸⁰, por lo que la justificación ofrecida por el empresario debe guardar relación con las personas de referencia cuya

⁷⁷ STJCE de 19 de septiembre de 2000. Asunto Lawrence y otros, C-320/00; STJCE de 13 de enero de 2004. Asunto Allonby, C-256/01.

⁷⁸ STJCE de 27 de octubre de 1993. Asunto Enderby, C-127/92, citada y asumida por STJCE de 28 de febrero de 2013. Asunto Margaret Kenny, C-427/11.

⁷⁹ STJCE de 27 de octubre de 1993. Asunto Enderby, C-127/92; STJCE de 20 de febrero de 1999. Asunto Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, citadas ambas y asumidas por STJCE de 28 de febrero de 2013. Asunto Margaret Kenny, C-427/11.

⁸⁰ STJCE de 31 de mayo de 1995. Asunto Copenhagen C-400/93.

situación se caracteriza por datos estadísticos válidos referidos a un número suficiente de individuos⁸¹.

Sexto. *Existen supuestos en los que la justificación de la discriminación retributiva indirecta puede provenir de elementos tales como la paz social u objetivos legítimos de política social.* En el asunto *Copenhagen*⁸² y *Margaret Kenny*⁸³ se admitió que el interés por mantener buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional entre otros elementos, para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes con el principio de proporcionalidad.

En el caso *Maurice Leone*⁸⁴, el objetivo de política social de mejorar la situación profesional de las mujeres que han tenido que interrumpir su carrera por maternidad, puede ser un objetivo legítimo para permitir diferencias que afecten a la pensión de jubilación, siempre la medida responda verdaderamente al empeño en alcanzar ese objetivo y se aplique de manera coherente y sistemática.

6.2. El principio igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el ordenamiento jurídico española a la luz de las interpretaciones del Tribunal Constitucional

El reconocimiento constitucional a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, contenido en los artículos 14 y 35 de la Constitución Española, encuentra fiel reflejo en el ordenamiento laboral, al consagrar el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores dicho derecho con el siguiente contenido: “*El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella*”. También la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres recoge en su

⁸¹ STJCE de 28 de febrero de 2013. Asunto Margaret Kenny, C-427/11.

⁸² STJCE de 31 de mayo de 1995. Asunto Copenhagen C-400/93.

⁸³ STJCE de 28 de febrero de 2013. Asunto Margaret Kenny, C-427/11.

⁸⁴ STJCE de 17 de julio de 2014. Asunto Maurice Leone, C-173/13.

articulado dicho principio al consagrar en su artículo 5 el derecho a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo tanto en el ámbito del empleo público como en el del privado, incluidas las retributivas y las de despido.

No cabe pues duda alguna sobre la importancia capital que el derecho a la igualdad retributiva entre mujeres y hombres reviste en la esfera laboral, fruto de su reconocimiento a nivel constitucional y legal. Ello implica que no puede ser avocado al olvido en virtud de situaciones coyunturales o estructurales que afecten al ámbito empresarial, ni puede ser obviado en la práctica mediante la instauración en la negociación de las condiciones salariales, vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo de las “dobles escalas salariales”, una para hombres y otra para mujeres, que perpetúan la brecha salarial entre hombres y mujeres. Situaciones como en la que nos encontramos, en la que la brecha salarial se ha si situado en nuestro país, según Eurostat, en un 16’4% en 2015⁸⁵, y según otros estudios, en un 24%⁸⁶, no pueden perpetuarse. Deben eliminarse las diferencias retributivas entre trabajadores y trabajadoras cuando ambos realizan trabajos iguales o de igual valor, situación que, por desgracia, continúa siendo un fenómeno que se registra en todos los sectores y ramas de actividad. Combatir la brecha salarial sigue siendo hoy en día uno de los objetivos de los poderes públicos, tal y como lo demuestra su inclusión en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, dentro del eje 1 dedicado a “Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y lucha contra la discriminación salarial”.

El derecho a la igualdad retributiva por razón de sexo constituye un elemento básico para la eliminación de las discriminaciones que pesan sobre las mujeres⁸⁷. Sigue siendo un derecho laboral de hombres y mujeres, que debe interpretarse a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para ser aplicado en las empresas de forma coherente con la Constitución Española, y que debe servir de base para hacer frente a

⁸⁵ Datos puestos de relieve por POQUET CATALA, R. *El tratamiento legal de la discriminación salarial por razón de sexo en los momentos actuales*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº. 116, pág. 135.

⁸⁶ Informe UGT “*Trabajar igual, cobrar igual*”. Febrero 2015.

⁸⁷ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. *Sobre el valor del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Comentario a la STJCE C-320/2000, de 17 de septiembre de 2002, asunto Lawrence*. Relaciones Laborales, nº. 12. 2005 (versión on line).

políticas públicas como las actuales de desmantelamiento de las políticas de igualdad.

Son dos los ámbitos en los que la aplicabilidad del derecho a la igualdad retributiva debe verse reflejado; por un lado, en relación con la autonomía individual y, por otro, mediante su inclusión en los convenios colectivos a la hora de regular las condiciones salariales aplicables a los trabajadores. Según ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 119 de 2002, de 20 de mayo, el sistema de fijación del salario regulado en nuestro ordenamiento y, en general, el contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el derecho a la negociación colectiva proclamado en el art. 37.1 CE. Pero un Estado que propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad y la justicia, ha de complementar aquel sistema de determinación del salario asegurando los valores de justicia e igualdad que den efectividad también al mandato constitucional del art. 35.1 de la Constitución Española. Por ello, debe entenderse que, tanto la regulación mínima estatal como la que se deja a la responsabilidad de la autonomía de las partes sociales, ha de operarse respetando el principio de igualdad de remuneraciones, con exclusión de todo trato discriminatorio que implique la violación de ese principio, que tiene su formulación, con la más específica del artículo 35.1 CE referida al sexo. Implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivas para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales, susceptibles de generar situaciones de discriminación (STC nº 31/1994, de 7 de marzo).

Obviamente dicho principio debe ser aplicado por la negociación colectiva a la hora de fijar las condiciones salariales de los trabajadores, aunque debe hacerlo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad⁸⁸, dado que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realizada en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados⁸⁹. Pero ello no puede nunca obviar el hecho de que los

⁸⁸ STC nº 177/1988, de 10 de octubre; STC 171/1989, de 19 de octubre; STC 28/1992, de 9 de marzo.

⁸⁹ STC nº 2/1998, de 12 de enero.

convenios colectivos están sometidos a exigencias de jerarquía normativa por lo que “*han de ceder necesariamente ante el derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la Constitución*”⁹⁰. Ello implica que a la hora de negociar las condiciones salariales en los convenios colectivos, la autonomía colectiva no puede establecer un régimen diferenciador en las condiciones laborales de hombres y mujeres sin una justificación objetiva para ello y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 CE, ni en esa negociación pueden tampoco marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles⁹¹. Es por ello por lo que el TC admite que el convenio colectivo, en cuanto que tiene un valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar los derechos fundamentales entre los que se encuentran el de igualdad y no discriminación, sin que ello suponga tampoco que toda distinción dentro del convenio entre hombres y mujeres debe entenderse como contraria al principio de igualdad⁹².

Supuesto distinto es la relación entre el principio de igualdad retributiva y el principio de autonomía de la voluntad. En estos casos, el TC ha afirmado que la eficacia del principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida en que la diferencia salarial entre hombres y mujeres no singa un significado discriminatorio, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad⁹³.

⁹⁰ STC nº 145/1991, de 1 de julio.

⁹¹ Sin embargo, en la práctica, los datos demuestran, tal y como ha analizado POQUET CATALA, R. *El tratamiento legal de la discriminación salarial por razón de sexo en los momentos actuales*, *op.cit.* pág. 153, que el convenio colectivo es el instrumento por excelencia que más discriminación conlleva y que, aunque en el momento actual, no se aprecia una discriminación directa, sí persiste una discriminación similar a la indirecta, porque los negociadores del convenio se limitan a dar una solución formal a la discriminación existente entre hombres y mujeres en materia salarial, sin atajar sus causas ni corregir sus efectos, por lo que la discriminación seguirá existiendo.

⁹² STC nº 67/1988, de 18 de abril; STC nº 177/1988, de 10 de octubre.

⁹³ STC nº 34/1984, de 9 de marzo; STC nº 2/1998, de 12 de enero; STC 74/1998, de 31 de marzo; STC 119/2002, de 20 de mayo; STC 39/2003, de 27 de febrero.

Queda, pues, desentrañar precisamente cuándo puede entenderse que las diferencias salariales no entrañan una discriminación para los sujetos que las sufren, normalmente mujeres. Como cualquier derecho fundamental, la exigencia del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres no es absoluta en nuestro Derecho, sino que está sujeta a limitaciones que matizan su aplicación en la práctica y que deben servir de guía al empresario a la hora de proceder a establecer diferencias salariales entre trabajadores y trabajadoras. Según admite el TC, en sentencia nº 119/2002, de 20 de mayo, la relación entre el principio de autonomía individual del empresario para fijar las condiciones salariales de sus trabajadores y el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres debe regirse por las siguientes reglas:

En primer lugar, la autonomía individual puede mejorar los niveles retributivos que fijan las normas legales y los pactos colectivos. Debe admitirse como legítima la diferencia retributiva entre trabajadores y trabajadoras que provenga de la diferente categoría profesional de éstos, de la presencia de cualquier causa motivadora de los complementos salariales a los que tienen derecho y de su concreción cuantitativa, así como de los conceptos extrasalariales. Tales circunstancias se estiman justificadoras de una diversa remuneración entre trabajadores, cuya existencia, por tanto, no constituye vulneración del derecho a la igualdad, lo que sitúa a la autonomía individual como un factor para la desigualdad de trato.

En segundo lugar, la aplicación del principio de igualdad retributiva no es absoluta. Desde una perspectiva estrictamente constitucional debe recordarse que el derecho a la igualdad tiene una protección de menor alcance en casos en los que juegue abiertamente el principio autonomía de la voluntad, a falta de un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados⁹⁴. Aun cuando en esos planos son fuertes las limitaciones que impone el Derecho del trabajo, por virtud entre otros factores precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando sin margen al acuerdo privado o a la decisión unilateral de la empresa, la libertad de disposición de la retribución del trabajador respetando los límites legales o convencionales.

En tercer lugar, autonomía individual tiene límites: la decisión que fija condiciones salariales distintas para trabajadores y trabajadoras que realizan el mismo trabajo o uno de igual valor ha de ser razonable y explicable. Por

⁹⁴ STC nº 34/1984, de 9 de marzo, entre otras.

ello, no debe entenderse vulnerado el principio de igualdad retributiva si la disparidad establecida entre las retribuciones abonadas no supera el test de razonabilidad; esto es, a juicio del TC, la diferencia de trato ha de estar objetivamente justificada, debiendo superar un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida.

7. Conclusiones y propuestas

Las políticas activas de empleo deben ser capaces de adaptarse a las necesidades de la población, debiendo dirigirse tanto a paliar la destrucción de empleo, a través de incentivar la contratación, como el de atacar el desempleo de larga duración que surge después de cada recesión⁹⁵. Actualmente, las políticas de empleo encaminadas a reducir los desfases presentes en el mercado de trabajo entre empleo femenino y masculino, solo pueden ser eficaces si actúan en una dimensión cualitativa, que a su vez requiere de acciones a dos niveles: el acceso a puestos de calidad y el mantenimiento de la carrera profesional⁹⁶, lo cual debe llevarse a cabo a través de políticas activas de empleo centradas, por un lado, en la mejora de la formación y la contratación y, por otro, de políticas de mantenimiento del empleo, en la que se tengan en cuenta elementos determinantes, como la eliminación de la brecha salarial o la adopción de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en las empresas. De hecho, el artículo 23 TRLE conceptúa legalmente las políticas activas de empleo como “*el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía*”.

Segundo. Debe aumentarse la implicación de las Comunidades Autónomas en las políticas de empleo a favor de la mujer. Su competencia a la hora de gestionar políticas de empleo, su implicación puede ser fundamental para aumentar la tasa de inserción laboral de las mujeres, dado que pueden diseñar estrategias y programas de empleo que tengan en cuenta los requerimientos de los respectivos mercados de trabajo autonómicos y las necesidades de la población femenina.

⁹⁵ FELGUEROSO, F./JANSEN, M. *Retos para una nueva etapa en las políticas activas del mercado de trabajo*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Nº Extraordinario. 2016. Pág. 35

⁹⁶ PEREZ DEL RIO, T. *Las políticas de incentivación y mejora del empleo...* Op. Cit. Pág. 858.

Tercero. Debe impedirse por parte de los poderes públicos que la asunción de la transversalidad de género en todas las políticas nacionales tenga como efecto perverso la desaparición de la mujer como colectivo visible dentro de aquellos que presentan mayores dificultades en el acceso al empleo. Sin perjuicio de que deba trabajarse para que la perspectiva de género esté presente en todas las políticas públicas, no puede entenderse que ello, por sí solo, revertirá en una mejora de la inserción laboral de las mujeres.

Cuarto. Debido a lo anterior, se precisan Programas específicos de empleo dirigidos a mujeres. Se necesita un Programa específico de fomento del empleo y la contratación de la mujer, similar al que existe para jóvenes (Garantía Juvenil), con contratos adaptados a las especiales circunstancias personales y familiares, así como otras medidas incentivadoras de la formación y la empleabilidad.

Quinto. Deben mejorarse las medidas y actuaciones derivadas del Plan de Igualdad de oportunidades 2014-2016 y adoptarse medidas concretas para la mejora de la inserción laboral de las mujeres, que den cumplimiento a los objetivos contenidos en aquél.

Sexto. Los Planes Estratégicos de Igualdad que pueden adoptarse por las Administraciones Públicas, no deben ser meros programas de declaración de intenciones para convertirse en un instrumento que sea adalid del cambio de rumbo en materia de igualdad en España. La concreción de objetivos europeos, la mejora de las condiciones de acceso al empleo de la mujer, la lucha contra la brecha salarial, la mejora de los derechos de conciliación personal, familiar y laboral, deben ser algunos de los objetivos a incluir en ellos. Pero no deben centrarse solo en la programación de actuaciones, sino que deben incluir medidas que los concreten y que sean ejecutables en el periodo al que se refiere el Plan. Para ello, se deben dotar a las Administraciones encargadas de ejecutarlos del presupuesto necesario para ponerlas en marcha, toda vez que, sin financiación, solo serán objetivos vacíos, difícilmente alcanzables.

Sexto. La negociación colectiva debe ser una vía constante de introducción de medidas de igualdad, que tenga en cuenta las diferencias entre sectores de actividad a la hora de diseñar y aplicar las medidas concretas según el tipo de sector o de empresa a la que el convenio colectivo se dirige y según los diferentes colectivos laborales a los que resultará aplicable. El convenio colectivo debe ser el instrumento por excelencia para la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y

hombres y, en general, de todo tipo de discriminación entre ambos. Así, por ejemplo, a la hora de regular la clasificación profesional, se deben valorar los puestos de trabajo utilizando los mismos criterios cuando se valora una actividad desarrollada por mujeres que por hombres. Y en la atribución del salario a categorías o los grupos profesionales en los que se incluyen tareas que fundamentalmente son realizadas por mujeres y que tienen un salario inferior al de otras categorías o grupos profesionales masculinizados, debe eliminar la discriminación, no solo en el plano formal, sino en el real, asignando la misma retribución a las categorías o grupos profesionales que engloban trabajos iguales o de que tienen el mismo valor. La concertación de estructuras retributivas trasparente y complementos salariales neutros eliminará cualquier tipo de discriminación entre trabajadores de diferente sexo.

Octavo. Las empresas deben evolucionar y ser capaces de convertirse en otro ámbito clave en el impulso de la igualdad entre hombres y mujeres en el plano laboral. Los Planes de Igualdad pueden ser una herramienta con amplio potencial para conseguir la implantación real en la empresa de todo el acervo internacional y nacional en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Deben dejar de ser meros trámites en los que se incluyen medidas que ya se están realizando en la empresa, en la mayor parte de los casos porque reproducen normas legales en materia de igualdad de oportunidades de obligado cumplimiento, debiendo negociarse medidas que vayan más allá de aquellas que no requieren costes laborales o materiales.

IGUALDAD, CONCILIACIÓN, CORRESPONSABILIDAD Y FLEXIBILIDAD: EJES CLAVES PARA LA GESTIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO ACTUAL

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Córdoba.

1. La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres como principio y base de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Siendo el Principio de Igualdad de Mujeres y Hombres en el trabajo la materia central sobre la que versa este trabajo conjunto, no podemos comenzar este apartado dedicado a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras y a la corresponsabilidad de los implicados (hombres, mujeres, y agentes sociales y económicos), sin dejar sentadas unas bases que nos permitan recordar el papel que juega este *principio fundamental* en el contexto internacional, comunitario y nacional.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio 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 las Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983). La acción del Gobierno en materia de igualdad entre mujeres y hombres se incardina en el marco jurídico proporcionado por las Naciones Unidas, que tras una labor centrada inicialmente en la codificación de los derechos jurídicos y civiles de las mujeres y la recopilación de datos sobre la condición jurídica y social de la mujer, presentó un punto de inflexión en la IV Conferencia Mundial de Mujeres,

celebrada en Pekín en 1995. A partir de dicha Conferencia se puso de relieve que el cambio de situación de las mujeres es un objetivo en el que se tiene que implicar la sociedad en su conjunto y se pasó a considerar, por primera vez, que su tratamiento no puede ser sectorial y debe integrarse en el conjunto de las políticas gubernamentales. La Declaración del Milenio, en 2000, supuso otro gran hito importante en este camino, al establecer los conocidos como “Objetivos del Milenio” entre los que se incluye la igualdad entre los sexos como una de las metas a alcanzar.

En el ámbito de la Unión Europea, la igualdad es asimismo un principio fundamental. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999 y del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, reconociendo el carácter jurídicamente vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre ambos constituyen un objetivo de carácter transversal que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus Estados Miembros.

De este modo, en la trayectoria de la primera Comunidad Económica Europea y ahora de la Unión Europea, debe destacarse la importancia que han tenido documentos como 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 educación; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia; la Directiva 2004/113/CEE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental; la Carta de la Mujer, adoptada en marzo de 2010; la Estrategia de la Comisión Europea para la Igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015) y el segundo Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2010-2020).

Asimismo, conforme al Reglamento 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas a los Fondos de la Unión Europea, los Estados miembros y la Comisión deben velar por que se tenga en cuenta y se promueva la igualdad entre hombres y mujeres y la integración de la perspectiva de género en todas las fases de preparación y

ejecución de los programas financiados con los diferentes Fondos. Además, el Fondo Social Europeo tiene entre sus misiones el fomento de la igualdad de género y la igualdad de oportunidades, pudiendo financiar acciones para luchar contra todas las formas de discriminación y la promoción de la igualdad de oportunidades, para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluidos el acceso al empleo, la progresión en la carrera profesional, la promoción de igual remuneración por igual trabajo y la conciliación de la vida laboral y la vida privada.

Desde hace años, las políticas de empleo de la Unión Europea han planteado iniciativas destinadas a promover la conciliación de la vida laboral y familiar⁹⁷, consideradas como una manera concreta de responder al urgente desafío del envejecimiento de la población, de fortalecer la competitividad, y de aumentar la participación de las mujeres en el mercado laboral. Las tres instituciones principales de la UE adoptaron documentos específicos para demostrar una voluntad política. Citemos entre otros, la Resolución 2000/C 218/02 del Consejo, las Resoluciones 2003/2129 y 2006/2276 de Parlamento europeo, las Conclusiones de diciembre de 2008 del Consejo, y finalmente el “Paquete de conciliación” de la Comisión europea que incluye la Comunicación COM (2008)635 “Un mejor equilibrio entre vida y trabajo: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”. Más recientemente⁹⁸, la Estrategia Europea de Empleo

⁹⁷ Se han impulsado, además, políticas de apoyo a la igualdad de género, tales como la eliminación de la brecha salarial y de las pensiones entre hombres y mujeres, el aumento de la participación de las mujeres en la toma de decisiones y la consecución de los objetivos de Barcelona en términos de educación y el cuidado infantil.

⁹⁸ Las acciones más recientes de la Unión Europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres han sido las siguientes: el programa *Derechos, Igualdad y Ciudadanía*, creado para la financiación de proyectos que tengan por objeto lograr la igualdad de género y poner fin a la violencia contra las mujeres; el *Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019* que se centra en los cinco ámbitos prioritarios siguientes:

- aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral e igual independencia económica;
- reducción de la brecha y la desigualdad salariales y de las pensiones y, por consiguiente, lucha contra la pobreza entre las mujeres;
- promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones;
- lucha contra la violencia de género y protección y apoyo a las víctimas;
- promoción de la igualdad de género y los derechos de las mujeres en todo el mundo.

El Plan de Acción de la UE en materia de género 2016-2020 destaca la necesidad de conseguir plenamente el disfrute íntegro y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de las mujeres y las niñas, y la consecución del objetivo de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas. A esto hay que añadir que desde diciembre de 2006, está en funcionamiento el Instituto Europeo de (...)

2020, así como la Estrategia para la Igualdad entre Hombres y Mujeres 2010-2015, desempeñan un papel fundamental en el desarrollo de la aplicación efectiva de las políticas de conciliación.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución española consagra, en su artículo 14, entre otros, el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Además, el artículo 9.2 establece la obligación de 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 este contexto, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supuso un antes y un después en la inclusión transversal del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las políticas públicas. Con esta ley orgánica se pusieron en marcha todo tipo de acciones dirigidas a potenciar la igualdad real entre mujeres y hombres y a combatir las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo.

La LO 3/2007, –después de definir el concepto de igualdad, que supone la ausencia de toda discriminación ya sea directa o indirecta, y erigir el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como un principio informador del ordenamiento jurídico, que ha de observarse, por ende, en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas– reconoce expresamente a todas las personas el disfrute de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Establece, además, una ordenación general de las políticas públicas bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género; en particular, la política de empleo tendrá 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, previendo medidas específicas a

la Igualdad de Género, con el objetivo general de contribuir a fomentar y reforzar la igualdad entre hombres y mujeres con medidas como la integración de la dimensión de género en todas las políticas nacionales y de la UE. El Instituto lucha asimismo contra la discriminación por razón de sexo y promueve la sensibilización sobre la igualdad entre hombres y mujeres mediante la prestación de asistencia técnica a las instituciones europeas. Entre otras actividades, se dedica a la recopilación, el análisis y la difusión de datos y de herramientas metodológicas

favor de las mujeres (acciones positivas) por parte de los Poderes Públicos, siempre que subsistan situaciones de desigualdad.

Por último, en las disposiciones adicionales de la Ley se recogen diversas modificaciones de precepto de Leyes vigentes necesarias para su acomodación a las exigencias y previsiones derivadas de la puesta en práctica del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

Finalmente, no podemos obviar otros aspectos de esta Ley que han contribuido, sin duda, a la consagración de este Principio. Nos referimos, por una parte, a la creación de organismos especializados, como la Comisión Interministerial de Igualdad entre Mujeres y Hombres y las Unidades de Igualdad en cada Ministerio, o el Consejo de Participación de las Mujeres, como órgano colegiado que ha de servir de cauce para la participación institucional en estas materias. Por otro lado, a la previsión de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, de los Planes de Igualdad en las empresas y la previsión de su negociación en los convenios colectivos, y del distintivo empresarial en materia de igualdad; la Ley, además, establece la utilización de un lenguaje no sexista por los poderes públicos e introduce la variable de sexo en la elaboración de los estudios y estadísticas que éstos han de elaborar.

Para concluir, como más adelante veremos, la Ley 3/2007 avanzó en la consolidación del principio de Igualdad entre mujeres y hombres mediante, entre otros aspectos, la implementación y puesta en práctica de medidas específicas en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras y el fomento de una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en el reparto de las obligaciones familiares.

2. La conciliación de intereses de las personas trabajadoras. Cuestiones a tener en cuenta

Sin lugar a dudas, para analizar la materia que nos ocupa, debemos partir de una doble idea que se plasma en la defensa de dos principios esenciales: el de igualdad entre hombres y mujeres, por una parte, y el de igualdad de género, por otra.

Atendiendo al panorama normativo nacional y comunitario⁹⁹ observamos que se está tratando de garantizar dos cosas distintas, pero complementarias. En primer lugar, se pretende promover la igualdad y la no discriminación entre hombres y mujeres y, en este sentido, se articula una vía en que las normas favorables a la mujer, las medidas de acción positiva, son válidas, intentando así vencer discriminaciones históricas y procurando mejorar la situación de partida de la mujer. En segundo lugar, con las normas que proclaman la igualdad de género se trata de promover la conciliación de la vida familiar y laboral y que la atención a los hijos sea asumida y compartida por ambos progenitores.

El logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en donde se distinguen claramente los dos aspectos antes aludidos, pues unas veces se busca la igualdad real estableciendo acciones positivas mientras que otras se busca la corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

A pesar de que no se incluyen entre las prioridades clave de la Estrategia Europa 2020, las medidas de conciliación han sido reconocidas a nivel europeo como una herramienta importante para alcanzar objetivos políticos estratégicos, como el aumento de las tasas de empleo, el crecimiento inclusivo, la inclusión de los grupos vulnerables y la igualdad entre hombres y mujeres.

Las políticas relacionadas con el mercado de trabajo y el empleo han sido creadas para satisfacer las necesidades de una época determinada y deben adaptarse ahora a la sociedad actual.¹⁰⁰ Las familias y la sociedad han

⁹⁹ Y siguiendo las reflexiones de ALONSO-OLEA GARCÍA, “Pymes y conciliación personal, familiar y laboral: medidas y revisiones que se consideran necesarias para la consecución del principio de igualdad de género”, en la obra de AA.VV (Coord. MERCADER UGUINA) Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

¹⁰⁰ El compromiso de los Jefes de Estado y de Gobierno y de la Comisión Europea de sacar a 20 millones de personas de una situación de pobreza y exclusión social no se podrá alcanzar sin (...)

evolucionado y siguen evolucionando, convirtiéndose en estructuras más complejas y diversas. Sin embargo, estos cambios sociales y familiares no se ven reflejados en el mercado laboral, que sigue basándose en el modelo del hombre como el único sustento económico de la familia. Éste es uno de los principales obstáculos estructurales que impiden el desarrollo y una verdadera igualdad de oportunidades en el empleo. La falta de flexibilidad en las condiciones de trabajo y la permanencia de los estereotipos de género, entre otros, siguen obstaculizando la participación de las mujeres en el mercado laboral y causan efectos perjudiciales como el encasillamiento de las mujeres en empleos mal remunerados (segregación horizontal y vertical).

Como ha dejado constancia el Tribunal Constitucional (STC 26/2011, de 14 de marzo) "el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres".

En las siguientes líneas trataremos de desgranar algunos aspectos esenciales en esta temática, tales como las directrices que conforman la política comunitaria vigente –y que condicionan las nacionales–, el papel de la negociación colectiva, y las buenas prácticas que se llevan a cabo tanto en la empresa privada como en la Administración Pública.

3. El papel de la política comunitaria. Aspectos claves

3.1. Panorama actual. El problema y sus consecuencias¹⁰¹

Para analizar el contexto actual debemos partir de un hecho tan evidente que resulta incuestionable: las mujeres están cada vez mejor cualificadas, superando incluso a los hombres en cuanto a nivel de formación y, aun así, siguen estando infrarrepresentadas en el mercado

tomar una serie de medidas tales como la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres, una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral, así como de las personas en situación de discapacidad y los jóvenes. Estas medidas permitirían a los hombres asumir más responsabilidades familiares y redefinir las expectativas y roles de género.

¹⁰¹ Datos extraídos del documento publicado por la Comisión Europea sobre consulta a los interlocutores sociales europeos acerca de las acciones de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida laboral y la vida privada de las familias trabajadoras, correspondiente a la iniciativa «Un nuevo comienzo para afrontar los retos de la conciliación de la vida laboral y la vida privada de las familias trabajadoras», disponible en: <https://ec.europa.eu/.../3fc9e8bb-dad9-4749-a353-ace3913a098b>

laboral. En la Unión Europea, la participación de las mujeres en el mercado de trabajo no ha aumentado de forma significativa desde 2006 y la tasa de empleo sigue siendo inferior a la de otros países desarrollados. Sorprendentemente, la maternidad aún tiene un impacto negativo en las tasas de empleo de las mujeres. Los datos disponibles demuestran que las mujeres, cuando tienen hijos, tienen menos probabilidades de ocupar un empleo remunerado y pasan más tiempo dedicadas al trabajo asistencial sin remuneración, mientras que en ese mismo caso es más probable que los hombres ocupen un empleo remunerado. La situación de los progenitores de niños con discapacidades es especialmente difícil. Por otra parte, un número más elevado de mujeres, y especialmente madres, que de hombres trabaja a tiempo parcial, a menudo de forma involuntaria. Las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de asumir las responsabilidades del cuidado de familiares dependientes o ancianos, lo que da lugar a su salida del mercado de trabajo o a la reducción de su jornada laboral. También se suelen ver atrapadas en sectores y puestos de trabajo poco cualificados, con bajos salarios y baja productividad y están sobrerrepresentadas en puestos de trabajo con contratos de duración determinada. Muchas mujeres, especialmente las madres, ocupan puestos que están por debajo de su nivel de competencias.

Los bajos niveles generales de remuneración, la concentración en el trabajo a tiempo parcial, la mayor frecuencia de interrupciones de la carrera profesional por el cuidado de otras personas (hijos o familiares dependientes) y, en definitiva, la infrarrepresentación de la mujer en el mercado laboral provoca efectos perversos, como el aumento del riesgo de pobreza y exclusión social de las mujeres –y de sus hijos– y las diferencias, cada vez mayores, en materia de pensiones en función del sexo. Esta realidad, además de debilitar la resistencia frente a las recesiones económicas y provocar un notable perjuicio económico para las familias, supone la infrautilización de las capacidades y competencias que han adquirido las mujeres a través de la educación, lo que se traduce en una evidente pérdida de recursos para la economía de la UE.

Resulta evidente que la disponibilidad de soluciones para conciliar la vida privada y la vida laboral influye en la decisión de abandonar el mercado de trabajo o reducir la jornada laboral si se tienen hijos o se tiene que cuidar a un familiar dependiente, así como en la decisión de tener hijos y cuántos, o de cuándo tenerlos.

Si no disponen de suficientes permisos laborales y flexibilidad en el trabajo, algunas mujeres y hombres optan por abandonar el mercado de trabajo por completo y por un período de tiempo más largo, en lugar de afrontar unas condiciones laborales que no permiten conciliar su trabajo y las responsabilidades familiares (p. ej. las familias monoparentales). La falta de permisos pagados para los padres en relación con las madres o la insuficiencia de incentivos para hacer uso de ellos pueden reforzar aún más las diferencias de género entre trabajo y cuidados. Al ser las mujeres las principales usuarias de los permisos por motivos familiares, su situación en el mercado laboral se ve debilitada en cuanto a posibilidades de encontrar empleo, remuneración o desarrollo profesional (incluida la de mujeres sin hijos, debido a la percepción de que, en el futuro, podrían tenerlos).

En lo que respecta a los servicios oficiales de asistencia, la escasez de los mismos o incluso su ausencia, también refuerza el papel de las mujeres como principales cuidadoras de niños y familiares dependientes. Muchos padres siguen teniendo dificultades para encontrar guarderías asequibles, de calidad y con un horario adecuado. En muchos Estados miembros, los servicios de cuidados de larga duración (para personas de edad avanzada, personas dependientes o personas de salud delicada) no están tampoco lo suficientemente desarrollados para responder a la demanda, lo que sigue constituyendo un obstáculo importante para el empleo femenino y el crecimiento.

Por otra parte, y en lo que se refiere a las formas de organización de la actividad laboral dentro de la empresa, la ausencia de modalidades de trabajos flexibles puede llevar a algunos padres y a los que cuidan de familiares dependientes a abandonar el mercado laboral a causa de las dificultades de conciliar su jornada laboral con el cuidado de los hijos o de los familiares. Mientras que algunos empresarios aplican políticas favorables a la familia para atraer y mantener a las mujeres altamente cualificadas (y cada vez a más hombres), en general, las actitudes con respecto a la organización del trabajo no varían y siguen centradas en la presencia en el puesto de trabajo en jornadas a tiempo completo (o incluso más largas).

Además, y como consecuencia de la realidad económica-laboral que vivimos, la desincentivación o desmotivación por el trabajo puede agravar aún más estos problemas. Algunos Estados miembros cuentan con sistemas de fiscalidad y prestaciones que reducen los incentivos al trabajo del miembro de la pareja cuya remuneración sea menor, haciendo que para esa persona sea económicamente menos ventajoso ir a trabajar o aumentar su

jornada laboral. Además, el elevado coste de los servicios de cuidado de niños o de cuidados de larga duración, especialmente para los perceptores de rentas bajas, pueden ser otros importantes factores que desincentiven el trabajo.

Finalmente, para acabar con este listado de *hándicaps* al logro de una adecuada conciliación de intereses familiares y profesionales, debemos apuntar que el progreso hacia un reparto más equitativo de las tareas domésticas entre mujeres y hombres es también lento. La corresponsabilidad familiar¹⁰² –o sea, la articulación de tareas “productivas” y “reproductivas” desde una perspectiva que armonice los espacios de familia y trabajo de una forma más equitativa entre hombres y mujeres– es un elemento clave para la adquisición de mayores grados de autonomía y sentido de eficacia de los padres, y por ello se erige en un factor de importancia para la mejora de las relaciones entre los padres y entre éstos y sus hijos. Por término medio, las mujeres siguen dedicando más tiempo al trabajo doméstico o familiar no retribuido que los hombres y las mayores diferencias se producen en las parejas con niños pequeños.

3.2. Instrumentos normativos comunitarios para equilibrar la vida profesional y la privada

La preocupación de la Unión Europea por aumentar los niveles de protección del trabajo femenino favoreciendo la incorporación de la mujer al mercado laboral a través de la búsqueda de mecanismos que favorezcan la conciliación es especialmente intensa desde hace más de dos décadas. La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, en el punto 16, invitaba a desarrollar las medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral, y recogía la garantía, entre otras, de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, particularmente para el acceso al empleo, la retribución, condiciones de trabajo, protección social..., etc., estableciendo que se “desarrollarán medidas para permitir a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones familiares y profesionales”.

La Recomendación del Consejo sobre el cuidado de los niños y niñas –92/241/CEE19–, invitaba a los Estados Miembros a conciliar más

¹⁰² Véase, AA.VV. “La corresponsabilidad entre los miembros de la familia, como factor de conciliación”. *Educatio siglo XXI*. Vol. 28, nº 1 (2010). Disponible en : <http://revistas.um.es/educatio/issue/view/8931>

eficazmente las obligaciones profesionales, familiares y educativas de los hombres y de las mujeres derivadas del hecho de tener a cargo niños o niñas, promoviendo de forma progresiva iniciativas en cuatro grandes ámbitos. En primer lugar, el establecimiento de servicios de cuidado de niños y niñas mientras los progenitores estén trabajando, recibiendo educación o formación con vistas a obtener un empleo. En segundo lugar, permisos concedidos para padres que trabajen y tengan a su cargo la responsabilidad del cuidado y educación de sus hijos –se recomendaba a los Estados Miembros adoptar o fomentar iniciativas para tomar en consideración el aumento de la participación de las mujeres en el mundo del trabajo, y que estos permisos se configuren con un cierto grado de flexibilidad–. Finalmente se tenía en cuenta, el entorno, la estructura y la organización del trabajo para adaptarlo a las necesidades de los trabajadores con hijos y una participación más equitativa entre los hombres y las mujeres en las responsabilidades profesionales, familiares y educativas derivadas del cuidado de los niños y niñas.

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada¹⁰³, que haya dado a luz o en período de lactancia prevé un permiso de maternidad remunerado (con una prestación equivalente, al menos, a la de enfermedad) de 14 semanas. También existen referencias a la situación de embarazo y maternidad en la Directiva 2006/54/CE en los artículos 14 y 15, que establecen que la discriminación por razón de embarazo o maternidad constituye una discriminación por razón de género.¹⁰⁴

En relación a los *permisos parentales* en la normativa de la UE, están formulados con carácter neutro – en beneficio tanto de las mujeres como de los hombres con menores a cargo–, aunque es evidente que son las mujeres las que mayoritariamente acceden a ellos. Actualmente la norma de la UE que regula los permisos parentales es la Directiva 2010/18/UE del Consejo

¹⁰³ Constituye la décima Directiva específica en desarrollo de la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989, y, en la actualidad, se encuentra pendiente de reforma.

¹⁰⁴ Desde que se produjo la sentencia en el asunto *Dekker* (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*, C-177/88) se inició una inclinación jurisprudencial sin retrocesos y que ha consolidado una protección fuerte y extensiva en materia de maternidad, ya que en esta sentencia se reconoció el carácter de discriminación directa al trato peyorativo del que fuera objeto la trabajadora a raíz de su situación de embarazo o maternidad. En este sentido, MERINO CALLE, La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional, RDS nº 36, 2015.

de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, en donde se puede apreciar la progresiva relevancia del derecho a la conciliación en este ámbito.¹⁰⁵ En la cláusula 6 de la Directiva 2010/18, titulada *Reincorporación al trabajo*, se establecen, con carácter indicativo, ciertas prerrogativas del trabajador para adaptar su jornada de trabajo con motivo de la reincorporación tras el permiso parental.¹⁰⁶ Una referencia similar, del derecho a la adaptación tras la reincorporación, se ha presentado también en las propuestas de reforma de la Directiva de maternidad 92/85. En todo caso, el matizado derecho a la adaptación de la jornada contenido en la Directiva 2010/18 (o a que los empresarios *tomen en consideración* las peticiones de adaptación de jornada) tiene un efecto testimonial que debe ser subrayado, puesto que es la primera vez que aparece en un texto normativo, bien que matizado, cierto derecho a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de responsabilidades, lo que es particularmente interesante en una norma que se dedica exclusivamente a los permisos parentales.¹⁰⁷

Particular mención merece la *paternidad*, así como el disfrute paterno del permiso de maternidad o de los permisos previstos para los supuestos de adopción o acogimiento. El artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE establece una serie de derechos para el padre en estas circunstancias. Este artículo es importante porque la referencia al padre y la aplicación a éste de las garantías previstas para la maternidad recuerda la responsabilidad paterna en el cuidado familiar y promueve la corresponsabilidad, por lo que también es una medida dirigida a la igualdad.

Al mismo tiempo, una de las notas características de la actual regulación¹⁰⁸ es que las repercusiones de la conciliación no aparecen de

¹⁰⁵ Sobre esta directiva, véase el estudio de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la directiva 2010/18/UE”. *Anales de la Facultad de Derecho*, 28; diciembre 2011, págs. 227-249.

¹⁰⁶ Se formula de la siguiente manera: “Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar para que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”.

¹⁰⁷ En este sentido, véase BALLESTER PASTOR, “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, págs., 99 - 114.

¹⁰⁸ Véase, MERINO CALLE, op. cit.

forma expresa ni en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y la CES28 –sustituido por la Directiva 98/23/97/81/CE al Reino Unido– ni en la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo –modificada por la Directiva 2003/88/CEE del Parlamento y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo–, a pesar de las evidentes conexiones.

Por otra parte, además de la legislación, la UE ha abordado los problemas de la conciliación de la vida laboral y la familiar y los obstáculos a la participación de los padres en el mercado laboral a través del Semestre Europeo¹⁰⁹, y se han dirigido recomendaciones específicas a los países que afrontan los mayores retos. Estas recomendaciones incluyen la prestación de servicios de cuidado infantil y de cuidados de larga duración adecuados y asequibles, así como la supresión de factores económicos que desincentiven el trabajo. Además, las nuevas directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, aprobadas por el Consejo en octubre de 2015, ponen de relieve la importancia de aumentar la participación femenina en el mercado laboral y garantizar la igualdad entre los sexos, incluida la equidad en la remuneración, y se refieren específicamente a la conciliación del trabajo y la vida familiar.

Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos EIE)¹¹⁰, en particular el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), han estado invirtiendo en apoyo financiero para mejorar el acceso y la calidad de los servicios de guardería y acogida de niños. Mientras que el FSE se centra en el apoyo a medidas de carácter flexible, como permitir la ampliación del horario de los servicios de guardería y acogida para los padres que trabajan por la noche o durante el fin de semana o la formación de asistentes de cuidado de niños, el FEDER puede apoyar el desarrollo de infraestructuras de asistencia infantil.¹¹¹

¹⁰⁹ Véase, http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/index_en.htm

¹¹⁰ Véase, http://ec.europa.eu/contracts_grants/funds_en.htm

¹¹¹ Recordemos que en 2002, el Consejo Europeo estableció objetivos para mejorar la oferta de servicios de guardería y acogida de niños; son los denominados «objetivos de Barcelona». Con ellos se pretendía alcanzar para 2010, en lo que concierne al cuidado de niños, una cobertura del 90 %, como mínimo, de los niños de entre tres años y la edad de escolarización obligatoria y del 33 %, como mínimo, de los niños menores de tres años.

Por último, debemos reseñar que la UE ha proporcionado algunas orientaciones políticas en el ámbito de la conciliación entre vida laboral y familiar. El paquete de inversión social de 2013 de la Comisión instaba a los Estados miembros a:

- Eliminar los obstáculos a la participación de las mujeres en el mercado laboral, abordando la discriminación en el lugar de trabajo,
- Potenciar las modalidades de trabajo flexibles, y
- Suprimir la penalización fiscal de las personas que representan la segunda fuente de ingresos familiares.

El paquete de inversión social recogía también una Recomendación de la Comisión sobre *Invertir en la infancia*¹¹², que instaba a los Estados miembros a apoyar la empleabilidad y la participación de los padres –especialmente las familias monoparentales y las personas que representan la segunda fuente de ingresos familiares– en el trabajo remunerado, y proporcionar servicios de educación y cuidado de la primera infancia accesibles y de calidad¹¹³. Asimismo, la Comisión ha trabajado para apoyar la creación de un marco de calidad para estos servicios.

Siguiendo esta línea, el informe de 2014 sobre la protección social adecuada a las necesidades de atención a largo plazo de una sociedad que envejece, elaborado por el Comité de Protección Social y los servicios de la Comisión, insta a los Estados miembros a garantizar un acceso adecuado a cuidados asequibles y de calidad, y facilitar que las personas al cuidado de personas mayores o familiares dependientes o enfermos puedan compaginar el trabajo y las responsabilidades familiares. También, la Comisión ha organizado jornadas de sensibilización e intercambio de buenas prácticas entre los Estados miembros sobre las políticas de conciliación y la participación de la mujer en el mercado laboral.

3.3. Las “lagunas” persistentes

La situación en los Estados miembros sigue siendo desigual, a pesar de la legislación de la UE vigente, la supervisión y las recomendaciones específicas a cada país, las orientaciones políticas y el apoyo financiero, todo

¹¹² Véase, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32013H0112>

¹¹³ Ya en 1992, el Consejo emitió una Recomendación sobre el cuidado de los niños (92/241/CEE, DO L 123 de 8.5.1992).

ello con vistas a mejorar el equilibrio entre la vida laboral y familiar y la participación femenina en el mercado laboral.

En 2013 la Comisión publicó un informe sobre la realización de los objetivos de Barcelona¹¹⁴ que ponía de manifiesto que la mayoría de los Estados miembros no los habían conseguido (su plazo original era 2010).¹¹⁵

Algunos Estados miembros han realizado progresos sustanciales en la ejecución de reformas tras haber recibido las recomendaciones específicas para cada país. Sin embargo, la conciliación del trabajo y la vida familiar, y la participación de las mujeres en el mercado laboral siguen siendo un reto, por lo que varios Estados miembros han recibido recomendaciones específicas en este sentido dos o más años seguidos.

Además, debe considerarse la interacción entre los diferentes aspectos de las políticas públicas, ya que los datos demuestran que estas políticas, a menudo, interactúan entre sí y se refuerzan mutuamente. Debe tenerse en cuenta este contexto más amplio para evitar efectos secundarios no deseados y apoyar eficazmente la independencia económica de mujeres y hombres por igual.

De este modo, y señalando aspectos, a nuestro modo de ver, básicos, es importante considerar la disponibilidad de servicios de guardería una vez concluido el permiso de maternidad o parental, dadas las grandes lagunas en la prestación de estos servicios que existen en varios Estados miembros, especialmente para los niños menores de tres años de edad. En el mismo sentido, hay que tomar en consideración la falta de disponibilidad de servicios de guardería a tiempo completo y de acogida de niños una vez concluido el horario escolar, ya que esto puede dar lugar a una incompatibilidad con el trabajo a tiempo completo de los padres. Por otra parte, la utilización del permiso parental por los padres debe considerarse en el contexto de los sistemas fiscales y de prestaciones que pueden incentivar al cónyuge peor remunerado de la pareja a retirarse del mercado laboral o a trabajar a tiempo parcial.

¹¹⁴ http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/documents/130531_barcelona_en.pdf

¹¹⁵ En 2013, 17 Estados miembros no habían alcanzado el objetivo de ofrecer servicios de guardería para el 90 % de los niños de entre tres años y la edad de escolarización obligatoria, aunque la mayoría de estos Estados miembros no estaba muy lejos del objetivo. El déficit era aún mayor en cuanto a la consecución del objetivo del 33 % para los niños menores de tres años, ya que 19 Estados miembros no lo habían logrado y 6 se encontraban muy por debajo del objetivo.

4. Las políticas internas de conciliación y corresponsabilidad en el contexto vigente

4.1. Algunas consideraciones previas

Si bien en un primer momento las políticas europeas de conciliación se impulsaron desde un compromiso claro con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en la última década estas medidas se han desarrollado principalmente en el marco de la política europea de empleo, o sea, se han considerado parte de una estrategia más amplia diseñada para promover el pleno empleo en la Unión Europea. El objetivo de estas políticas se ha convertido así en la creación de una sociedad de “dos sustentadores”; esto es, una sociedad de pleno empleo en la que tanto los varones como sus compañeras se dediquen al trabajo remunerado. Dada la diversidad de países que conforman la Unión Europea, podemos presumir que este objetivo político no representa lo mismo para todos, sino que exige un esfuerzo mayor para los regímenes de bienestar mediterráneos, caracterizados habitualmente por el subdesarrollo de sus políticas del bienestar, por su “familiarismo” y por sus bajas tasas de empleo femenino.

Los países del Sur de Europa, entre los que se encuentra España, son comúnmente etiquetados por la literatura especializada como sistemas “familistas”.¹¹⁶ En la práctica, este rasgo viene a traducirse en un bajo nivel de gasto en política de familia, un escaso desarrollo de servicios dedicados al cuidado tanto a la infancia como de personas adultas dependientes, e insuficientes medidas para la conciliación entre la vida profesional y la familiar. Ambos aspectos impactan negativamente en la capacidad reproductiva de las mujeres, así como en su participación en el mercado de trabajo. España, al igual que el resto de los países integrados en este “bloque”, puntúa débilmente –si comparamos con el resto de países europeos– en indicadores relativos a la igualdad de género tanto en el ámbito público (participación en el mercado de trabajo) como en el privado (reparto de tareas en el ámbito doméstico).

En nuestro país, el estallido de la crisis económica en el 2008 y las medidas restrictivas para el balance fiscal han ensombrecido en buena medida

¹¹⁶ Para aclarar este concepto y sus “repercusiones” en materia de conciliación, véase, Empleo y maternidad: obstáculos y desafíos a la conciliación de la vida laboral y familiar. FUNCAS-IGOP, 2015.

el impulso alcanzado en materia de igualdad de género y, por ende, en el área de la conciliación familiar. Desde mediados del 2010 hasta la fecha, todas las políticas sociales en general están dominadas por una etapa de contracción para hacer frente a los imperativos de contención del gasto. En ausencia de programas de rentas mínimas eficaces y ante un escenario de niveles de desempleo que alcanzan casi el 50% entre jóvenes y trabajadores de origen inmigrante, la familia se convierte, una vez más, en el pilar que sostiene el bienestar, o algunos casos, la supervivencia. En tiempos donde crece el número de hogares donde todos sus miembros se encuentran en desempleo y donde se truncan las expectativas de políticas aún por desarrollar, la responsabilidad sobre el cuidado de personas dependientes sigue recayendo casi exclusivamente sobre las mujeres. Un resultado similar se ha producido en las empresas que, como consecuencia de la necesidad de reorganización del trabajo, de la plantilla... para mantener niveles de competitividad, se han mostrado más reacias a facilitar la conciliación. No obstante, como explica SÁEZ LARA¹¹⁷, aunque debemos admitir cierta ralentización en la implementación de estas “buenas prácticas”, ya están interiorizadas y no cabe marcha atrás. Los avances culturales en este ámbito hacen que se extienda la concienciación sobre las ventajas y beneficios de las políticas de conciliación.

Sin duda, el reconocimiento de la igualdad formal de las mujeres y su incorporación al mercado laboral ha contribuido a ello, provocado una profunda transformación tanto de los roles femeninos como de los modelos familiares. Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, no debemos olvidar que es la mujer la que tradicionalmente ha desempeñado el rol doméstico, por lo que, todavía hoy, es la que soporta en la mayoría de los casos la carga de compaginar sus obligaciones personales, familiares y laborales. La asunción por parte de las mujeres de un rol público, no ha significado ni la desactivación del rol privado tradicional, ni la reorganización del espacio público, ni tampoco la orientación de los varones hacia el trabajo doméstico. En muchas ocasiones las mujeres encuentran dificultades y obstáculos en el acceso al empleo, en la permanencia o reinserción en el mercado laboral y en la promoción dentro de su carrera profesional, por

¹¹⁷ SÁEZ LARA, La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Políticas públicas y marco normativo. I Congreso Internacional “Mujer, trabajo y Derecho”. Granada, 2015, en dónde hace referencia a factores tales como el avance de la igualdad de género, el cambio de actitudes de género, el cambio en los modelos de familia, la preocupación por la educación de los menores, el desarrollo de la sociedad de la información, que permite otras formas de trabajar y la necesidad de gestionar mejor el capital humano, como causas que propician el cambio de actitudes con respecto a las políticas de conciliación públicas y privadas.

tener que atender obligaciones de carácter familiar, como puede ser el cuidado de los hijos o de mayores dependientes. La falta “real” de conciliación está dando lugar a importantes consecuencias y transformaciones sociales como son la reducción de la tasa de natalidad, el retraso en la emancipación de los jóvenes del hogar familiar y, en consecuencia, en la edad de contraer matrimonio y tener hijos. Aspectos fundamentales y trascendentales para la sociedad, puesto que afectan profundamente a su estructura.¹¹⁸ Por otra parte, el complejo entramado de la “conciliación” no corresponde en exclusiva a las mujeres por lo que es importante realizar un llamamiento a la corresponsabilidad. La corresponsabilidad se ha de dar no sólo entre el varón y la mujer, sino entre todos los agentes sociales, y es aquí donde entran en juego las administraciones públicas y sus políticas.

Para finalizar este punto, debemos reseñar que las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral adecuadas no son las que simplemente aseguran permisos (derecho a la ausencia) sino las que, conscientes de sus efectos, propugnan la acomodación temporal y la adaptación del trabajo a las circunstancias de los implicados (derecho a la presencia).¹¹⁹ Un lugar de trabajo más inclusivo y tolerante es una motivación para las personas trabajadoras, haciendo que su rendimiento sea mayor. Este entorno también facilita la comprensión y el compromiso de los empleadores y, a su vez, esto conduce a mejores resultados que benefician a la persona trabajadora, a la propia empresa y a la sociedad en general.

4.2. Un recordatorio del marco normativo vigente

El fundamento constitucional del derecho a la conciliación encuentra su reflejo en los artículos 14 y 9.2 de la CE, que garantizan la plena satisfacción del principio de igualdad, y en el artículo 39.1 en donde se establece un mandato a los poderes públicos para “asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”. El Tribunal Constitucional refiere en su STC 26/2011 que el derecho a la conciliación de responsabilidades es un derecho fundamental que debe ser tenido siempre en cuenta en la interpretación y aplicación de las leyes. Este derecho emerge directamente

¹¹⁸ JUARISTI BESALDUCH, “Políticas públicas en promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en la obra de AA.VV (Coord. GRAU PINEDA/ MESA MARRERO) *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*. Tirant lo Blanch, 2014.

¹¹⁹ BALLESTER PASTOR, “De cómo la reforma...”, cit

de la Constitución, sin que se agote necesariamente en el alcance que a la misma quiera dar la legislación ordinaria.

4.2.1. Las normas legales. El papel de la Jurisprudencia

En lo que respecta a la regulación legal, los avances habidos en las últimas décadas han sido evidentes. Las medidas contempladas en la actualidad para la conciliación de los intereses familiares y laborales de las personas trabajadoras se reflejan, principalmente, en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) que, recogiendo el mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo, lo traslada a las relaciones laborales.¹²⁰

Recordemos que la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, regula por primera vez y específicamente esta cuestión. Por medio de ella, se llevó a cabo la transposición al ordenamiento jurídico español de dos directivas comunitarias y se realizó un importante reconocimiento de derechos de conciliación, aunque no consiguió cambios en la estructura social, ni en los roles y estereotipos masculino y femeninos existentes.

Otros textos legales, anteriores y posteriores, establecían medidas encaminadas directa e indirectamente a favorecer la conciliación personal, laboral y familiar. Nos referimos a la Ley 31/1995, de 8 de marzo, de Prevención de Riesgos Laborales, al tratar específicamente la situación de embarazo o parto reciente ó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en

¹²⁰ Son varios los preceptos que en el ET se dirigen a la consecución de la conciliación de la vida laboral y familiar. Véase la relación a la que hace mención JUARISTI BESALDUCH, cit., : el permiso por lactancia de hijo menos de nueve meses, de una hora de duración (o reducción de la jornada en media hora) (art. 37.4 ET); el permiso por hospitalización de hijo prematuro, de duración idéntica al anterior pero sujeto a reducción de salario (art. 37.4 bis); la reducción de jornada entre 1/3 y 1/2, con equivalente reducción de salario, por guarda legal de un menor de seis años; el derecho a la movilidad geográfica en base a la reagrupación familiar (art. 40.3 ET); la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo o adopción (art. 45.1.d); la excedencia para el cuidado hijos menores de tres años, que conlleva reserva del puesto de trabajo durante el primer año y, los siguientes, un derecho preferente al reingreso (art. 46.3 ET); la licencia por maternidad de 16 semanas, a distribuir según voluntad de la madre, que puede optar por ceder parte del permiso al padre, a excepción de las seis semanas posteriores al parto (art. 48.4 ET); la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (art. 48.5 ET), y la declaración de nulidad del despido cuando el mismo se produzca durante y con causa en el embarazo o durante la suspensión del contrato de trabajo por alguna de las causas expuestas y relacionadas con la maternidad.

situación de dependencia que prevé medidas para ayudar a las personas que se encuentran en esta situación, y a sus familiares.

Por último, es en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en donde los derechos de conciliación se reconocen como un criterio general de actuación, que aparecen dispersos por toda la norma. Entre las reformas más relevantes que introduce la ley destacan: el reconocimiento de nuevos permisos, algunos retribuidos (el de paternidad, por ejemplo.); la ampliación de los permisos o licencias ya existentes con la finalidad de prestar atención a los recién nacidos y a la salud de la madre; la reducción o adaptación del tiempo de trabajo que busca la adaptación de las obligaciones laborales a las personales; el establecimiento de nuevas causas suspensivas de la relación laboral para proteger más supuestos familiares en los que sea preciso ejercer derechos de conciliación de manera excepcional; se incrementan los derechos de Seguridad Social y se intenta minimizar el impacto de la conciliación de la vida personal y familiar sobre el seguro del beneficiario de la prestación y se amplían los supuestos de protección frente al despido; además, se reconocen nuevas obligaciones y derechos en el ámbito específico de la negociación colectiva. Recordemos, también, que esta Ley establece la obligación de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. Y aunque en el resto la negociación de planes de igualdad es voluntaria, será obligatorio elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando el convenio colectivo que les sea aplicable lo establezca y cuando la autoridad laboral así lo hubiera acordado (como sustitución de sanciones accesorias en un procedimiento sancionador).¹²¹ A pesar de que en la propia Ley se reconoce como fin primordial de la misma el fomento de la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, no deja de ser una mera declaración de intenciones pues el legislador continúa contemplando los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde una óptica femenina¹²²; y ello, a pesar de que, en relación al diseño e implementación de

¹²¹ Al respecto, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “La relación entre las medidas de conciliación y el empleo”, en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Cabeza Pereiro, y otros (Coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 271 a 294.

¹²² Véase, en este sentido, las críticas de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, cit. La autora hace referencia al mantenimiento del permiso para atender a familiares por afinidad, lo que posibilita que continúe siendo la mujer la que cuida a su familia política. Además, afirma, la madre sigue siendo la titular del permiso por lactancia, el permiso por maternidad tiene una duración mucho más larga que el de paternidad, y la reducción de jornada o la excedencia para el cuidado de familiares no requiere una participación activa por parte de ambos titulares.

las políticas de empleo, reclama como objetivo prioritario la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, a través de “la mejora de la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres” y el fomento de “su nivel formativo y su adaptabilidad al mercado de trabajo”.

Centrándonos en el panorama normativo vigente podemos distinguir tres tipos básicos de políticas que podríamos denominar “de familia”¹²³. Dos de ellas inciden de manera directa en la conciliación de intereses familiares y laborales; la que resta lo hace de manera indirecta, contemplando recursos monetarios (subvenciones, desgravaciones fiscales...) orientados a ofrecer a las familias una compensación por los costes que conlleva la crianza o cuidado de personas dependientes.

En lo que respecta a los dos primeros tipos, nos estamos refiriendo a aquellas medidas que, por una parte, aseguran el “derecho a la ausencia” de las personas trabajadoras; dentro de ellos, distinguiríamos entre permisos retribuidos: maternidad, paternidad, lactancia, derecho al disfrute de las vacaciones en periodos diferentes a los señalados inicialmente por coincidencia con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato por maternidad o paternidad y otros permisos, regulados en el artículo 37.3 y que se refieren a los casos de enfermedad, hospitalización y fallecimiento de familiares; y permisos no retribuidos, incluyendo aquí la reducciones de jornada y las excedencias. Por otra parte, tendríamos que mencionar también los derechos reconocidos a las personas que trabajan fuera del hogar familiar para garantizar su “derecho a la presencia” y que se concretan en la adaptación de la jornada u horario de trabajo a sus necesidades personales, familiares y laborales, sobre las que haremos un breve comentario “ut infra”. Dentro del segundo tipo quedarían incluidos los servicios de atención a la infancia y los vinculados con los cuidados de larga duración.

¹²³ La mayor parte de las medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (la maternidad, permisos parentales, ordenación del tiempo de trabajo...etc) se engloban bajo las políticas sociales, de empleo e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en lugar de tratarse bajo la óptica de políticas de familia. La rentabilidad y las ventajas de implantar la materia de la conciliación como políticas familiares en sí mismas, son constatables pues reportan mejoras de la salud, seguridad, atención y cuidado familiar, igualdad y también suponen mejoras económicas. Así lo pone d manifiesto el interesante estudio de LLUCH FRECHINA, E. (2010). “Medidas de conciliación y resultados empresariales”, en la obra de AA.VV (Coord. ABRIL STOFFELS, R.), *Informe sobre políticas públicas de promoción de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, p. 245- 260. Disponible en: <http://dspace.ceu.es/handle/10637/7822>.

Actualmente se hace especial hincapié en que todas estas medidas que el legislador viene contemplando para lograr la “ansiada” conciliación no pueden quedar limitadas a una mejor distribución del tiempo dedicado al cumplimiento derivado de las obligaciones familiares y laborales, sino que han de estar orientadas a la consecución de una igualdad entre mujeres y hombres dirigiéndose tanto al varón como a la mujer, teniendo en cuenta en todo momento las particularidades de cada sexo, de tal manera que con ello se promueva la corresponsabilidad y se compense y subsane la discriminación y penalización a las que la mujer se ve sometida, concretamente, por el hecho de ser madre (JUARISTI BESALDUCH, 2014). Son necesarios mecanismos y fórmulas que impongan las mismas obligaciones personales y familiares a los hombres y a las mujeres, de manera que trabajadoras y trabajadores tengan idénticas condiciones de empleo y laboralidad. Las soluciones aportadas hasta ahora por el legislador tienden a apartar a la mujer de su entorno laboral y concederle más tiempo de permiso para que continúe responsabilizándose del hogar, lo que provoca un efecto perverso en el ámbito de trabajo de la mujer que se estanca en su carrera profesional o, directamente, renuncia a ella.¹²⁴

De ahí que el alcance de ciertos derechos reconocidos se ha ido matizando a raíz de las interpretaciones dadas por los Tribunales, en algunos casos incorporadas ya a la redacción legal. Un ejemplo claro está en el permiso de lactancia que, a raíz del Asunto Roca Álvarez, adquiere otra dimensión. En este caso, la sentencia del TJUE¹²⁵ incorporó rotundamente la perspectiva de la corresponsabilidad y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral reconfiguró, así, este permiso regulado en el artículo 37.4 para darle una titularidad neutra.¹²⁶ Especialmente interesante, por la polémica que puede suscitar, es el Auto

¹²⁴ En palabras de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ., cit., “No se trata de dar más tiempo a un grupo de la sociedad para que se ocupe del cuidado de los dependientes. Se trata de que el género deje de ser un obstáculo para el empleo femenino y la compatibilidad con su vida privada, es decir, que se consiga realmente una igualdad efectiva entre los géneros”.

La autora recuerda, en este sentido, la responsabilidad que tienen los poderes públicos a la hora de implementar políticas que faciliten unos servicios de atención con calidad y que respondan a las necesidades actuales (compaginar los horarios de las guarderías, centros de atención a dependientes y los propios centros escolares con los horarios laborales). Asimismo, las empresas, y la sociedad en general deben asumir “como normal y beneficioso este tipo de medidas para impulsar decisiones personales libres para todos los trabajadores”.

¹²⁵ STJUE 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*, C-104/09.

¹²⁶ En este sentido, BALLESTER PASTOR, “De cómo la reforma operada...” cit.

del TC 14/2016, de 19 de enero¹²⁷, que al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con los párrafos primero y segundo del art. 48 f)¹²⁸ de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEEP), que afirman que todos “los funcionarios”, sean de sexo masculino o femenino, tienen igual derecho al permiso de lactancia, siempre con la condición de “que ambos trabajen”¹²⁹, nos aclara que no puede tacharse nunca de una regulación discriminatoria. Según el Alto Tribunal, puede estarse de acuerdo o en desacuerdo con este sistema (no reconocer el permiso de lactancia cuando uno de los dos progenitores no trabaja), pero no puede tacharse nunca de discriminatorio, pues falta en él el “tratamiento peyorativo fundado en el sexo” necesario para apreciar una discriminación contraria al art. 14 CE. Según afirma de manera contundente, el precepto cuestionado *carga* con el cuidado del niño de igual manera al padre o a la madre, y no perpetúa así ningún modelo de familia (padre trabajador y madre cuidadora).

En otro orden, derechos tales como el disfrute de vacaciones en caso de coincidencia con incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo o la lactancia se han visto también “afectados”, a raíz de los pronunciamientos provenientes del TJUE, que tienen su origen en el conocido Asunto *Merino*

¹²⁷ En él se resuelve el caso del recurrente, padre de un niño, que vio denegada su solicitud de que le fuera reconocido el permiso de lactancia porque, según razona expresamente la resolución denegatoria de la solicitud, “es requisito indispensable que ambos progenitores trabajen”, por lo que “la situación de desempleo de la madre hace incompatible que el permiso por lactancia sea disfrutado por el padre”. La duda que se plantea ante el Tribunal parte de la premisa, así explicitada en el Auto de planteamiento, de que si hubiera sido una mujer (la madre) la solicitante del permiso, la Administración no habría tenido más remedio que reconocérselo, por lo que la denegación del mismo permiso a un hombre (al padre) en el acto administrativo objeto del proceso *a quo* pudiera resultar contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, en la medida en que bajo una norma aparentemente protectora de la maternidad se estaría haciendo a la madre de peor condición que al padre, perpetuando el modelo tradicional de reparto de funciones en el cuidado de los hijos.

¹²⁸ Dice así: “Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos: ...

f) 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”.

¹²⁹ Siendo, por tanto, requisito indispensable que ambos progenitores trabajen, por lo que la situación de desempleo de la madre hace incompatible que el permiso por lactancia sea disfrutado por el padre.

Gómez¹³⁰, y que han ido evolucionando en los últimos años.¹³¹ A partir de estos antecedentes, el art. 38.3 Estatuto de los Trabajadores, tras las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 3/2012, establece la posibilidad de disfrute diferido de las vacaciones en caso de coincidencia con el permiso de paternidad y contempla el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las que ya se señalaban en el texto estatutario. No obstante, las críticas a esta nueva regulación no se hicieron esperar.

Por otra parte, y en relación al alcance del derecho a adaptar la jornada de trabajo, la Jurisprudencia existente acerca del alcance del derecho a raíz de las últimas reformas¹³² no es unánime. Es cierto que el TS¹³³, en reiteradas ocasiones ha negado que el artículo 34.8 ET otorgue amparo legal a las reclamaciones de modificación de horario o turno de trabajo que no vayan unidas a una solicitud de reducción de jornada *ex* artículo 37.5 y 6 del ET en ausencia de previsión convencional o pacto individual al respecto. Para el Tribunal, por tanto, no estamos ante un *verdadero derecho*, pues el trabajador no puede imponer a la empresa unilateralmente una adaptación de su jornada u horario, ya que la única posibilidad de variación es la del artículo 41 del ET, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa. En todos los pronunciamientos referidos, el Tribunal rechaza que resulte aplicable lo

¹³⁰ STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/2001, Merino Gómez.

¹³¹ En el año 2009, se estableció el derecho del trabajador/a a disfrutar con posterioridad las vacaciones que hubieran resultado coincidentes con una incapacidad temporal (STJUE de 20 de enero de 2009, asunto *Schultz Hoff*, C- 350/06 y 520/06; y STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto *Vicente Pereda*, C-277/08), y en el año 2010 se reconoció el derecho al disfrute posterior de las vacaciones que hubieran coincidido con un permiso parental de larga duración, aunque ésta hubiera sido superior a dos años. Asunto *Zentralbetriebsrat* (STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08).

¹³² Como sabemos, tras la reforma de 2012, el derecho concedido en el artículo 37.5 del ET a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida ha quedado constreñido a las solicitudes de reducción de la jornada de trabajo “diaria”. Véase, al respecto los comentarios de SÁEZ LARA, “La conciliación...cit., y LÓPEZ TERRADA “Acercas del derecho a adaptar la jornada de trabajo por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en Jurisprudencia Social a debate (Coord. SALA FRANCO). Tirant Lo Blanch, 2015.

¹³³ Se trata de las SSTs de 13 de junio de 2008 (Rec. 897/2007), 18 de junio de 2008 (Rec. 1625/2007), 20 de mayo de 2009 (Rec. 2286/2008), 19 de octubre de 2009 (Rec. 3910/2008), 20 de octubre de 2010 (Rec. 3501/2009), 24 de abril de 2012 (Rec. 3090/2011) y de los Autos de 21 de julio (Rec. 2888/2008) o de 30 de septiembre de 2009 (Rec. 681/2009), citadas por LÓPEZ TERRADA, cit.

dispuesto por el TC en su sentencia 3/2007, de 15 de enero, con ocasión de la denegación del derecho de reducción de jornada a una trabajadora¹³⁴. Para descartar la aplicación de esta doctrina, el TS se aferra a la diferenciación entre los supuestos de reducción de jornada y horario, que cuentan con apoyo en el artículo 37. 5 y 6 ET, y los supuestos de petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, que carecen de apoyo legal por expresa decisión del legislador. Esta inaplicación de la doctrina sentada en la STC 3/2007 cuando lo solicitado es la adaptación del horario sin reducción de jornada se encuentra, sin embargo, muy lejos de ser una cuestión pacífica. La posterior intervención del TC en la materia, aunque no es uniforme, ha suscitado serias dudas al respecto. Sin entrar en el fondo del asunto, las Sentencias 24/2011 y 26/2011, ambas de 14 de marzo, se han pronunciado de manera diversa frente a peticiones similares de cambio de turno de trabajo sin reducción de jornada. En todo caso, la falta de uniformidad de la jurisprudencia constitucional no puede ocultar que, exista o no petición de reducción de jornada, resulta exigible que los órganos judiciales valoren adecuadamente la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Para el TC, “la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del artículo 37 del ET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”. Siguiendo estos criterios, las dudas que surjan en torno a la concreción horaria de la reducción de jornada, o la relevancia que debe otorgarse en su determinación a los criterios y a las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, debe resolverse mediante una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

¹³⁴ “La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del Art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (Art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (Art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”. STC 3/2007, de 15 de enero.

Son éstos, ejemplos de cómo la reforma de 2012 incide en los derechos de ajuste por conciliación de manera directa, si bien podríamos referirnos a otra serie de efectos indirectos que la citada reforma ha provocado. Son medidas que incrementan las prerrogativas empresariales en las actividades de cuidado sin que, en compensación, se establezcan garantías mínimas dirigidas a contrarrestar los efectos perversos en las personas con dependientes a cargo (BALLESTER PASTOR, 2012).

Bajo nuestro punto de vista, si bien la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha incluido medidas que intentan favorecer la conciliación de intereses, las matizaciones introducidas en la regulación de otras materias han repercutido de manera evidente en esta cuestión, y no de forma positiva. Veamos algunos aspectos claves.

Es cierto que la última gran reforma laboral ha puesto en marcha los mecanismos necesarios para una nueva cultura del empleo basada en la flexibilidad, que facilita la participación de la mujer en el mercado de trabajo, introduciendo medidas como las bonificaciones y reducciones en las cuotas de la Seguridad Social a las empresas por contrataciones de mujeres, la supresión de categorías profesionales en el sistema de clasificación profesional con garantía de no discriminación entre mujeres y hombres, o la regulación del trabajo a distancia, que permite un mayor margen de acción para compatibilizar las obligaciones familiares y laborales. En materia de Seguridad Social, se han adoptado nuevas medidas para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: se han mejorado los beneficios establecidos por el cuidado de hijos e hijas menores, evitando que posibles supuestos de interrupción de la cotización relacionados con el nacimiento y adopción o acogimiento de menores pueda afectar negativamente a la cuantía de las prestaciones sociales de las personas, mayoritariamente mujeres trabajadoras, que se acogen a estos beneficios (Real Decreto 1716/2012); se han revisado, asimismo, los mecanismos de acceso a prestaciones de la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial (también son mayoritariamente las mujeres quienes se acogen a esta clase de contrato), garantizando la correcta aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo (Ley 1/2014, de 28 de febrero); y se ha reforzado la protección otorgada a los supuestos de reducción de jornada por el cuidado de hijos o hijas, al elevarse de 8 a 12 años la edad que da derecho a dicha reducción (Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre).

No obstante, cuestiones puntuales que afectan a medidas de flexibilidad interna, tales como la posibilidad de realización de horas extraordinarias por parte de los trabajadores a tiempo parcial, (que convierte el trabajo a tiempo parcial en un trabajo a tiempo completo con plena disponibilidad horaria, a la que quedarán abocados los trabajadores –y en mayor medida las trabajadoras– sin otras alternativas) o, la reformulación de las causas para la aplicación de medidas de movilidad geográfica (art. 40 ET) y modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) eliminando todo rasgo de elementos valorativos dirigidos a enjuiciar su proporcionalidad y adecuación, repercuten también en el colectivo de sujetos con responsabilidades de cuidado porque incrementa las prerrogativas empresariales. En este sentido, la nueva Ley, por ejemplo, no ha regulado la posibilidad de que, salvo pacto en contrario, la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5% de la jornada de trabajo, pudiendo hacer, de este modo, un planteamiento respetuoso con la conciliación de intereses personales, familiares y laborales. Por otra parte, la desaparición de las bonificaciones establecidas en el art. 4.2 de la Ley 43/2006 para facilitar la reincorporación de la mujer trabajadora tras la maternidad o la excedencia se convierte en otro punto débil en el reconocimiento del derecho a la conciliación.

4.2.2. La negociación colectiva¹³⁵

Los convenios colectivos en España presentan notables avances en materia de conciliación en relación con la negociación colectiva de épocas anteriores, si bien persisten todavía dificultades al respecto sin que, lamentablemente, podamos afirmar que recojan una regulación suficiente, con un enfoque adecuado y eficaz.¹³⁶ Por ejemplo, es importante el incremento de la regulación convencional en lo que se refiere a las reducciones de jornadas por razones familiares, de los permisos retribuidos

¹³⁵ Recordemos que la Ley remite a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario el establecimiento de los términos en que el trabajador ejercitará el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: (Art. 34.8 E.T.); y el derecho a la reducción de su jornada en media hora para la lactancia de un menor de nueve meses o a acumular las horas de lactancia en jornadas completas (Art. 37.4 E.T.). Por otra parte, la ley reenvía a los convenios colectivos en general la regulación de los términos en que el trabajador deberá comunicar al empresario la suspensión del contrato de trabajo por paternidad: (Art 48.7 E.T., último párrafo).

¹³⁶ Véase, RODENAS SANCHO, “La conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Buenas prácticas y negociación colectiva”. Secretaría de la mujer y la igualdad de UGT-PV.

y no retribuidos para la atención de responsabilidades familiares y del permiso y reducción por lactancia. Algunas de estas mejoras –si bien escasas– se dirigen a fomentar la corresponsabilidad de los hombres. Una muestra la encontramos en el Convenio Colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona¹³⁷ que flexibiliza la jornada para hombres en los casos de paternidad.¹³⁸ Sin duda, se trata de una medida de acción positiva que puede favorecer la corresponsabilidad.

Una forma de incentivar el uso del permiso de maternidad compartido por parte de los hombres y con ello la corresponsabilidad, es premiar con tiempo de permiso retribuido adicional a los hombres que disfruten de parte del permiso de maternidad compartido. Así lo hace el Convenio colectivo del personal laboral de la Administración del Principado de Asturias, que en su artículo 27 D dice: “El personal laboral masculino tiene derecho a una semana de permiso retribuido siempre que haya solicitado al menos 15 días de permiso de maternidad. Si el permiso solicitado fuera superior a un mes natural se otorgaran dos semanas”.

Otras medidas –la mayoría– se refieren a ampliaciones de la duración de los permisos.¹³⁹ Un claro ejemplo lo encontramos en el IV Acuerdo Marco de Repsol-YPF,¹⁴⁰ en el que “se amplía la regulación hasta llegar a los 10 días naturales de permiso, que se disfrutarán inmediatamente después del nacimiento. Para el personal de turno se garantizará al menos cinco días laborables de disfrute”.

Todas ellas, ejemplos de buenas prácticas dirigidas al reparto equilibrado entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares y una mayor participación de los hombres en las mismas.

Finalmente, no podemos obviar que la mayoría de los convenios utilizan redacciones en femenino para referirse a la asunción de

¹³⁷ Resolución de 21 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona.

¹³⁸ Art. 22 g) “El padre durante el primer mes a contar desde del nacimiento de su hija/o, tendrá derecho a flexibilizar su jornada y horario diario de trabajo, si bien en computo semanal habrá de cumplir en todo caso la jornada ordinaria establecida en el presente Convenio Colectivo”.

¹³⁹ Como sabemos, actualmente, los padres tienen derecho a un permiso de dos días por nacimiento de hija/o, adopción o acogimiento y cuatro días en el caso de que se precise desplazamiento. En algunos convenios la duración de este permiso se amplía.

¹⁴⁰ Resolución de 29 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Acuerdo marco del Grupo Repsol.

responsabilidades familiares, mientras que el resto del contenido de los convenios en la mayoría de los casos está redactado en masculino. Habría que fomentar (a modo de *buena práctica*) el uso del lenguaje no sexista para evitar la reproducción de roles sexistas en la asunción de responsabilidades familiares.

4.2.3. Los Planes de Igualdad. Especial referencia al II Plan de Igualdad de la Administración General del Estado

El artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, establece que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres; medidas que deberán negociar y, en su caso, acordar con sus representantes legales y en la forma que se determine en la legislación laboral. Como sabemos, las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores tienen la obligación de que las medidas de igualdad se dirijan a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad que deberá ser, asimismo, objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral. Sin perjuicio de lo enunciado anteriormente, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, y en los términos previstos en el mismo. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de la plantilla.

Por su parte, el artículo 17 de la citada Ley establece que el Gobierno aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo.

Recordemos que en diciembre de 2007 se aprobó el primer Plan Estratégico de Igualdad de la Administración General del Estado para el período 2008-2011. A éste le ha sucedido un nuevo Plan¹⁴¹, que incluye los ejes y líneas de actuación prioritarias en materia de igualdad de

¹⁴¹ Acordado con las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 30 de julio de 2015 y aprobado por el Consejo de Ministros el día 20 de noviembre del mismo año. Véase BOE 10 de diciembre de 2015 (Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos).

oportunidades hasta 2016 y que se erige en el instrumento a través del cual se definen los objetivos y medidas prioritarias para eliminar cualquier discriminación por razón de sexo e integrar el principio de igualdad de trato y de oportunidades de manera transversal en todas las políticas y acciones del Gobierno.

En el propio Plan se especifica cómo gran parte de las causas que explican la menor participación laboral de las mujeres respecto a la de los hombres, vienen asociada a una mayor dificultad para lograr la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. En consecuencia, uno de sus ejes prioritarios de actuación es la *conciliación* y la *corresponsabilidad* (ya que este es uno de los factores que más influyen en el mantenimiento de importantes desigualdades en los ámbitos laboral y social), a través, fundamentalmente, de la ordenación del tiempo de trabajo. De este modo, nos parece interesante poner de relieve las novedades introducidas en los últimos años en materia de flexibilidad horaria en este ámbito y que se concretan, por ejemplo, en medidas para los empleados y empleadas públicas que tengan a su cargo personas con discapacidad –que disponen de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre el horario fijo (esta posibilidad se limitaba con anterioridad a los empleados y empleadas públicas que tuvieran a su cargo hijos con discapacidad)–, o en el reconocimiento, para determinado personal, de una jornada reducida, ininterrumpida, de las nueve a las catorce horas, de lunes a viernes, percibiendo el 75% de sus retribuciones; se incluyen también medidas de flexibilidad para que el personal funcionario pueda distribuir sus vacaciones y días de permiso¹⁴² y reducir su jornada para el cuidado de hijos menores de 12 años en condiciones más favorables.

Como objetivos a lograr a medio plazo, en el Plan se especifica la programación de acciones tendentes a acortar las diferencias entre el número de mujeres y de hombres que disfrutan las medidas de conciliación en aquellos ámbitos en que se haya detectado la existencia de un porcentaje significativamente mayor de mujeres que se acogen a este tipo de medidas (flexibilización de la jornada por cuidado de hijos e hijas menores de 12 años, reducción de jornada por guarda legal, flexibilización de la jornada para el cuidado de personas mayores, reducción de jornada por enfermedad

¹⁴² Puede verse el progresivo incremento del acceso de hombres a permisos por motivos de conciliación, principalmente cuando se trata de permisos retribuidos. El porcentaje de hombres que disfrutan de permisos disminuye cuando implica su disfrute una reducción de las retribuciones.

grave de un familiar, flexibilización de la jornada para cuidado de personas con discapacidad).

