

Acciones positivas: instrumento para eliminar las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales

Affirmative actions: the instrument to eliminate the differences between women and men in the labour relations

Natividad Mendoza Navas¹

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar las acciones positivas como instrumento para eliminar las diferencias entre mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales. En concreto, se verá el marco legal a partir del cual se formaliza la utilización de las acciones positivas. Por otro lado, resulta de interés analizar cómo ha interpretado la jurisprudencia europea y nacional el uso de estas medidas. En último término, el estudio se completa con la exposición del desarrollo práctico de las acciones positivas, pues se explicará como se expresan las acciones positivas en la negociación colectiva, sectorial y de empresa, y en los planes de igualdad, en campos tales como acceso al empleo, contratación, promoción o formación.

Palabras clave

Acciones positivas, negociación colectiva, condiciones de trabajo.

Abstract

This research analyzes the affirmative actions as instrument to eliminate the differences between women and men in the labour relations. Concretely, the legislation and the case-law about affirmative actions will be studied. Also, it is included the practical development of the

¹ Natividad.MNavas@uclm.es. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social, Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha.

affirmative actions: access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

Keywords

Affirmative actions, collective bargaining, working conditions.

Introducción

La participación de la mujer en el mercado laboral se ha incrementado en las últimas décadas de manera significativa. No obstante, aunque se ha avanzado paulatinamente, y si bien es cierto que podemos hablar de un cambio notorio, que implica un aumento de la presencia mujer en el trabajo, dichos cambios no han erradicado las diferencias entre mujeres y hombres en este orden.

Y es que los avances no se desarrollan en paralelo entre ambos sexos y así lo revelan circunstancias tales como inferior la tasa de actividad de las mujeres, la segregación ocupacional, que potencia lo que comúnmente conocemos como “techo de cristal”, y que pone de manifiesto que el porcentaje de mujeres que ocupan puestos de responsabilidad o directivos es muy inferior con respecto al de los hombres, o la brecha salarial.

Así, las acciones positivas surgen para dar solución a estos desequilibrios entre mujeres y hombres, como una estrategia temporal destinada a remover los obstáculos que impiden que las mujeres puedan alcanzar una igualdad real de oportunidades en el terreno del trabajo.

De este modo, a lo largo de estas páginas se verá el tratamiento legislativo, jurisprudencial y convencional de las acciones positivas. Se estudiará el marco legal a partir del cual se formaliza la utilización de las acciones positivas como vehículo para equilibrar las diferencias existentes en el mundo laboral entre mujeres y hombres. Entre otros se hará referencia al Derecho Internacional, a partir de las previsiones del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y al Derecho Europeo que reconoce las acciones positivas por primera vez en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. En este sentido, también se expondrá cómo ha adoptado las

acciones positivas el Ordenamiento español a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por otro lado, al margen de los conceptos legales acerca de las acciones positivas, resulta de interés analizar cómo ha interpretado la jurisprudencia el uso de estas medidas. En este caso, se partirá de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea surgida a partir de los asuntos Kalanke y Marschall y de la aplicación de la cláusula de salvaguarda a la hora de asignar la preferencia a favor de las mujeres. En último término, la investigación se completa con la exposición del desarrollo práctico de las acciones positivas. Pues se explicará como se expresan las acciones positivas en la negociación colectiva, sectorial y de empresa, y en los planes de igualdad, en campos tales como acceso al empleo, contratación, promoción o formación.

1. Marco normativo

Las acciones positivas se reconocen en el ordenamiento jurídico internacional a partir del Convenio núm. 111, de 1958, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la discriminación (empleo y ocupación), pues el artículo 4 de esta norma acepta la posibilidad de adoptar medidas especiales para dar solución a las discriminaciones que puedan sufrir las personas por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural.

Más adelante, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, también hace referencia a las acciones positivas. Tomando como punto de partida el artículo 2.e) de la citada disposición que establece que los Estados se comprometen a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”, el artículo 4.1 de la Convención declara, con carácter general, que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación”. Además, la Convención de 1979 alude de manera especial a la maternidad al indicar su artículo 4.2 que no se estimará discriminatoria “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, (...) encaminadas a proteger la maternidad”.