Se establecen, además, una serie de intenciones concretas. A modo de ejemplo:

- Se procurará que las personas con hijas e hijos menores de 12 años tengan preferencia para la elección del disfrute de las vacaciones y días por asuntos particulares durante los periodos no lectivos de los mismos.
- Se utilizarán las nuevas tecnologías, en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, con el fin de favorecer la conciliación y una mejor organización y racionalización del tiempo de trabajo.
- Se fomentará el uso de las medidas de conciliación entre los hombres a través de acciones de información y sensibilización.
- Se tratará de implantar las medidas de flexibilidad horaria que permitan al personal empleado público disminuir, en determinados periodos y por motivos directamente relacionados con la conciliación y debidamente acreditados, su jornada semanal de trabajo, recuperándose el tiempo en que se hubiera reducido dicha jornada en la semana o semanas subsiguientes.

Asimismo, y con el fin mejorar la información del personal y la gestión de recursos humanos sobre los derechos, permisos y medidas de flexibilización de jornada existente en la Administración General del Estado en materia de conciliación, (y, de este modo, fomentar su conocimiento y favorecer su utilización), se prevé la elaboración y difusión de una “Guía de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Administración General del Estado”.

Para finalizar esta referencia debemos tener presente que las políticas públicas más exitosas, que han permitido incrementar la fecundidad en algunos países europeos, se han centrado en la satisfacción de las necesidades específicas de conciliación de la vida laboral y familiar, en un contexto social favorable a la igualdad entre mujeres y hombres que ha facilitado la corresponsabilidad y, en consecuencia, han reducido los costes de oportunidad para las mujeres e incrementado el valor social de la maternidad.

5. Conclusiones y propuestas: la “flexiguridad como elemento clave para lograr la conciliación

Tras lo expuesto, finalizamos esta reflexión haciendo especial hincapié en ciertos aspectos, ya tratados por la doctrina¹⁴³. Por tanto, son puntos a destacar que no pretende ser novedosos sino, simplemente, servir de recapitulación y de reflexión al lector.

Es evidente que, en el contexto actual, nace la necesidad de abordar políticas que hagan posible conjugar objetivos de flexibilidad laboral y seguridad en el empleo. La denominada flexiguridad, es decir, la búsqueda del equilibrio adecuado entre flexibilidad y seguridad¹⁴⁴ resulta imprescindibles para que la conciliación entre la vida familiar y laboral sean posibles y reales. Siguiendo a ALONSO-OLEA GARCÍA¹⁴⁵, cuando hablamos de conciliar estos intereses, las disposiciones contractuales deben ser lo suficientemente flexibles para que los trabajadores y empresarios puedan determinar sus relaciones en función de sus necesidades; además, debe mejorarse la organización del trabajo, incluidas las cuestiones vinculadas al horario y a las condiciones laborales.

Todos estos aspectos se concretan en la necesidad de:

1.- Flexibilizar los tiempos de trabajo para el desempeño de la prestación laboral.

En este apartado debe haber un objetivo común: adaptar el tiempo de trabajo a la situación personal y laboral del trabajador sin que dicho trabajo pierda calidad. Los acuerdos sobre el horario flexible no sólo benefician a los trabajadores, al permitirles conciliar la vida familiar y laboral, sino también a

¹⁴³ Como no podía ser de otra forma en una materia que, por las implicaciones que conlleva, suscita tanto interés para las partes implicadas y, sin duda, para el conjunto de la sociedad.

¹⁴⁴ *Grosso modo*, supone, por un lado, *flexibilidad* en la organización del trabajo, que, al mismo tiempo que facilite la movilidad interna en la empresa en condiciones de seguridad para los trabajadores, favorezca también “lugares de trabajo de elevada calidad” u “una buena organización del trabajo” haciendo posible en particular la inserción de la mujer en el mercado de trabajo con empleos de calidad y la conciliación de la vida laboral, familiar y privada. Por otro, *seguridad laboral*, no tanto en el puesto de trabajo, cuanto en el mercado de trabajo, que asegure la transición de un empleo a otro, con políticas activas de empleo “eficaces”.

¹⁴⁵ “Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas”, cit.

las empresas, dado que contribuyen a adaptar el horario laboral al flujo de trabajo, lo que se traduce en una mayor satisfacción para el trabajador.¹⁴⁶

A nuestro modo de ver una de las medidas más valoradas, sería que se pudiese disfrutar de un mayor período de maternidad, paternidad, horas de lactancia más allá de lo establecido en el ET, aun renunciando al sueldo. En línea similar, los trabajadores deberían disponer de una bolsa de horas anuales de libre disposición para que pudiese utilizar en cualquier momento de su jornada, siempre que sea factible, para atender asuntos propios.

2.- Flexibilizar los espacios, facilitando la posibilidad del teletrabajo en aquellas actividades en las que sea posible.

3.- Flexibilizar la remuneración, estableciendo un equilibrio adecuado entre tiempo de trabajo y salario y utilizando las mejoras o beneficios sociales para los fines que cada trabajador entienda oportunos dentro del sostenimiento de la unidad familiar, salud, educación, vivienda, etc.

La regulación de la conciliación debe dirigirse fundamentalmente mediante la aportación de medidas de acción positiva que contribuyan a la ruptura de roles sexistas también en la familia y en el trabajo. Las acciones positivas en este ámbito siguen siendo medidas eficaces y necesarias para lograr la igualdad real y el reparto equitativo de las responsabilidades domésticas y familiares, construyendo, así, una sociedad más justa y más igualitaria. Dichas medidas pueden ir dirigidas a evitar y prevenir situaciones futuras, a corregir y eliminar las discriminaciones y/o a compensar a quienes han venido sufriendo una situación discriminatoria por razón de género, eliminando, o al menos paliando, las consecuencias que ha provocado.

En lo que respecta a la negociación colectiva, para mejorar el tratamiento que en los convenios colectivos se realiza de la conciliación y de la corresponsabilidad habría que incluir medidas que atendiesen también a la

¹⁴⁶ Las empresas presentan en sus planes de conciliación modalidades de esta flexibilidad en el tiempo de trabajo, como por ejemplo, que el horario de entrada y salida sea flexible, que se fomente la jornada intensiva, permitiendo, incluso, que los empleados puedan trabajar más horas durante algunos días de la semana y a cambio recibir un día o medio día libre a la semana; que los horarios sean orientativos y se le ofrezca al trabajador la posibilidad de configurarlos como considere más oportuno; que exista la posibilidad de distintas variantes, como por ejemplo, jornadas parciales, según la producción y actividad de la empresa, y/o jornadas integradas; que en el trabajo a turnos se tenga derecho a la elección de turno y a la concreción del horario dentro del turno elegido.

conciliación de los intereses laborales con los personales (no solo familiares), y ampliar las medidas dirigidas a los hombres que fomente la corresponsabilidad. Es importante que la conciliación deje de tener un enfoque dirigido en exclusiva a las mujeres y que se desligue definitivamente de los aspectos relativos a la maternidad biológica¹⁴⁷ de la mujer.

La conciliación no debe limitarse a la regulación de permisos. Son importantes también aspectos como la contratación, la organización del trabajo y de los tiempos de trabajo, las retribuciones, las ayudas económicas, las infraestructuras de atención de familiares dependientes y el incremento de escuelas infantiles para niñas/os de 0 a 3 años. Todos ellos, sin duda, deben ser tratados por los interlocutores sociales y plasmados en los convenios colectivos.

6. Bibliografía citada

AA.VV. “La corresponsabilidad entre los miembros de la familia, como factor de conciliación”. *Educatio siglo XXI*. Vol. 28, nº 1 (2010).

ALONSO-OLEA GARCÍA, “Pymes y conciliación personal, familiar y laboral: medidas y revisiones que se consideran necesarias para la consecución del principio de igualdad de género”, en la obra de AA.VV (Coord. MERCADER UGUINA) *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*. Tirant on line, 2015.

BALLESTER PASTOR, “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*, nº 51, 2010, págs. 31-66.

— “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, págs. 99-114.

¹⁴⁷ Como afirma RODENAS SANCHO, cit.,... “la protección durante el embarazo y el periodo de lactancia está justificada por razones de salud, la conciliación es otra cosa bien distinta y que afecta tanto a mujeres como a hombres”.

- JUARISTI BESALDUCH, “Políticas públicas en promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en la obra de AA.VV (Coord. GRAU PINEDA/ MESA MARRERO) *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*. Tirant lo Blanch, 2014.
- LÓPEZ TERRADA, “Acerca del derecho a adaptar la jornada de trabajo por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en *Jurisprudencia Social a debate* (Coord. SALA FRANCO). Tirant Lo Blanch, 2015.
- LLUCH FRECHINA, E. “Medidas de conciliación y resultados empresariales”, en la obra de AA.VV (Coord. ABRIL STOFFELS, R.), *Informe sobre políticas públicas de promoción de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, págs. 245-260. Madrid : CEU Ediciones, 2012
- MERINO CALLE, “La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional”, *RDS* n° 36, 2015.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la directiva 2010/18/UE”. *Anales de la Facultad de Derecho*, 28; diciembre 2011, págs. 227-249.
- “La relación entre las medidas de conciliación y el empleo”, en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Cabeza Pereiro, y otros (Coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 271 a 294.
- RODENAS SANCHO, “La conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Buenas prácticas y negociación colectiva”. Fondo Social Europeo. Universitat Jaume I. *Proyecto Equal Igualdad*, 2007.
- SAÉZ LARA, “La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Políticas públicas y marco normativo”. *I Congreso Internacional “Mujer, trabajo y Derecho”*. Granada, 2015

¿ES POSIBLE ELIMINAR LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO?

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. UCO

1. Concepto de brecha salarial de género

La discriminación salarial de las mujeres es uno de los temas socialmente más debatidos y destacados. Desde el año 2011 celebramos anualmente el Día Europeo de la Igualdad Salarial, a iniciativa de la Comisión Europea y en esa fecha asistimos a numerosos debates sobre las cifras y su significado y sobre las causas y las vías de solución de la llamada “brecha” salarial de género. Un lugar común en este debate es la existencia de una pluralidad de causas justificativas del menor salario para el trabajo femenino, así, de un lado, la tradicional segregación laboral de las mujeres que las confina a determinados puestos de trabajo y a determinados sectores de actividad peor remunerados. De otro lado, las consecuencias que los roles familiares de género tienen sobre la posición de éstas en el mercado de trabajo¹⁴⁸. Además, como señala la Resolución del Parlamento Europeo de 2015, la falta de información y de transparencia en relación con la estructura salarial de los trabajadores, genera un entorno en el que los prejuicios basados en el género y las estructuras de remuneración discriminatorias no se comunican a los trabajadores ni a sus representantes, por lo que resulta muy difícil verificarlas, lo que dificulta la aplicación efectiva del principio de “a igual trabajo, igual salario”, que también se ve obstaculizado por la falta de seguridad jurídica en relación con el concepto de trabajo de igual valor y por obstáculos procesales¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Cfr. Sobre la construcción del concepto jurídico de género, BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*, Feminismos, 2005.

¹⁴⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación 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 (2014/2160(INI)). Cfr., también (...)

Según la Comisión Europea (2014) la brecha salarial media en la Unión Europea es de 16,4 % (lo que significa que las mujeres de la UE ganan en su conjunto un 16,4 % menos que los hombres). Los países con brecha salarial más alta son Austria (23,4), Alemania (23,4); Estonia (30), República Checa (22), Reino Unido (19,1) o Finlandia (19,4). Los países con brecha salarial en torno a la media son España (17,8), Croacia (18), Suecia (15,1), Dinamarca (14,9) o Francia (14,8). Y los países con brecha salarial más baja son Luxemburgo (8,6), Italia (6,7), Polonia (6,4) o Eslovenia (2,5)¹⁵⁰.

Esta diferencia salarial se produce cualquiera que sea el desarrollo económico, social y cultural y con independencia de la existencia y relevancia de la normativa de tutela antidiscriminatorio¹⁵¹. Además, como señala la citada Resolución del Parlamento Europeo de 2015, debe tenerse en cuenta que la brecha retributiva entre mujeres y hombres aumenta tras la jubilación, por lo que las diferencias en pensiones son considerablemente superiores a las brechas retributivas, que las pensiones de las mujeres son, por término medio, un 39 % inferiores a las de los hombres, que esta situación se debe a factores sociales y económicos como mercados laborales sumamente segregados, la infravaloración del trabajo de las mujeres, una mayor proporción de mujeres que trabajan a tiempo parcial, un salario por hora inferior y menos años de empleo. Esta situación aumenta el riesgo de pobreza de las mujeres en la jubilación y más de un tercio de las mujeres de edad avanzada de la UE no perciben ningún tipo de pensión. En definitiva, se concluye que la eliminación de la brecha de género sería un medio para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en cuanto a empleo y a reducción de la pobreza pues según las conclusiones de la evaluación del valor añadido europeo, una reducción de la brecha retributiva entre hombres y mujeres de un punto porcentual generará un crecimiento económico del 0,1 %.

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

¹⁵⁰ Los estudios cronológicos de evaluación indican que aunque año a año la brecha salarial ha disminuido, lleva ya años “estabilizada”, en general, en todos los países de la UE.

¹⁵¹ No obstante, estas cifras relativas a la diferencia salarial no constituye un indicador de la igualdad entre mujeres y hombres, sino que obedece a otros rasgos de los diversos mercados de trabajo de los Estados, como después se verá.

En este tema es preciso destacar que el activismo de la Comisión y del Parlamento Europeos no ha cesado. De hecho, una de las prioridades de la Comisión Europea para los próximos años es el seguimiento de la correcta aplicación y observancia de las disposiciones en materia de igualdad de retribución. La igualdad salarial entre mujeres y hombres es la única política social que ha entrado en la agenda social de la UE y que ha dado lugar a la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres por medio de la transparencia. Se trata de un documento dirigido a remover el tradicional secretismo imperante en la política salarial de las empresas.

Pues bien, combatir las cifras exige vías de solución que ataquen las causas, pero cualquier propuesta en este tema ha de partir definir brecha salarial *versus* discriminación salarial, de ahí la importancia de definiciones claras y armonizadas. De partida, es preciso aclarar que los datos son distintos según comparemos salarios medios entre sexos o la discriminación salarial entre ambos sexos (diferencia salarial residual una vez deducidas las diferencias procedentes de variables como la experiencia laboral, antigüedad en la empresa, nivel de educación, sector de actividad, o lugar de residencia). Sin embargo, a menudo se entabla una conexión o identificación entre ambos conceptos¹⁵². Por ello, analizaremos la diferencia conceptual apuntada entre brecha salarial y discriminación salarial de género, en los siguientes apartados.

1.1. Brecha salarial: la diferencia de retribución por hora trabajada entre hombres y mujeres

El concepto de brecha salarial de género (no ajustada a las características individuales) identifica la diferencia de retribuciones por hora trabajada y es el utilizado por la Comisión Europea, la OCDE y el INE, que, como se sabe, referencia la definición de Eurostat. Según la definición de Eurostat, la brecha de género no ajustada a las características individuales que pueden explicar parte de las diferencias salariales entre hombres y

¹⁵² Así por ejemplo se aprecia incluso en los texto oficiales europeos por ejemplo al afirmarse que “El principal reto para todos los Estados miembros de la UE es la correcta aplicación y la ejecución de las normas en materia de igualdad retributiva, tal y como se prevé en la Directiva 2006/54/CE, ya que a pesar del importante volumen del arsenal legislativo vigente desde hace casi cuarenta años (...) sigue existiendo una brecha retributiva entre hombre y mujeres que se sitúa, en término medio, en el 16,4 % a escala de la UE, así como que se registran diferencias significativas entre los Estados miembros” (Resolución Parlamento Europeo de 2015).

mujeres, es la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y el de las mujeres, expresado como porcentaje del salario bruto por hora de los hombres. Eurostat lo calcula únicamente para los asalariados que trabajan en unidades de 10 y más trabajadores y en la ganancia por hora incluye los pagos por horas extraordinarias realizadas, pero excluye las gratificaciones extraordinarias¹⁵³.

Sin embargo, como indica el INE, para comparar el salario femenino y el masculino es necesario considerar situaciones similares respecto a variables laborales como serían el tipo de jornada, tipo de contrato, el grupo profesional. etc., que inciden de forma importante en el salario. Para analizar las retribuciones según tipo de jornada, especialmente en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, es necesario considerar el salario por hora.

En las cifras antes referidas de la Comisión Europea, la diferencia salarial no constituye un indicador de la igualdad total entre mujeres y hombres, dado que sólo concierne a las personas asalariadas. Debe analizarse en conjunción con otros indicadores vinculados al mercado laboral. Por lo general refleja los diferentes patrones de trabajo de las mujeres. En la mayor parte de los países en los que la tasa de empleo de las mujeres es baja (por ejemplo Malta, Italia, Grecia y Polonia) la diferencia salarial es inferior a la media, lo que posiblemente refleja la pequeña proporción de mujeres poco cualificadas o no cualificadas presentes en el mercado de trabajo. Las diferencias salariales elevadas suelen darse en mercados laborales altamente segregados (por ejemplo Chipre, Estonia, Eslovaquia, Finlandia) o en los que existe una importante proporción de mujeres que trabajan a tiempo parcial (p. ej. Alemania, Reino Unido, Países Bajos, Austria, Suecia). La presencia de sistemas y mecanismos institucionales para ajustes de salarios también puede influir en la diferencia salarial.

¹⁵³ Se proporciona información para todos los sectores de actividad de la CNAE-2009. Este es uno de los indicadores estructurales usados para supervisar la Estrategia Europea de Crecimiento y Empleo. Este indicador ha sido definido como no corregido (es decir, no corregido según las características individuales que pueden explicar parte de la diferencia de ingresos) porque presenta una imagen global de las desigualdades de género en el mercado laboral que explica las diferencias salariales entre hombres y mujeres.

1.2. Discriminación salarial: la diferencia de retribución para igual trabajo y para trabajos de igual valor entre mujeres y hombres

El concepto de brecha salarial de género antes señalado difiere del concepto de discriminación salarial por razón de sexo, que prohíbe las diferencias salariales entre hombres y mujeres para trabajos iguales y para trabajos de igual valor. En algún texto o documento sin embargo como hemos visto se confunden ambas vertientes, lo que, en cierta medida, es comprensible pues la consideración negativa de injusto que recae sobre la existente brecha salarial parte de la consideración general de que tal diferencia obedece a que las mujeres cobran menos porque sus trabajos están peor valorados.

Desde los comienzos del proceso de construcción europea, en 1957, los Tratados han contemplado el principio de igualdad retributiva y hoy el TFUE reconoce, en su artículo 157, el principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor, principio que ha sido incorporado a la Directiva refundida 2006/54/CE. Por tanto discriminación salarial por razón de género sólo abarca aquella diferencia salarial entre hombres y mujeres, que sea contraria al principio de igual salario para trabajos iguales y para trabajos de igual valor. Más adelante, en el epígrafe 3, analizaremos con más detalle este principio jurídico universal, su reconocimiento normativo y su aplicación por los tribunales. La garantía de la igualdad salarial entre hombres y mujeres ha sido y sigue siendo un presupuesto necesario para cerrar la brecha salarial. Analicemos antes las causas y con posterioridad las vías de solución presentes y de futuro.

2. Causas de la brecha salarial

Como antes se afirmó, entre las causas de la brecha salarial de género se sitúa la tradicional segregación laboral de las mujeres que las confina a determinados puestos de trabajo y a determinados sectores de actividad contribuyendo así a la persistencia de la discriminación salarial. Los trabajos que las mujeres realizan predominantemente están peor retribuidos que aquéllos otros que predominantemente realizan los hombres.

En concreto entre nosotros, esta realidad tiene mucho que ver con el propio sistema clasificatorio y sus consecuencias salariales. Una vez que prácticamente se hubo alcanzado la neutralidad en la definición de las antiguas categorías profesionales, para corregir el sexismo del sistema

clasificatorio, persistiría la composición predominantemente femenina de aquellas a las que se asignaban los niveles salariales más bajos.

Por su parte, la segregación vertical de género también tiene consecuencias directas e incluso indirectas sobre la brecha salarial de género. El menor número de mujeres en puestos directivos también incide negativamente sobre las desigualdades salariales del resto de la plantilla, pues estudios recientes corroboran la hipótesis de que existe una mayor brecha salarial en las empresas dirigidas por hombres¹⁵⁴.

Además, es preciso también tener en cuenta las consecuencias que los roles familiares de hombre y mujeres tienen sobre la posición de éstas en el mercado de trabajo y, en concreto, no puede obviarse, desde la perspectiva de género, la incidencia que la realización del trabajo doméstico por las mujeres tiene sobre su salario. El reparto desigual de las responsabilidades familiares y en el hogar perjudica la posición de las mujeres para poder competir en condiciones de igualdad en el mercado de trabajo, o, en otros términos, disminuye su productividad por la menor inversión de las mujeres en capital humano. En definitiva, diferencias en formación y nivel de cualificación determinan también que las mujeres ocupen trabajos peor remunerados. Las diferencias salariales entre hombres y mujeres, como se viene insistiendo desde hace ya algunas décadas, no desaparecerán en tanto no cambie el reparto del trabajo en el seno de la familia.

De otra parte, como señala la citada Resolución del Parlamento Europeo de 2015, debido, entre otros factores, a que los salarios en la actualidad se negocian cada vez con mayor frecuencia de forma individual, existe una falta de información y de transparencia en relación con la estructura salarial de los trabajadores, lo que genera un entorno en el que los prejuicios basados en el género y las estructuras de remuneración discriminatorias no se comunican a los trabajadores ni a sus representantes,

¹⁵⁴ Cfr., VEGA CATENA, J., SANTERO SÁNCHEZ, R., CASTRO NÚÑEZ, B., Diversidad de género en la dirección de las empresas españolas. Implicaciones sobre la desigualdad salarial, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Economía y Sociología, 121/2016. La hipótesis de la que parten los autores es que las empresas que cuentan al menos con un 30% de directivas son más igualitarias y presentan una menor brecha y discriminación salarial en sus plantillas. La fundamentación empírica del trabajo descansa en el análisis de la Encuesta de Estructura Salarial de 2010 del Instituto Nacional de Estadística y la metodología utilizada se basa tanto en el tradicional método Oaxaca-Blinder, como en el análisis de las diferencias salariales a lo largo de la distribución a partir de regresiones cuantílicas. Los resultados obtenidos corroboran que no solo hay una mayor brecha salarial en las empresas dirigidas por hombres, sino que también hay una mayor discriminación salarial.

por lo que resulta muy difícil verificarlas, lo que dificulta la aplicación efectiva del principio de «a igual trabajo, igual salario», que también se ve obstaculizado por la falta de seguridad jurídica en relación con el concepto de trabajo de igual valor y por obstáculos procesales.

Además, el Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), deja claro que, en España, la brecha salarial “no está explicada por los factores que objetivamente podrían explicarla”, ya que “cuando comparamos la educación, la experiencia, el sector, la posición ocupacional, en qué ámbito se trabaja... que son los factores que deberían determinar la productividad del individuo vemos, incluso, que las mujeres tienen una capacidad que está marginalmente por encima de la de los hombres”. Las diferencias salariales entre mujeres y hombres tienen más que ver, según este Informe de la OIT sobre España, con prejuicios y estereotipos que con razones objetivas.

Los estudios que abordan la brecha salarial de género para explicar estas diferencias conectan las causas relativas a las características personales (nivel de estudios, experiencia laboral, disponibilidad del tiempo) con las relativas a las características del puesto de trabajo (diferencias en los complementos, por la clasificación profesional, por las modalidades contractuales).

Pero otros estudios destacan que el origen también se encuentra en las prácticas de gestión empresarial. La selección de hombres o mujeres para ocupar distintos puestos de trabajo y las disparidades de contratos, según género. El resultado de estas prácticas se aprecia tanto en la segregación sectorial y ocupacional como en las diferentes condiciones de empleo entre hombres y mujeres¹⁵⁵. Para comparar el salario femenino y el masculino es necesario considerar situaciones similares respecto a variables laborales como: tipo de jornada, ocupación, tipo de contrato, etc., que inciden de forma importante en el salario. Para analizar las retribuciones según tipo de jornada, especialmente en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, es necesario considerar el salario por hora. Además otros estudios también muestran que al aumentar el tamaño de la empresa aumenta el salario pero paradójicamente también aumenta la brecha salarial de género.

¹⁵⁵ Cfr., M. MARUANI, La construcción social de las diferencias de sexo en el mercado de trabajo, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núms 13-14/1991; A. VILAR (dir.) *Mujeres y Mercado laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*. Bilbao, Fundación BBVA, 2010.

Atendiendo a todo lo anterior y en aras de sistematizar, podríamos distinguir entre las causas de las diferencias salariales, las relativas a las características personales (nivel de estudios, experiencia laboral, disponibilidad del tiempo) las causas relativas a las características del puesto de trabajo (diferencias en los complementos, por la clasificación profesional, por las modalidades contractuales, valoración desigual de las ocupaciones, mas distribución desigual) y las causas relativas a las prácticas de gestión empresarial y a los convenios colectivos. En definitiva, es precisa la toma en consideración de diferentes ámbitos, e ir más allá de los enfoques tradicionales. Es la interacción de estas causas en el contexto de las diferentes estructuras productivas y el marco (convenio o acuerdo colectivo) de fijación de los salarios la determinante de las diferencias salariales entre mujeres y hombres.

Existe un conjunto complejo y a menudo interrelacionado de factores que originan diferencias salariales de hombres y mujeres dando origen a la brecha salarial de género. A la valoración de las competencias laborales, hay que unir la segregación del mercado de trabajo con diferente representación de hombres y mujeres en los distintos sectores económicos, las características de la oferta de empleo femenino condicionada en muchos casos por la conciliación con la vida familiar, la participación en el trabajo a tiempo parcial y los mecanismos establecidos de retribuciones salariales. Consecuentemente la brecha salarial está condicionada por una serie de factores sociales, legales y económicos que van más allá de la premisa igual salario por igual trabajo.

3. El principio de igualdad salarial entre mujeres y hombres

La relevancia de la igualdad salarial entre mujeres y hombres como principio jurídico universal esta fuera de toda duda. A estos efectos, resulta ilustrativo que el reconocimiento normativo de la igualdad entre los hombres y las mujeres en el trabajo tuviera su primer campo de actuación en el terreno de la igualdad salarial. De igual modo, la acción normativa comunitaria comenzaría en este ámbito, al sancionar el art. 119 del Tratado de Roma el principio de igual salario para trabajos iguales. Este precepto tendría como antecedente destacado el Convenio núm. 100 de la OIT (1951), que ya sancionaba el principio más amplio de igual salario para

trabajos de igual valor¹⁵⁶. Dadas las resistencias nacionales de miembros de la CE, y para reforzar la aplicación de la igualdad salarial se adoptaría Directiva 75/117 de 10 de febrero de 1975. Esta Directiva extiende la igualdad salarial a los trabajos de igual valor, y prescribe que los sistemas de clasificación profesional, cuando se utilicen para la fijación de los salarios, como acontece en España, han de valerse de criterios comunes a los trabajadores y trabajadoras.

En definitiva, desde los comienzos del proceso de construcción europea, en 1957, los Tratados han contemplado el principio de igualdad retributiva, y el TFUE reconoce hoy, en su artículo 157, el principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor, principio que ha sido incorporado a la Directiva refundida 2006/54/CE¹⁵⁷.

En España igualmente, el art. 28 ET establece ya el principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores y las trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor¹⁵⁸. La reforma de 1994 introduciría como término de comparación no sólo los trabajos iguales sino también los de igual valor, y finalmente la modificación del art. 28 TRET en virtud de la Ley 33/2002, de 5 de julio, plasmó en la norma estatal, lo ya mantenido en la práctica judicial, cumpliéndose con las exigencias comunitarias en materia de igualdad retributiva. El empresario está obligado a pagar por trabajos de igual valor la misma retribución o remuneración, es decir, cualquier percepción que, directa o indirectamente, puede recibir el trabajador como consecuencia de su trabajo, incluidas, por lo tanto, las de naturaleza extrasalarial. Por su parte, los artículos 22.3, 23.2 y 24.2 del ET establecen que los criterios de definición de los grupos, los acuerdos sobre formación y promoción profesional así como los criterios de ascenso se

¹⁵⁶ El mandato de igual retribución por trabajo de igual valor entre hombres y mujeres se formuló por primera vez en el art. 41 de la Constitución de la OIT, por medio de la reforma operada en 1946. Más adelante se configuró expresamente en el Convenio 100 OIT (1951). Lo que es trascendental para identificar una discriminación retributiva por razón de sexo pues no sería necesario encontrar un término de comparación consistente en un trabajo «igual», difícil dada la conocida segregación laboral de género, sino que dicho término de comparación bastaba con que fuera un trabajo «de igual valor».

¹⁵⁷ La Directiva 75/117 ya señalaría la exigencia de los sistemas de clasificación profesional (cuando se utilicen para la determinación de las retribuciones) se basen en criterios comunes a ambos sexos.

¹⁵⁸ “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”.

ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres pudiendo establecerse en materia de ascensos medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.

Además, es de destacar que, tras la reforma de 2012 en el ámbito de los descuelgues convencionales, el art. 82.3 ET establezca que el “acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa”.

Entre nosotros, la discriminación salarial de las mujeres estuvo unida durante largo tiempo a la feminización y masculinización de las antiguas categorías profesionales, de forma que categorías profesionales equivalentes recibían salarios diversos, según fueran femeninas o masculinas. El cambio de nuestro sistema clasificatorio permitió inicialmente depurar al menos los “nombres” de las diversas categorías (aunque pervivió algún anacronismo de categorías femeninas, como las camareras de planta en convenios de hostelería). Sin embargo, si persisten hoy las diferencias salariales entre aquellos trabajos correspondientes a las antiguas categorías ocupadas predominantemente por mujeres y aquellos otros correspondientes a las ocupadas de forma mayoritaria por hombres.

La aplicación judicial de la igualdad salarial entre mujeres y hombres ha permitido detectar y erradicar numerosas prácticas salariales discriminatorias para las mujeres en Europa y en España. Ello se ha logrado a través de líneas interpretativas que han conformado un amplio concepto de salario o de retribución, a estos efectos, y un amplio ámbito para el juicio comparativo de igualdad.

En primer lugar, en efecto, la igualdad salarial utiliza el término más amplio de retribución que engloba además del salario base y sus complementos cualquier gratificación satisfecha, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario en razón de la relación de trabajo. En el ámbito de la aplicación por el TJCE de la normativa comunitaria, este término se iría progresivamente integrando con diversos conceptos, como por ejemplo las contribuciones y prestaciones empresariales a los planes de pensiones (Asuntos Neeth y Bilka), tanto si son integrativos o complementarios (Asunto Liefding y otros), como sustitutivos de las

prestaciones públicas (Asuntos Barber y Worringham y Humphreys)¹⁵⁹, a las ventajas unilaterales otorgadas por el empresario, aún después de extinguido el contrato (Asunto Garland) y a las indemnizaciones empresariales en despidos colectivos. No se incluyen en el concepto retribución las contribuciones empresariales al sistema público de Seguridad Social. Por lo tanto la igualdad salarial de género se refiere a cualquier percepción que, directa o indirectamente, puede recibir el trabajador como consecuencia de su trabajo, incluidas, por lo tanto, las de naturaleza extrasalarial.

En segundo lugar, en relación con el juicio comparativo, la igualdad de salarios para mujeres y hombres, el TJCE permitía la comparación entre la trabajadora y el trabajador que antes había ocupado ese puesto de trabajo (Asunto Macarthy¹⁶⁰). El juicio comparativo permite contrastar no sólo los salarios de hombre y mujeres que realicen trabajos iguales sino que realicen trabajos de igual valor.

Veamos algunos de los casos más emblemáticos.

3.1. Discriminación salarial directa: los supuestos de desigualdad salarial para trabajos iguales

El punto de partida sería el célebre Caso Defrenne II¹⁶¹, en el que el Tribunal de Justicia se enfrentaría a una denuncia de menor retribución por iguales funciones y donde afirmó que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad, consagrando la “aplicación directa del art. 119 TCE”. Junto a este asunto, también han sido relevantes el Caso McCarthys, el Caso Worringham o el Caso Barber¹⁶², que consagran una doctrina que prohíbe las diferencias entre

¹⁵⁹ Incluso si se trata de prestaciones de regímenes profesionales de la Función Pública, argumentándose esta inclusión en que afectan a una categoría particular de trabajadores, como son los funcionarios, dependen directamente de los años de servicio y su cuantía se calcula sobre el último sueldo del funcionario (Asunto Beune).

¹⁶⁰ STJUE de 27.3.1980, Caso McCarthys Ltd, C-129/79.

¹⁶¹ STJCE de 8 de abril de 1976.

¹⁶² STJUE de 27.3.1980, Caso McCarthys Ltd, C-129/79, (trabajadora que recibe una retribución inferior a la recibida por el varón que ocupaba con anterioridad el mismo puesto de trabajo). STJUE de 11.3.1981, Caso Worringham, C-69/80, (cotización a un régimen profesional de pensiones a través de un complemento del salario que se reconoce a los varones siempre y a las mujeres solo desde los 25 años). STJUE de 9.6.1982, Comisión contra Luxemburgo, C-58/81, (subsídios familiares se pagan a todos los varones y a las mujeres solo cuyo esposo sea incapaz o gane menos del salario mínimo).

hombres y mujeres en salarios y en los regímenes profesionales de pensiones (también de funcionarios) en Europa¹⁶³.

En España, paradójicamente, las primeras sentencias constitucionales relativas a diferencias salariales entre mujeres y hombres serían fruto de las reclamaciones de trabajadores-hombres y se inscribirían en la bien llamada por Alonso Olea, doctrina constitucional del “varón discriminado”¹⁶⁴. Se

¹⁶³ STJUE de 9.2.1982, Caso Garland, C-12/81, (ventajas especiales de transporte para los trabajadores jubilados, pero no para las trabajadoras jubiladas). STJUE de 18.9.1984, Caso Liefding, C-23/83, (salario bruto se reduce a las funcionarias casadas con otros funcionarios en cuanto el salario conjunto de ambos supere determinado techo). STJUE de 4.2.1988, Caso Murphy, C-157/86, (trabajadoras, en trabajos de producción con un valor superior, cobran menos que un varón almacenero). STJUE de 17.2.1993, Comisión contra Bélgica, C-173/91, (las mujeres nunca están en situación de devengar una indemnización complementaria por despido). STJUE de 25.5.2000, Caso Podesta, C-50/99, (los varones viudos no podían cobrar la pensión hasta los 65 años, mientras las mujeres viudas podían cobrarla desde los 60 años). STJUE de 28.9.1994, Caso Beune, C-7/93, (reglas distintas de cálculo de la pensión de jubilación de funcionarios casados respecto a si funcionarias casadas). STJUE de 17.4.1997, Caso Evrenopoulos, C-147/95, (se imponen a los hombres condiciones de acceso a la viudedad más gravosas que a las mujeres). STJUE de 29.11.2001, Caso Griesmar, C-366/99, (se excluye a los funcionarios que acrediten haber cuidado a sus hijos/as de una bonificación a efectos de la pensión de jubilación que se concede a las funcionarias). STJUE de 13.12.2001, Caso Mouflin, C-206/00, (derecho a una pensión de jubilación inmediata solo a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión). STJUE de 12.9.2001, Caso Niemi, C-351/00 (se reconoce el derecho a una pensión de jubilación a una empleada en establecimientos militares a los 60 años, mientras a los empleados con el mismo trabajo se les reconoce ese derecho a los 55 años). STJUE de 26.6.2001, Caso Brunnhofer, C-381/99, “la igualdad de retribución debe garantizarse no solo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores, sino también a la vista de cada elemento de la retribución considerado aisladamente”. Si el trabajo se paga por unidad de tiempo, la diferencia de retribución establecida en el momento de la contratación “no puede justificarse por razones que solo son conocidas tras la entrada en funciones de los trabajadores afectados y que solo pueden ser apreciadas durante la ejecución del contrato de trabajo, como una diferencia en la capacidad de trabajo personal de los interesados o en la calidad de las prestaciones”.

¹⁶⁴ La Sentencia 81/1982, resolvería la denuncia formulada por parte de un trabajador (ayudante técnico sanitario) de las diferencias retributivas entre hombres y mujeres, derivadas de la diferenciación de organización del trabajo nocturno para trabajadores en función del sexo. El TC consideró contraria al art. 14 CE la diferencia salarial cuestionada otorgando el amparo (al igual que en el supuesto de la STC 98/1983), toda vez que no pueden considerarse ajustadas al principio de igualdad diferencias de trato en favor de mujeres fundadas en razones de exclusiva protección de la mujer en el trabajo. La STC 128/1987, que resuelve sobre la vulneración del art. 14 CE, formulada por un ayudante técnico sanitario de un Hospital de la Seguridad Social, integrado en el I.N.S.S., en relación con un plus de guardería (4.000 ptas mensuales) del que se beneficiaban exclusivamente las mujeres trabajadoras (cualquiera que fuese su estado civil) con hijos menores de 6 años, y los trabajadores varones con hijos menores de esa edad, solo si eran viudos. Para el TC la diferencia entre hombre y mujeres, existente en cuanto al disfrute del referido plus de guardería, será considerada (...)

trataría de diferencias de trato salariales en favor de las mujeres fundadas en razones de protección, que fueron consideradas inaceptables por el Tribunal Constitucional, o fundamentadas por razones de conciliación, que si se fueron declaradas constitucionalmente ajustadas. Finalmente, es preciso destacar que en la doctrina judicial existen casos aún de discriminación salarial directa entre hombres y mujeres, así de doble escala salarial por razón de género¹⁶⁵.

3.2. Discriminación salarial indirecta: los supuestos de desigualdad salarial para el trabajo a tiempo parcial y para trabajos de igual valor

De partida, hemos de señalar que la doctrina del Tribunal de Justicia declararían contrarias al principio de igualdad salarial discriminaciones salariales indirectas, en concreto, diferencias salariales para los trabajadores a tiempo parcial, sobre la base de que en Europa son las mujeres las que de forma predominante utilizan esta modalidad contractual. Así, fueron consideradas discriminatorias, la retribución inferior de la hora de trabajo (Caso JenKins¹⁶⁶), las diferencias en su perjuicio en el cómputo de la antigüedad, y por tanto en el acceso al complemento salarial correspondiente (Caso Nimz), la exclusión de beneficios unidos a la extinción del contrato (Caso Kowalska), las diferencias en su perjuicio en la pensión por incapacidad (Caso Rinner-Kuhn), la exclusión de un sistema empresarial de pensiones (Caso Bilka), las diferencias en su perjuicio en la retribución del crédito horario (Caso Bötel) o la aplicación a las horas extraordinarias de trabajadoras a tiempo parcial (Caso Ursula VoB).

constitucionalmente aceptable. En la STC 28/1992, la pretensión de amparo se formuló por un auxiliar administrativo de la C.T.N.E. reivindicando un plus transporte que el convenio colectivo aplicable concedía solo a las mujeres trabajadoras cuyo turno de trabajo finalizaba entre las 23.00 y las 5.00 horas. Para el TC, esta diferencia salarial no estaría dirigida a promocionar el acceso y permanencia de las mujeres en el trabajo, sino a proteger a la trabajadora, por lo que no se ajustaría al mandato constitucional de paridad entre sexos. (El amparo finalmente no fue otorgado pues la reparación de la lesión constitucional no se lograría a través de una extensión del privilegio a los hombres, tal y como pretendía la demanda de amparo).

¹⁶⁵ Cfr., STSJ Valencia 28/9/1999 RS 2354/1999; STSJ Las Palmas 21/12/2006 RS 485/2003 relativa a un Plus de calidad que no se abona a camareras y si a camareros; STS Justicia de Castilla y León (Valladolid) 19/6/2013 RS 909/2003 relativa a un Complemento personal abonado en cuantía inferior a las trabajadoras. De otra parte, muchas discriminaciones salariales derivan de discriminaciones directas en materia de clasificación y promoción profesional.

¹⁶⁶ STJUE de 31 de enero de 1981, C-96/80.