En el ámbito comunitario las acciones positivas aparecen por primera vez en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de

igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo², que aborda la adopción de estas medidas en el ámbito laboral y en particular en relación con la protección del embarazo y de la maternidad. El artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE afirma que su aplicación no obstaculizará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, sobre todo en lo que concierne al embarazo y la maternidad, y el artículo 2.4 expresa que “se podrán adoptar 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”.

Sobre estas premisas, algunos documentos no vinculantes también se han pronunciado acerca de las acciones positivas. Por ejemplo, la Resolución del Consejo del 12 de julio de 1982 sobre promoción de la igualdad de oportunidades para las mujeres, la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres, la Carta Comunitaria sobre Derechos Sociales Fundamentales del 9 de diciembre de 1989 o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000.

La Resolución del Consejo del 12 de julio de 1982 sobre promoción de la igualdad de oportunidades para las mujeres³ entiende que “(...) conviene (...) intensificar la acción emprendida a nivel comunitario y nacional, en especial con el fin de promover la realización de la igualdad de oportunidades en la práctica mediante la adopción entre otras, de medidas positivas”⁴.

En esta línea, la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres⁵ sugiere a los Estados miembros que “adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las

² DO L 039 de 14 de febrero de 1976. Reformada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269 de 5 de octubre de 2002), ambas, a su vez, derogadas por 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 (refundición) (DOUE L 204/23 de 26 de junio de 2006).

³ DO C 186 de 21 de julio de 1982.

⁴ La norma se inspira en la Comunicación de la Comisión sobre un nuevo programa de acción de la Comunidad sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer (1982-1985), que se refiere al “cumplimiento de la igualdad de trato, mediante el refuerzo de los derechos individuales” y la “realización de la igualdad de oportunidades en la práctica, en particular, mediante programas de acción positiva”.

⁵ DO L 331 de 19 de diciembre de 1984.

políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de: a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad; b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos”.

En cuanto a los contenidos de las acciones positivas, se recomienda a los Estados que actúen de tal forma que las acciones positivas incluyan, en la medida de lo posible, actuaciones relacionadas con los siguientes aspectos:

- Información y sensibilización sobre la necesidad de promover la igualdad de oportunidades para las mujeres, en la vida profesional.
- Respeto de la dignidad de la mujer en el lugar de trabajo.
- Estudios y análisis cualitativos y cuantitativos relativos a la situación de las mujeres en el mercado del empleo.
- Diversificación de las opciones profesionales y mejor adecuación de las cualificaciones profesionales, especialmente a través de una formación profesional apropiada, incluida la aplicación de medidas de acompañamiento y de medios pedagógicos adaptados.
- Medidas necesarias para que los servicios de colocación, orientación y consulta dispongan de efectivos cualificados y en número suficiente, con el fin de ofrecer un servicio basado en la experiencia necesaria en lo que se refiere a los problemas particulares de la mujer desempleada.
- Estímulo de candidaturas, contratación y promoción de las mujeres en los sectores, profesiones y niveles en los que están infrarepresentadas, especialmente en los puestos de responsabilidad.
- Adaptación de las condiciones de trabajo, reordenación de la organización del trabajo y del tiempo de trabajo.
- Promoción de medidas de acompañamiento, por ejemplo, aquellas que tienden a favorecer una mejor distribución de las responsabilidades profesionales y sociales.
- Participación activa de las mujeres en los organismos de decisión, incluidos los que representan a los trabajadores, a los empresarios y a los independientes.

Además, la Recomendación insta a los Estados miembros para que “estimulen, en la medida de lo posible, a los interlocutores sociales para que promuevan acciones positivas en el seno de su propia organización y en el lugar de trabajo”.

Con respecto a la Carta Comunitaria sobre Derechos Sociales Fundamentales, del 9 de diciembre de 1989, señalar que su artículo 16 expresa la conveniencia de adoptar medidas encaminadas a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en relación con el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional, la evolución de las carreras profesionales y la conciliación de la vida laboral y familiar.

Por su lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, dice en su artículo 23 que “la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

El Tratado de Amsterdam da rango de Derecho originario a esta materia. El título XI del Tratado, sobre política social, educación, formación profesional y juventud, reconoce la discriminación positiva como excepción a la regla de igualdad de trato. La manifestación más clara de la discriminación positiva se regula en el artículo 141.4 del Tratado que afirma que "con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades o compensar desventajas en sus carreras profesionales"⁶.