Además, algunos de los casos más importantes de discriminación salarial indirecta serán supuestos de diferencias salariales basadas en la infravaloración de los trabajos predominantemente ocupados por las mujeres. Como ya hemos destacado, la segregación laboral de las mujeres se acompaña de una retribución inferior de los trabajos predominantemente ocupados por las mujeres. Frente a esta realidad pretende actuar el principio de igual salario para trabajos de igual valor. Ahora bien, la pregunta sería que se entiende por trabajos de igual o comparable valor. Cuál es el valor de los trabajos desde la perspectiva de este juicio de igualdad.

Partiendo de la diferencia entre el valor y el precio del trabajo, se entendería por la doctrina y por la práctica judicial que el valor del trabajo estaría referido en principio a su contenido, a sus tareas o funciones en el interior de la organización productiva¹⁶⁷. A efectos de entablar la comparación valorativa entre dos trabajos es preciso identificar un número de factores resultantes de las condiciones subjetivas y objetivas en que la prestación laboral se desarrolla (cualificación profesional, esfuerzo físico y mental, habilidad manual, responsabilidad, experiencia, condiciones de trabajo...etc.). La aplicación del juicio de igual valor es pues más acorde con los métodos analíticos de valoración de puestos de trabajo (sin embargo el TJCE estimó que su uso no se condicionaba, a diferencia de lo establecido por la normativa británica a la existencia en la empresa de tal sistema de evaluación de puestos de trabajo).

Como ahora se verá, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al igual que por nuestro Tribunal Constitucional fueron analizados, bajo el test de igual valor, criterios de fijación de los salarios cuando se denunciaban discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres. Y en base a esta doctrina habíamos venido afirmando que era preciso utilizar en la valoración de los trabajos, criterios objetivos y neutros de valoración para que no se infravaloren las capacidades normalmente requeridas para los trabajos ocupados por mujeres, tales como por ejemplo,

¹⁶⁷ Desde una perspectiva histórica hemos de recordar que para la aplicación de este principio por los Estados y las partes sociales se elaboraría el Memorandum sobre igual retribución para trabajo de igual valor (COM 94/6 Final Bruselas 23-6-1994 y el Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor (Bruselas 17-7-1996 COM (96). El desconocimiento o la no utilización del Memorandum y del Código de valoración de puestos de trabajo elaborados por la Comisión a estos efectos fueron la prueba de la necesidad de una actuación más próxima a los negociadores sociales a través de guías para la eliminación de las discriminaciones salariales en los convenios colectivos.

habilidad manual, tareas de relación con el público, tareas sociales, actividades de cuidado frente a la fuerza física, la actividad mecánica.

La Recomendación de la Comisión de 2014¹⁶⁸ aporta ya un concepto de trabajo de igual valor y así declara que, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Estados miembros deberán precisar en su legislación el concepto de trabajo de igual valor. El valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión.

Centrando ya nuestra atención en la doctrina inicial del Tribunal de Justicia, éste ha considerado no discriminatorio por ejemplo el criterio de la antigüedad, afirmando, por el contrario, que criterios como la flexibilidad y la formación profesional, por su efecto adverso sobre las mujeres, exigirían acreditar su importancia para el trabajo. De forma más detallada, este Tribunal ha afirmado que los criterios que tengan un efecto adverso para las mujeres (por ejemplo el esfuerzo físico, fatiga muscular, penosidad física) han de ser necesarios para el trabajo (necesidad que no debe medirse basándose sólo en valores correspondientes a los resultados medios de los hombres) y su utilización en el sistema clasificatorio debe “compensarse” o “neutralizarse”, en la medida que la naturaleza de las tareas lo requiera, con la introducción de otros criterios que favorezcan a las mujeres (así se identifican la habilidad manual, responsabilidad, atención, fatiga mental) (Caso Rummler c. Dato Duck)¹⁶⁹.

Pues bien, puede apreciarse una evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre discriminación retributiva por razón de sexo, desde los casos resueltos en la década de los 80, Rummler c. Dato Duck¹⁷⁰ (1986) y

¹⁶⁸ Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres por medio de la transparencia.

¹⁶⁹ STJCE de 27.10.1993, Caso Enderby, C-127/92, (diferencias entre categoría de logopedas, en su mayoría mujeres, y categoría de farmacéuticos, en su mayoría hombres, sujetas ambas categorías a distintos convenios colectivos). STJCE de 1.7.1986, Caso Rummler/Dato Duck C-237/85, (Esfuerzo físico). STJCE de 17.10.1989, Caso Danfoss, C-109/88. STJUE de 30.10.2006, Caso Cadman, C-17/05, (Antigüedad y flexibilidad). STJUE de 8.6.2004, Caso Gewerkschaftsbund, C-220/02 (antigüedad para la indemnización por despido). STJUE 28 febrero 2013, Caso Kenny (criterio válido para configurar una diferencia retributiva de efectos perjudiciales para las actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres, el interés por mantener buenas relaciones laborales).

¹⁷⁰ STJCE de 1 de julio de 1986, C-237/85.

Danfoss¹⁷¹(1989). La Sentencia dictada en el asunto Danfoss estableció que en caso de una diferencia estadística entre los salarios de hombres y mujeres, en perjuicio de estas últimas, recae sobre el empresario la carga de probar la justificación de la diferencia. En caso de falta de transparencia salarial, existe la obligación de la empresa de justificar las diferencias salariales en perjuicio de las trabajadoras¹⁷². La doctrina actual es más “conservadora” pues remite a los Tribunales internos el juicio de adecuación de los factores de la evaluación del trabajo que tuvieran efecto desfavorable en el colectivo femenino. Esta doctrina además, válida como justificados a priori criterios como el de la antigüedad y justifica un eventual efecto negativo en el colectivo femenino derivado del propio desarrollo de las negociaciones.

Representativa es la conocida STJUE 28 febrero 2013, que resuelve el Caso Kenny y donde se estableció como criterio válido para configurar una diferencia retributiva de efectos perjudiciales para las actividades desarrolladas mayoritariamente por trabajadoras, el interés por mantener buenas relaciones laborales. Se trataba de una diferencia retributiva, fundamentada en la existencia de distintos convenios colectivos aplicables en la misma empresa, cuyos interlocutores sociales habían llevado a cabo estrategias negociadoras que habían dado mejor resultado para el colectivo ocupado mayoritariamente por hombres (policías que habían pasado al departamento de gestión administrativa) que para el colectivo ocupado mayoritariamente por mujeres (personal administrativo en cuerpos policiales).

Por su parte, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional ha seguido la doctrina del Tribunal de Justicia, declarando discriminatorias diferencias salariales en perjuicio de mujeres que realizaban trabajos feminizados de similar valor a otros masculinizados, afirmando la necesidad de utilizar criterios de valoración comunes y neutros en su efecto sobre los trabajadores de uno y otro sexo. Entre estas sentencias, habría que destacar las que han conocido de sistemas clasificatorios o criterios de valoración del

¹⁷¹ STJCE de 17 de octubre de 1989, C-109/88.

¹⁷² En Danfoss la actuación sometida a juicio del Tribunal de Justicia fue la habilitación contenido en convenio colectivo para que el empresario incrementara individualmente la retribución establecida en atención a factores tales como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad. De esta sentencia se deduce que el empresario debía tener un mecanismo retributivo objetivo, al menos para defenderse frente a posibles reclamaciones si existe una diferencia estadística en perjuicio del salario de las mujeres.

puesto de trabajo con un efecto adverso sobre las trabajadoras, y en concreto, entre estos últimos, la penosidad y el esfuerzo físico¹⁷³.

La doctrina establecida por las sentencias constitucionales núm. 145/1991, de 1 de julio¹⁷⁴, núm. 58/1994, de 22 de febrero¹⁷⁵ y núm. 147/1995, de 16 de octubre¹⁷⁶ declararían que “*el principio de no discriminación*

¹⁷³ También debe recordarse la STC 286/1994, donde se debatía la existencia de una discriminación sexual derivada de la inferior retribución que percibe el personal femenino ocupado en el departamento de envasado, empaquetado y acabado, con respecto al personal masculino integrado en el departamento de producción; pretensión que fue parcialmente estimada. En esta Sentencia se estimó que la diferencia retributiva en relación con el salario base entre el personal de producción y el de envasado se basaba en una valoración de los trabajos realizados por uno y otro, sobre la base de criterios neutros (responsabilidad, atención rigurosa, mayor destreza) que legitimaban la diferencia salarial existente.

¹⁷⁴ La diferencia salarial denunciada se establecía entre la categoría profesional feminizada de limpiadoras y la categoría masculina de peones. En esta ocasión se concedió el amparo a las trabajadoras integradas en la categoría de limpiadoras. El TC no admitió el argumento judicial que justificaba la diferencia salarial en atención a la mayor penosidad y esfuerzo físico requerido por las funciones propias de peón, por su impacto adverso sobre las mujeres y por qué no se habían utilizado otros criterios de valoración neutros, desde la perspectiva sexual. Se ha partido, afirmaría esta Sentencia, de una premisa no demostrada, la mayor penosidad y esfuerzo físico, dando más valor injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina que ha producido consecuencias perjudiciales para la mujer, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos

¹⁷⁵ La denunciada diferencia salarial existía en relación con un complemento de calidad y cantidad entre categorías profesionales masculinas y femeninas (con algún trabajador-hombre de reciente ingreso). Y también en este caso la justificación esgrimida por la empresa sería el mayor esfuerzo físico exigido para desarrollar las tareas encomendadas a las categorías “masculinas”. Para el TC el esfuerzo físico, en cuanto rasgo de la actividad humana que puede proyectarse sobre una determinada tarea, puede ser tomado en consideración, pero su clara falta de neutralidad por su diverso impacto sobre los sexos, requiere de los órganos judiciales un especial rigor al estimar las alegaciones y pruebas de la parte que pretenda hacerlo valer para justificar una diferencia retributiva. La admisión del mismo exige acreditar, primero, de forma indubitada, que es un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien que sea un elemento esencial de esta. Y aun así, en segundo lugar, es preciso también que se combine con otros rasgos tipificadores neutros desde la perspectiva sexual.

¹⁷⁶ La diferencia retributiva en perjuicio de las mujeres existía entre las secciones de envasado y control estadístico (prevalentemente integradas por personal femenino) y las secciones de moldeado, mezclas, y bombos de satinado (en su práctica totalidad ocupados por hombres) con categorías de oficial 1ª y 2ª de actividades complementarias, y como oficiales 1ª, 2ª, y 3ª profesionales de la industria. La cuestión se resolvió con un fallo estimatorio a la pretensión de las trabajadoras. En este supuesto, fue necesario valorar, desde la perspectiva de las exigencias del art. 14 C.E., los criterios de evaluación del trabajo. Y en este sentido de nuevo se habían hecho valer los criterios del mayor esfuerzo físico y la mayor penosidad del trabajo desempeñado por los hombres. El TC basó su fallo en que no se había probado que los criterios usados para justificar la diferencia salarial fuesen, en efecto, neutrales, aplicando al caso concreto los conceptos de esfuerzo y penosidad de modo no vinculado al diferente sexo
(...)

*por razón de sexo comporta en materia salarial que a un mismo trabajo, o, más precisamente, a un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, debe corresponder igual retribución*¹⁷⁷, promocionaría la utilización de criterios neutros de valoración de las tareas, que garanticen la igualdad de condiciones de trabajadores de ambos sexos, impondría cargas probatorias a la empresa y exigiría un especial “celo” al órgano judicial en sus decisiones acerca de eventuales discriminaciones salariales a las trabajadoras.

El “esfuerzo físico”, como se sabe, es, desde hace muchos años, un criterio de valoración del puesto de trabajo, “sospechoso”, por su falta de neutralidad, cuyo empleo como criterio de evaluación debe estar condicionado a su esencialidad (para el desempeño del puesto de trabajo o de las funciones propias de la categoría profesional correspondiente) y a su combinación con otros criterios neutros de valoración¹⁷⁸.

De otra parte, se insiste en la exigencia de transparencia del sistema retributivo a los efectos del control y eliminación de las discriminaciones salariales. Así, cuando la diferencia salarial aparece cubierta por una asignación diversa de categorías hoy grupos profesionales, al empresario corresponde la carga de probar los criterios que determinan la mayor retribución de la categoría o sector privilegiado, y de acreditar que también ha recurrido a criterios de valoración neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de trabajadores de ambos sexos.

Finalmente, el órgano judicial debe valorar estos criterios de evaluación del puesto de trabajo, a los efectos de destruir la apariencia de discriminación derivada de la diferencia de retribución entre grupos o niveles profesionales de predominante composición masculina y femenina.

de los trabajadores. A ello se añadiría que tampoco se habían ponderado esos factores con los demás concurrentes en los respectivos puestos de trabajo, con lo que la valoración efectuada por el empresario lejos de resultar objetiva y transparente no logró desvanecer la apariencia discriminatoria creada.

¹⁷⁷ Principio que finalmente ya reconoce hoy el art. 28 LET. Como se recordará será la reforma laboral de 1994 la que modificando el art. 28 LET introduciría el canon de comparación de trabajos de igual valor, y sólo tras la Ley 33/2002, de 5 de julio, el concepto más amplio de igual retribución para trabajos iguales o de igual valor.

¹⁷⁸ De forma diversa, el TJCE establecería que aquellos criterios de valoración que tengan un efecto adverso para las mujeres han de ser necesarios para el trabajo, y que su utilización en el sistema clasificatorio debe “compensarse” o “neutralizarse”, en la medida que la naturaleza de las tareas lo requiera, con la introducción de otros criterios que favorezcan a las mujeres: Asunto Rummler, C-237/85, Sentencia de 1 de julio de 1986.

Otras sentencias constitucionales sobre discriminación salarial son la núm. 183/2000, de 10 de julio¹⁷⁹ y la núm. 250/2000, de 30 de octubre. Esta última Sentencia, aplicando la doctrina constitucional citada, desestimaría sin embargo, un recurso de amparo donde se impugnaban tablas salariales fijadas en convenio colectivo en las que se utilizaba el esfuerzo físico como criterio diferencial del valor atribuido a unos y otros trabajos. A juicio del Tribunal, se dan en el caso las dos condiciones que la referida doctrina constitucional ha establecido para que el factor esfuerzo físico, como factor diferencial en la valoración de puestos de trabajo, pese a su carácter en general sospechoso, pueda ser tenido en consideración, a título excepcional (que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate, y de que en la valoración de ésta no se tenga en cuenta el esfuerzo como criterio único de valoración, sino que se combine con otras características más neutras en cuanto a impacto en cada uno de los sexos).

A mi juicio, esta Sentencia constitucional tiene la virtualidad de poner de relieve los límites subyacentes a una estrategia que confía en la vía judicial la resolución del problema de la discriminación salarial de las mujeres.

Por lo se refiere a la jurisprudencia y a la doctrina judicial hemos de destacar varios supuestos. En primer lugar el resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de mayo de 2014¹⁸⁰. En el marco de un procedimiento de oficio, el TS declaró que constituía una discriminación retributiva indirecta la aplicación de un "plus voluntario y absorbible", cuya cuantía era de 168,19 euros y 118,42 euros/mes en departamentos con mayoría de hombres (camareros de bares y cocina), y de 10,37 euros/mes en departamento (camareras de pisos) en el que sólo trabajan mujeres. A juicio de la Sala de lo Social, que valoró los datos estadísticos, no se aprecia justificación objetiva y razonable de esa disparidad en el "plus", pese a encontrarse unos y otras en el mismo nivel salarial del convenio colectivo de aplicación.

¹⁷⁹ En relación con indemnizaciones pactadas en Acuerdo alcanzado en ERE, la STC 183/2000 declaró que "es discriminatoria una indemnización que se calcula sobre la base de un salario discriminatorio, puesto que, en definitiva, perpetuaría la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras.(FJ 4).Lo que aconteció en este caso al haberse calculado sobre la base del salario percibido por las demandantes en 1992, (salario que había sido declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo, por sentencia ya firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), las indemnizaciones acordadas en favor de las recurrentes, (trabajadoras de Avon Cosmetics, S.A.) en el Acuerdo de 23 de julio de 1992, alcanzado en expediente de regulación de empleo.

¹⁸⁰ Caso Hotel Maspalomas Princesa. Procedimiento de oficio.

También debe hacerse referencia a la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 19 de junio de 2013 (confirmada por ATS de 22 de abril de 2014)¹⁸¹. En este caso se denunciaba un complemento “personal” que para los trabajadores de sexo masculino duplica el que, por promedio, reciben las mujeres, (81,91 euros/199,60 euros). Para la Sala la diferencia no ha sido debida y suficientemente justificada por la empresa a quién correspondía la carga de la prueba¹⁸².

4. Vías para la eliminación de la brecha salarial de género

Analizaremos ahora las vías de solución exploradas hasta la fecha, como son la vía judicial, de cuyos casos más emblemáticos hemos dado información en el anterior epígrafe, los planes de igualdad que la Ley para la Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres de 2007 estableció como obligación para las empresas de más de 250 trabajadores y finalmente aludiremos a la responsabilidad social corporativa. En la vía judicial sólo pueden impugnarse aquellos supuestos de desigual salario para trabajos de igual valor y para trabajos iguales pues la tutela antidiscriminatoria sólo cubre estos supuestos. Por su parte, los planes de igualdad en las empresas son adecuados para la eliminación de la brecha salarial de género, al poder incidir sobre las diferentes variables que finalmente pueden determinar menores salarios para las mujeres en el ámbito empresarial.

4.1. Vía judicial: luces y sombras

Tradicionalmente trabajadoras y sindicatos han confiado en la vía judicial como instrumento activo en la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo. Sin embargo de partida, parece que esta vía es insuficiente para resolver caso a caso una situación generalizada que precisa de una actuación activa de las partes sociales. Más allá de la importante labor propedéutica

¹⁸¹ Asunto Corte Inglés, centro de trabajo Paseo de Zorrilla, de Valladolid.

¹⁸² Antecedentes sobre el Corte Inglés son la STS 18 de julio de 2011: centros de trabajo de las calles Bolivia, Avenida Diagonal y Plaza de Cataluña de Barcelona, así como en el centro de trabajo de Montornés del Vallés Procedimiento de oficio. Discriminación indirecta por razón de sexo en la promoción profesional. Ascenso a categorías de coordinador y de mando con efecto adverso y con criterios de discrecionalidad: secretismo sin publicidad. Y la SAN 8/2013, de 17 de enero, relativa al incumplimiento del Plan de Igualdad en materia de igualdad salarial: obligaciones de información en los plazos convenidos sobre estructura salarial y las razones de las diferencias salariales, Pero donde la AN aprecia una mejora sustancial en la promoción de las trabajadoras a las categorías de coordinadores, técnicos y mandos, que ha tenido una progresión geométrica desde el año 2006 al 2102.

desarrollada por la doctrina judicial y la jurisprudencia social es preciso avanzar otras líneas de solución complementarias. Ante la dimensión y caracteres de este problema, la vía de la impugnación judicial de tablas salariales fijadas por convenios colectivos no parece ser la más conveniente. De otra parte, la valoración de los puestos de trabajo es una labor de alta complejidad técnica, no exenta de cierto subjetivismo, que debe corresponder a los negociadores de los convenios colectivos. La revalorización de los trabajos “propios” de mujeres también podría suponer, en ocasiones, el ajuste de aquellos trabajos “propios” de hombres que estén sobrevalorados, lo que aconseja nuevamente la vía de la negociación colectiva.

En 2014 la ya citada Recomendación de la Comisión afirmaría en parecidos términos que la discriminación salarial directa obvia para el mismo trabajo es ahora poco frecuente y que no obstante, el actual marco jurídico ha sido menos eficaz a la hora de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor. Es poco probable que tal discriminación sea objeto de actuaciones judiciales, no solo porque las posibles víctimas probablemente no son conscientes de ello, sino también porque resulta más difícil para las víctimas de la discriminación salarial lograr la aplicación efectiva del principio de igualdad de remuneración. Las víctimas tienen que demostrar los hechos que dan lugar a la presunción de discriminación con el fin de trasladar la carga de la prueba al empleador. Unas estructuras salariales opacas y la falta de información disponible sobre los niveles salariales de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor son los principales factores que han contribuido a estas dificultades.

Llegados a este punto debe destacarse, como hace Lousada Arochena, que uno de los rasgos más característicos de la discriminación retributiva en nuestro país es el escasísimo número de reclamaciones judiciales que se presentan. Comparto su criterio de que ello obedece a que las discriminaciones indirectas por incorrecta valoración de puestos de trabajo suelen contenerse en convenio colectivo y a que no existe en nuestro ordenamiento una obligación de transparencia sobre las retribuciones percibidas en la empresa. Por lo tanto las posibilidades reales de eliminación de la brecha salarial a través de la vía judicial de impugnación resultan muy limitadas.

4.2. Planes de igualdad en las empresas

Como se sabe, los planes de igualdad son un conjunto ordenado de medidas tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación que, tras un diagnóstico de la situación, se han de negociar con los representantes, en las empresas de más de 250 trabajadores. Son obligatorios en las empresas españolas, al adoptarse en nuestro ordenamiento laboral el modelo sueco relativo a la exigibilidad de un plan de igualdad, sin que no obstante adoptásemos algunos de sus caracteres más importantes, por ejemplo, un contenido mínimo exigible o la existencia de una oficina del defensor de la igualdad de oportunidades, que asume el control del cumplimiento de la obligación empresarial en materia de planes de igualdad. En el modelo sueco, precisamente, uno de los tres elementos del contenido mínimo, exigible a cualquier plan de igualdad, es un estudio sobre las diferencias salariales de género existentes, con indicación de las posibles medidas que se han de adoptar en su eliminación o minoración.

La normativa española es más genérica, tras el diagnóstico de la situación (datos sobre la relación hombre y mujeres de la plantilla, tipos de contratos, niveles profesionales, diferencias salariales) parece prescribir un contenido mínimo al señalar que se fijarán los objetivos concretos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución y sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Sin embargo, en realidad sólo alude a la estructura mínima de cualquier plan, sin imponer un contenido mínimo. Y, más concretamente, en cuanto a las materias objeto del plan de igualdad se refiere a todas las eventualmente incluibles como serían, acceso al empleo, clasificación profesional promoción y formación retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer en términos de igualdad entre mujeres y hombres la conciliación, y también prevención de los acosos.

Pues bien, el análisis de la práctica de los planes de igualdad muestra situaciones muy diferenciadas y, de alguna forma, frustrantes, pues la cuestión menos tratada es, inexcusablemente, la salarial. Aunque, ciertamente, pueda señalarse que todas las acciones dirigidas contra la segregación profesional o la promoción profesional y la mayor formación de las mujeres así como en favor de la reconciliación entre familia y trabajo favorecerán la mayor igualdad salarial, no existen muchos contenidos específicos dirigidos a eliminar las diferencias salariales. Así, encontramos cláusulas sobre promoción de acceso de mujeres a trabajos donde están

subrepresentadas, a igualdad de condiciones de mérito y capacidad y cuya aplicación exige la objetivización del procedimiento de selección¹⁸³. Igualmente son destacables los programas específicos de formación para impulsar a las mujeres a puestos de responsabilidad¹⁸⁴. Un análisis desde la perspectiva de género de las promociones en la empresa para detectar las posibles causas de un eventual efecto adverso sobre las mujeres, a los efectos de su corrección también se contiene en algún plan de igualdad¹⁸⁵, así como cursos de formación para el reciclaje profesional tras permisos o reducción de jornada por motivos familiares.

Más específicamente, en relación con la igualdad de retribuciones entre mujeres y hombres hemos de hacer referencia a aquellos planes de igualdad que establecen criterios de proporcionalidad para el cálculo de la retribución variable, vinculada a la consecución de objetivos para trabajadores que inicien la suspensión contractual o la reducción de jornada por motivos familiares¹⁸⁶. Otros planes introducen cláusulas dirigidas a garantizar que las mejoras económicas discrecionales obedezcan a causas objetivas y razonables ligadas al trabajo realizado¹⁸⁷.

El análisis de los planes de igualdad establecidos a partir de 2014 arroja algunos resultados más esperanzadores, así se encuentran cláusulas con un contenido más incisivo en materia de transparencia salarial y así los planes de igualdad asumen, como objetivo, garantizar sistemas de retribución no discriminatorios por razón de género, donde a idéntica responsabilidad y desempeño en la realización del trabajo, se percibirá el mismo salario. Se trata de planes de igualdad que establecen, entre sus acciones, cumplir anualmente análisis estadísticos sobre las retribuciones medias de mujeres y hombres en la empresa, tanto fijas como variables, realizar un estudio específico del componente variable de la retribución en el colectivo fuera de tablas, así como la determinación de un plan de acción, si se identificara discriminación salarial entre mujeres y hombres¹⁸⁸.

¹⁸³ II Plan de igualdad del grupo de empresas Gamesa de 22 de septiembre de 2014).

¹⁸⁴ Planes de Igualdad de las empresas FERROVIAL y ALCATEL.

¹⁸⁵ Plan de Igualdad de ACCIONA.

¹⁸⁶ Plan de Igualdad de PELAYO.

¹⁸⁷ Plan de Igualdad de ENDESA.

¹⁸⁸ Plan de Igualdad de la empresa Thyssenkrupp Elevadores España, S.L.U., 31 de julio de 2014, Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Plan de igualdad de Carlson Wagonlit España, SLU.

Finalmente, puede resultar de interés comprobar el contenido sobre esta cuestión en el II Plan de Igualdad de El Corte Inglés. De partida, el objetivo del mismo sería garantizar el derecho a la igualdad salarial y a la no discriminación retributiva entre mujeres y hombres. El sistema retributivo debe estar libre de cualquier sesgo de género, por lo que estará basado en los principios de transparencia y objetividad. A estos efectos se integran un conjunto ordenado de acciones. En primer lugar, la inclusión, en el plazo de un año desde la firma del plan, en la entrevista de evaluación de desempeño, un apartado en el que quede reflejado que la persona evaluada tiene interés en promocionar. En segundo lugar, el desarrollo y consolidación del sistema de evaluación continuada del desempeño implantado en la empresa, que seguirá utilizando criterios y procedimientos, estructurados, públicos y transparentes. En tercer lugar, el avance durante la vigencia del plan en la homogeneización de las cuantías en aquellos complementos salariales en los que dicha homogeneización sea posible. Y, en cuarto lugar, garantizar la objetividad y transparencia en todos los criterios que se definen en la estructura salarial de la empresa y la clasificación de puestos.

Estas acciones transcritas presentan como puede comprobarse un contenido muy genérico, resultando más interesante a mi juicio, el capítulo del plan de igualdad relativo a los criterios de seguimiento, donde se establecen obligaciones empresariales a este respecto. Así, se determina que, en primer lugar, la comisión de seguimiento será informada anualmente del número de personas que acceden en cada año natural a los complementos, por sexo, tipo de complemento, grupo profesional y plaza. En segundo lugar, también se prevé que la empresa informará anualmente a la comisión de seguimiento de la inclusión de nuevos complementos y de los requisitos para su obtención. Y finalmente se prescribe igualmente que la empresa y la comisión de seguimiento harán un seguimiento anual relativo a la distribución, según sexos, de las retribuciones, de los nuevos complementos salariales, según el tipo de complemento, grupo profesional, área funcional o grupo, así como de los nuevos complementos que se pudieran determinar en un futuro.

El panorama definido muestra un avance, aunque lento, en favor de la transparencia en la política salarial de las empresas, presupuesto necesario para eliminar la brecha salarial de género.

4.3. Responsabilidad Social Corporativa: Recomendación de la Comisión de 2014

De conformidad con la referida Recomendación de la Comisión de 2014, en nuestro país se ha puesto a disposición de las empresas una herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género y un sistema de valoración de puestos de trabajo, con perspectiva de género¹⁸⁹.

En línea con las prioridades recogidas en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, se ha elaborado la herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género. Con ella se pone a disposición de todas las empresas, con independencia de su tamaño o sector de actividad, un instrumento para orientarlas a la hora de introducir la perspectiva de género en sus políticas salariales y ayudarlas a detectar, analizar y reducir las prácticas discriminatorias en el seno de su organización, fomentando así un cambio en la cultura organizacional tendente al autodiagnóstico y la evaluación en el desarrollo de todas sus políticas.

La herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género y, en concreto, la utilidad de las aludidas “tablas dinámicas”, ha sido testada de manera voluntaria por varias empresas adheridas a la red de empresas con distintivo “*Igualdad en la Empresa*”. Esta herramienta permite realizar un análisis comparativo de los salarios de hombres y mujeres en una organización y, en el caso de que existan diferencias, ayudar a identificar su origen. Para lograr dicho propósito se acompaña de un documento de “*Recomendaciones para actuar frente a la brecha salarial de género en una organización*”, con pautas y líneas directrices, entre las que destaca la adopción de un sistema de valoración de puestos de trabajo, que proporcione un valor a cada puesto, y permita asignarle una retribución acorde a dicho valor. Este sistema, en definitiva, ofrece a las empresas la posibilidad de diseñar su propio sistema de valoración de puestos de trabajo, incorporando la perspectiva de género, y utilizarlo para valorar sus puestos de trabajo, determinar un sistema de retribución y compararlo con la realidad de cada organización y empresa.

¹⁸⁹ La primera lleva a cabo un análisis comparativo de los salarios de hombres y mujeres en una organización y, en el caso de que existan diferencias, ayuda a identificar su origen. El sistema de valoración de puestos de trabajo, con perspectiva de género, proporciona un valor a cada puesto, permitiendo asignarle una retribución acorde a dicho valor.

Estas dos herramientas de autodiagnóstico y de valoración de puestos de trabajo desde una perspectiva de género constituyen dos vías de avance en la igualdad salarial de género que deben ser valoradas positivamente. Como ha señalado la Comisión en su Recomendación de 2014 los sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas son eficaces para establecer un sistema de retribución transparente. Estos sistemas detectan la discriminación salarial indirecta vinculada a la infravaloración del empleo de las mujeres, puesto que miden y comparan empleos cuyo contenido es diferente pero de igual valor, apoyando de esta manera el principio de trabajo de igual valor. Su puesta en marcha requiere el compromiso empresarial y de los representantes de los trabajadores y de aquellas otras formas representativas, léase comisiones de igualdad¹⁹⁰, que actúen en las organizaciones productivas.

5. Conclusiones y propuestas

De la información deducible de los anteriores epígrafes podemos afirmar que el avance en favor de la igualdad salarial entre mujeres y hombre debe partir de dos premisas, que son la transparencia y la seguridad jurídica. Más concretamente resulta necesario a estos efectos:

Primero: Introducir en la legislación la definición de trabajo de igual valor, y una indicación clara de los criterios de evaluación para comparar empleos diferentes.

Segundo: Avanzar hacia la transparencia en la composición y las estructuras salariales.

Tercero: Establecer la obligación empresarial de informar regularmente sobre la remuneración media de empleados por grupo profesional o puesto, mediante informaciones desglosadas por género. A estos efectos, sería conveniente valorar la propuesta europea según la que en las empresas a partir de 50 trabajadores deben reconocerse derechos de información salarial de los trabajadores e imponerse las Auditorías Salariales en las empresas a partir de 250 trabajadores.

Cuarto: Introducir un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada grupo y subgrupo de trabajadores o puestos, y un análisis del

¹⁹⁰ Pues resulta imprescindible la participación de los organismos de fomento de la igualdad a la hora de aplicar efectivamente el principio de igualdad de remuneración.

sistema de evaluación y clasificación de empleos e información detallada sobre los salarios y las diferencias salariales por razón de género.

Quinto: Establecer de forma complementaria el derecho de información de los representantes de los trabajadores y derechos de participación de los organismos de fomento de la igualdad, a la hora de aplicar efectivamente el principio de igualdad de remuneración, así como finalmente actividades de sensibilización de la población.

Sexto: Fijar obligaciones en relación con los negociadores sociales, relativas a la composición paritaria (de mujeres y hombres) de las comisiones negociadoras y a la obligación de negociar tablas salariales con perspectiva de género (sistemas de evaluación y de clasificación con perspectiva de género).

En definitiva, podría proponerse una regulación sobre igualdad salarial cuyos antecedentes serían la ley francesa de 2006 y la ley belga de 2012¹⁹¹. Por su parte, en Gran Bretaña en 2015 se estableció también la obligación para empresas de más de 250 trabajadores de publicar las diferencias salariales medias entre hombres y mujeres. Debe prestarse pues especial atención a estos antecedentes, que son expresión de las obligaciones de transparencia informativa del empresario hacia los trabajadores y los sindicatos. Así por ejemplo, en Bélgica se establece la obligación empresarial de realizar informes bianuales sobre la situación retributiva en la empresa y en Francia, las empresas están obligadas a suministrar información a los trabajadores y a sus representantes sobre la situación salarial en la empresa, desagregada por género y la obligación de negociar igualdad salarial.

Por consiguiente, mayor transparencia en la política salarial es la necesaria puerta de entrada al camino para corregir las desigualdades retributivas de género, que tendrán que abrir las empresas españolas, de conformidad con las recomendaciones y directrices marcadas desde la Unión Europea.

¹⁹¹ Francia, Loi 2006-340 du 23/03/2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Bélgica. Loi 22/04/2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y MATERNIDAD

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES

Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Córdoba

1. Régimen jurídico

En la protección específica frente al riesgo durante el embarazo y la lactancia natural confluyen aspectos de diversos campos de nuestro Ordenamiento. Se trata de los relativos a la pervivencia y condiciones del contrato de trabajo, los preventivos y los de previsión o Seguridad Social.

Consiguientemente, en el ámbito de nuestro derecho interno estarán correlacionados en la referida red tutelar, en los aspectos estrictamente laborales los arts. 4.2.c, d y e, 11.1.b y 2.b, 14.3, 45.1.e), 48.8, 52.d), 53.4.a), 55.5.a), Disp Adic. 2^a TRLET/2015. En el ámbito preventivo, serán centrales los arts. 15.1.d) y 2, 25 y especialmente el 26 LPRL, desarrollado reglamentariamente en el RD. 39/1997, de 17-1, de los Servicios de Prevención, arts. 4.1, 37.3.g) y Anexos VII y VIII. Y a nivel de protección social, los arts. 186 y 187 del Título II, Cap. VIII (riesgo durante el embarazo), y los arts. 188 y 189 del Cap. IX (riesgo durante la lactancia natural) del TRLGSS/2015, completando su régimen jurídico en dicho cuerpo legal los arts. 42.1.c), 71.3, 80.2.c), 95.1.a), 144.4, 165, 166, 217, 237.3, 253.3 y 4, 255.4, 318.b), Disp. Adc 19^a, DT 18^a.2. El desarrollo reglamentario de la prestación se recoge actualmente en el RD. 295/2009, de 6-3, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La regulación de la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia natural del art. 26 LPRL deriva directamente de la Directiva 92/85/CEE, 19-10, de manera que dicho precepto vino a cumplir la obligatoria trasposición de aquélla a nuestro Ordenamiento Jurídico. No obstante, ésta adaptación del Derecho nacional ha sido como poco azarosa,

pues ya desde un primer momento se hizo sólo de forma parcial, y ha requerido de sucesivas reformas a lo largo de más de una década para su completa satisfacción¹⁹². La última gran rectificación, de hecho, se hizo a través de la LO 3/2007, 22-3, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que añadió por fin la suspensión y correspondiente prestación por riesgo durante la lactancia natural y modificó la naturaleza de la prestación por riesgo durante el embarazo para calificar ahora a ambas prestaciones como derivadas de contingencias profesionales, con las consecuencias a ello aparejadas en orden a los requisitos de acceso, cuantía del subsidio y gestión¹⁹³. En opinión del Tribunal Supremo (sentencias de 10 diciembre de 2014, rec. 3152/2013 y 19 de mayo de 2014, rec 522/2013), la modificación legislativa de su calificación ha obedecido *«en exclusiva al deseo de proteger más adecuadamente a la trabajadora y no a rectificar una naturaleza –la de la contingencia– que inicialmente se hubiese calificado de forma incorrecta»*. Y es que, su instrumentalidad para la efectividad del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo es cada vez más evidente.

2. Los orígenes del art. 26 LPRL

Como hemos anticipado, el art. 26 LPRL tiene su origen más directo en la Directiva 92/85/CEE, 19-10, relativa a la aplicación 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 período de lactancia. Esta es la décima Directiva específica prevista en los arts. 15 y 16.1 de la Directiva Marco 89/391/CEE, 12-6, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo¹⁹⁴, y se

¹⁹² Véase, por ejemplo, en: NAVARRO NIETO, F/VAQUERO ABELLÁN, M, “Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia”, IARL, Sevilla, 2012, págs. 37 y ss.

¹⁹³ Más extensamente, sobre las consecuencias de la calificación como prestación por contingencias profesionales en: BLASCO LAHOZ, JF, “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (a propósito de la publicación del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)”, Revista de Información Laboral Legislación y Convenios Colectivos núm. 12/2009 parte Art. Doctrinal, en base de datos de Aranzadi Instituciones, BIB 2013\52316; MARTÍNEZ BOTELLO, P, “El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural, de contingencia común a profesional”, Lex Nova núm. 34/2007 parte Art. Doctrinal, Revista nº 34 de Información Laboral/Legislación, en base de datos de Aranzadi, BIB 2013\51143.

¹⁹⁴ Un análisis reciente de la doctrina del TJUE sobre la Directiva 92/85/CEE, en: GÓMEZ CABALLERO, P, “Seguridad y salud en el trabajo en la Jurisprudencia comunitaria”, Temas Laborales, nº 130, 2015, págs. 187 a 193.

inspira en gran medida en el Convenio OIT núm. 103 y en la Recomendación OIT núm. 95, ambos sobre protección de la maternidad.

Su objeto, como tal Directiva específica, adoptada con base en el art. 118 A del Tratado CE (artículo 153 TFUE) y vinculada al punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, es la protección de la seguridad y salud en el medio de trabajo de la trabajadora por cuenta ajena en tales situaciones biológicas (arts. 1.1 y 2). Pero ese tratamiento específico está en gran medida justificado y a su vez condicionado por principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo. La mujer en esos estados biológicos, es desde luego un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, lo que le convierte en acreedora de una tutela preventiva de carácter eminentemente técnico (Considerandos 7,8, 11 a 14). Desde esta perspectiva, la Directiva 92/85 obedece a la idea de que la igualdad entre hombre y mujer no se ve comprometida porque aquélla reciba un especial tratamiento en atención al embarazo, parto y lactancia. Por el contrario, la igualdad efectiva de la mujer exige la protección de la maternidad en todas sus dimensiones, puesto que tan discriminatorio es tratar desigualmente lo que es igual como el tratamiento idéntico de lo que es diferente. Por tanto, la protección de la salud de la mujer en tales situaciones no sólo es compatible sino necesaria para la consecución de la igualdad real (vid. art. 2.3 Directiva 76/207/CEE¹⁹⁵, Considerando 12 y art. 2.7 Directiva 2002/73/CE¹⁹⁶ y posteriormente, Considerando 24 y art. 28 Directiva 2006/54/CE¹⁹⁷). Pero además, esa protección tiene que ser coherente con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación por razón de sexo; es decir, ni puede desfavorecer a la mujer en el mercado de trabajo convirtiéndose en una excusa para su expulsión¹⁹⁸; ni entrar en conflicto con otras Directivas

¹⁹⁵ Del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

¹⁹⁶ Del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Véase nota 204.

sobre igualdad¹⁹⁹, ni omitir su protección frente al despido discriminatorio en tanto son valorados, además y especialmente, los posibles efectos adversos de aquél sobre la salud de la trabajadora (Considerandos 9, 10 y 15). Finalmente también es necesaria la garantía de conservación de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada, lo que se justifica por su “efecto útil”, si bien se hace, como veremos, en término de mínimos (Considerandos 16 y 17 y art. 11).