Este concepto se ha retomado de nuevo en las Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de

⁶ Otros preceptos del Tratado sirven de apoyo a las prescripciones legales acerca de las acciones positivas. El artículo 3.2 ordena que el principio de transversalidad deberá impregnar la totalidad de actuaciones emprendidas por la Unión Europea, desde el momento en que ésta se fija como objetivo eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad. El artículo 13 dispone que, “sin perjuicio de las disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Por su parte, el artículo 137.1 prevé que “la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que se refiere a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”.

su origen racial o étnico⁷, cuyo artículo 5 establece que “con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁸, que en su artículo 7 declara que el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivos de religión o convicciones, de discapacidad⁹, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

En lo que concierne al derecho nacional, el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOI) 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. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido”.

Tomando como referencia esta disposición, la norma citada invita a las autoridades públicas competentes para que desarrollen las acciones positivas necesarias para rectificar las situaciones de desigualdad en diversos campos. El artículo 14.6 de la LOI plantea la adopción de medidas de acción positiva para hacer frente a las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género

También se aborda esta materia en campos tales como la producción y creación intelectual artística y cultural de las mujeres (artículo 26.2.f) LOI), la cooperación (artículo 32.3 LOI) o la formación en el empleo público (artículo 60 LOI).

⁷ DO L 180/22 de 19 de julio de 2000.

⁸ DO L 303/16 de 2 de diciembre de 2000.

⁹ De acuerdo con el artículo 7.2 de la Directiva 2000/78/CE, “por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

Las acciones positivas en las actividades de formación previstas en el ámbito público se desarrollan de la siguiente manera:

- Se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.
- Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquellas que reúnan los requisitos establecidos.

El apartado 2 del artículo 11 de la LOI afirma que las personas físicas y jurídicas privadas podrán igualmente adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la dicha norma. Así, en este orden, cabe mencionar el artículo 43 de la LOI que establece que “mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

La disposición adicional décimo primera (dos) de la LOI añade un apartado 4 al artículo 17 ET que dice que “la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate”.

Aunque no se hable explícitamente de acciones positivas, éstas también podrán acordarse al amparo del artículo 85.1 de la LOI. La disposición adicional décimo primera de la LOI (apartado diecisiete) incorpora un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 85, con la redacción siguiente:

“sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...)”. Esta norma no alude a las acciones positivas de manera expresa pero el mandato del artículo 85.1 ET admite la negociación de las mismas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

2. Las acciones positivas en la jurisprudencia

2.1. Las acciones positivas en la jurisprudencia Comunitaria

La jurisprudencia ha ido perfilando el alcance de las acciones positivas. En el ámbito comunitario cabe destacar las sentencias Kalanke y Marshall, porque en ellas se debate acerca de la legitimidad de las acciones positivas. En dichos asuntos, pese a su aparente analogía, la decisión alcanzada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) da lugar a resultados muy diferentes.

En la sentencia Kalanke¹⁰ el TJCE por primera vez se postula en relación a una medida de acción positiva. En ella, el señor Kalanke y la señora Glissman concurren para un puesto vacante de jefe de la sección del servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Bremen. La dirección del servicio propone al candidato masculino, mientras que el Comité de Conciliación propone a la señora Glissman atendiendo a la aplicación de las disposiciones de la ley del Land de Bremen, que da preferencia a las candidatas femeninas en los puestos de la Administración en los que las mujeres tuviesen menor representación (inferior al 50%), siempre que demostraran idéntica cualificación. El señor Kalanke impugnó la ley del Land de Bremen alegando que dicha ley, disponiendo de los mismos méritos que su competidora, le impide acceder al puesto de jefe del servicio de jardines. El TJCE consideró que la ley del Land de Bremen entraña una discriminación por razón de sexo, si establece que en una promoción las mujeres, que tienen la misma calificación que sus oponentes masculinos, gozan automáticamente de preferencia en los sectores en que estén infrarrepresentadas.

Se plantea si esta ley vulnera lo establecido por la normativa comunitaria vigente en el momento, es decir, la Directiva 76/207/CEE. El TJCE considera que la prioridad absoluta e incondicionada

¹⁰ STJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, caso Kalanke.

asegurada a las mujeres por la ley del Land de Bremen va más allá de la promoción de igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites establecidos por el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE. El TJCE sólo tiene en cuenta la perspectiva formal de la igualdad sin considerar el sexo como un elemento diferenciador, que sitúa a la mujer en una posición de desventaja con respecto al hombre. La decisión del TJCE hubiese sido adecuada de no haber existido una situación de discriminación social que afecta, como sucede en este caso, a la igualdad de oportunidades de la mujer.

La sentencia Marschall se encarga de corregir la controversia que despertó el fallo judicial comentado previamente¹¹. En esta sentencia se resuelve una situación similar a la acaecida en el asunto Kalanke. El señor Marschall, profesor de un colegio, intenta promocionar a una plaza de grado superior, siendo ésta otorgada a una candidata de sexo femenino que poseía la misma calificación, pues la ley del Land de Renania Nordrein-Westfalen, establece una preferencia en la promoción a favor de las mujeres en el nivel del correspondiente puesto profesional, siempre y cuando ambos candidatos presenten igualdad en aptitud, competencia y prestaciones profesionales y el sexo femenino se encuentre infrarrepresentado, salvo que concurriesen en la persona de un candidato motivos que inclinasen la balanza a su favor. Sin embargo, en esta ocasión el TJCE argumenta que la mentada norma no vulnera los artículos 2.1 y 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, ya que a pesar de las aparentes similitudes con el caso Kalanke, la ley del Land de Renania Nordrein-Westfalen contempla una “cláusula de apertura”, según la cual las mujeres no gozan de preferencia automática en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor. La ley tiene la finalidad precisa y limitada de adoptar medidas que a pesar de resultar aparentemente discriminatorias van destinadas a lograr la igualdad sustancial entre mujeres y hombres, y por ello se hallan en conformidad con los artículos 2.1 y 2.4 de Directiva 76/207/CEE.

Posteriormente, los asuntos Badeck y Abrahamsson dan solución a situaciones similares¹². En la sentencia relativa al caso Badeck el TJCE dilucidó si la Ley del Land de Hesse vulneraba la Directiva 76/207/CEE. Con esta Ley se pretendía luchar contra la infrarrepresentación de las mujeres en la función pública para cual se ordenaban las siguientes actuaciones: a) En los casos en los que la mujer se encuentre infrarrepresentada, a igualdad de cualificación entre un candidato y una candidata, las decisiones de selección deben favorecer a la candidata, siempre y cuando no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior. b) En las profesiones que requieren

¹¹ STJCE de 11 de noviembre de 1997, as. C.409/95, caso Marschall.

¹² Ver también STJCE de 30 de septiembre de 2004, as. C.319/03, caso Briheche.

una formación especializada en la que las mujeres están infrarrepresentadas, deben reservarse a éstas al menos la mitad de las plazas de formación profesional. c) En los sectores en los que la mujer este infrarrepresentada debe convocarse a la entrevista de presentación, como mínimo a un número igual de mujeres que de hombres, o bien a todas las candidatas que reúnan los requisitos legales o de otro tipo establecidos para ocupar el puesto a desempeñar. d) Los comités de selección han de tener una estructura equilibrada o paritaria entre las mujeres y los hombres.

Los demandantes entienden que esta ley es contraria a la Directiva 76/207/CEE, pues no establece la igualdad de trato al proporcionar ventajas al sexo infrarrepresentado. El TJCE considera que las acciones encaminadas a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en las que se encuentren infrarrepresentadas son compatibles con del Derecho comunitario. Y ello siempre y cuando no concedan de forma automática e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a las de los candidatos masculinos, y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva y sean tenidas en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

El caso Abrahamsson¹³ hace referencia a la convocatoria de una plaza de profesor de ciencias de la hidrosfera, publicada por la Universidad de Göteborg (Suecia), siendo seleccionada por el Rector de la Universidad una candidata femenina, capacitada para el puesto pero con méritos inferiores a los del Sr. Abrahamsson. Esta decisión fue adoptada al amparo del Reglamento sueco 1995/936, sobre determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación creados para promover la igualdad de oportunidades, y del plan de igualdad de la universidad de Göteborg, que contempla la elección del candidato que presente las aptitudes suficientes para desempeñar el puesto en cuestión y pertenezca al sexo infrarrepresentado, siempre y cuando no haya una notoria diferencia en las capacidades de los candidatos que suponga una vulneración de la exigencia de objetividad en la contratación.