Progresivamente se han hecho cada vez más evidentes las intensas conexiones de la tutela de la salud de la mujer embarazada, en postparto o en período de lactancia, con las restantes parcelas de la igualdad y, entre ellas, con la conciliación de la vida familiar y laboral, así como su valor en relación al fomento del incremento de la natalidad ante el preocupante envejecimiento de la población en la UE. La indemnidad de la mujer exige cada vez con mayor rigor, que se extienda sin concesiones a su dimensión retributiva, también en estas situaciones. Por otra parte, cada vez más se

¹⁹⁹ Así, por ejemplo, constituye una discriminación directa por razón de sexo la exclusión de la mujer embarazada, en puerperio o lactancia natural del acceso al trabajo incluso cuando esté inmediatamente motivada por la protección de la salud de la mujer, del feto o del lactante: De conformidad con la Directiva 76/207 (arts. 2 y 3), el ejercicio de los derechos que le confiere la misma (art. 2.3 «La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad»), no puede suponer un trato desfavorable para las mujeres, de manera que no cabe negarse a contratar a una trabajadora embarazada para un puesto fijo, aún cuando por motivos de salud no pueda destinarla de momento a dicho puesto por razón, precisamente, de su embarazo: STJCE 3-2-2000, *Mahlburg*, C-207/98. En similar sentido: 05-05-1994 –*Habermann-Beltermann*–, asunto C-421/92, respecto de cuidadora nocturna de carácter indefinido en residencia de ancianos. Corresponden las mismas conclusiones si el contrato es temporal: STJCE 4-10-2001, asunto C-109/00, *Tele Dammark*. Como tampoco cabe el aplazamiento de la toma de posesión de la funcionaria por razones vinculadas al disfrute del descanso por maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad (STJCE 16-2-2006, *Sarkatzis*, asunto C-294/04). Sin que sea admisible, por oponerse al art. 15 de la Directiva 2006/54, la baja automática por descanso de maternidad de la funcionaria en un curso de formación necesario para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionaria, tanto más cuando es incierta la fecha en que se le facilitará el acceso a otro curso STJUE 6-3-2014, *Napoli*, C-595/12. O negarse a contratar a una candidata encinta porque no se compensaría económicamente su baja por maternidad [STJCE 8-11-1990, *Dekker*, asunto 177/88]. También la trabajadora puede poner fin a la excedencia por cuidado de hijo que viniese disfrutando, sin obligación de comunicar previamente su estado al empresario, sean cuales sean las condiciones del trabajo al que se reincorpora, con independencia que pueda o no desarrollarlo efectivamente por razón de su embarazo (STJUE 20-09-2007 –*Kiiski*–; STJCE 27-2-2003, asunto 320/01, –*Bush*–; STJUE 13-2-2014, asuntos acumulados C-512/11 y C-513/11, *TSN E YTN*).

observan propuestas holísticas de la protección de la maternidad, en las que no se trata tanto o tan sólo de garantizar la utilidad de las medidas tutelares preventivas, sino de la toma de conciencia de que la función social de la maternidad supone unas cargas que afectan también a la salud de la mujer y que tienen que ser asumidas por la colectividad, con la también necesaria contribución institucional a la rectificación de los roles²⁰⁰. De momento, las reiteradas peticiones del Parlamento²⁰¹ a la Comisión para la realización por ésta de una propuesta de modificación de la Directiva 92/85, no han dado los frutos deseados, pues ante las discrepancias apreciables entre ambos, la propuesta de modificación de la Directiva ha sido retirada en 2015, como anunciaba la Comisión en su plan de trabajo para dicho año²⁰².

²⁰⁰ Véanse, particularmente, los puntos 14 a 17, 51 y 74 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de febrero de 2008, sobre el futuro demográfico de Europa (2007/2156(INI), (2009/C 184 E/12). También los puntos 22 y 23 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (2006/2132(INI), y 11 y 28 de European Parliament resolution of 27 september 2007 on equality between women and men in the European Union-2007 (2007/2065 (INI). Igualmente, puede observarse en una perspectiva más global de conciliación e igualdad en la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 2004 sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (2003/2129 (INI). Y en la Resolución del Parlamento Europeo sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones (2005/2147(INI).

²⁰¹ Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [COM(1999) 100- C5-0158/1999-1999/2151(COS)]. Sobre ello insiste nuevamente en el apartado 14 de la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de febrero de 2002, sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Cuadro de indicadores sobre la aplicación de la agenda de política social (COM(2001) 104 + C5-0536/2001 +2001/2215(COS). Véase también el punto 18 de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2005, sobre la Agenda Social para el período 2006-2010. (2004/2191(INI). Como igualmente, incluida la modificación del ámbito de la Directiva Marco y la perspectiva de género en la investigación y tratamiento de la salud laboral, en los apartados 3,4,5,9,10 y 16 de la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2002 sobre la Comunicación de la Comisión: Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006) (COM(2002) 118 _ C5-0261/2002 _ 2002/2124(COS).

Desde la perspectiva de la igualdad de género, véase también el Punto 11 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Sexto informe anual (COM(2002) 258 — C5-0336/2002 — 2002/2180(COS).

²⁰² Véase una crítica a la contradicción que supone su retirada y el Marco estratégico de seguridad y salud 2014-2010: Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — Un marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, (2015/C 140/04), DOUE 28.4.2015 (Observaciones generales.3). Puede consultarse la (...)

Por su parte, la estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020, sin hacer referencia específica a estos estados biológicos de la mujer, incluye como línea de actuación de su Objetivo 3 y, más concretamente, para la promoción de la seguridad y salud de colectivos de trabajadores específicos, «*Impulsar la integración de aspectos de género en la actividad preventiva, especialmente en sectores con mayor presencia de la mujer*», así como fomentar la identificación y el intercambio de buenas prácticas²⁰³. Concretamente, el plan de actuación de 2015-2016 incluye el diseño de un plan dirigido a colectivos específicos, y entre ellos, a las mujeres. Sin embargo, la prevención de riesgos de la mujer encinta, postparto y lactancia natural necesita ser abordada desde diversos planos que exceden con mucho el ámbito de las “buenas prácticas”; la intensa litigiosidad apreciable en el análisis jurisprudencial muestra síntomas de una necesaria rectificación normativa.

3. Principios informadores de las medidas preventivas específicas

El art. 26 LPRL, en coherencia con el art. 5 Directiva 92/85 y la Directiva Marco, establece una serie de medidas preventivas específicas respecto de las trabajadoras embarazadas, en parto reciente o lactancia natural. Éstas se erigen sobre la base de una evaluación de riesgos inicial de carácter específico, y un deber de información a los trabajadores y sus representantes sobre tales riesgos. En cuanto a las medidas que sucesivamente tiene que adoptar el empresario en caso de existencia de riesgo, son por este orden: las de adaptación del puesto y/o tiempo de trabajo, la movilidad funcional, y la suspensión de la relación. Estas medidas como su gradación jerárquica responden a la finalidad de amparar a la mujer, no la rentabilidad o el interés empresarial (por todas: STC 161/2004

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (Bruselas, 6.6.2014, COM (2014) 332 final). Y la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, sobre el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (2015/2107(INI), P8_TA-PROV (2015)0411.

²⁰³ También lo hace el marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, en las líneas de acción a partir de 2014, pág. 11. Estudios jurídicos sobre la salud desde una perspectiva de género, por ejemplo: IGARTÚA MIRÓ, “Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 91/2007, págs. 263 y ss; RIVAS VALLEJO, P, “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *RMTAS*, N° Extra 74, 2008, págs. 227 y ss.

y SSTJCE 19-11-1998, y 1-7-2010 –Gassmayr, C-194/08), procurando siempre la adopción de la medida menos gravosa para la mujer. Por otra parte, su orientación es integradora, pues una innecesaria exoneración del trabajo contribuiría a la marginación de la mujer en el mercado de trabajo y al mantenimiento del prejuicio sexual. Y, podría adelantarse, sobre todo porque no es una opción sino que se impone a la mujer y además, como asume el TJUE en interpretación del art. 5 Directiva 92/85, se hace con la posibilidad de detrimento de salario con lo que, también desde ésta perspectiva, su uso desconsiderado constituiría una discriminación por razón de sexo. Como hemos anticipado, la tutela de la mujer, no puede convertirse en una excusa para apartarla del mercado de trabajo²⁰⁴ o perjudicarla en su promoción profesional o económica.

Respecto de la orientación que debe seguirse en la valoración de los riesgos específicos, considero que no puede confundirse el concepto de riesgo, como posibilidad de sufrir un daño o razonable previsibilidad de la ocurrencia de un suceso, con la intolerable exigencia de actualización del mismo o de certeza de que va a producirse, o de prueba técnica absoluta –y probablemente imposible actualmente a la vista de los insuficientes avances en la investigación–, que no indicaría de que lo es²⁰⁵. También habría que recordar que no puede confundirse lo que es la apreciación de la existencia

²⁰⁴ En este sentido, por ejemplo, STJCE de 25-7-1991 «Stoekel», en la que se declara la incompatibilidad de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres con la Directiva 76/207/CEE. A esta sentencia siguieron otras del citado TJCE: «Levy» de 2-8-1993; «Minne», de 3-2-1994; la sentencia de 13-3-1997; Comisión/República francesa; y la sentencia de 4-12-1997, Comisión/Italia. En la misma línea, las diferencias de promedio entre el hombre y la mujer tampoco justifican la exclusión de uno de los sexos [ej. trabajos en industria minera subterránea, medio hiperbárico y de buceo S. TJCE 1-2-2005, TJCE 2005/34 (Comisión contra Austria)]. El Tribunal Constitucional en la sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, (trabajo en la mina) limitó las exclusiones del trabajo de la mujer a cuando estuviese justificada por su embarazo, como condición biológica específica femenina. También la STC 216/91, de 14 de noviembre, reconoce el derecho de la mujer a ingresar en las Fuerzas Armadas. Por ello, por ejemplo, constituye una discriminación por razón de sexo negativa empresarial a contratar a una mujer como vigilante de seguridad por su condición de tal, sin que la misma haya podido aportar su trayectoria profesional y sin haber sido sometida a pruebas físicas o de aptitud que demuestren su habilidad o inhabilidad para el desempeño del citado puesto de trabajo (STSJ Andalucía/Granada, núm. 469/2012, 22-2). Sobre la doctrina del TJCE y el TC, véase más ampliamente: SÁEZ LARA, C, “Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas”, CES, Madrid, 1994, págs. 72 y ss.

²⁰⁵ Lo que en el caso del art. 26 LPRL es aún más evidente en opinión de un sector de la doctrina, pues en su apartado 1 se refiere a la evaluación de los riesgos «*que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora...*», con lo que no se exige certeza sobre el riesgo, sino meramente indiciario: LOUSADA AROCHENA, J.F, “Riesgo durante el embarazo (I)”, AL, nº 27/2001, págs. 568 y 569.

de un riesgo específico con la medida preventiva a aplicar. Y, además, habría que tener en cuenta que, al menos en mi opinión, en la concreción de dicha medida preventiva no participa el criterio de la “proporcionalidad”, pues en ningún momento el art. 26 LPRL admite la persistencia del peligro ni exige una cualificación especial de éste para acceder a la prestación de Seguridad Social. El art. 26 LPRL exige su eliminación (*«evitar su exposición»*), y no una mera reducción, dejando como último recurso preventivo para su extirpación el de la suspensión del contrato. Por tanto, si existe el riesgo y éste es grave o muy grave en sus posibles efectos, y no es factible la adaptación o el cambio funcional, por lógicos que fuesen, corresponderá la suspensión con percibo de prestación. Por consiguiente, la razonabilidad de la medida sólo sería modulable en los supuestos de levedad de las consecuencias del riesgo profesional, pero no en razón de la probabilidad²⁰⁶.

Pero con todo, lo que resulta más llamativo es que aún hoy se siga apoyando la idea de que la tutela de la igualdad y no discriminación de la mujer en su dimensión de la protección de su salud y maternidad, entra en conflicto con la protección de su derecho a la igualdad de oportunidades, y hasta que ésta pase por la renuncia a sus derechos vinculados a la protección de su salud o la de su hijo. Veremos que de alguna manera esta idea está presente en el tratamiento heredado que da la Directiva 92/85 al trabajo nocturno. Pero hay muestras más sorprendentes, que además incluso se

²⁰⁶ Sin embargo, es significativo que la posibilidad de sufrir un accidente biológico por el personal sanitario no ha sido admitida por el Tribunal Supremo como un riesgo para la lactancia pues ésta «no actúa como especial factor de riesgo, ni tampoco a la inversa» (STS de 1 octubre 2012, rec 2373/2011). Por el contrario, considero más adecuada la posición del voto particular a la STS. Sentencia de 13 mayo 2015, 3114/2013, de la EXCMA. SRA. D^a María Lourdes Arastey Sahun y EXCMO. SR. D. Jordi Agustí Julia, respecto del trabajo de educadora en centro de reeducación de menores: «La “ratio decidendi” de la sentencia de la mayoría se halla en la inexistencia de riesgos específicos y no analiza la segunda de las circunstancias a las que antes he hecho alusión –la de la posible adaptación o cambio de puesto de trabajo– 2. Y, sin embargo, ninguna duda podía haber sobre la concurrencia del riesgo para la lactancia; tal y como aparece descrito en el hecho probado antes indicado que, precisamente, es recogido también en el primer párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la mayoría. Estamos ante la constatación de un riesgo que sí presenta las características exigidas por la doctrina de esta Sala 4^a del Tribunal Supremo citada a la que la opinión mayoritaria se refiere, y sobre cuya base la Sala de suplicación desestimó ya el recurso de la trabajadora, dado que figura certificado como tal por la propia Mutua aseguradora. Existe riesgo de contagio de determinadas enfermedades susceptibles, a su vez, de ulterior transmisión al lactante a través de la leche materna –y tal riesgo resulta incuestionable, al menos, en el caso del SIDA–; y, además, se acredita una situación de constante exposición de la trabajadora en su labor de intervención directa en el Centro de reeducación de menores como responsable de su formación integral».

recogen en las guías del INSH. Así, por ejemplo, respecto del riesgo de contaminación radioactiva, tanto en la Guía de valoración de riesgos laborales en el embarazo y la lactancia en trabajadoras del ámbito sanitario (editada por el Ministerio de Ciencia e Innovación, pág. 44), como en las “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo” (INSH, pág. 78) se admite desde la consideración de «no introducir elementos de discriminación laboral», que la trabajadora embarazada, «siempre que manifieste su deseo de forma expresa», se exponga a equipos y tareas que expresamente excluye. Es evidente que una cosa es la “sobreprotección” de la mujer y otra muy distinta es la de admitir la renuncia de los derechos que le confieren una tutela específica por razón de su embarazo, parto o lactancia natural. Frente a ésto, hay que denunciar que ni la trabajadora puede renunciar legítimamente a sus derechos, ni el empresario liberarse de su deber de actuación y de su responsabilidad (como insistiremos en el epígr. 7). La tutela frente a la discriminación por razón de sexo no puede seguir albergando, y mucho menos institucionalizar, la renuncia por desamparo. . . Si se sabe que fallan las medidas antidiscriminatorias, lo único admisible es reforzarlas, y aún más si se trata de aspectos tan elementales como éste.

4. Evaluación específica, inicial sucesiva y subjetiva de los riesgos específicos e información

La protección especial de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia se articula sobre los riesgos específicos que le afectan, pero, ¿qué debe entenderse en este contexto por riesgos específicos?. Los arts. 31.2, 40.2 y 49.2 RD 295/2009 los definen implícitamente en negativo cuando afirma que «no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto –o en la del hijo, según 49.2–, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado».

Por tanto, el concepto de riesgo específico está construido por dos parámetros fundamentales. El primero y básico, su incidencia sobre el embarazo, parto reciente o la lactancia natural, descartando los restantes riesgos o patologías que en absoluto afecten a dichos concretos estados o a los cambios físicos y psíquicos propios de aquéllos. Segundo, “su relación”,

que no “exclusiva causalización”, con el puesto de trabajo, es decir, con los agentes, procedimientos, etc, presentes en el mismo²⁰⁷.

Por tanto, el riesgo específico puede ser tanto exclusivo del embarazo, parto o lactancia, como de carácter común que afecte o se agrave para la trabajadora embarazada, el feto o el niño²⁰⁸. Y puede ser tanto exclusivo del medio laboral, como general pero concurrente en dicho medio de trabajo. Por consiguiente, considero que debe contextualizarse en un ensayo de delimitación de la IT/Riesgo durante el embarazo, alguna afirmación del Tribunal Supremo realizada *obiter dicta* que, en sentido contrario al expuesto, ha definido el riesgo específico como aquél «*que se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve*» (SSTS 18 de marzo de 2011, rec. 1863/2010 y 25 enero 2012, rec 4541/2010). No puede ser de otra manera, pues los riesgos laborales no se definen por su exclusividad u originalidad sino por su ocurrencia en el trabajo (como muestra: arts. 1 y 2.1, 4.2º y 3º LPRL), como tampoco los factores personales y su interacción con los laborales están por ello –como se insistirá– excluidos de la especificidad de los mismos, en tanto incidan sobre dicho estado biológico (aparte el precepto estudiado, por ejemplo, arts. 15.1.d) y 4, 25, 27.1 LPRL, art. 37.3.b.2º y g RDSP, y art. 156 TRLGSS).

De conformidad con los arts. 4 Directiva 92/85 y 26.1 LPRL, el Tribunal Supremo sostiene que la exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención que se contiene, en esencia, en los arts. 14 y siguientes LRPL, y especialmente en el 16, «*ba de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el art. 26*»²⁰⁹. La evaluación de los riesgos tiene que ser específica, con lo que requiere la identificación de la categoría o

²⁰⁷ Como define el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 enero 2012, rec. 4541/2010: «la contingencia –por riesgo durante el embarazo o la lactancia– se describe en términos de “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”, factores de riesgo que han de concurrir de manera concreta y efectiva en el trabajo desempeñado, y que desde luego no son necesariamente los mismos para el embarazo o para la lactancia.»

²⁰⁸ MARÍN ALONSO, I/GORELLI HERNÁNDEZ, J, “Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización”, Laborum, Murcia, 2001, pág. 125.

²⁰⁹ Por todas: STS 17 (3) de marzo de 2011, rec. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010; 18 (4) de marzo de 2011, rec.1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010; 3 de mayo de 2011, rec. 2707/2010; 21 de septiembre de 2011, rec. 2342/2010; 22 de noviembre de 2011, rec. 306/2011; 25 de enero de 2012, rec. 4541/2010; y 21 marzo 2013, rec 1563/2012.

estado de la trabajadora, puesto que pueden variar según esté embarazada, en puerperio o lactancia. También se tendrá que concretar la naturaleza, el grado o intensidad y la duración de la exposición de aquéllas a los 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. Finalmente, también deberá determinar la posible repercusión de aquéllos sobre tales trabajadoras, fetos o lactantes, así como las medidas a adoptar para su eliminación o disminución. En definitiva, la evaluación de riesgos tiene que permitir que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los que concurren y su relevancia en relación con tales estados biológicos.

En cuanto a los instrumentos de evaluación, aparte de los riesgos y medidas que se recogen diseminadamente en la legislación europea en materia de seguridad y salud laboral²¹⁰, la Directiva 92/85 ha previsto dos instrumentos de guía para la evaluación de riesgos específicos respecto de la mujer embarazada, en parto reciente o lactancia. Se trata, por un lado, de las Directrices fijadas por la Comisión en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo (art. 3.1 y 2)²¹¹. Y por otro, de

²¹⁰ Como es el caso, por ejemplo, de las siguientes, siendo reseñable que algunas de ellas incluyen previsiones específicas respecto del embarazo y/o lactancia: Directiva 89/654/CEE relativa a las disposiciones mínimas de salud y seguridad en el lugar de trabajo; Directiva 90/270, de 29 de mayo, relativa a las pantallas de visualización; Directiva 90/269 sobre manipulación de cargas; Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (Séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE); Directiva 2013/59/EURATOM, del Consejo, de 5 de diciembre de 2013, por la que se establecen normas de seguridad básicas para la protección contra los peligros derivados de la exposición a radiaciones ionizantes, y se derogan las Directivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom y 2003/122/Euratom; Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo; Directiva 98/24/CE, sobre los agentes químicos, físicos y biológicos; Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; Directiva 2013/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26-6-2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) (vigésima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE.

²¹¹ Cumplida con la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados (...)

dos listas no exhaustivas de agentes, procedimientos y condiciones recogidas en los Anexos I y II de la Directiva, que dejan en evidencia una mayor desatención de la norma comunitaria respecto de la mujer en parto reciente²¹². En el ámbito nacional, contamos con los correspondientes Anexos VII y VIII introducidos en el RSP por el RD 298/2009, 6-3, trasponiendo así tardíamente la referida Directiva 92/85²¹³, y con diversas guías de evaluación, elaboradas de acuerdo con la Disposición Adicional 3ª RD 295/2009 y arts. 6.1.d) LPRL y 5.3 RDSP, con el fin de valorar homogéneamente los puestos de trabajo. Finalmente, también habría que citar las NTP del INSH (guías de buenas prácticas): 413, 414, 542, 664, 740, 785, 914, 915, 992, 993.

Los arts. 16 LPRL y 4 RSP distinguen y exigen, en consonancia con la Directiva Marco²¹⁴, tanto una evaluación inicial como otras de carácter sucesivo (vid. arts. 15.1.b, d y e, 16.2, 22.4, 23.1.b, 25.1 y 26 LPRL). En lo que concierne al riesgo por embarazo o lactancia, la traslación de las reglas generales exige, igualmente, de ambos tipos de evaluación (arts. 26 LPRL y 4 y 37.3.g) RSP).

La evaluación inicial –como las sucesivas– del puesto y demás condiciones de trabajo, tiene que incluir la de los riesgos específicos para el embarazo, parto reciente o lactancia natural (arts. 26.1 LPRL y 4.1 RSP), con independencia del sexo del trabajador que ocupe el puesto de trabajo, o

como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, Bruselas 5-10-2000, COM (2000) 466 Final.

²¹² Véase epígrafe 5.

²¹³ En el Anexo II de la Directiva 92/85 lo que se recoge es una prohibición de exposición (art. 6 Directiva 92/85), con lo que, en principio, debería bastar la apreciación de dichos riesgos en la evaluación –al menos los que recoge la Directiva–, sin apenas necesidad de modulación por niveles, grados o duración de aquella –que sí proceden respecto del Anexo I, de conformidad con el art. 4.1 Directiva–, salvo, claro está, en los casos en que la trabajadora esté inmunizada (Págs. 23 y 24 de la Comunicación de la Comisión. Véase también: Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, cit., pág. 9. En similar sentido: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^{FF}, “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79/2005, págs. 43 y 44). El Anexo VIII del RSP asume y amplía el citado Anexo II Directiva 92/85, con lo que debería serle extensible similares conclusiones, aún cuando a la vista del art. 4 RSP, habría que apostillar que tales consecuencias lo son, al menos respecto de aquellas que figuren en la norma comunitaria.

²¹⁴ GÓMEZ CABALLERO, P, cit., págs. 171 y 172. En este sentido, la Directiva 89/391 exige la evaluación de todos los riesgos que puedan afectar a los trabajadores (Considerando 15 y art. 6.3.a) así como su carácter sucesivo: STJCE 15-11-2001, Comisión/República Italiana, C-49/00, aps. 12 y 13.

de que se encuentren o no actualizadas estas particulares situaciones²¹⁵. De hecho, la protección de la trabajadora y su descendencia en los primeros estadios del embarazo, momentos en los que hay mayor riesgo de daños permanentes para el feto, y en los que la propia trabajadora puede desconocer su estado o estar reacia a su comunicación o incluso que ésta sea contraproducente para su salud, tiene que articularse a través de la información de aquélla sobre los riesgos potenciales y la necesidad, en su caso, de detección precoz del embarazo²¹⁶, y de intensificación de los deberes de información del empresario (art. 18.1.c LPRL). Además, tanto en estos estadios iniciales como posteriormente, su protección efectiva también puede requerir de la adopción de medidas preventivas con respecto a todos los trabajadores, con la finalidad de reducir su exposición a los agentes peligrosos²¹⁷. Esto último, por otra parte, está en la línea de los principios de acción preventiva, pues el art. 15.1.h) LPRL exige la adopción de medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. Finalmente, esta evaluación de riesgos es necesaria también para la elaboración por el empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, de la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos para las embarazadas y lactantes (art. 26 LPRL).

A esta evaluación inicial de carácter neutro aún específico, una vez la mujer comunique al empresario su embarazo, parto reciente o lactancia natural tiene que seguirle una evaluación sucesiva y subjetiva de los riesgos, es decir, de aquéllos a los que está expuesta la concreta mujer y su

²¹⁵ Es contrario a la Directiva Marco interpretar la que la Directiva 92/85/CEE, en el sentido de que no exige la adopción de medidas preventivas por el empresario hasta que se le comunique el embarazo de la trabajadora (Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, cit., [DOCE 24-2-2001, C-121/477]). En este sentido también. STJUE 11-11-2010 –Danosa–.

Por todos, en similar sentido: LOUSADA AROCHENA, J.F., “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit, pág. 569.

²¹⁶ Ej. art. 15.2 Directiva 2013/59/EURATOM, del Consejo, de 5 de diciembre de 2013, por la que se establecen normas de seguridad básicas para la protección contra los peligros derivados de la exposición a radiaciones ionizantes, y se derogan las Directivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom y 2003/122/Euratom.

²¹⁷ Comunicación de la Comisión 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 [Bruselas 5-10-2000, COM (2000) 466 Final, págs. 7 y 9, 12, también en págs. 23 y ss, claramente se opta por una preferencia de las medidas colectivas frente a los equipos de protección individuales].

descendencia²¹⁸. Esta evaluación subjetiva y sucesiva viene exigida desde la propia Directiva 92/85, en correspondencia también, de los principios generales fijados por la Directiva Marco, siendo equiparable a la evaluación sucesiva derivada de una reorganización, de un cambio de condiciones de trabajo, el equipo o las máquinas²¹⁹. Así se confirma cuando, en la elaboración de las directrices para la evaluación que le encomienda el art. 3 Directiva 92/85, la Comisión reclama con claridad una evaluación subjetiva de los riesgos, con atención a los síntomas individuales, tanto físicos como emocionales y la protección de la confidencialidad²²⁰. En la normativa nacional, aparte de los preceptos más generales antes referidos, también en el art. 26 LPRL y art. 4.1, 4.2.c y 37.3.g)²²¹ RSP se asume que los riesgos de

²¹⁸ Como tuve ocasión de proponer en: BENAVENTE TORRES, M^a I, “La tutela de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia”, en AAVV, “La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, XV Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, MTAS, Madrid, 2005, pág. 143. En similar sentido: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.num.7921/2002, BIB: 2003\144.

²¹⁹ Comunicación de la Comisión, cit., págs. 9 y 12.

²²⁰ Cit., pág. 9. «Además de la evaluación general de los riesgos exigida por la Directiva marco y por la Directiva 92/85/CEE, tras conocer que una trabajadora está embarazada el empresario debe evaluar los riesgos específicos para esa trabajadora y adoptar las medidas necesarias a fin de evitar toda exposición que pueda dañar su salud o la de su hijo durante la gestación» (pág. 10). «Puesto que el embarazo es un estado dinámico que implica transformaciones constantes, las mismas condiciones de trabajo pueden plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, tras la reincorporación al puesto de trabajo o durante el período de lactancia. Algunos de estos problemas pueden preverse y afectan en general a todas las mujeres (por ejemplo, los que se enumeran a continuación). Otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal» (Pág. 19). Aquí algunos ejemplos: náuseas matutinas: págs. 9 y 36. «No todas las mujeres se ven afectadas de la misma manera y los riesgos asociados varían según el tipo de trabajo, las condiciones en las que se realice y la persona en cuestión... Dado que se encuentran más cansadas, algunas mujeres embarazadas o en período de lactancia pueden verse imposibilitadas para trabajar en turnos irregulares o nocturnos o para hacer horas extraordinarias» (pág. 13). «... durante y después de la gestación se producen cambios hormonales, fisiológicos y psicológicos, a veces de manera brusca, que pueden afectar a las personas más vulnerables al estrés, la ansiedad o la depresión... Cuando adopten las medidas necesarias, los empresarios tendrán en cuenta los factores de estrés conocidos (como la organización del trabajo por turnos, la inseguridad en el empleo, las cargas de trabajo, etc.), así como los factores médicos y psicosociales particulares que afectan a cada mujer» (pág. 14).

²²¹ Véase, en esta línea, aclarando además que como norma general, y salvo las excepciones del art. 22 LPRL, el reconocimiento médico de la trabajadora será voluntario: NPT 915, sobre Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud. En estos casos la interpretación del precepto debe ser aún más restrictiva, habida cuenta que están implicados fuertes condicionantes derivados del derecho a la intimidad sexual e igualdad y no discriminación, y existir otros medios oportunos a través de la colaboración médica pública. Hay que tener en

(...)

un mismo puesto de trabajo pueden afectar de manera distinta a cada mujer durante el embarazo o tras el parto, y al feto o al niño.

Por tanto, como ya advertía el preámbulo del RD. 298/2009, es desacertado trasmutar el valor orientativo sobre pautas generales que aportan las Guías, en criterios dogmáticos en los que pretendidamente están objetivados los riesgos, y calificar como carente de riesgo o IT todo aquello que quede al margen²²². Sin embargo, no faltan ejemplos de doctrina judicial que admiten valoraciones de las Gestoras fundamentadas en Guías y Protocolos, y consideran que sólo puede existir un riesgo objetivo a partir de una determinada semana de gestación y, en cambio sólo subjetivo, es decir, –artificialmente– desvinculado del puesto de trabajo, antes de aquélla línea fronteriza. Y en este confuso marco también podrían criticarse los arts. 39.5 y 47.5 RD. 295/2009. Por el contrario, como advierte la STSJ Galicia, num. 1113/2013, de 22 febrero, rec 4083/2010, esas orientaciones y pautas generales *«no valen obviamente para aquellos casos en los que aparezcan circunstancias particulares que, valoradas..., lo que hacen es que deban extremarse y anticiparse en el tiempo las precauciones preventivas (esto es, no levantar pesos) de la recurrente pero no solo como mujer gestante, sino también como trabajadora gestante debiendo la empresa evitarle ese riesgo con mayor anticipación que la genéricamente prevista»*.

Finalmente, los resultados de la evaluación y, por consiguiente, la eventual afección de riesgos para el embarazo, puerperio o lactancia natural (art. 4.2 Directiva 92/85), se comunicarán a los representantes de los trabajadores y, en particular, a todas las mujeres que potencialmente puedan verse afectadas. Como se ha venido exponiendo, este derecho/deber de información de la trabajadora se convierte en esta parcela en un instrumento preventivo de carácter esencial, muy en particular en los primeros estadios del embarazo, con lo que se hace aún más intenso este deber empresarial previsto con carácter general en el art. 18.1.c) LPRL y que no puede limitarse a los específicos de su puesto de trabajo o función. Por el contrario, el contenido de dicha información individual debe determinarse

cuenta que las excepciones del art. 22 LPRL se tienen que interpretar restrictivamente y que la oposición de la trabajadora sencillamente liberará al empresario de su responsabilidad (NAVARRO NIETO, F, “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, RRLL, n.º 5/2012, pág. 47).

²²² STSJ Galicia, núm. 2135/2016, de 13 abril, rec 2177/2015 –operaria en puesto de montaje de Peugeot–, se reconoce a partir de la 26ª semana de gestación, y no en la 18ª porque la trabajadora no tiene que inclinarse más de 10 veces hora por debajo de la rodilla, sino reiteradamente con ángulo de 30º sin bajar de aquélla.

en función del sexo y su potencial, aún ocasional o negligente exposición a los riesgos específicos del embarazo, puerperio o lactancia natural (arts. 14.1, 15.1.h y d, 15.3 y 4 LPRL).

5. Adaptación

Una vez comunicado o conocido el embarazo, puerperio o lactancia natural, el art. 26.1 LPRL exige la eliminación y/o reducción de los riesgos específicos, tanto objetivos como subjetivos, comenzando por la medida menos traumática de adaptación –provisional, dice la Directiva, art. 5.1– de las condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo de la trabajadora embarazada, en parto reciente o lactancia natural.

En mi opinión, sobre el trabajo nocturno pesa una sospecha internacional de su carácter de riesgo específico para las tres situaciones de embarazo, parto reciente y lactancia natural, pues le dedican una atención especial tanto la Directiva 92/85 como las Recomendaciones de la OIT núm. 95 (V.1)²²³, como la núm. 191 (6.5)²²⁴. Tanto es así que la Directiva 92/85 le dedica un artículo en particular, el art. 7 (y Considerando 13), que es también la atención más clara que la Directiva presta al postparto, y que formula en términos de derecho de la mujer a no realizarlo (“*no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno*”), sin condicionamiento a la evaluación (debe ser porque parte de que es nocivo), sino tan sólo con la posibilidad de reserva por parte del Estado miembro del requisito de certificado médico. Bien, pero si la Directiva partía de que con toda probabilidad el trabajo nocturno es un riesgo para la mujer encinta, parto reciente, o lactancia natural, ¿por qué no se prohibió?. En mi opinión, como se desprende del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85, el tratamiento que ésta da al trabajo nocturno, pese a partir de su carácter penoso, se encontró muy condicionado por los precedentes sobre la prohibición general del trabajo nocturno femenino de los Convenios de la OIT y el consiguiente rechazo por discriminatorio del TJCE a través de diversas sentencias²²⁵. Por ello, la Directiva no prohíbe la realización del trabajo nocturno por la embarazada o en período consecutivo al parto, sino

²²³ «El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de suerte que puedan disfrutar de períodos adecuados de descanso».

²²⁴ «Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado.».

²²⁵ Véase epígrafe 2.

que lo formula en términos de derecho de la mujer. Es más, la Comisión consideró contrario a la Directiva la prohibición absoluta de trabajo nocturno durante el embarazo o la lactancia²²⁶. Sin embargo, años después, el Parlamento a la vista de dicho informe, propuso el reconocimiento del derecho –nuevamente, que no prohibición– a no verse obligada a realizar trabajo nocturno durante las 16 semanas anteriores o posteriores al parto sin necesidad de certificado médico²²⁷.

Este aspecto de la Directiva no se ha traspuesto correctamente en España por dos motivos. En primer lugar, el art. 26.1 LPRL se refiere expresamente al trabajo nocturno y a turnos, de manera que las medidas preventivas incluirán, cuando sea necesario, la no realización de aquéllos. Pero condiciona el derecho/obligación de elusión del trabajo nocturno a que sea necesario, lo que parece remitir a la evaluación de riesgos²²⁸ y no al certificado médico que admite la Directiva.

En segundo lugar, el referido art. 7 Directiva 92/85, obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para garantizar el derecho de la trabajadora al traslado a un puesto de trabajo diurno (adaptación o, en su defecto modificación funcional), “o”, que debe entenderse “y”²²⁹ (de hecho, el propio precepto lo hace dependiente del primero, recogiendo, en definitiva, la jerarquía general del art. 5, siendo una garantía imprescindible para la efectividad del derecho), una dispensa del trabajo o una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente o no sea razonablemente exigible por motivos justificados. En cuanto a la remuneración o prestación adecuadas que corresponderá en dicha situación, el art. 11 lo equipara claramente al tratamiento del riesgo al referirse al art. 7 junto al 5 y al 6, separándolo de la prestación por maternidad, en tanto que ésta responde a una finalidad y presupuestos diferentes.

El art. 26.1 LPRL extiende al postparto, sin concreción de su extensión temporal –se refiere a parto “reciente”–, la evaluación de riesgos y, caso de concurrencia de éstos, la adaptación de las condiciones y/o

²²⁶ Págs. 10 y 22.

²²⁷ Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, cit., punto 11.

²²⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social”, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 58.

²²⁹ En este sentido: Considerando 13 Directiva 92/85 e Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, cit., págs. 9 y 10.

tiempo de trabajo, con inclusión, cuando resulte necesario, de la no realización de trabajo nocturno o a turnos. Pero no hace lo propio, al menos desde la literalidad del precepto, respecto de las sucesivas medidas en defecto de la posibilidad o eficacia de la adaptación, de movilidad funcional o –con mayor claridad– de suspensión, pues se limitan a los riesgos durante el embarazo o vinculados a la lactancia natural.

Respecto de la jurisprudencia y doctrina judicial en torno al trabajo nocturno y a turnos, se han centrado fundamentalmente en torno a su cuestionamiento como riesgo específico para la lactancia, teniéndose presente que el riesgo durante la lactancia natural puede referirse a la protección de la lactancia misma. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 24 de abril, 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rec. 818/2011, 2361/2011 y 1298/2011), analizó el tiempo de trabajo como factor de riesgo para la lactancia de las tripulantes en cabina de pasajeros de avión²³⁰. En tales condiciones, el Tribunal admite como riesgo para la lactancia el régimen de trabajo al que están sometidas dichas tripulantes, en tanto que el particular sistema de turnos y de distribución horaria y el lugar de la prestación de servicios en vuelo impiden *«la pauta de las tomas propias de la lactancia natural», «así como la extracción de la leche materna y su conservación, por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas»*. Y es que *«tal impedimento de "compatibilizar la toma o la extracción de la leche" materna puede comportar, según regla de experiencia, riesgos para la salud de la madre ("mastitis") o para la propia subsistencia de la lactancia natural ("inhibición definitiva de la leche")»*. Como se ve, en tales sentencias no era el tiempo el único factor de riesgo, sino que era el conjunto de las particulares condiciones en que se desenvolvía el trabajo, las que hacían incompatible la lactancia.

A la inversa, en aplicación de esa misma doctrina, el Tribunal Supremo ha denegado en numerosas ocasiones el acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia natural en el ámbito del trabajo a turnos de 24 horas y trabajo nocturno de las ATS y médicos, aún cuando éstos no puedan autoregular las pausas para extracción. Y ello porque ni la turnicidad

²³⁰ En aplicación de dicha doctrina, también respecto de tripulantes en cabina de pasajeros, por ejemplo: SSTSJ Andalucía, Sevilla, núm. 804/2014, de 19 marzo, rec 1297/2013; TSJ Madrid, núm. 254/2013, de 7 mayo, rec 5149/2012; Cataluña, núm. 2342/2013, de 28 marzo, 195/2013 y Cataluña, núm. 1846/2013, de 12 marzo, rec 2280/2012 (ambas reconocen además, entre otros, la existencia de riesgos para la lactancia derivados de las radiaciones ionizantes).

ni la nocturnidad son en sí mismos y con carácter general factores de riesgo específico para la lactancia, ni la referencia al trabajo nocturno o a turnos del art. 26.4 LPRL y del art. 7 de la Directiva suponen una presunción legal de existencia de tal riesgo. De hecho no están contemplados en el RSP, con lo que tendría que acreditarse en el caso concreto las circunstancias que las puedan configurar como tal²³¹.

Sin embargo, esta posición del Tribunal Supremo sobre el trabajo nocturno y a turnos no ha sido incontestablemente asumida por los Tribunales Superiores de Justicia. En muchas ocasiones probablemente sin verdadera contradicción de doctrina desde una perspectiva puramente técnica, pues, como se ha visto, cabe prueba –incluida la subjetiva²³²– para el caso concreto. Pero en otros, abiertamente se reconoce que el trabajo nocturno es en sí mismo un riesgo específico para la lactancia y que, como hemos defendido, existe una presunción de la normativa internacional sobre ello. Parecen mayoritarias las sentencias que aprecian riesgo durante la lactancia de los trabajadores del sector sanitario que realizan jornadas extensas prestando sus servicios en ambulancia medicalizada o similares, al ser sus dificultades para la extracción y conservación de la leche equiparables a las de las tripulantes de avión, y a menudo se valora la concurrencia de otros riesgos, además de los psicosociales, como son los biológicos y químicos²³³. No obstante, y siguiendo lo que parece una pauta

²³¹ Por todas SSTs. 21 marzo 2013, rec 1563/2012 –médico de urgencias–; 24-6-2013, rec. 2488/2012 –ATS en trabajo a turnos de mañana, tarde y noche–; 1 de octubre de 2012, rec 2373/2011, 7 de abril de 2014, rec 1724/2013 y 28 octubre 2014, rec 2542/2013 –ATS en servicio de urgencias en Hospital Comarcal, turnos rotatorios, de mañana-tarde de 14 horas y noches de 10 horas (a la semana un solo turno de mañana-tarde y al día siguiente un solo turno de noche y con libranza de 3 días); 23 de enero de 2012 (rec. 1706/2011) –camillera que presta sus servicios en turnos nocturnos y de 24 horas–.

Por ejemplo, incluso siendo la única enfermera en el turno de noche de 1 a 7.00, deniega la prestación: STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 9/2015, de 8 enero, rec 979/2014. También la deniega en aplicación de dicha doctrina a la ATS que hace turno de 24 horas ininterrumpidas cada seis días, puesto que sólo se realiza esa extensa jornada cinco veces al mes y no se ha demostrado que no pueda suplirse por la extracción artificial de la leche –inexistencia de salas o frigoríficos–: STSJ. Madrid, núm. 853/2015, de 6 noviembre, rec 672/2015.

²³² Por ejemplo: STSJ. Galicia, núm. 844/2015, de 13 febrero, rec 2455/2013: en este caso el trabajo a turnos se convierte en un impedimento para la lactancia natural, pues tanto la madre como la niña presentan factores de riesgo individual que requieren un ritmo de vida regular para evitar interferencias con la lactancia²³². Otro supuesto sería, en mi opinión, aquél en que se acredite la falta de idoneidad de la extracción artificial para la concreta mujer o lactante

²³³ STSJ Galicia, núm. 985/2014, de 13 febrero, rec 4852/2011 –enfermera en UVI móvil, con jornadas de 24 horas cada 4 ó 5 días–; hay toda una línea doctrinal del TSJ País Vasco, que se funda en los diversos riesgos que afectan a los puestos de tales trabajadores (biológicos,

químicos, riesgos ambientales y psicosociales: turnicidad, nocturnidad), así como en la imposibilidad de extracción y conservación de la leche: SSTSJ País Vasco, núm. 199/2013, de 29 enero, rec 9/2013 (enfermera en ambulancia medicalizada); 19 de febrero de 2013, rec 131/2013 (ATS-DUE que trabajaba en botiquín de Michelin, a tiempo parcial en turno de noche y sola, con algunas jornadas muy largas, sin posibilidad de extracción y conservación de la leche, expuesta también a radiaciones ionizantes); y 30 de octubre de 2012 (recursos 9/2013 y 2351/2012) que tratan de casos de ATS-DUE que trabajan en turnos en ambulancias medicalizadas. Y conductor-técnico sanitario, de 8 de noviembre y 11 de octubre de 2011 (recursos 86272013, 2060/2011 y 1918/2011). Posteriormente en casos similares, como reconoce el propio Tribunal, la procedencia de la prestación la funda esencial o exclusivamente de la consideración del trabajo nocturno como riesgo específico para la lactancia al afectar al ciclo circadiano, junto a las referidas dificultades de extracción y conservación, siguiendo los criterios de la Guía de la Asociación Española de Pediatría y de la Recomendación 95/1952 de la OIT: SSTSJ País Vasco, núm. 779/2014, de 29 abril, rec 603/2014 (conductor-técnico sanitario, con turnos rotatorios y noches, y jornadas de 12 horas) y núm. 805/2014 de 29 abril, rec 605/2014 –trabajos de soporte vital básico en ambulancias de urgencias, jornada también de 12 horas y turnos rotatorios y noches–; STSJ País Vasco 28 de mayo de 2013, núm. 954/2013, rec 862/2013 –auxiliar especializada técnico en transporte sanitario–. STSJ País Vasco, núm. 2476/2014, de 16 diciembre, rec 2179/2014 –enfermera de emergencias en ambulancia medicalizada, con 6 guardias de 24 horas al mes–; STSJ País Vasco, núm. 1866/2014, de 14 octubre, rec 1856/2014 –técnico en transporte sanitario-auxiliar, y el trabajo lo realiza en turnos de 12 horas, tanto de día como de noche–. También, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre lactancia y tripulantes en cabina de pasajeros, las SSTSJ Castilla-La Mancha, núm. 1127/2015, de 23 octubre, rec 199/2015 y Castilla-La Mancha, núm. 1533/2013, de 27 diciembre, rec 795/2013, les reconoce la prestación a la técnico-camillero en emergencias sanitarias en UVI móvil, con atención a pacientes sin diagnosticar, y guardias de 24 horas sin previsión de duración de los traslados, ni instalaciones adecuadas para la extracción y conservación de la leche. En similar sentido respecto de ATS-DUE para la empresa SUMMA 112, realizando sus funciones dentro de la Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural, con jornada laboral de lunes a domingo, realizando la jornada laboral completa distribuida en 120 jornadas de 17 y 24 horas. Y funciones de prestación de asistencia sanitaria propia de su titulación en domicilio, en situaciones de urgencia y excepcionalmente en vía pública: STSJ Castilla-La Mancha, núm. 142/2016, de 9 febrero, rec 593/2015.

En esta línea, muy clara la STSJ Madrid 25-9-2014, núm. 845/2014, rec 68/2014, enfermera en empresa SUMMA112, realizando un trabajo en turnos de 24 horas y 12 horas, siendo su jornada anual de 1440 horas distribuidas en 120 jornadas de 24 y 12 horas, realizadas de lunes a domingo, puesto que «el trabajo de la actora se desarrolla mayoritariamente en el vehículo médico o sanitario, en domicilio o vía pública, en función de urgencia y emergencia, es evidente que concurre una imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche lo que no podía llevar a efecto ni el vehículo, ni en los domicilios de los enfermos ni en la vía pública, lo que igualmente se veía dificultado por las asistencia a enfermos con carácter de urgencia que no pueden planificarse ni interrumpirse para proceder a tal extracción, por lo que concurren las mismas circunstancias perjudiciales para la lactancia natural, que en los supuestos examinados por el Tribunal Supremo y consecuentemente procede la desestimación del primero de los motivos del recurso». También, en similar sentido: STSJ. Madrid, núm. 301/2014, de 28 marzo, rec 1775/2013 –enfermera DUE de emergencias, desarrollando su labor en el SUMMA 112 de Alcalá de Henares, con servicios en turnos de trabajo de 24 horas, pernoctando en el local de su unidad que cuenta con dos

(...)

generalizada en el tratamiento del riesgo durante el embarazo y la lactancia, no hay univocidad de criterios y también son abundantes las sentencias que en tales casos deciden en contrario, rechazando la existencia de riesgo específico y denegando, consiguientemente, la prestación²³⁴.

En cuanto a las medidas de afrontamiento de los riesgos durante la lactancia vinculados al factor del tiempo de trabajo, destacan los descansos para la extracción de la leche materna, tanto más cuando hemos visto que el Tribunal Supremo sustenta toda una doctrina sobre el riesgo específico para la lactancia natural en torno a su extracción artificial y conservación. Respecto de ellos se ha planteado judicialmente si el permiso retribuido por lactancia²³⁵ del art. 37.4 ET puede satisfacer esta dimensión de la prevención. De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo sobre la lactancia de las tripulantes en cabina de pasajeros, la reducción de jornada por lactancia del art. 37.4 ET no puede confundirse con las medidas de adaptación del tiempo de trabajo del art. 26 LPRL, pues unas y otras obedecen a objetivos o finalidades diferentes: las medidas de protección de la trabajadora están relacionadas estrictamente con la salud (art. 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS), y las pausas o reducción para lactancia se enmarcan en los derechos de conciliación de la vida familiar (art. 37.4 ET). Por tanto, la prevención de las consecuencias de los turnos y horarios de los vuelos y de

habitáculos, debiendo compartir la actora el mismo lugar de descanso que el médico de la unidad—.

²³⁴ SSTSJ Cataluña, núm. 399/2016, de 26 enero, rec 5777/2015 –conductora de transporte sanitario (ambulancia)— y TSJ Cataluña, núm. 8273/2013, de 17 diciembre, rec 2397/2013 y Cataluña, núm. 6971/2013, de 25 octubre, rec 4027/2013 –ambas, TTS camillero en empresa de ambulancias— (entre otros, Exposición a agentes biológicos, de cualquier tipo, por contacto con fluidos biológicos de usuario enfermo o por traslado de enfermo infectocontagioso, con turnos rotativos de mañana, tarde y noche y jornadas continuadas de 12 horas, de 9:00 a 21:00 horas).

También deniegan: STSJ Galicia, núm. 825/2013, de 31 enero, rec 2691/2010, enfermera de base doble del servicio de Urgencias 061, con turnos de 24 horas cada cinco días, excepto en los cinco meses de vacaciones que son cada 4 días, combinando el servicio de asistencia en la base de ambulancias y en el helicóptero medicalizado. Realizando descansos en función de la combinación helicóptero-base, y base-helicóptero que haya realizado. También, STSJ Madrid, núm. 853/2015, de 6 noviembre, rec 672/2015 –deniega a ATS en la Unidad Medicalizada de Emergencias 24 (UME 24), con turnos de trabajo de 24 horas, un día de cada seis, de lunes a domingos—. STSJ Extremadura, núm. 360/2015, de 14 julio, rec 199/2015 –DUE en Unidad Medicalizada de Emergencias (UNE), además de no apreciarse riesgo específico se considera posible el cambio de puesto de trabajo—.

²³⁵ Nuestros Tribunales, al ser tiempo de trabajo efectivo, vienen afirmando el carácter retribuido del permiso del art. 37.4 ET: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012: lactancia”, Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2012 parte Comentario, versión digital, BIB 2012\527.

la imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche a bordo de las aeronaves, no pasa por la reducción de jornada por lactancia, que es un instrumento complementemente distinto, sino por un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene al alcance de las trabajadoras a efectos de efectuar la extracción y conservación de la leche. De hecho, la reducción de jornada por lactancia puede y debe compatibilizarse, en su caso, con el eventual cambio de puesto de trabajo (SSTS. de 21 junio 2012, rec. 2361/2011; 24 de abril de 2012, rec 818/2011)²³⁶.

Ahora bien, dicho ésto, debería precisarse que aún cuando la finalidad de la pausa por lactancia no sea eminentemente preventiva, una vez disfrutada libremente por la trabajadora en muchos supuestos cubrirá indirectamente esa necesidad de adaptación del puesto de trabajo. Por otra parte, tiene que tenerse presente que la reforma de la titularidad del permiso del art. 37.4 ET por el RDL 10/2012 y posterior L. 10/2012, fue necesaria para su acomodo a la Directiva 76/207 en recepción de la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez, asunto C-104/09), que partía de que la norma española anterior a la reforma suponía que *«el padre de un niño sólo puede disfrutar de ese permiso si ambos progenitores tienen la condición de trabajador por cuenta ajena»*, en tanto las madres con tal condición tendrían siempre la posibilidad del disfrute del derecho (FJ° 22 y 23). La sentencia no negaba el derecho de la mujer, tan sólo afirmaba el del hombre. Ni desde luego legitimaba que se le negase, pues constituiría un retroceso legislativo sin precedentes injustificable por la adaptación del Ordenamiento nacional al comunitario (art. 151 TFUE, art. 8.2 Directiva 2002/73 y art. 27.2 Directiva 2006/54). Es más, de su lectura cabría deducir que en los supuestos de lactancia natural el tratamiento privilegiado de la mujer sería legítimo desde

²³⁶ Pese a todo, aún hoy alguna sentencia, con un claro error de juicio, parece exigir la acumulación y agotamiento del permiso de lactancia para poder pasar a la situación de riesgo durante el embarazo, confundiendo lo que puede ser una legítima opción de la trabajadora con una obligación y requisito de acceso [STS] Galicia, núm. 825/2013, de 31 enero, rec 2691/2010: «la actora no puede decidir por sí misma sus derechos laborales y por tanto no puede colocarse por actos propios en la situación de excedencia que genera el subsidio por lactancia, pero al mismo tiempo tampoco cabe aceptar que el retraso en la tramitación del expediente por parte de su empresa y de la aseguradora correspondiente del subsidio, puedan perjudicarle lo que en muchos casos llevará –como ocurre en el presente– a que el subsidio se solicite después de finalizado el periodo de lactancia protegido lo cual no puede ser causa “per se” para rechazar el derecho»].

la perspectiva de la promoción de la igualdad de oportunidades de ésta²³⁷. Por otra parte, tiene que tenerse presente que si se alcanza la conclusión de que el art. 37.4 ET regula únicamente un derecho de conciliación en absoluta paridad hombre/mujer lactante, la atención de la lactancia tanto desde la perspectiva de la protección de la salud, como desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, quedaría desatendida, con lo que la elusión de semejante vulneración constitucional, pues es discriminatorio obviar una diferencia biológica por razón de sexo que necesita de un tratamiento diferenciado (arts. 10.1 y 2, 14 y 15 CE), requeriría de la previsión de permisos añadidos al del art. 37.4 ET, como de hecho exige el art. 5 Convenio OIT núm. 103, “si una mujer lacta a su hijo”, Recomendación OIT núm. 95, art. 10 Convenio OIT núm. 183, y Recomendación 191 OIT (7 a 9)²³⁸. Y, sin embargo, no se ha hecho.

Por consiguiente, la interpretación correcta (gramatical, lógica, sistemática e histórica e integradora) del art. 37.4 ET, una vez que su modificación no ha venido acompañada de previsión legislativa de medidas tutelares de la lactancia natural, es en mi opinión, que el derecho a la pausa por lactancia es de titularidad individual e incondicionada para ambos sexos siendo legítimo, no obstante, su ejercicio voluntario preferente por la mujer lactante en caso de conflicto de intereses con el otro progenitor²³⁹.

Estas reflexiones nos llevan como mínimo a cuestionarnos dónde están previstas legislativamente las medidas concretas de adaptación del puesto de trabajo relativas, por ejemplo y al hilo de lo expuesto, a las condiciones que deben reunir los lugares de trabajo?. Porque la trabajadora lactante tendrá que tener disponible una sala privada y limpia para amamantar o extraerse la leche, así como frigoríficos seguros y limpios para almacenarla, e instalaciones para esterilizar, lavar y almacenar los recipientes,

²³⁷ No es exactamente lo mismo que se afirma en la STC 103/1996, 25-3, pues ésta se refiere tanto a la lactancia natural como artificial, lo que parece superado por la STJUE Roca Álvarez.

²³⁸ El Parlamento europeo denunció las lagunas de la Directiva 92/85 respecto de las interrupciones para la lactancia natural y sus garantías, sí atendidas, en cambio, por la OIT: Resolución del Parlamento, puntos O y 11.7.

²³⁹ Sin embargo, en interpretación del 48.1.f) LEBEP, precepto que tiene un claro paralelismo con el art. 37.4 ET, sorprendentemente se ha llegado a alcanzar por el Auto del Tribunal Constitucional num. 14/2016, de 19 enero, la conclusión de que sólo se tendrá derecho al permiso, ya sea la mujer o el hombre, si ambos progenitores trabajan, de manera que el desempleo de uno impedirá el nacimiento y ejercicio del derecho del otro. Por similares motivos a los expuestos en el texto, no puede sino rechazarse esta interpretación.

y por supuesto tiempo libre para la realización de estas tareas sin reducción de su remuneración²⁴⁰. Pues, sencillamente, tales pausas de extracción –aparte de que deben ser autoselectivas o, al menos, estar garantizadas–, como las concretas previsiones de adaptación para las empresas²⁴¹ no están previstas con carácter general en nuestro Ordenamiento jurídico²⁴². Tampoco parece que haya un apoyo económico suficiente para las empresas que cumplan fielmente con sus deberes de adaptación o, en su defecto, de cambio de puesto de trabajo, y que pueden suponer un importante gasto (por ejemplo, por reducción de jornada, sin que tampoco esté previsto, por ejemplo, el disfrute parcial de la prestación).

²⁴⁰ Directrices de la Comisión, cit., pág. 18. El local empleado para el descanso no tiene que ser un local de descanso como tal (Guía Técnica pág. 49). Tal y como reconoce la STSJ. Madrid, núm. 301/2014, de 28 marzo, rec 1775/2013, por ejemplo: «Con relación a las circunstancias que afectan a la extracción de la leche materna y su conservación, se ha descrito el local de la unidad, y aunque se entendiera conforme el hecho pretendido por las entidades gestoras –que la referida sede cuenta además de las dos habitaciones con un salón común, tipo office y unos sillones de televisión, cuarto de baño y aparte una zona almacén para los medicamentos y residuos– fácilmente se colige la carencia de medios adecuados para posibilitar aquéllas. No puede serlo en ningún caso un “almacén para los medicamentos y residuos”, y tampoco figura que hubiera un frigorífico a disposición de la actora para mantener la leche extraída durante las 24 horas en las que presta su trabajo. Según los manuales al uso, en un ambiente a 15 grados C, puede estar 24 horas; a 19 - 22 grados C, 10 horas; a 25 grados C, 4 a 8 horas (el inicio de la situación demandada es en septiembre) y refrigerada entre 0 y 4 grados C, de 5 a 8 días, pudiendo ser congelada, aunque la leche materna refrigerada tiene menos propiedades anti-infecciosas. La ST de esta Sala de fecha 18.05.2011 expresaba que estamos ante un riesgo característico, autónomo al que pueda derivar del riesgo de trabajo, y que supone una imposibilidad de efectuar, con la idoneidad que constituye la ratio legis de la norma, la lactancia natural, conllevando en definitiva una imposibilidad y obstáculo para el libre y correcto desarrollo de la maternidad (...). El derecho a amamantar al hijo como acto personal y a la vez familiar, presupone el derecho a preservar el alimento en las condiciones idóneas, pues de lo contrario la finalidad médica de la ley –que quiere fomentar, en protección de la salud del niño, la lactancia natural, que le proporciona mejores defensas que la artificial– se verá defraudada.»

²⁴¹ Se trata, como hemos visto, de lugares limpios donde la trabajadora pueda preservar su intimidad, frigoríficos preferiblemente de uso exclusivo, con toma de corriente para el sacaleches, y punto de agua para su higiene personal (Condiciones ideales: NTP 664, sobre lactancia materna y vuelta al trabajo).

²⁴² No parece suficiente la previsión del Anexo V.3.4 del RD. 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, de que las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas. Tanto más cuando la propia Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los lugares de trabajo (INSH), aclara que no se exige, ni tan siquiera, que el mobiliario necesario para dicho descanso se encuentre en un local de descanso como tal (pág. 49).

6. Cambio de puesto de trabajo

En caso de que no sea posible la adaptación del puesto de trabajo o, a pesar de tal adaptación las condiciones del puesto de trabajo pudiesen influir negativamente en la salud de la trabajadora, el feto o lactante, procederá, de ser posible y razonablemente exigible, el cambio de puesto de trabajo. Primero se intentará mediante movilidad funcional ordinaria y, caso de no ser ésta suficiente o posible, extraordinaria, siempre con garantía de conservación del derecho al conjunto de las retribuciones de su puesto de origen.

En cuanto a qué deba interpretarse por esa irrazonable exigencia, por motivos justificados, del cambio de puesto de trabajo que, en contraste, no se asume literalmente respecto de la adaptación, considero que debe interpretarse fundamentalmente como una remisión a los límites implícitos en el art. 39.1 ET, como de hecho apunta el art. 26.2.2º LPRL,²⁴³. No son válidas, en cambio, ni para excusar la adaptación como la movilidad funcional, las razones vinculadas al coste económico de la medida (arts. 15 CE, 14.1.2.3 y 5 y 15 LPRL)²⁴⁴, ni aquellas que respondan a un marcado interés empresarial. Sí pueden entenderse incluidas, no obstante, causas vinculadas a razones de carácter organizativo²⁴⁵ en los supuestos en que el cambio de puesto o la adaptación implica o afecta a otros trabajadores, pues constituye un límite necesario respecto a los derechos fundamentales de los restantes trabajadores implicados, como puedan ser el respeto de la dignidad, o de la igualdad y no discriminación de los que ostenten un mejor derecho²⁴⁶. También en los supuestos que conlleven un cambio de turno

²⁴³ Y confirma que no se incluya respecto de la adaptación ni respecto de la trabajadora por cuenta propia, que requiere con más rigor la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado, sin previsión añadida de que no pueda razonablemente exigirse dicho cambio (art. 47.2.b) RD 295/2005).

²⁴⁴ En similar sentido: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^ªF, “Protección antidiscriminatoria ...”, cit., pág. 45. En contra: CAIRÓS BARRETO, CM^ª, “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en lactancia”, *Lan Harremanak*/23 (2010-II), pág. 110; LOUSADA AROCHENA, J.F, “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit., págs. 572 y 573.

²⁴⁵ Un sector doctrinal considera que es fundamentalmente a éstas a las que se refiere el legislador: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “El riesgo durante el embarazo...”, cit., pág. 58; LOUSADA AROCHENA, J.F en AAVV –Cabeza Pereiro, J.F. Lousada Arochena (coord.)–, “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Comares, Granada, 1998, p 164.

²⁴⁶ STSJ. Asturias, núm. 2253/2014, de 31 octubre, rec 2005/2014, reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo de la embarcadora de interior, en tanto los puestos exentos de riesgos (trabajos administrativos y de control ambiental) requieren una específica cualificación y parece valorar implícitamente el mejor derecho de los trabajadores que los (...)

tendrían que valorarse y respetarse las exigencias de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores potencialmente afectados²⁴⁷. La política de recursos humanos de la empresa tiene que procurar, además, un ambiente preventivo del acoso moral de la trabajadora embarazada o lactante, con lo que la imposición de estas medidas tendría que hacerse con las debidas cautelas y respeto de la posición consolidada de los demás trabajadores, siendo por supuesto preferible la incentivación de la permuta voluntaria.

La determinación de un puesto de trabajo idóneo a efectos de la movilidad funcional de la trabajadora viene facilitado por la evaluación de riesgos en la empresa, además y con fundamento en aquélla, en la lista de puestos de trabajo exentos de riesgo, elaborada por el empresario previa consulta a los representantes de los trabajadores (art. 26.2, párr.. 1º LPRL).

7. La suspensión contractual

Descartada la posibilidad o razonabilidad del cambio de puesto de trabajo, la trabajadora pasará al último recurso preventivo, el de la suspensión contractual con percepción de la prestación por riesgo que corresponda. Ahora bien, para ser más precisos, de conformidad con el procedimiento previsto en los arts. 26.2 LPRL, y 39 RD 289/2009, en conjunción con los arts. 187.2 y 189 TRLGSS y 35.1, 43.1 y 50 RD. 289/2009, verdaderamente el paso siguiente será el de la suspensión de la

ocupan, en tanto destaca que la antigüedad de aquéllos es de 20 y 4 años de antigüedad –no obstante, no consta la antigüedad de la trabajadora–.

²⁴⁷ STSJ. Cataluña, núm. 1263/2015, de 20 febrero, rec 5284/2014: Trabajadora Jefe de Tráfico para empresa de ambulancias con funciones de planificación y supervisión de los movimientos de los vehículos de la empresa en turno de noche. Sus condiciones de trabajo suponen un horario continuado de 19:00 a 7:00 horas en turnos rotativos de Lunes a domingo en semana corta (2 días) y semana larga (4 días). Presta sus servicios en solitario y debe realizar su actividad con atención continua durante toda la jornada de trabajo. Aún admitiendo que no sea exigible el cambio a un puesto de trabajo diurno ocupado por otro trabajador, sin valoración no obstante de si se ha intentado por la empresa o las circunstancias personales de aquéllos, el TSJ corrige a la instancia pues considera que el riesgo derivado de tales condiciones podría eliminarse a través de otras fórmulas, puesto que «no se demuestra que no sea posible reorganizar el tiempo de trabajo de la actora, a fin de que los turnos de trabajo nocturno sean más cortos, como tampoco que no sea posible, manteniendo su duración, adaptar las condiciones de trabajo de la actora fijando pausas o períodos de descanso para posibilitar la extracción de la leche y su adecuación conservación, máxime cuando no se declara expresamente probado que el centro de trabajo carezca de áreas o lugares idóneos para la extracción y conservación de la leche materna».

prestación de trabajo, que puede hacerse coincidir con la fecha de inicio del percibo de la prestación.

Ciertamente, el art. 26.2 LPRL parece hacer depender el surgimiento de los deberes empresariales de cambio de puesto de trabajo y, en su defecto, de suspensión, de la certificación del riesgo así como de la imposibilidad o insuficiencia de su adaptación por parte de las Gestoras, con el informe del médico del SNS que asista facultativamente a la trabajadora. Sin embargo, interpretar que los deberes empresariales derivados de la evaluación objetiva o subjetiva de los riesgos depende de la intervención de aquéllas y hasta de la solicitud de la trabajadora más allá de la comunicación de su estado (art. 39 RD 295/2009), contravendría tanto los principios de la Directiva Marco como los de esta Directiva específica que en ningún momento admite condicionamiento alguno (vid arts. 5 y 6)²⁴⁸, y que tan sólo en su art. 7 admite, en la lógica de la evaluación individual, la dependencia del certificado médico. Es incuestionable que el empresario es el deudor de seguridad y garante de la misma (art. 14.1, 2 y 3 LPRL), sin que la intervención de terceros –ni tan siquiera las Gestoras– pueda moderar ni liberarle de su responsabilidad (art. 14.4 LPRL), estando en todo caso, incluso en la denegación impugnada de certificación de riesgo, vinculado por actos propios. Si conforme a las evaluaciones de la empresa existe riesgo, ésta debe actuar en consecuencia desde el mismo momento en que se conoce la concurrencia de aquél (gravidez, parto reciente o lactancia natural), poniendo en juego las medidas preventivas que conforme a su criterio sean oportunas y, entre ellas, la suspensión de la prestación de servicios de la trabajadora²⁴⁹.

²⁴⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La situación de riesgo durante el embarazo y su adecuación al Derecho Comunitario”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 4, 2000, pág. 17. Véase también nota 215.

²⁴⁹ Véanse: SSTC 161/2004 y 62/2007. Recuérdese la doctrina general sobre el deber de protección del empresario y la configuración cuasi-objetiva de su deuda de seguridad, y consiguiente responsabilidad en materia de indemnización por daños y perjuicios en caso de accidente de trabajo (por todas: STS 30-junio-2010 (rcud 4123/2008) y 4 mayo 2015, rec. 1281/2014); es claro que la responsabilidad de la evaluación y de la eliminación del riesgo recae sobre aquél, así como de la adopción de las medidas pertenecientes para ello, siendo éstas exigibles desde el mismo momento en que se conoce la concurrencia de aquél. De hecho, como también señala el Tribunal Supremo, tal doctrina jurisprudencial se ha reflejado fielmente en la posterior y ahora vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10-octubre, LRJS), en su art. 96.2 (por todas: SSTS 24 de enero de 2012, rec 813/2011, 9 de junio de 2014, rec 871/2012 y 4 mayo 2015, rec. 1281/2014).

Por el contrario, de conformidad con los arts. 186, 187.2, 188 y 189 TRLGSS y arts. 31, 32.1, 35.1, 39.3, 43.1 y 49 y ss RD 295/2009, las prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural nacen el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo o el cese efectivo en la prestación profesional correspondiente de la trabajadora por cuenta propia²⁵⁰. Por otra parte, la suspensión entendida como exoneración de trabajar y remunerar (art. 45.1.e y 2 ET) sólo se da a partir de la fecha de efectos de la prestación que, podría considerarse a la luz del art. 39.3 RD 295/2009, es lo que verdaderamente se hace depender de esa certificación del riesgo (art. 39.3 RD 295/2009).

Por consiguiente, en el lapso del trámite de solicitud de la prestación, dividido para mayor dificultad en dos fases (vid. art. 39.1 y 2, y 39.4 RD 295/2009), la primera de ellas parece correr a cuenta del empresario que, entre tanto, debe remunerar a la trabajadora sin prestación de servicios (arts. 14 y 15 CE, art. 5.3 Directiva 92/85, arts. 19.5 y 30 ET, art. 21.2 LPRL). De hecho, la trabajadora tiene derecho al mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada (art. 11.1 Directiva 92/85). Y que, por supuesto, de conformidad con el art. 14.5 LPRL, *«el coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores»*.

Lo que sucede, por consiguiente, es que la suspensión contractual y la prestación de seguridad social son interdependientes, pues el empresario sólo se verá exento de sus obligaciones salariales una vez que sea reconocida la prestación y a partir de su fecha de efectos. Se disgrega así el hecho causante de la prestación, que es la concurrencia del riesgo, de la fecha de efectos de la prestación, que es la de la certificación de aquél. Pero este reparto de responsabilidades económicas –empresario/Gestora– parece contravenir el espíritu del art. 4.8 Convenio n° 103 OIT, pues dispone que *«En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea»*.

²⁵⁰ En el caso de las trabajadoras por cuenta propia, el supuesto fáctico que determina la fecha de efectos de la prestación no puede ser la suspensión sino la interrupción de la actividad profesional, previa –según parece– certificación médica del riesgo por la Gestora que es, nuevamente, la que marca el derecho al subsidio (art. 40, 41.1 RD. 295/2009). En similar sentido respecto de la regulación del derecho de la trabajadora por cuenta propia del RD 1251/2001: RIVAS VALLEJO, P, “El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social num.20/2001 parte Estudio, BIB 2002\40, pág. 16.

No obstante, a la vista del estudio de jurisprudencia y doctrina judicial realizado, nuestros Tribunales no parecen ceñirse con exactitud a la fecha certificación del riesgo como fecha de efectos de la prestación, sino que normalmente –quizá porque son supuestos en los que indebidamente se deniega aquélla– a lo que se atiende es a la fecha en que la trabajadora inicia de una u otra forma ese arduo procedimiento. De hecho, en tales casos es muy frecuente que entre tanto se resuelve la impugnación de la denegación, la trabajadora acuda a mecanismos alternativos de tutela (IT, acumulación de permisos y vacaciones, pase a excedencia...), en los que su posterior reconocimiento judicial alcanza –en algunos pronunciamientos– a cubrir no sólo aquéllos en que no se prestó trabajo, sino incluso días de prestación efectiva de servicios²⁵¹.

Hay supuestos anómalos de reconocimiento de la prestación en los que el empresario ha incumplido su deber de evaluación, o de adopción de las medidas preventivas preferentes a la suspensión. De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, *«La suspensión del contrato de trabajo por riesgo ... es, de acuerdo con el artículo 26 de la LPRL, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo...»*²⁵².

A la luz de la jurisprudencia y doctrina judicial, si la evaluación de riesgos en la empresa no se hace en las condiciones debidas, en definitiva, si adolece de especificidad, normalmente se dificultará la apreciación judicial de la existencia del riesgo, cuya carga probatoria recae fundamentalmente sobre la trabajadora²⁵³, y provocará con facilidad la denegación de la prestación por falta de acreditación del riesgo específico²⁵⁴.

²⁵¹ Por todas: STSJ. País Vasco 16-12-2014, rec. 2179/2014; Castilla y León/Burgos 9-10-2015, rec 621/2015.

²⁵² Por todas: SSTS 18/03/11, rec 1863/2010; y 23/01/12, rec. 1706/11; 28-10-2014, rec. 2542/2013.

²⁵³ Corresponderá a la trabajadora demandante «desvirtuar las causas de denegación de la prestación, ... con los hechos, razonamientos y referencias probatorias», si bien finalmente atendiendo a la evaluación e informes aportados por la empresa y de contenido insuficiente, se confirma la desestimación de la prestación (por todas: SSTS de 17 marzo 2011, rec 1865/2010, rec 1864/2010 –ATS lactante en oncología de Hospital– y de 3 mayo 2011, rec. (...)

Sin embargo, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, probada la concurrencia del riesgo, las medidas preventivas preferentes de adaptación y movilidad funcional, *«de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar –al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación– el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas»*²⁵⁵. Así, claramente ha afirmado el Tribunal Supremo en los casos abordados sobre tripulantes en cabina de pasajeros, que la inactividad de la empresa en la adaptación del puesto de trabajo o en el ofrecimiento de uno alternativo exento de riesgo no puede sino conllevar la *«conclusión que la de la inexistencia efectiva de ese puesto con condiciones alternativas y exentas de riesgo, constatándose una realidad, en tal caso, en que a la trabajadora no le quedaba otra posibilidad que la de seguir prestando servicios con riesgo para la lactancia natural, situación que por inadmisibile, debe dar paso a la procedencia de la suspensión del contrato como medida última de salvaguarda de la salud propia o del lactante»*. Por consiguiente, de la pasividad de la empresa no puede *«derivarse perjuicio para la trabajadora, con independencia de las acciones que la Mutua pudiera ostentar frente a la empresa»*, con lo que procede estimar la pretensión de la demandante (SSTS. de 21 junio 2012, rec. 2361/2011; 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011)²⁵⁶. Por tanto, todo indica que en aplicación de esta doctrina del Tribunal Supremo, una vez certificado el riesgo tras la solicitud de la prestación con las pertinentes

2707/2010; 18 marzo 2011, rec 1863/2010; 22 de noviembre de 2011 –rec. 306/2011–, enfermera de hospitalización).

Puesto que la prueba de la existencia de riesgo recae sobre quién reclama la prestación y aún cuando baste para ello su calificación como apta con limitaciones por el servicio de prevención: STSJ. Galicia, núm. 4132/2015, de 14 julio, rec. 3297/2014.

²⁵⁴ Por todas: SSTS de 21 marzo 2013, rec 1563/2012; 17 marzo 2011, rec 1865/10, rec 1864/2010 y 2448/2010, –ATS en oncología–; 18 marzo 2011, rec. 1290/2010, rec 1966/2010, rec 2257/10, rec 1863/2010; –ATS/DUE en sala de partos, Unidad de urgencias de Hospital, y consultas externas en Hospital y ATS/DUE respectivamente–; 3 mayo 2011, rec. 2707/2010 –Farmacéutica Hospitalaria–; 22 de noviembre de 2011, rec. 306/2011 –ATS en Hospital–.

²⁵⁵ Por todas: SSTS. 22 de noviembre de 2011, rcud. 306/2011; de 21 junio 2012, rec. 2361/2011; 28 octubre 2014, rec 2542/2013.

²⁵⁶ Siguen esta doctrina, por ejemplo: SSTSJ. Madrid, núm. 254/2013, de 7 mayo, rec 5149/2012; TSJ. Cataluña, núm. 2342/2013, de 28 marzo, rec 195/2013 y Cataluña, núm. 1846/2013, de 12 marzo, rec 2280/2012. También reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia ante la existencia de riesgos y la no adaptación del puesto de trabajo: STSJ Galicia, núm. 408/2015, de 27 enero, rec 930/2013.

declaraciones e informes de la empresa, debería hacerse el pago automático de la misma, sin posibilidad de denegación por la Gestora, con independencia de su eventual repercusión en la empresa.

Son muchas las sentencias de los TSJ que siguen esta tesis, de manera que la concurrencia de riesgo para la lactancia y la insuficiente o meramente formal adaptación del puesto de trabajo por la empleadora justifican el reconocimiento del derecho a la prestación²⁵⁷. Sin embargo, también hay sentencias que, en contravención de la doctrina expuesta, deniegan la prestación en los supuestos en que es apreciable el incumplimiento de la empresa de sus deberes preferentes de adaptación o cambio de puesto de trabajo²⁵⁸.

8. La garantía de indemnidad en el riesgo durante el embarazo, parto reciente y lactancia natural

No puede reconocerse el derecho a la adaptación o el cambio del puesto de trabajo, o el derecho a la suspensión contractual sin previsión de medidas que garanticen la conservación de la posición contractual de la trabajadora. Es lo que la Directiva 92/85 justifica como garantía del “efecto útil” de las medidas previstas en sus arts. 5 a 7 (Considerando 16) y del descanso por maternidad (art. 8 y Considerando 17). Desde ésta perspectiva es evidente que se podía haber enfocado también la protección frente al despido, cuyo tratamiento se justifica, sin embargo, por razones vinculadas directamente a la salud de la trabajadora (Considerando 15). Ambas, protección frente al despido y garantía de los derechos inherentes al contrato, vienen por lo demás exigidos por el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, lo que supone su íntima conexión con la Directiva 2006/54/CE, que califica como discriminación por sexo *«el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE»* (Considerando 23 y art. 2.2.c).

²⁵⁷ STSJ. Galicia, num. 4132/2015, de 14 julio, rec. 3297/2014). STSJ País Vasco, núm. 359/2013, de 19 febrero, 131/2013; STSJ. Madrid, núm. 301/2014, de 28 marzo, rec 1775/2013.

²⁵⁸ Por todas: STSJ País Vasco, núm. 1715/2014, de 30 septiembre, rec 1681/2014, –trabajadora embarazada conductora de autobús urbano, adaptación o traslado a puesto de trabajo por nocturnidad, ausencia de servicios, tiempo de trabajo, etc; STSJ. C. Valenciana, núm. 1977/201, de 25 septiembre, rec 220/2013 –educadora a la que no se la traslada a otro puesto de trabajo compatible ni se hace intento alguno de adaptación–.

Más concretamente, el art. 11.1 Directiva 92/85 establece el deber de los Estados Miembros de garantizar en las adaptaciones, cambio de puesto de trabajo o dispensa por riesgos laborales (art. 5), los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o se encuentren en período de lactancia, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales. En la concreción de qué deba entenderse por adecuación de la remuneración y/o prestación para los supuestos de adaptación, cambio de puesto de trabajo o suspensión previstas en su art. 5, el TJUE ha aclarado tres grandes cuestiones en sus sentencias de 1-7-2010, Gassmayr y Parviainen (asuntos C-194/08 y C-471/08, respectivamente):

En primer lugar, la exigencia de «adecuación» no implica el percibo de su íntegra remuneración anterior a la suspensión, de manera que los Estados miembros tienen un cierto margen siempre y cuando no perjudiquen el efecto útil y los objetivos de la Directiva, en definitiva, siempre y cuando las trabajadoras no vean excesivamente mermados sus ingresos durante la suspensión²⁵⁹.

En segundo lugar, ya descendiendo a la concreción de esos mínimos impuestos por el efecto útil de la Directiva, por un lado se descarta su equiparación a la remuneración/prestación mínima durante el descanso por maternidad, que en su art. 11.3 cifra en unos ingresos equivalentes a los que recibiría la trabajadora en caso de suspensión por motivos de salud. Aparte del argumento literal, pues efectivamente el art. 11.3 se remite al 11.2.b y consiguientemente al 8 (descanso por maternidad), resulta mucho más interesante la razón de fondo de la diferencia normativa. Y es que estas medidas de adaptación, movilidad funcional y suspensión no son equiparables al descanso por maternidad, pues pueden suponer un trabajo efectivo o una dispensa como medida de último recurso, que se aplican a causa del embarazo o lactancia de la trabajadora y no a instancia de ésta, y

²⁵⁹ En cuanto al Convenio OIT nº 103, cifra las prestaciones por maternidad, así como el permiso prenatal o la prolongación del puerperio por enfermedad a consecuencia del embarazo o parto respectivamente, en al menos los 2/3 de las ganancias de la trabajadora tomadas para el cálculo de la prestación, recomendándose su elevación al 100% siempre que sea posible (Recomendación núm. 95 de la OIT, cláusula 2.1 y Recomendación 191, cláusula 2, también para las de riesgo de complicaciones del art. 5 Convenio núm. 183). El cambio de puesto de trabajo por motivos de salud debería hacerse, igualmente, sin reducción de salario (Recomendación núm. 95 OIT, cláusula 5.4 y 5.5).

que son consecuencia de unas obligaciones y prohibiciones impuestas legalmente al empresario. En cuanto a los conceptos salariales que deben garantizarse, tanto si en virtud del art. 5 trabajan en un destino provisional, como si se dispensa del trabajo por no ser posible dicho cambio, sus ingresos deben mantener al menos el salario base mensual de esa trabajadora así como los componentes o complementos de la remuneración inherentes a su condición profesional, como son los relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales. Por el contrario, sí se acepta que para el cálculo de la remuneración correspondiente a la suspensión, realizada sobre el salario medio que haya percibido durante un determinado tiempo anterior al embarazo, se excluyan los complementos de disponibilidad en el lugar de trabajo durante las horas extraordinarias realizadas por encima de las normales previstas en su cuadro de servicio (STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, aps. 54 a 75). Por último, es obvio que la retribución de la trabajadora trasladada provisionalmente a otro puesto de trabajo por tales razones de salud, no puede ser inferior en cualquier caso a la que se paga a los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo como el que temporalmente se ha asignado a dicha trabajadora (Parviainen, ap. 58).

Esta aplicación restrictiva e incoherente –que sólo puede entenderse como una transacción política entre la UE y los Estados miembros– del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en la retribución, ha sido superada en el contexto de las medidas del art. 26 LPRL por los Tribunales españoles, puesto que como plena garantía de efectividad de los derechos que aquél reconoce a la trabajadora, vienen sosteniendo el mantenimiento íntegro del salario tanto en los supuestos de adaptación²⁶⁰ como de cambio de puesto de trabajo²⁶¹. Tal interpretación del art. 26.2

²⁶⁰ En esta dirección: STSJ de Cataluña núm. 6471/2000, 20-7, que declaró la obligación de la empresa de pagar las guardias programadas y no realizadas en un supuesto de exención de guardias médicas obligatorias por una especialista en radiodiagnóstico. La STSJ Extremadura núm. 561/2001, 29-11, rec 532/2001, también en un supuesto de adaptación del puesto de trabajo de celadora del INSS, con adscripción de turno fijo, sostiene la obligación del complemento de atención continuada en sus modalidades de noches y festivos aún cuando no se realizan aquéllos. Finalmente, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1220/2012, 7-11, 918/2012, en un caso de médico residente exenta de la realización de guardias médicas, con adaptación de jornada y horario por razones de embarazo, rechaza la detracción del complemento por realización de guardias –calculado en promedio de los seis meses anteriores–.

²⁶¹ En este sentido, la STSJ Madrid núm. 444/1999, de 28 julio, rec. 2623/1999, declara el derecho de la enfermera embarazada trasladada por motivos de seguridad a otro puesto (...)

LPRL se basa en la dicción literal del art. 26.2 LPRL que garantiza sin excepción «*el conjunto de retribuciones de su puesto de origen*», en la finalidad social protectora de la norma, que se impone legalmente a la mujer en cumplimiento de la obligación preventiva empresarial, y en el hecho de que, caso contrario, supondría una rebaja salarial que constituiría una discriminación. Si nuestro Ordenamiento jurídico prohíbe cualquier minusvaloración o perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad en cualesquiera derechos laborales que le correspondan en su condición de trabajadora²⁶², la prohibición de discriminación por razón de sexo impediría la exclusión de tales complementos de peligrosidad o penosidad, nocturnidad, turnicidad o disponibilidad. Más dudas puede ofrecer el percibo de la compensación por horas extras no realizadas, en tanto no pueden considerarse en estricto propias del puesto de origen. No obstante, de tratarse de horas extras habituales o impuestas por acuerdo podrían entenderse integradas en dicho concepto, tanto más cuando no tiene sentido hacer de mejor derecho a la trabajadora perceptora de la prestación por riesgo (cuya base reguladora sí las integraría prorrateadas ex arts. 147, 187.3 y 189 LGSS), frente a la que mediante adaptación o cambio de trabajo continúa trabajando.

En tercer lugar, aún cuando el art. 11.4 permite a los Estados someter el derecho a dicha remuneración o prestación –como la correspondiente al permiso por maternidad– a determinados requisitos de acceso, el carácter incondicionado y suficientemente preciso, en definitiva, el efecto directo del art. 11 en sus apartados 1, 2 y 3 de la Directiva supone que sus modalidades de aplicación, dependientes por remisión de la legislación y prácticas nacionales, no pueden incidir en el contenido mismo del derecho, condicionándolo o restringiéndolo (STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, ap. 48). Corresponde por tanto a los Estados miembros definir las modalidades de aplicación de ese derecho, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito su propia constitución, que se deriva

compatible, a seguir percibiendo, aún sin hacerlas, las guardias de alerta que venía realizando en su puesto de origen en el servicio de radiodiagnóstico. También la STSJ de Cataluña núm. 7909/2003, de 11-12, declara el mantenimiento del plus de turnicidad, nocturnidad y relevo de la trabajadora trasladada a otro puesto de trabajo para ser eximida, precisamente, de la realización del trabajo en semejantes condiciones objeto de compensación. En esta línea, igualmente, la STSJ. Galicia núm. 3320/2015, de 12 junio, rec 415/2014, respecto de un supuesto de cambio de puesto de trabajo dentro de su categoría profesional de ATS.

²⁶² SSTC 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio; 17/2007, de 12 de febrero; 74/2008, de 23 de junio; y 92/2008, de 21 de julio.

directamente de la Directiva y de la relación laboral entre la trabajadora embarazada y su empresario (véase por analogía la sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/99, Rec. p. I-4881, apartado 53, y también la sentencia Parviainen, antes citada, apartado 55; Gassmayrs, ap. 67).

Después de lo que se acaba de exponer, cabría afirmar que la inexigencia de carencia para el acceso a las prestaciones por riesgo era una cuestión adeudada en aplicación de la Directiva comunitaria y no sólo por el Convenio 103 OIT (art. 4.5). Por otra parte, en Gassmayr (aps. 39 y 40) se hace otra afirmación que puede adquirir trascendencia; en tanto la delimitación entre IT y prestación por riesgo corresponde al Tribunal nacional, desde la perspectiva de la Directiva 92/85, dicha delimitación es indiferente, pues *«en cualquier caso, en ambos supuestos el motivo de una interrupción del trabajo durante el embarazo es idéntico, a saber, la protección de la seguridad o la salud de la trabajadora embarazada o de su hijo. Además, el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 es la única disposición de ésta que regula los ingresos a los que tiene derecho una trabajadora durante el embarazo»*. Puesto que los Estados miembros tienen cierto margen, no parece que ésto suponga la superación del antiguo tratamiento de la retribución de las bajas durante el embarazo, que pese a considerarlas inherentes al mismo y no patológicas limitaba los mínimos a su equiparación a las bajas por enfermedad²⁶³. Pero sí podría alcanzarse la conclusión –que tendría que haberse deducido con esa antigua doctrina por

²⁶³ Desde la perspectiva de las Directiva 76/207/CEE y 75/117 (y posterior, para ambas, Directiva 2006/54/CE), el TJCE ha distinguido entre las consecuencias de las bajas por enfermedad ligadas al embarazo y parto según se produzcan durante el embarazo o, por el contrario, sean posteriores al parto y descanso por maternidad. Las primeras no pueden considerarse una patología, por cuanto «el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste». Por el contrario, las ausencias de la trabajadora en tales condiciones, en definitiva su incapacidad laboral transitoria, se consideran vinculadas al embarazo, constituyen riesgos inherentes a él, y por tanto comparten la especificidad de ese estado por constituir riesgos propios del mismo. En cuanto a la retribución, esa protección específica de las bajas durante el embarazo no supone necesariamente, en aplicación de la Directiva 75/117, que deba conservarse durante aquéllas el mismo nivel de retribución que se tenía durante la actividad. Lo que exige el Ordenamiento comunitario es que el importe de la retribución o prestación abonada no ponga en peligro el objetivo de protección de las trabajadoras antes del parto y, por supuesto, la equiparación entre los sexos. Por consiguiente cabe la percepción de esa prestación o remuneración reducida, a condición de que, por un lado, reciba el mismo trato que un trabajador de baja por enfermedad y que, por otro, el importe de las prestaciones abonadas no quede reducido a tal punto que ponga en peligro el objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas (STJCE 19-11-1998, C-66/96, Pedersen, ap. 33 a 37; North Western/McKenna, 8-9-2005, asunto C-191/03, aprs. 57 y ss.).

venir impuesta por su efecto útil— de que en ningún caso podrá exigirse carencia para las bajas por enfermedad motivadas por el embarazo (y, añadidamente, al menos dentro de los límites temporales que fije el Estado, a partir de los arts. 3.5 y 6 y 4.1 y 5 Convenio n 103 OIT).

La garantía de indemnidad se extiende, por supuesto, a las implicaciones que puedan derivarse de tales períodos en la carrera profesional de la trabajadora (arts. 2.3 y 5.1 Directiva 76/207; STJCE 18-3-2004, asunto, C-342/01, Merino Gómez, apartado 37, y 30-4-1998, Thibault, C-136/95, aparts 26 y ss —promoción profesional—; STJCE 18-11-2004, C-284/02, Sass). Así lo reconoce expresamente el art. 15 Directiva 2006/54/CE [vid también Considerando 25 y arts. 2.2.c) y 9.f)], que tutela a la mujer en el reintegro tras el permiso de maternidad y el art. 11.1 y 2.a) de la Directiva 92/85/CE. Ello significa que tales períodos aun cuando sean suspensivos, tienen que tomarse en cuenta a efectos del cómputo del tiempo que en su caso se requiera para los ascensos²⁶⁴ y no ser obstáculo para que la mujer sea calificada y, en consecuencia, poder beneficiarse de esa promoción profesional²⁶⁵. Igualmente, la prohibición de discriminación en la retribución supone la neutralización de los perjuicios que sobre la misma puedan provocar el disfrute de tales derechos o permisos, con lo que tendrá que actualizarse el salario durante los mismos y computar a efectos de las gratificaciones que remuneren retroactivamente el trabajo del año (ej. SSTJCE 30-3-2004, Alabaster, 13-2-1996, Gillespie y otros, y 21-10-1999, Lewen)²⁶⁶.

²⁶⁴ Y aun cuando se trate de un descanso por maternidad previsto por el Ordenamiento nacional por un período superior a las 14 semanas que con carácter de mínimos están previstas en la Directiva (art. 8), y ya sea aquél incrementado de disfrute obligatorio o voluntario, pues esa mejora hecha por el Ordenamiento nacional no le priva de su naturaleza de descanso por maternidad si tiene las mismas finalidades y, consiguientemente, su sometimiento a la Directiva 92/85 [STJCE 18-11-2004, C-284/02, Sass]. Sin embargo, los permisos adicionales del descanso de maternidad pueden excluirse respecto del devengo de vacaciones —Boyle—, diferente doctrina que justifica posteriormente el TJCE porque éste era un permiso adicional concedido por el empresario y no un permiso legal (Sass, ap. 47) y no se consideró una desventaja ni, en consecuencia, una discriminación indirecta.

²⁶⁵ STJCE 30-4-1998, Thibault, C-136/95, aparts. 24 y ss.

²⁶⁶ Sí cabe, en cambio, excluir a la trabajadora del derecho al percibo de la gratificación de Navidad pues, aún siendo retribución desde la perspectiva del art. 119 TCEE, el art. 11.2.a) Directiva 92/85 no garantiza ese nivel de ingresos, siendo computable el descanso de maternidad a los efectos de su devengo como períodos trabajados [STJCE 21-10-1999, C-333/97, Lewen, aparts. 21 y 22, 41 y ss, y 48].

En esta dirección²⁶⁷, el art. 48.9 ET dispone que *«los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refieren los apartados 4 a 8»*. Por ello, los días que el contrato esté en suspenso por riesgo durante el embarazo o la lactancia computan a todos los efectos como días trabajados, como pueda ser a efectos de devengo de días de libranza, pues se trata de un imperativo derivado del derecho a la igualdad y no discriminación no disponible ni aún por pacto colectivo²⁶⁸. Como también la doctrina judicial ha declarado el derecho a percibir prorrateado el complemento de productividad por guardias médicas no realizadas, al haberse desnaturalizado y convertido en un complemento objetivo de puesto de trabajo y no subjetivo de rendimiento²⁶⁹. Y, con mayor claridad, se ha apreciado discriminación por razón de sexo en la reducción de la retribución variable por objetivos y el descuento del tiempo de descanso por maternidad en el cómputo del tiempo de la antigüedad a efectos salariales o de otro tipo²⁷⁰.

En cuanto a la protección frente al despido (art. 10 Directiva 92/85)²⁷¹, los arts. 53.4. a) y c) y 55.5. a) b) y c) —éste hasta 9 meses después

²⁶⁷ Aparte los arts. 23.2 (formación), 24.2 ET (ascensos) y 28 (discriminación salarial) y 82.3 (planes de igualdad) y 90.6 ET (control del convenio).

²⁶⁸ STSJ Asturias, núm. 874/2016, de 26 abril, rec 654/2016, que reconoce dicho cómputo, con efectos retroactivos a marzo de 2007, en aplicación del art. 8 y Disp. Trans 7ª, de la LO 3/2007.

²⁶⁹ STSJ C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia núm. 1021/2012 de 19 noviembre, respecto de funcionaria del Cuerpo de Ayudantes Técnicos Sanitarios de Instituciones Penitenciarias.

²⁷⁰ STSJ Madrid núm. 967/2012, de 18 octubre. En similar sentido, respecto del período de descanso obligatorio por maternidad y la retribución variable por objetivos: SAN núm. 172/2013 de 30 septiembre, en tanto es discriminatorio propinar peor derecho a la trabajadora por razón de su embarazo o parto (SAN 23-11-11), y tanto más cuando se trata de dicho período, que le viene impuesto. En contra: STSJ Andalucía/Málaga, núm. 961/2015 de 4 junio, rec 3/2015, con voto particular del Ilmo. D. Ramón Gómez Ruiz.

²⁷¹ Tanto la Directiva 92/85/CEE, como la Directiva 76/207/CEE, prohíben el despido por razón del embarazo o el nacimiento de un hijo, con independencia de que la notificación se produzca fuera del período de protección del art. 10 de la Directiva 92/85/CEE [STJCE 11-10-2007, Paquay, asunto C-460/06, respecto de un caso en que la decisión del despido se tomó durante el embarazo y se notificó finalizado el período de protección]. Esa tutela específica frente al despido, prevista en el art. 10 alcanza a todo el embarazo hasta el fin del descanso por maternidad (Por todas: SSTJCE 30-6-1998, Brown, C-394/96, Rec. P. 1-4185, apart. 22; 27-10-1998, asunto C-411/96, Boyle y otros, aparts. 41, 60 y 61; 27-10-1998, asunto C-411/96, Boyle y otros, aparts. 41, 60 y 61; Mckenna, 8-9-2005, asunto C-191/03, aps 43 y ss., 48-; 8-11-1990, Handels, C-179/88, apart. 15).

(...)

desde la fecha de nacimiento del menor– ET, imponen la declaración de la nulidad del despido para el caso en que no sea procedente. En esta línea antidiscriminatoria, tampoco computan a efectos del despido objetivo del art. 52.d) ET, entre otras, las ausencias debidas al descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, o por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia. Por último, más allá del art. 10 Directiva 92/85, el despido de la trabajadora en tratamiento de fertilidad en la fase de punción folicular y transferencia inmediata de los óvulos fecundados²⁷², la lactancia natural –más allá del período específicamente protegido de 9 meses– o al riesgo laboral durante el postparto, podría estar en cualquier caso amparado por la Directiva 2006/54/CE y por supuesto por el art. 14 CE, 4.2.d), 17.1, 53.4 y 55.5 ET, por constituir una discriminación directa por razón de sexo. Por último, en los casos de despido nulo o improcedente con readmisión persistirá la percepción del subsidio por riesgo y la cotización durante la misma²⁷³.

9. Conclusiones y propuestas

Tras abordar los puntos esenciales del art. 26 LPRL, y más concretamente las medidas que debe desplegar el empresario en su deber de

Téngase presente que la STJUE 11-11-2010 –Danosa–, apartado 55, declaró que aún cuando los Estados miembros pueden definir la forma en que se haga la comunicación del estado de embarazo, «no es menos cierto que esta forma no puede vaciar de sustancia la protección especial de la mujer establecida en el artículo 10 de dicha Directiva, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado. Si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva 92/85 interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a), de esta Directiva y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10».

Por otra parte, las ausencias de la trabajadora motivadas por su incapacidad laboral transitoria vinculadas al embarazo o al parto –durante el descanso de maternidad–, comparten la especificidad de ese estado, con lo que gozan de la protección específica frente al despido y su vulneración constituye una discriminación directa por razón de sexo (Por todas: SSTJCE 14-7-1994, Webb, C-32/93, 21; 30-6-1998, Brown, C-394/96 –despido–, 11-10-2007, Paquay, asunto C-460/06. También: STJCE 26-2-2008, Mayr, asunto C-506/06, apart. 34). Por el contrario, esas ausencias producidas vez concluido el descanso por maternidad merecen el tratamiento común al de cualquier otra enfermedad, con lo que cabe el despido motivado por tales ausencias, sin cómputo de las bajas producidas durante el embarazo, siempre que así esté previsto con carácter general (por todas: SSTJCE de 8 de noviembre de 1997 –Hertz–; de 29 mayo 1997, Larsson).

²⁷² STJCE 26-2-2008, Mayr, asunto C-506/06, apart. 50, 51 y 54, arts. 2.1 y 5.1 Directiva 76/207/CEE.

²⁷³ Vid. STS. 3-6-2014, rec. 2259/2013; STSJ Canarias/Las Palmas, 30-1-2015, núm. 124/2015, rec. 559/2014.

protección eficaz de la trabajadora, el feto o el lactante frente a los riesgos laborales, cabe destacar algunas conclusiones:

En primer lugar, como referentes fundamentales en la interpretación y aplicación del art. 26 LPRL debe tenerse presente que su finalidad como la gradación jerárquica de las medidas, es la de amparar a la mujer y no la rentabilidad o el interés empresarial, siempre desde una perspectiva integradora y respetuosa con el principio de igualdad porque, de hecho, esta protección específica es un instrumento esencial de la misma.

En segundo lugar, por riesgo específico debe entenderse todo aquél que presente en el trabajo, sea o no exclusivo de dicho ambiente, incide o tiene la posibilidad –no la certeza– de incidir negativamente en el embarazo, feto, o lactante. Por otra parte, no cabe sólo una valoración abstracta y objetiva sino subjetiva del mismo, ni exigir una causalización única sino meramente relacionada con dichos riesgos laborales. En atención a la especial vulnerabilidad de los sujetos protegidos, que no se limitan a la mujer sino que se extiende muy especialmente al feto y al lactante, el art. 26 LPRL opta por la exigencia de erradicación de los riesgos específicos, con lo que no cabe –salvo levedad de las consecuencias previsibles– la aplicación del principio de proporcionalidad en la elección de la medida preventiva a aplicar. Se opta, por tanto, por una visión más amplia de riesgo específico de la que parecen asumir algunas decisiones del Tribunal Supremo, pues parecen exigir una especialidad del riesgo por su “especial”, “única”, exclusiva o monográfica incidencia y localización, así como una alta probabilidad.

En tercer lugar, está aún pendiente la completa trasposición de la Directiva 92/85, pues el descanso por maternidad no garantiza la plena satisfacción de la tutela preventiva en el postparto. Por consiguiente, debería extenderse a los riesgos durante el postparto el deber de cambio de puesto de trabajo y la posibilidad de suspensión con percibo de prestación por riesgo. Igualmente tendrían que regularse sus respectivas relaciones con la prestación por maternidad y con la prestación por riesgo durante la lactancia. Además, ante la presunción de penosidad del trabajo nocturno de la mujer embarazada, en postparto o lactante, el legislador español tan sólo está autorizado a condicionar su elusión voluntaria a la presentación de un certificado médico.

En cuarto lugar, el deber de protección recae en exclusiva sobre el empresario, sujeto activo, sin posibilidad de traslación de los riesgos a la trabajadora, sujeto eminentemente pasivo. Tampoco depende o se exonera

de su responsabilidad por la intervención de terceros, incluida la Gestora. Esto significa que su actuación debe ser diligente e inmediata, en atención a los resultados de la evaluación de riesgos tanto objetiva como subjetiva, inicial y sucesiva. Por tanto, caso de ser necesario, el empresario debe adoptar la decisión de suspensión de la prestación con percibo de salario entre tanto se resuelve la Gestora la solicitud o, en principio, la impugnación de la denegación. Sin embargo, esta distribución de responsabilidades económicas entre Gestora/empresa, además de permanecer oculta y potenciarse la dilación en la adopción de medidas con el procedimiento previsto en el art. 26.2 LPRL y 39 RD 295/2009, es contraria al espíritu del Convenio 103 OIT por recaer sobre el empresario el abono de parte de esa contraprestación social. En este sentido, deberían separarse claramente los aspectos normativos preventivos de los prestacionales, limitando la intervención de las Gestoras a los supuestos de solicitud de prestación, con efectos de ésta desde la suspensión de la actividad de la trabajadora por decisión de la empresa, y mediando anticipo de las prestaciones con independencia de su eventual repercusión en el empleador si no se reúnen los requisitos preventivos de acceso a la prestación.

En quinto lugar, en coherencia con la jerarquía de las medidas del art 26 LPRL, es conveniente una mayor atención a los estadios previos y preferentes de tutela frente a la suspensión. En este sentido, es necesario un mayor control público previo sobre la corrección de la evaluación de riesgos específica, de manera similar a como se prevé en el art. 90.5 y 6 ET. También es necesaria la profundización en el estudio técnico de los riesgos y en la mejora de las guías de evaluación. Finalmente, las medidas de adaptación y movilidad funcional suponen una carga económica y organizativa para la empresa que si se aplican con rectitud pueden constituirse en un lastre para la contratación de las mujeres. Para evitar dicho efecto sería necesario un apoyo económico decidido a las empresas que hagan el esfuerzo que les exige la ley, y entre ellas la previsión, por ejemplo, de la posibilidad del disfrute de la prestación a tiempo parcial cuando sea la reducción de la jornada una medida adaptativa necesaria o involucrada. También es apreciable la necesidad de una regulación general más detallada –al menos– de las medidas adaptativas principales o más generales de los descansos, pausas, y lugares de descanso de embarazadas y lactantes y de extracción de la leche materna. En cuanto a la pausa por lactancia del art. 37.4 ET, debe interpretarse de titularidad individual e

incondicionada para ambos sexos y de ejercicio voluntario preferente por la mujer lactante en caso de conflicto de intereses con el otro progenitor.

Por último, tanto en los supuestos de adaptación como de cambio de puesto de trabajo ex art. 26 LPRL deben hacerse con mantenimiento íntegro del salario, como asimismo, debe excluirse la exigencia de carencia respecto de las IT derivas de embarazo, parto o lactancia natural.

LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

JULIA MUÑOZ MOLINA

*Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

1. Introducción

En el presente trabajo analizamos la regulación actual del sistema de Seguridad Social que afecta al colectivo de mujeres. La Seguridad Social garantiza los mismos derechos entre sexos desde el punto de vista técnico, es decir no establece diferenciaciones de género en el acceso a la protección, las únicas medidas de protección especial son las que tratan de proteger la función reproductora de la mujer²⁷⁴.

No obstante, aunque las normas de Seguridad Social son relativamente neutrales en cuanto al género, el nuevo papel de la mujer en el mercado laboral tiene importantes implicaciones en materia de protección social. No hay que olvidar que, nuestro sistema de Seguridad Social fue diseñado bajo un modelo social, donde las funciones familiares y laborales de hombres y mujeres respondían a patrones culturales significativamente distintos de los actuales. La distribución desigual de las responsabilidades familiares, lleva con frecuencia a muchas mujeres a tener una trayectoria profesional caracterizada por reducciones de jornadas e interrupciones de

²⁷⁴ GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: Análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones”, *Documentación Laboral*, nº. 103, 2015, pp. 145 a 171. GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

dicha carrera y un mayor uso de contratos a tiempo parcial, lo que tiene un impacto negativo en materia de protección²⁷⁵.

Tal y como señalan numerosos estudios, la mujer no sólo se incorpora tarde al mercado laboral, sino que, cuando lo hace, utiliza en mayor medida el contrato a tiempo parcial y es la que suele interrumpir su trayectoria profesional en diferentes períodos de su vida laboral²⁷⁶.

Salvando la situación de crisis que condiciona las posibilidades de encontrar trabajo, aunque el acceso a los contratos a tiempo parcial es una decisión personal de las mujeres, también es cierto que el motivo de la mayor utilización de este tipo de contratos es poder combinar las responsabilidades laborales con las familiares.

Lo mismo sucede con las interrupciones en su trayectoria profesional. En algunos casos esta decisión es voluntaria, mientras que en otros surge como consecuencia de no poder compatibilizar el trabajo con el cuidado de hijos pequeños o mayores dependientes. La mayoría de conflictos de conciliación entre trabajo y familia se resuelven porque la mujer renuncia durante un período de tiempo a un trabajo remunerado o bien reduce su jornada laboral.

Esta tendencia, se vuelve en contra de la mujer, trabajar menos horas fuera de casa y durante menos años tiene un impacto negativo en las prestaciones de Seguridad Social, principalmente en la pensión de jubilación.

La igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor fundamental de la Unión Europea consagrado en los Tratados y es uno de los objetivos y cometidos de la Unión Europea. De la misma forma, incorporar el principio de igualdad entre mujeres y hombres en todas sus actividades representa un objetivo general para la Unión²⁷⁷. La igualdad de género está consagrada en el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y aunque la Unión Europea posee numerosas normas que promueven el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en ámbitos como el del empleo, educación y el del acceso a bienes y servicios, los sucesivos informes anuales sobre Igualdad

²⁷⁵ GARCÍA ROMERO, M^a.B. “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 74, 2016, pp. 114 y ss.

²⁷⁶ La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2015 / elaborado por la Subdirección General de Análisis del Mercado de trabajo. Madrid: Secretaría de Estado de Empleo, 2016.

²⁷⁷ Arts. 2 y 3, apartado 3 del TUE y art. 8 del TFUE.

entre mujeres y hombres, aprobados por la Comisión Europea demuestran que los avances son lentos y que siguen persistiendo las brechas de género en estos ámbitos²⁷⁸.

En el ámbito de la Unión Europea la igualdad entre hombres y mujeres se ha ido forjando por medio de normas que contribuyen a mejorar las condiciones de vida de las personas. Entre la normativa comunitaria pueden encontrarse Directivas y otras disposiciones de rango inferior relacionadas con la conciliación familiar y laboral, y algunas de ellas hacen referencia explícita a la seguridad social y a la maternidad, como son, entre otras²⁷⁹, Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1979, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, derogada, con efectos del 15 de agosto de 2009, por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); Directiva 92/1985, de 19 de octubre, relativa a la aplicación 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 período de lactancia, que desarrolla al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE; Directiva 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; y la Directiva 2010/41/UE del Parlamento y del Consejo de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

En el ámbito internacional, las normas relacionadas con las mujeres estaban destinadas principalmente a proteger a las trabajadoras en términos de seguridad y salud, condiciones de trabajo y requisitos especiales relacionados con sus funciones reproductivas. Con el tiempo, se produce un cambio, pasando de los convenios de protección a los convenios destinados a ofrecer a mujeres y hombres los mismos derechos y oportunidades. En este

²⁷⁸ El informe más reciente sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI))<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0163+0+DOC+XML+V0//ES>

²⁷⁹ PRECIADO DOMENECH, C.H. Igualdad y no discriminación en la Unión Europea, ed. Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 11 y ss.

sentido, el Convenio núm. 156 (1981) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, prescribe que deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en lo que concierne a la Seguridad Social. Este Convenio marcó un giro en las actitudes tradicionales relativas a la función de la mujer, y supuso el reconocimiento de que las responsabilidades familiares incumben no sólo a las trabajadoras, sino también a la familia y a la sociedad. Respecto a la maternidad, la OIT se ha esforzado, a través de su historia, por garantizar que las trabajadoras disfruten de este derecho, desde la adopción en 1919 del Convenio núm. 3; pasando por el Convenio núm. 103 y la Recomendación núm. 95 (1952); hasta la adopción en 2000 del Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183 y la Recomendación núm. 191.

A nivel nacional, la normativa de Seguridad Social ha sido tradicionalmente bastante impermeable a las medidas normativas de acción positiva, con la salvedad del establecimiento de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social por la contratación de mujeres, las únicas medidas de protección especial de la mujer son las que tratan de proteger la función reproductora²⁸⁰. Sin embargo, es posible constatar como de forma progresiva se han ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico medidas tendentes a minimizar los efectos negativos de cara al acceso a las futuras prestaciones y pensiones provocados, principalmente, por la asunción de las responsabilidades de atención y cuidado en el ámbito familiar; así como medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y a un mayor reparto de las cargas familiares entre ambos componentes de la pareja²⁸¹.

A continuación analizamos aquellas medidas o prestaciones de la Seguridad Social que tienen como destinatarias a las mujeres, por ser medidas de protección directa a la mujer, o indirectamente generados para las mujeres, por ser mayoritariamente las mujeres las que interrumpen su carrera profesional para atender a la familia y por el mayor uso de los contratos a tiempo parcial.

²⁸⁰ GARCÍA ROMERO, M. B. “Las Responsabilidades Familiares ante el Sistema de Protección Social: Desafíos y Respuestas”, en AA.VV (Dir. Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E.) *El Derecho del trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Ediciones Laborum 2015, pp. 93 a 116.

²⁸¹ GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. *Conciliación y Seguridad Social...*, op. cit., pp. 37 y ss.

2. Medidas tendentes a reducir la brecha de género

Se incluyen en este apartado las medidas adoptadas por el sistema de seguridad social para reducir la brecha de género en materia de prestaciones como consecuencia de la mayor dedicación de la mujer al cuidado de la familia.

En la Línea del Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo, de 2011, relativa a “Mujer y protección social”, entiende que el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres. A la vista de las anteriores constataciones, la Comisión está convencida de que ha llegado el momento de que el sistema evolucione y adopte medidas que reconozcan el esfuerzo asociado a esas circunstancias y –como ya hizo en 2003– reclama el impulso de los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización. Esto debe hacerse como expresión de la consideración social hacia la maternidad y, también, atendiendo a la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro.

La DA 5ª de la Ley 27/2011, sobre elaboración por el Gobierno de un estudio y propuestas de actuación en relación con la Recomendación 17.ª del Pacto de Toledo, encomienda al Gobierno que en el plazo de un año presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres.

En dicho estudio se evaluarán económicamente las medidas que se propongan, y también la actual regulación existente en el sistema de Seguridad Social, especialmente en el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre prestaciones familiares de modalidad contributiva, y en el artículo 9 de la presente Ley, que introduce en la LGSS de 1994, una nueva disposición adicional, la sexagésima, rubricada “ Beneficios por

cuidado de hijos o menores” y da nueva redacción al apartado 1 del artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social.

El actual TRLGSS, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS), recoge todas estas medidas en el Capítulo XV del Título II, sobre protección a la familia: Periodos de cotización asimilados por parto; Beneficios por cuidado de hijos o menores y Prestación familiar en su modalidad contributiva.

Se trata de medidas tendentes a minimizar los efectos negativos de cara al acceso a las futuras prestaciones y pensiones. La mayoría de ellas consisten en, computar como cotizados determinados periodos en los que no ha existido cotización efectiva o tener por incrementada la cuantía de la cotización en los casos en los que ésta se ha visto reducida por el cuidado de la familia, con la finalidad de minimizar los efectos negativos que de cara al acceso a las futuras prestaciones de seguridad Social provoca la interrupción de la actividad laboral, mayoritariamente por parte de las mujeres.

2.1. Periodos de cotización asimilados por parto

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple²⁸².

Se trata de una medida de acción positiva, que atribuye cotizaciones ficticias a la mujer por el hecho del parto, cuando en tal momento no existiera relación laboral o profesional determinante de su inclusión en el sistema de la Seguridad Social, y por tal motivo no pudiera disfrutar del descanso por maternidad.

²⁸² Art. 235 LGSS, que recoge las previsiones de la DA 44ª de la LGSS de 1994, introducida por la LO 3/2007.

2.2. Beneficios por cuidado de hijos o menores²⁸³

Esta medida fue introducida por la Ley 27/2011, atribuye cotizaciones ficticias en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por razones vinculadas con la maternidad, ya sea biológica, por adopción o acogimiento. Va dirigida indistintamente a los progenitores, adoptantes o acogedores, y solo podrá ser reconocida a favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo, aunque en caso de controversia, se reconocerá el derecho a la madre, por lo que tiene una cierta feminización²⁸⁴.

Este beneficio consiste en computar como periodo cotizado a todos los efectos²⁸⁵, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

El período computable como cotizado se irá incrementando anualmente hasta alcanzar un máximo de doscientos setenta días por cada hijo o menor adoptado o acogido, en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización, conforme a la siguiente escala:

²⁸³ Art. 236 LGSS, que recoge, con algunos retoques, la DA 60ª de la LGSS de 1994, introducida por la Ley 27/2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2013.

²⁸⁴ GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. “El impacto de las medidas de conciliación.....”, op. cit., p. 158

²⁸⁵ En la jubilación anticipada, estos períodos no tendrán efectos para reducir la edad de jubilación ni para el cumplimiento mínimo de cotización. No obstante, a efectos de determinar la cuantía de la pensión, se añadirán a los períodos que resulten como cotizados por la aplicación de coeficientes reductores de la edad en supuestos de trabajos de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre o se trate de personas con discapacidad (art. 6.5 RD 1716/2012).

A efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones, se tomará como base de cotización el promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis meses anteriores al inicio de la interrupción de la cotización; en caso de existir intermitencias en la cotización, será el promedio de lo cotizado en los seis meses inmediatamente anteriores al período que se compute; y de no acreditar seis meses de cotización se computará el promedio de las que resulten acreditadas en el período inmediatamente anterior a la interrupción de la cotización (art. 9 RD 1716/2012).

AÑOS	DIAS COMPUTABLES
2013	112
2014	138
2015	164
2016	191
2017	217
2018	243
2019 y siguientes años	270

No obstante, desde el 1 de enero de 2013 y a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación, el período computable será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor acogido a cargo²⁸⁶.

Cada hijo o menor acogido dará lugar al cómputo de un nuevo período cotizado y en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, los días señalados se reconocerán independientemente por cada uno de ellos; si bien, los períodos computables por cuidado de hijos o menores acogidos no podrán superar los cinco años por beneficiario, cualquiera que sea el número de hijos nacidos o adoptados o menores acogidos²⁸⁷. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los asimilados por parto y con los períodos de cotización efectiva derivados de las situaciones de excedencia por cuidado de hijos o menores acogidos, que analizamos a continuación²⁸⁸.

2.3. Prestaciones familiares en su modalidad contributiva

Las prestaciones familiares contributivas, son no económicas, y consisten en considerar como cotizados determinados periodos de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otro familiar; así como el incremento hasta el 100% de determinadas cotizaciones por reducción de jornada que pueden disfrutar los trabajadores por cuidado de menores u otros familiares, conforme al ET.

²⁸⁶ En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas (DT 14ª LGSS y art. 6.1 RD 1716/2012).

²⁸⁷ Art. 6.1, 3º, 2 y 3 RD 1716/2012.

²⁸⁸ Art. 8.2 RD 1716/2012.

Son beneficiarios de estas prestaciones todos los trabajadores por cuenta ajena, tanto del sector privado como de la Administración Pública, que disfruten de las excedencias y/o reducciones de jornada antes mencionadas.

2.3.1. Consideración como tiempo cotizado de determinados periodos de excedencia por cuidado de hijos, de menor acogido o de otros familiares

El art. 237 de la LGSS establece que tendrán la consideración de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad:

- Los periodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción.

La Ley 27/2011 eleva hasta los tres años²⁸⁹, es decir, todo el periodo de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos o menores, el periodo considerado como de cotización efectiva, lo que implica que la excedencia no produce efecto negativo para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, salvo para la incapacidad temporal.

- El primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida.

Se iniciará el cómputo de un nuevo periodo de cotización efectiva por cada disfrute de excedencia laboral a que puedan dar lugar los sucesivos hijos o menores acogidos u otros familiares, contabilizándose como cotizado el período de excedencia efectivamente disfrutado en los supuestos en que no llegue a completarse el año²⁹⁰.

²⁸⁹ Antes de la reforma el periodo considerado como de cotización efectiva se extendía con carácter general a dos años, aunque se elevaba a 30 meses en caso de familia numerosa general o 36 meses en caso de familia numerosa especial.

²⁹⁰ Art. 5.4 RD 1335/2005.

Los periodos considerados de cotización efectiva surten efectos tanto para la cobertura del periodo mínimo de cotización en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad como para la determinación de la base reguladora²⁹¹ y del porcentaje aplicable, en su caso, para el cálculo de la cuantía de aquéllas, y se considerará a los beneficiarios en situación de alta, para acceder a las prestaciones mencionadas. Asimismo, los beneficiarios mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social²⁹².

Cuando las situaciones de excedencia señaladas hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el art. 37.5 ET, a efectos de la consideración como cotizados de los periodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo²⁹³.

Además, el tiempo de la excedencia para el cuidado de otros familiares que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva tiene la consideración de situación asimilada al alta a los efectos de acceder a todas las prestaciones, salvo para incapacidad temporal, maternidad y paternidad²⁹⁴.

En relación con la protección por desempleo, el periodo de excedencia por cuidado de hijo tiene la consideración de situación asimilada al alta. Dicho periodo no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el periodo de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar establecido en los arts. 266 y 269 de la LGSS, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa²⁹⁵.

²⁹¹ A estos efectos se tomarán como bases de cotización las bases medias correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la excedencia, o período inferior acreditado.

²⁹² Art. 6 RD 1335/2005.

²⁹³ Art. 237.4 LGSS.

²⁹⁴ DA 4ª.1 RD 295/2009.

²⁹⁵ Art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y de maternidad, y DA 4ª.2 RD 295/2009.

El mecanismo de las cotizaciones ficticias se presenta como un sistema útil para anular el perjuicio que para la acreditación de las carreras largas de cotización supone el ejercicio de los derechos de excedencia por cuidado de hijos y familiares. Debe tenerse en cuenta que, en España, las excedencias son disfrutadas en un porcentaje elevadísimo por mujeres²⁹⁶ y suponen un importante sacrificio económico, puesto que su ejercicio conlleva la pérdida del salario, que no es compensada por la Seguridad Social, y de la cotización, por ello con esta medida se trata de paliar el impacto negativo que tendrían estas lagunas de cotización en los futuros derechos a pensión. No obstante, consideramos que todo el periodo de excedencia por cuidado de familiares se tendría que haber considerado como de cotización efectiva.

2.3.2. Incremento hasta el 100% de determinadas cotizaciones como consecuencia de reducción de jornada por cuidado de menores u otros familiares²⁹⁷

La reducción de jornada por cuidado de hijos o menores acogidos y otros familiares ocasiona una reducción del salario y en consecuencia la base de cotización se ve reducida, lo que repercutirá en las futuras prestaciones si el periodo a tomar en consideración para su cálculo comprendiera ese periodo de reducción de jornada; sin embargo, con la finalidad de minimizar los efectos negativos de cara al acceso a las futuras prestaciones, el legislador ha apostado por tener por incrementada la cuantía de la cotización en los casos en los que ésta se ha visto reducida por estos motivos, así:

- En los supuestos de reducción de jornada por cuidado directo de un menor de 12 años, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción, a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Dicho incremento estará referido exclusivamente al primer año, en los casos de reducción de jornada por cuidado directo de una persona con

²⁹⁶ En el año 2015, fueron disfrutadas 33. 779 por mujeres frente a 2.416 por hombres <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

²⁹⁷ Art. 237.3 LGSS.

discapacidad o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

- En los supuestos de reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, las cotizaciones realizadas durante todo el periodo de reducción se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

Aunque con esta medida se trata de evitar los perjuicios que puedan derivarse para el trabajador de la reducción de jornada, su alcance es muy limitado, no alcanza a la duración total de los derechos sobre los que opera, salvo el nuevo supuesto de reducción de jornada para el cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave²⁹⁸. Además, la ampliación hasta los 12 años del período de reducción de jornada por cuidado de menores²⁹⁹, debería de haber venido acompañada de un incremento del número de años de cómputo al 100% de las cotizaciones, la diferencia es muy considerable, sobre todo teniendo en cuenta que la reducción de jornada es una figura más conveniente puesto que, lejos de promover el abandono del trabajo para asumir tareas de cuidado en exclusiva, permite el mantenimiento de los vínculos y fomenta el reparto de responsabilidades³⁰⁰.

2.4. Periodos de maternidad o paternidad que subsistan a la fecha de extinción del contrato se asimilan a cotizados

La obligación de cotizar permanece durante las situaciones de maternidad y paternidad, aunque estas supongan una causa de suspensión de la relación laboral, siempre que subsista el contrato de trabajo³⁰¹.

²⁹⁸ Introducido por la LPGE para 2011.

²⁹⁹ RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre.

³⁰⁰ GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. Conciliación y Seguridad ..., op. cit. p. 46; BALLESTER PASTOR, M^a.A. "Reformas en materia de protección social e impacto de género...", op. cit. p. 69

³⁰¹ Arts. 144.4 LGSS; 13.2 y 14.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre y art.6 Orden ESS/70/2016.

El art. 165.6 de la LGSS establece que el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

3. Complemento de maternidad por aportación de demográfica

Siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea y tratando de reducir la brecha de género en materia de pensiones, se establece un complemento por maternidad, a las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad³⁰².

Este nuevo complemento tiene como objetivos principales, según la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado: “reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad”. Asimismo, busca “valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres”. Y, finalmente, persigue “eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea” y “dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento

³⁰² Este complemento fue incorporado como art. 50 bis al derogado TRLGSS de 1994, por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2016, con efectos de 1 de enero de 2016, en la actualidad se encuentra recogido en el art. 60 de la LGSS de 2015.

del Plan Integral de Apoyo a la Familia” 2015-2017 aprobado por el Gobierno³⁰³.

No obstante, estos objetivos no fueron recogidos en el Preámbulo de la Ley, que no fue modificado por las enmiendas presentadas y que no contiene referencia a dicho complemento, por lo que la norma atribuye al mismo una única finalidad, premiar a las beneficiarias de las pensiones contributivas por su aportación demográfica a la Seguridad Social. En cualquier caso, consideramos que aunque la norma no lo recoja expresamente, este complemento viene a valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social y suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.

De acuerdo con el art. 60 LGSS, solo se aplica a las pensiones reconocidas a partir del 1 de enero de 2016 y no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, aunque se reconocerá cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

El complemento tiene naturaleza de pensión pública contributiva y está sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a su nacimiento, duración, suspensión, extinción y en su caso, actualización. Su importe se revaloriza en los mismos términos que las pensiones contributivas y variará en función de las modificaciones de cuantía que tenga la pensión sobre la que se determina, y se abona en catorce pagas.

El complemento es el resultado de aplicar a la cuantía inicial de la pensión un porcentaje en función del número de hijos habidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente, según la siguiente escala: por dos hijos será del 5%; subirá al 10% cuando sean tres hijos y con cuatro o más, alcanzará el 15%

³⁰³ GARCÍA ROMERO, M. B. “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares.....”, op. cit., p. 129; RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I)”, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, n.º. 16, abril 2016, pp. 106-114, disponible en: La Ley Digital 360.

Cuando la pensión inicialmente causada no supere la cuantía mínima fijada en la correspondiente LPGE, se reconocerá dicha cuantía teniendo en cuenta las previsiones sobre complementos por mínimos y a este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.

Si dicha pensión supera el tope máximo fijado para las pensiones públicas en la correspondiente LPGE, por si sola o con la suma del complemento, se establecen los siguientes límites:

- Cuando la pensión supere el límite máximo sin computar el complemento, la suma de la pensión y del incremento no podrá superar el límite máximo incrementado en un 50% del complemento asignado.
- Si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el citado límite aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tiene derecho además a percibir el 50% de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.
- Cuando legal o reglamentariamente este permitida la superación del límite máximo de las pensiones públicas, el complemento se calculará en estos mismos términos, considerando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

Si la pensión a complementar se causa por totalización de periodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.

En caso de concurrencia de pensiones, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones, con el siguiente orden de preferencia: en primer lugar, se aplicará a la que resulte más favorable; en segundo lugar, si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, se aplicará sobre la primera. Si la suma de las pensiones concurrentes supera el límite máximo antes de aplicar el complemento o aplicando el mismo solo parcialmente, rigen los mismos criterios previstos para estos supuestos en caso de pensión única.

4. Prestaciones de Seguridad Social vinculadas con la maternidad

En este apartado nos ocupamos de las prestaciones de Seguridad Social que garantizan la cobertura económica ante situaciones de necesidad vinculadas con la maternidad, y en especial aquellas cuya beneficiaria es una mujer: maternidad propiamente dicha o parto, supuesto general y supuesto especial; riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. También haremos referencia a la paternidad y al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, ya que son medidas orientadas igualmente a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y la corresponsabilidad en las cargas familiares.

La protección social de la maternidad ha tenido como finalidad preferente crear medidas directas de protección encaminadas a la tutela prevalente de la mujer e indirectamente del hijo recién nacido, adoptado o acogido. A este fin sirven las técnicas clásicas, como el reconocimiento de una renta económica de sustitución en el periodo de suspensión contractual vinculado al parto. Ahora bien, el modelo puede tener otras finalidades adicionales de interés general como son las de tratar de que a través del tratamiento de la maternidad se incida significativamente en la mejora de los índices de natalidad y la estructura demográfica, cuando no en la sostenibilidad de un sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto. Mejorando tanto la posición de la mujer, como la estrategia de fomento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la que se enmarca ésta.

La maternidad es una contingencia distinta de la incapacidad temporal desde el año 1994, con la que no obstante puede mantener una estrecha relación. En principio, prevalece la maternidad sobre la incapacidad temporal, pues en caso de parto, si la beneficiaria estuviera en incapacidad al sobrevenirle la maternidad, a partir de la fecha del parto comienza el disfrute del subsidio de maternidad.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, además de llevar a cabo determinadas modificaciones en el régimen de la prestación por maternidad, introdujo una nueva prestación, autónoma e independiente, denominada riesgo durante el embarazo, en cumplimiento de lo previsto en la Directiva Comunitaria 92/1985, de 19 de octubre.

La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo un subsidio no contributivo por maternidad, la prestación por paternidad y la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Además, modificó la prestación por maternidad, flexibilizando el período mínimo de cotización y ampliando las situaciones protegidas; así como la prestación por riesgo durante el embarazo, incrementando su cuantía y cambiando su naturaleza, al ser considerada un riesgo profesional.

La prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave fue incorporada a la Seguridad Social por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de PGE para 2011³⁰⁴.

La regulación de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, viene recogida, respectivamente, en los Capítulos VI, VII, VIII, IX del Título II de la LGSS, desarrollados por el RD 295/2009, de 9 de marzo. La prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave se regula en el Capítulo X, desarrollado por el RD 1148/2011, de 29 de julio.

La regulación de estas prestaciones como contingencias amparadas por el sistema de Seguridad Social va indisolublemente unida a la legislación laboral, quedando su delimitación marcada por el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, la maternidad y la paternidad quedan acotadas por el de descanso que a tales efectos concede el art. 48 del ET.

En todo caso, estamos ante contingencias y prestaciones distintas, que tienen una razón de ser y un régimen jurídico diferente.

4.1. Maternidad

La prestación económica por maternidad trata de cubrir la pérdida de rentas del trabajo o de ingresos que sufren los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando se suspende su contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los períodos de descanso por maternidad, adopción, guarda para la convivencia preadoptiva, y acogimiento, temporal o permanente, legalmente establecidos.

³⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA B.M. “La renovada tutela de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º. 43, 2016. Disponible en: Iustel, pp. 1-33

Como hemos dicho anteriormente, la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece dos supuestos en la protección de la maternidad: el supuesto general, que es el subsidio ordinario, el más tradicional, que tiene carácter contributivo; el supuesto especial, que es un subsidio no contributivo, aunque solo a efectos de financiación.

La determinación de las situaciones protegidas, los beneficiarios, cuantía, etc., varía notablemente de un caso a otro, por lo que los analizaremos de forma separada.

4.1.1. Supuesto general de maternidad

A efectos del supuesto general se consideran situaciones protegidas: la maternidad biológica, incluidos los alumbramientos que tengan lugar tras más de 180 días de vida fetal, con independencia de que el feto nazca vivo o muerto; la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, temporal o permanente, siempre que la duración del acogimiento temporal no sea inferior a un año, de menores de 6 años o mayores de 6 años pero menores de 18 con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes; la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor, en los mismos términos de edad que el adoptado o acogido³⁰⁵.

Hay una diferencia básica entre la maternidad biológica y las demás situaciones protegidas, en el primer caso, la titularidad del derecho al descanso por maternidad es de la madre, que puede ceder una parte del mismo al otro progenitor; en las demás situaciones protegidas, si son dos los adoptantes, acogedores, o quienes ejercen la tutela, ambos ocupan una posición de igualdad, el derecho puede ser ejercido por cualquiera de ellos, de forma simultánea o sucesiva.

³⁰⁵ Art. 177 LGSS.El art. 2 del RD 295/2009 equipara la tutela a la adopción a efectos del disfrute de las prestaciones por maternidad, llevando a la norma reglamentaria la práctica que venía aplicando la Administración de la Seguridad Social (Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 10 de enero de 2008), si bien se limita a varias condiciones, como son que la tutela se ejerza sobre menores y por persona que sea familiar de los mismos, razón por la que no quepa la adopción.

En la maternidad biológica, en el caso de que ambos progenitores trabajen, y dejando siempre a salvo las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En este último caso, quedará anulada la opción y la madre deberá reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad, cuando, habiéndose reincorporado al trabajo, se aprecie la existencia del riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la relación laboral. Si, una vez iniciado el efectivo disfrute por el otro progenitor, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá hacer uso de la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad. La madre puede revocar su decisión cuando sobrevinieren hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas³⁰⁶.

Cuando el derecho es compartido y el período de descanso sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, ambos tendrán la condición de beneficiarios, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos³⁰⁷.

En la maternidad biológica, el padre o el otro progenitor será beneficiario de la prestación por maternidad, en los siguientes supuestos: si la madre trabajadora no reúne el período mínimo de cotización exigido y se le reconoce el subsidio de naturaleza no contributiva; si se produce el fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo; cuando la madre trabajadora por cuenta propia no tenga derecho al subsidio maternal por estar incorporada a una mutualidad de previsión alternativa que no tiene prevista esta cobertura o, si la tiene

³⁰⁶ Art. 9.1 RD 295/2009.

³⁰⁷ La condición de progenitor puede reconocerse legalmente a la mujer consorte en caso de parto por inseminación artificial dentro de un matrimonio de mujeres (art.7, apartado 3, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, añadido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, señala que «cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido»).

incluida y la trabajadora haya optado por su cobertura, no reúna las condiciones exigidas para su concesión por causas ajenas a su voluntad. En estos supuestos, el subsidio por maternidad es compatible con el de paternidad.

La cuantía del subsidio es del 100% de la base que esté establecida para la prestación por IT derivada de contingencias comunes. Su duración, con carácter general, es de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo; también se prevé una duración adicional de dos semanas en el supuesto de discapacidad del hijo. La duración del descanso también se puede ver ampliada en caso de partos prematuros y en aquellos otros en que el neonato precise hospitalización después del parto, en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de 13 semanas adicionales, si la hospitalización del neonato tiene una duración superior a 7 días³⁰⁸.

El período de descanso y el percibo del subsidio son ininterrumpidos, no obstante, en los casos de parto prematuro y en aquellos otros en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, podrá interrumpirse a petición del beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de 6 semanas posteriores al parto. Se podrá reanudar a partir del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar. Si la madre fallece, el otro progenitor podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto. No se interrumpirá la percepción del subsidio si durante el período de percepción del mismo se extingue el contrato de trabajo del beneficiario.

Se posibilita que los periodos de descanso por maternidad se disfruten en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, requiriendo el acuerdo previo de empresarios y trabajadores, en los términos regulados en el RD 295/2009 y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos. Dicho acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del descanso como en un momento posterior, y podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo, pero siempre ajustándose a las siguientes reglas³⁰⁹:

³⁰⁸ Art. 8.9 RD 295/2009.

³⁰⁹ DA 1ª RD 295/2009.

- Este derecho podrá ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores. En caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatamente posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio.
- El período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.
- El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido, y una vez acordado solo podrá modificarse a propuesta del trabajador mediante nuevo acuerdo con el empresario y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.
- Durante el disfrute a tiempo parcial los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios o urgentes.
- El tiempo que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida su relación laboral el tiempo restante, y sin que le sean de aplicación las reglas que regulan el contrato a tiempo parcial.
- El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los permisos por lactancia, por nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados a continuación del parto, a la reducción de jornada por guarda legal de una menor o discapacitado, así como el ejercicio del derecho de excedencia por cuidado de familiares.

4.1.2. Supuesto especial de maternidad³¹⁰

A efectos del supuesto especial la situación protegida es solo el parto. Este subsidio viene a cubrir el vacío económico que se producía durante las seis semanas de descanso obligatorio cuando las trabajadoras no cumplían los requisitos de cotización exigidos para devengar el subsidio ordinario; así como a fomentar que el otro progenitor participe en el cuidado del menor con la misma extensión y condiciones que los contemplados para el supuesto de adopción.

³¹⁰ Art. 181 LGSS.

Son beneficiarias del subsidio no contributivo a efectos de financiación, las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período de cotización exigido, por lo que no es una prestación de carácter universal, en el sentido de proteger a cualquier mujer que hubiese dado a luz, con independencia de su pertenencia o no a un régimen de Seguridad Social. Al contrario, se trata de una prestación ligada a la existencia de una actividad previa, por ello es no contributivo sólo a efectos de financiación.

La cuantía del subsidio es el 100% del IPREM vigente en cada momento, salvo que la base reguladora, calculada como en el supuesto general de maternidad, fuese de cuantía inferior, en cuyo caso será el 100% de su base reguladora, con lo que se impide que, en la modalidad no contributiva, se pueda percibir un importe mayor que el que se hubiese percibido si se hubiera reunido el período de carencia.

La duración del subsidio especial es de 42 días naturales (6 semanas) a contar a partir del parto. No obstante, dicha duración se amplía en 14 días naturales cuando concurren alguna de las siguientes situaciones³¹¹: nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición; en una familia monoparental; parto múltiple; discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65%. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

La duración del subsidio no se reduce ni por el fallecimiento del hijo ni por el hecho de que el feto no reúna las condiciones establecidas en el art. 30 del Código Civil CC para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante 180 días. Tampoco se amplía ni se interrumpe en los casos de parto prematuro o de hospitalización del neonato.

4.2. Paternidad

Para acomodar la legislación española a las orientaciones comunitarias³¹², y con la finalidad de promover y conseguir la corresponsabilidad en la asunción de las cargas familiares, la LO 3/2007

³¹¹ Art. 17 RD 295/2009, novedad introducida por la LPGE para 2009.

³¹² Art. 16 de la Directiva 2006/54.

establece una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo y derivado de ello, incorpora una nueva prestación de Seguridad Social, que tiene por finalidad establecer una renta que sustituya al salario dejado de percibir durante la suspensión de la actividad laboral.

A efectos de la prestación por paternidad, se consideran situaciones protegidas las mismas que se regulan para la maternidad.

En cuanto a la titularidad del derecho se produce una mayor rigidez; así como la maternidad se puede disfrutar en exclusiva o de forma conjunta, simultánea o sucesivamente, entre los progenitores, adoptantes o acogedores; por el contrario, la paternidad corresponde en exclusiva a uno de ellos, que en el supuesto de maternidad biológica será el otro progenitor, y en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, será a elección de los interesados, salvo que uno de ellos hubiera disfrutado en su totalidad el descanso por maternidad, en cuyo caso el subsidio de paternidad sólo se reconocerá en favor del otro.

Además, a diferencia de la maternidad, no se prevé la transferencia del permiso de paternidad a la madre en caso de fallecimiento del beneficiario, lo que redundaría en perjuicio del hijo que, en cómputo total, se encuentra con menos período temporal destinado a su cuidado; igual ocurre en los supuestos de familias monoparentales, lo más razonable a los efectos de mayor disponibilidad de tiempo para el cuidado del menor sería conveniente que se permitiera la acumulación de la maternidad y la paternidad y el art. 23.2 del RD 295/2009 lo impide.

La prestación económica por paternidad es idéntica a la de maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora.

Respecto a la duración, aunque el art. 48.7 ET prevé cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo, en tanto no entre en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad, será de trece días ininterrumpidos ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo³¹³. No obstante, la duración será de veinte días

³¹³ DT 7ª ET. Ello es así, porque la ampliación a cuatro semanas prevista en la Ley 9/2009 se ha ido posponiendo por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

naturales ininterrumpidos si los nacimientos, adopciones o acogimientos se producen en una familia numerosa; así como en los supuestos en los que la familia adquiera dicha condición con la incorporación del nuevo miembro; cuando en la familia haya una persona con discapacidad o cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33%.

El descanso por paternidad se puede disfrutar a tiempo parcial, requiriendo acuerdo previo entre trabajador y empresario, que podrá celebrarse tanto al inicio del descanso como en un momento posterior, y podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo, pero siempre ajustándose a las siguientes reglas³¹⁴:

El descanso por paternidad se puede disfrutar a tiempo parcial, requiriendo acuerdo previo entre trabajador y empresario, que podrá celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior y de acuerdo con las siguientes reglas³¹⁵:

- La jornada realizada a tiempo parcial no puede ser inferior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo.
- El período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.
- El disfrute será ininterrumpido y podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo y una vez acordado sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo a iniciativa del trabajador y por causas relacionadas con la salud del menor o su propia salud.
- Durante el mismo no se pueden realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
- Durante el tiempo de disfrute a tiempo parcial, se mantiene suspendida la relación laboral. Al tiempo de trabajo efectivo no le resulta de aplicación las normas establecidas en el art. 12 ET, regulador del trabajo a tiempo parcial.
- El descanso de paternidad a tiempo parcial es incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de la reducción de jornada o la ausencia por lactancia o para el cuidado de hijos

³¹⁴ DA 1ª RD 295/2009.

³¹⁵ DA 1ª RD 295/2009.

prematurados u hospitalizados, con la reducción de jornada por guarda legal, y con la excedencia por cuidado de familiares.

Con la paternidad se pretende lograr una contribución a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares³¹⁶. Si bien, consideramos que para que los permisos parentales tuvieran un efecto positivo en materia de igualdad deberían de equilibrarse la duración de la maternidad y paternidad y su uso por parte de parte de ambos sexos.

4.3. Riesgo durante el embarazo

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, creó esta causa de suspensión del contrato de trabajo y, en consonancia con ello, incorporó una nueva prestación en la Seguridad Social que trata de cubrir la pérdida de ingresos que se produce, cuando la trabajadora es declarada en situación de suspensión del contrato a causa de la existencia de una situación que presenta riesgo para el embarazo.

La situación protegida es el período de suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada en los supuestos en que, debiendo de cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el art. 26.3 de la LPRL³¹⁷, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados³¹⁸.

La situación protegida se acota en el art. 26 de la LPRL, sobre protección de la trabajadora embarazada, que exige la adopción de las medidas necesarias para evitar que las trabajadoras embarazadas estén expuestas a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar negativamente a su salud o a la del feto, medidas que, en ocasiones, atendidas las circunstancias concurrentes, no son posibles, por lo que requerirán el cambio temporal de puesto de trabajo, y que en caso extremo pueden exigir la paralización o suspensión de la prestación de servicios.

³¹⁶ Art. 44.3 LO 3/2007.

³¹⁷ El art. 26 de la Ley 31/1995, incorpora a nuestro ordenamiento interno, el art. 15 de la Directiva marco 89/391, y la específica Directiva 92/85, de 19 de octubre, relativa a las disposiciones mínimas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz y en período de lactancia.

³¹⁸ Arts. 186 LGSS y 31.1 RD 295/2009.

No se considera, por tanto, situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no estén relacionadas con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado por la trabajadora embarazada³¹⁹. Si la trabajadora no puede, por su estado, prestar servicios, y esta imposibilidad nada tiene que ver con el trabajo que desarrolla, habrá de solicitar la baja por incapacidad temporal, o, en su caso, comenzar el disfrute del permiso de maternidad. No es lo mismo conceptualmente el riesgo durante el embarazo que un embarazo de riesgo, de modo que si la situación laboral no incrementa el riesgo propio del embarazo, no hay situación protegida por riesgo.

La LO 3/2007 modifica la naturaleza de esta prestación, que pasa expresamente a tener la consideración de contingencia profesional, por lo que para la percepción del subsidio no es exigible período mínimo de cotización alguno³²⁰, y las trabajadoras por cuenta ajena se consideran de pleno derecho en situación de alta aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones³²¹.

La cuantía de la prestación es del 100% de la base reguladora. Se tomará como base reguladora la equivalente a la que esté establecida para la prestación de IT derivada de contingencias profesionales, utilizando como referencia temporal la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo³²².

El subsidio se abona durante el período de suspensión que sea necesario para la protección de la seguridad y salud de la trabajadora o del feto, y finaliza el día anterior a aquél en que se inicie el período de descanso por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado³²³.

4.4. Riesgo durante la lactancia natural

La LO 3/2007 introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, la ocasionada por la situación de riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y amplía la acción protectora de la

³¹⁹ Art. 31.2 RD 295/2009.

³²⁰ Art. 32.1 RD 295/2009.

³²¹ Art. 32.3 RD 295/2009.

³²² Arts 187. 1 y 3 LGSS y 34 RD 295/2009.

³²³ Art. 35.2 RD 295/2009.

Seguridad Social, mediante la incorporación de una nueva prestación económica de la Seguridad Social cuya finalidad es la de sustituir la renta que deja de percibirse como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses.

La situación protegida es el período de suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica y objetivamente posible, o no pueda, razonablemente, exigirse por motivos justificados³²⁴.

Al igual que sucede con la prestación por riesgo durante el embarazo, no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones del puesto desempeñado.

Los arts. 189 LGSS y 50.1 RD 295/2009 remiten expresamente a la prestación por riesgo durante el embarazo a efectos del régimen jurídico, matizando las causas de extinción, pues el derecho al subsidio se extingue por cumplir el hijo los nueve meses de edad³²⁵.

4.5. Cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave

La Ley 39/2010, de PGE para 2011 incorporó un nuevo supuesto de reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en el art. 37.6 del ET y amplió la acción protectora de la Seguridad Social mediante la incorporación de una nueva prestación económica que viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren los progenitores, adoptantes o acogedores al tener que reducir su jornada, como mínimo un 50%, con la consiguiente disminución de su salario, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente a los hijos o menores a su cargo afectados por cáncer u otra enfermedad grave³²⁶, durante el tiempo de su hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

³²⁴ Art. 188 LGSS.

³²⁵ Art. 50.3 RD 295/2009.

³²⁶ Recogidas en el anexo del RD 1138/2011, de 29 de julio.

Cuando ambos progenitores, adoptantes o acogedores tuvieran derecho al subsidio, sólo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos. En los casos de separación judicial, nulidad, divorcio, o ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal, si ambos progenitores, adoptantes o acogedores tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor del que determinen de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de beneficiario a quien se conceda la custodia del menor y, si ésta fuese compartida, al que lo solicite en primer lugar³²⁷.

Siempre que los dos progenitores, adoptantes o acogedores reúnan los requisitos establecidos, mediante acuerdo entre ambos y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellos el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio al otro progenitor, adoptante o acogedor. El acuerdo para alternarse en el disfrute de la prestación podrá ser solicitado en cualquier momento a lo largo de la duración de la prestación³²⁸.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras³²⁹.

El subsidio se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años³³⁰.

4.6. Otras prestaciones de la Seguridad Social

Nos ocupamos a continuación de las tres prestaciones económicas que forman parte de la protección a la familia en la modalidad no contributiva: la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo del beneficiario; la prestación económica de pago único por nacimiento o

³²⁷ Art. 4.4 RD 1148/2011.

³²⁸ Art. 4.5 RD 1148/2011.

³²⁹ Arts. 192 LGSS y 6 RD1148/2011.

³³⁰ Art. 7.1,2º RD 1148/2011.

adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad; y la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Las prestaciones familiares de la Seguridad Social tienen por objeto principal contribuir al sostenimiento del incremento de gastos que produce el nacimiento o la adopción de hijos y el mantenimiento de los mismos, especialmente en el caso de familias numerosas o con alguna circunstancia añadida, como puede ser, la existencia de un solo progenitor, discapacidad del hijo o de la madre, etc. No obstante, su escasa cuantía y la limitación de rentas para ser beneficiarios de la asignación económica por hijos o acogidos a cargo menores de edad no discapacitados; y, de la prestación de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales, y en los casos de madres con discapacidad, convierte a este tipo de prestaciones más en políticas de lucha contra la pobreza que en políticas de familia, y tienen poco o nulo efecto sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

4.6.1. Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo

Consiste en una asignación económica por cada hijo a cargo del beneficiario, menor de 18 años o mayor de dicha edad si está afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, incluidas las situaciones de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción³³¹.

Se entiende, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido convivan con el beneficiario. No rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los progenitores, adoptantes o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares. Cuando los hijos trabajen y perciban ingresos que superen el 100% del SMI no se considerarán a cargo del beneficiario. Tampoco estarán a cargo, los hijos que perciban una pensión contributiva, exceptuando la pensión de orfandad o la prestación en favor de familiares de nietos y hermanos.

Para ser beneficiario de la asignación deben reunirse determinados requisitos, entre los que se encuentra, el de no superar el límite de ingresos

³³¹ Art. 351 LGSS.

que fija anualmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado³³²; si bien, no se exige límite de recursos económicos en el caso de hijos con discapacidad, ya sean menores de edad o no³³³.

En el supuesto de convivencia familiar, si en ambos progenitores o adoptantes o, en su caso, en quienes hubiesen acogido al menor, concurren las circunstancias necesarias para ser beneficiarios de la asignación económica, derivada de un mismo causante, será beneficiario³³⁴: uno de ellos, de común acuerdo; y si no existe acuerdo, lo que deberá comunicarse de forma expresa al INSS, se aplicarán las reglas que, en cuanto a la patria potestad y guarda del menor, establece el Código Civil. En este supuesto, el INSS dictará resolución mediante la cual y previo reconocimiento, en su caso, del derecho al percibo de la prestación, se suspenderá el abono en tanto no recaiga la oportuna resolución judicial.

La cuantía de la asignación económica en cómputo anual, será distinta según la edad y el grado de discapacidad de los hijos o menores a cargo. Para el año 2016, son las siguientes: hijos o acogidos a cargo menores de edad no discapacitados, 291 euros anuales por cada uno de ellos; hijos o acogidos a cargo menores de edad que estén afectados por una discapacidad igual o superior al 33% , 1.000 euros anuales; hijos o acogidos a cargo mayores de 18 años que estén afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 65%, 4.414,80 euros anuales; y en los casos en los que el hijo mayor de edad tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 75% y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite del auxilio de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, como comer, vestirse, desplazarse o análogos, la asignación es de 6.622,80 euros anuales.

Con carácter general, el pago será semestral, por semestre vencido, salvo en las asignaciones económicas por hijo a cargo con discapacidad, mayor de 18 años, respecto de las cuales el pago será de periodicidad mensual, y se efectuará por mensualidad vencida.

³³² 11.576,83 euros, cuantía que se incrementará en un 15% por cada hijo o menor a cargo, a partir del segundo, este incluido. No obstante, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.423,84 euros en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.822,18 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, este incluido.

³³³ Art. 352.3 LGSS.

³³⁴ Arts. 352.1 d) LGSS y 11.1 RD 1335/2005.

4.6.2. Prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad

La prestación por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales, y en los casos de madres con discapacidad, consiste en una prestación económica de pago único de 1000 euros, que se reconoce por el nacimiento o adopción de hijo en España en una familia numerosa o que, con tal motivo, adquieran dicha condición, en familias monoparentales y en los casos de madres que padezcan una discapacidad igual o superior al 65%, siempre que no se supere un determinado nivel de ingresos. El nacimiento o la adopción se ha de producir en España, o también en el extranjero, si es que los nacidos o adoptados se van a integrar inmediatamente en un núcleo familiar con residencia en España. Sólo se consideran nacidos los que reúnan las condiciones del art. 30 del C.Civil³³⁵. No se reconoce la prestación en los supuestos de acogimiento familiar.

En el supuesto de convivencia de los padres, cualquiera de los dos puede ser beneficiario, debiendo determinarse de común acuerdo. Se presumirá que existe acuerdo si la prestación es solicitada por uno de los progenitores. Ante la falta de acuerdo, será considerada beneficiaria la madre³³⁶. En los casos de madres con discapacidad será beneficiaria la madre que acredite una discapacidad igual o superior al 65%.

4.6.3. Prestación económica por parto o adopción múltiples

Consiste en una prestación de pago único, cuya cuantía depende del número de hijos nacidos o adoptados, dos o más, y que se mide en relación al SMI. Si son dos los hijos nacidos o adoptados, 4 veces el importe mensual del SMI; si son tres los hijos nacidos o adoptados, 8 veces el importe mensual del SMI; y, si son cuatro o más hijos nacidos o adoptados, la cuantía será de 12 veces el importe mensual del SMI.

Para ser beneficiario de esta prestación no se exige límite de ingresos. En el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, cualquiera de los dos puede ser beneficiario, debiendo determinarse de común

³³⁵ Art. 20.1 RD 1335/2005.

³³⁶ Art. 21 RD 1335/2005.

acuerdo, presumiéndose el acuerdo si la prestación es solicitada por uno de ellos. Ante la falta de acuerdo, será considerada beneficiaria la madre.

Igual ocurre en la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad, ante la falta de acuerdo para determinar el beneficiario de la prestación, será considerada como tal a la madre.

5. El trabajo a tiempo parcial

El empleo a tiempo parcial es más frecuente en las mujeres que en los hombres, en la media de la Unión Europea, la frecuencia del empleo a tiempo parcial en las mujeres se eleva al 23,6% frente al 7,1% en el caso de los hombres³³⁷.

Estas cifras muestran que el empleo a tiempo parcial está dirigido de forma mayoritaria a las mujeres, pudiéndose entender que en unos casos es un magnífico instrumento de reducción de la jornada de trabajo para poder permitir una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, mientras que en otros es tan sólo una forma de discriminación laboral hacia la mujer³³⁸.

El trabajo a tiempo parcial repercute en la carrera profesional y en el ámbito de la Seguridad Social tiene un tratamiento específico, por lo que al tratarse de una modalidad contractual que está muy vinculada al colectivo de jóvenes y mujeres, esta regulación afecta a un mayor número de mujeres que de hombres, por ese motivo la analizamos en este trabajo.

La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo³³⁹. No obstante, el menor tiempo de trabajo se ha traducido en carreras de cotización que dificultan el acceso a las prestaciones; si bien, esta disfuncionalidad que en materia de protección

³³⁷ Fuente: OCDE (2015) http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/otroestudiosoinformes/Pdf/Perspectivas_del_empleo_2015_-_OCDE.pdf

³³⁸ LÓPEZ LÓPEZ, M^a. T. y VALIÑO CASTRO, A. Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea, CES, Madrid 2004, p. 49

³³⁹ Art. 245.1 LGSS.

social evidenciaba el trabajo a tiempo parcial se ha tratado de mejorar en las últimas tendencias normativas, como tendremos ocasión de comprobar³⁴⁰.

Las reglas específicas relativas a la acción protectora de la Seguridad Social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial se contemplan en la Sección 1ª del Capítulo XVII del Título II de la LGSS y en el RD 1131/2002, de 31 de octubre. Estas reglas son aplicables a los trabajadores por cuenta ajena con contrato a tiempo parcial, de relevo y fijos discontinuos, comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General. También se aplican a los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social³⁴¹.

5.1. Cotización y cómputo de los periodos de cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial

La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquella será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias³⁴². Por lo que, un día trabajado a tiempo parcial no equivale a un día cotizado, y la cuantía de la base reguladora se calculará sobre unas bases de cotización de cuantía inferior al tratarse de trabajo a tiempo parcial.

Las reglas de Seguridad Social previstas para el acceso a las correspondientes prestaciones económicas para los trabajadores que, a lo largo de su vida laboral, acrediten periodos de cotización a tiempo parcial no han dejado de ser problemáticas desde su aparición³⁴³, pues todas las normas que, desde entonces, se han ido promulgando, han sido objeto de censura por parte de los órganos judiciales, al considerar que no protegían de forma adecuada a dichos trabajadores.

³⁴⁰ En este sentido, GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GOZÁLEZ, S. "El impacto de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar....", op. cit., pp. 162 y ss.

³⁴¹ Art. 245.2 LGSS.

³⁴² Art. 246 LGSS.

³⁴³ La Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social, de 1 de febrero de 1982, reguló de forma provisional, las reglas aplicables a la cotización y a la acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial.

La STC 61/2013, de 14 de marzo³⁴⁴, declaró inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la DA 7ª del derogado TRLGSS de 1994³⁴⁵, sobre cómputo y acreditación de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial, por entender que vulneraba el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La Ley 1/2014, de 28 de febrero³⁴⁶, modificó dicha DA y vino a integrar la laguna legislativa producida tras la anulación de la regla mencionada, flexibilizando el número de años requeridos para el acceso a las prestaciones, dando cumplimiento con ello a la sentencia del TC.

Conforme a la nueva regulación, ahora recogida en el art. 247 de la LGSS, para la determinación de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos en los que el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, al margen de la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

Para obtener el número de días que se considerarán efectivamente cotizados, a cada uno de estos períodos se le aplicará el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable.

Al número de días que resultan se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computable para el acceso a las prestaciones.

³⁴⁴ A la que se añaden las posteriores SSTC 71/2013, 72/2013 y 117/2013.

³⁴⁵ La norma declarada nula e inconstitucional por el TC establecía que para el cómputo y acreditación del período de cotización exigido para el acceso a la generalidad de las prestaciones (jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, y cuidado de menores) se computaban exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividía por 5, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales. Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a la regla anterior se le aplicaría el coeficiente multiplicador de 1,5.

³⁴⁶ Que recoge el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto.

b) A continuación se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la regla anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

Para el subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años; y para los subsidios por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido será el resultado de aplicar al período de carencia exigido con carácter general el coeficiente global de parcialidad.

En los supuestos en los que se exija además que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar este período específico, siendo el espacio temporal en el que deba estar comprendido, el establecido con carácter general para la prestación de que se trate.

La nueva normativa ha venido a favorecer la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, ajustando el período mínimo de cotización exigido con carácter general al porcentaje de jornada que ha tenido el trabajador durante el periodo de tiempo en el que se tiene que acreditar la carencia. Se flexibiliza así el número de años requeridos para acceder a las pensiones que precisan de período de carencia, pues tener el mínimo de años requerido para la pensión de que se trate dará derecho a la misma, con independencia del porcentaje de jornada laboral o coeficiente de parcialidad que se tenga. Antes de la reforma, era necesario haber cotizado el equivalente al periodo de carencia a jornada completa, lo que implicaba cotizar durante muchos más años a tiempo parcial para cumplirlo.

5.2. Determinación de la cuantía de las prestaciones económicas

Pasamos a señalar las particularidades que hay en la determinación de la base reguladora y en la cuantía de las prestaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

5.2.1. Base reguladora de las prestaciones

La determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas en los supuestos de trabajadores contratados a tiempo parcial se lleva a cabo de la forma siguiente:

- Incapacidad temporal:

La base reguladora diaria para el cálculo de la cuantía del subsidio por incapacidad temporal se determina mediante la división de las sumas de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última baja laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en tal período. El subsidio se abona durante los días naturales en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal³⁴⁷.

- Maternidad y paternidad

La base reguladora se obtendrá dividiendo entre 365 la suma de las bases de cotización del año anterior a la fecha del hecho causante. Si la antigüedad en la empresa fuera menor, la suma de las bases acreditadas en la empresa, dentro de ese período anual previo, se dividirá entre el número de días naturales a que dichas cotizaciones correspondan³⁴⁸.

- Riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural

La base reguladora diaria de la prestación por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo. De ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan efectivamente³⁴⁹.

- Cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave

La base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3

³⁴⁷ Art. 248.1 c) LGSS.

³⁴⁸ Art. 248.1.b) LGSS.

³⁴⁹ Art. 34.4 RD 295/2009.

meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho período. A dicha base se aplicará el porcentaje de reducción de jornada que corresponda. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendido en dicho período³⁵⁰.

- Pensiones derivadas de riesgo profesional

En los supuestos de contratos a tiempo parcial y de relevo, en que el trabajador no preste servicios todos los días o, prestándolos, su jornada de trabajo sea irregular o variable:

- El salario diario será el que resulte de dividir entre 7 ó 30 el semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas en el contrato para cada uno de esos períodos³⁵¹.
- La suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al del hecho causante se dividirá entre el número de horas efectivamente trabajadas en ese período. El resultado así obtenido se multiplicará por la cifra que resulte de aplicar a 1.826 el coeficiente de proporcionalidad existente entre la jornada habitual de la actividad de que se trate y la que se recoja en el contrato.

5.2.2. Porcentaje a aplicar sobre la base reguladora para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas

Se aplican los porcentajes establecidos con carácter general, si bien a efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de la aplicación del coeficiente de parcialidad, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial³⁵². La cuantía se determina conforme a la escala general³⁵³, con una excepción, cuando el interesado no acredite el período mínimo de cotización de 15 años, computando a tales efectos los días a tiempo completo y los días a

³⁵⁰ Art. 6.2 RD 1148/2011.

³⁵¹ En los supuestos de contratos fijos-discontinuos, el salario diario será el que resulte de dividir entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo período (art. 7.3 RD 1131/2002)

³⁵² Art. 248.3 LGSS.

³⁵³ Art. 210 y DT 9ª LGSS.

tiempo parcial incrementados estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje que se aplica a la base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

6. Conclusiones y propuestas

La menor participación de las mujeres en el mercado laboral, el menor tiempo de dedicación a un trabajo remunerado, el mayor uso de los trabajos temporales y a tiempo parcial, el mayor número de interrupciones en la trayectoria profesional por motivos familiares, y salarios inferiores que los hombres, son factores todos ellos que repercuten negativamente en la protección social de la mujer.

La dificultad para conciliar trabajo, familia y vida personal, unida al hecho de la distribución desigual de las responsabilidades domésticas y familiares tiene un impacto negativo para las mujeres en el marco de la Seguridad Social, y se hace especialmente visible en el caso de pensiones vitalicias, jubilación, que requieren de largos periodos de cotización.

No hay que olvidar que, nuestro sistema de Seguridad Social fue diseñado bajo un modelo social, donde las funciones familiares y laborales de hombres y mujeres respondían a patrones culturales significativamente distintos de los actuales. Además, al ser eminentemente contributivo, y estar financiado con cotizaciones que dependen del salario percibido, perpetúa las desigualdades salariales del mercado laboral³⁵⁴.

La mejor vía para facilitar una protección social equiparable entre ambos sexos comienza por la igualdad de oportunidades y la eliminación de cualquier discriminación salarial que pudiera producirse atendiendo, exclusivamente, a consideraciones de género; así como a un reparto más equilibrado de las cargas familiares entre los miembros de la unidad familiar.

La corresponsabilidad familiar exige una transformación jurídica y social en profundidad, implica un cambio cultural y de roles sociales³⁵⁵. Los derechos de conciliación son ejercitados principalmente por las mujeres, y aunque las medidas introducidas en el ordenamiento de la Seguridad Social

³⁵⁴ GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. Conciliación y Seguridad Social....., op. cit., pp. 14-15.

³⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA B.M. “La renovada tutela de la maternidad en el marco de los derechos de ...”, op. cit. pp. 25 y ss.

vienen a paliar los efectos adversos, no son suficientes, deben tener como destinatarios al conjunto de los sujetos implicados en términos de corresponsabilidad.

En este sentido, cabe destacar la prestación económica por paternidad, que más allá de la conciliación, persigue la corresponsabilidad en la asunción de las responsabilidades familiares, si bien, sería conveniente una mayor equiparación legal entre el permiso de maternidad y paternidad³⁵⁶.

En suma, la participación igualitaria de hombres y mujeres en el mercado de trabajo es vital para alcanzar la igualdad de hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

³⁵⁶ GARCÍA ROMERO, M^a. B. “Medidas de Seguridad Social...”, op. cit., pp. 133.