El TJCE determina que dicho método de selección, que otorga preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que pese a contar con la cualificación necesaria, sus méritos son inferiores que los del candidato del sexo opuesto, no encuentra legitimidad en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, ni en el artículo 141.4 del Tratado de Amsterdam. El TJCE destaca que lo previsto por la normativa sueca, concretamente que “la diferencia entre los méritos de los

¹³ STJCE de 6 de julio de 2000, as. C-407/98, caso Abrahamsson.

candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos”, no está determinado de forma precisa, de manera que la selección de un candidato, siempre que posea capacitación suficiente, se basa en el mero hecho de pertenecer al sexo infrarrepresentado, sin llevarse a cabo un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos.

Por último, también interesa poner de relieve los resultados del asunto Lommers¹⁴. El litigio viene suscitado por el establecimiento, por parte del Ministerio Holandés de Agricultura, Patrimonio Natural y Pesca, de medidas orientadas a facilitar a las mujeres el desempeño de actividades profesionales. Se trata de la reserva de número de plazas de guardería. El Sr. Lommers, empleado del Ministerio, solicitó una plaza para su hijo la cual le fue denegada. El Ministerio argumentó que la disposición de reserva de plazas de guardería estaba prevista para el personal femenino, mientras que los hijos de los empleados masculinos sólo podrían acceder a ellas en caso de urgencia.

El TJCE argumenta que la preferencia establecida a favor del sexo femenino en la adjudicación de plazas de guardería, y que toma como base la Ley Holandesa relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres del 1 de marzo, de 1980, es una medida que, por un lado, se aplica en un sector en el que las mujeres se encuentran infrarrepresentadas y, por otro, que la reserva de plazas de guardería se enmarca en un concepto restringido de igualdad de oportunidades, no afectando a puestos de trabajo, sino al disfrute de ciertas condiciones laborales, orientadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional. El TJCE concluye que la preferencia al personal femenino de un determinado número de plazas de guardería adoptada por el Ministerio Holandés de Agricultura, Patrimonio Natural y Pesca no es contraria al artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE.

2.2. La posición del Tribunal Constitucional español

En el ámbito nacional, la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 128/87, 16 de julio, marca un punto de inflexión en la abundante doctrina del Alto Tribunal existente en esta materia. En esta sentencia se pone de manifiesto la legitimidad de las acciones positivas y la no vulneración del principio de igualdad amparado en el artículo 14 de la Constitución Española (CE). El caso hace referencia al régimen de prestaciones aplicado por el Instituto Nacional de la Salud en

¹⁴ STJCE de 19 de marzo de 2002, as. C-476/99, caso Lommers.

concepto de guardería. En este supuesto, todas las trabajadoras con hijos menores de 6 años que se encontraban trabajando al servicio del centro hospitalario, independientemente de su estado civil, percibían un complemento retributivo de 4.000 pesetas mensuales en concepto de guardería, mientras que los hombres con hijos de esa edad sólo percibían tal prestación si se encontraban en la situación viudedad. El TC negó la vulneración del principio de igualdad, alegando que el tratamiento diferente de situaciones distintas tendente a promover la igualdad real, puede justificarse en base a los artículos 1.1 y 9.2 de la CE. Además, advierte que el artículo 14 de la CE, en su primer inciso, viene a establecer una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contemplando la igualdad desde una perspectiva formal, tratando a ambos sexos con absoluta paridad en el ejercicio de sus derechos fundamentales. No obstante, la exigencia de paridad que determina la igualdad formal debe interpretarse en conformidad con el artículo 9.2 CE, cuya interpretación exige que la paridad en ocasiones deba ceder a favor de una desigualdad en el trato, siempre y cuando ésta sea objetivamente razonable y proporcional en aras de lograr una igualdad efectiva. En su segundo inciso, procede a hacer referencia a una serie de prohibiciones de discriminación por motivos específicos, entre los que se encuentran los relativos al sexo de las personas, representando una explícita prohibición del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posición de desventaja y contrarias a la dignidad de la persona que se reconoce en el artículo 10 de la CE¹⁵.

En la sentencia 269/1994, de 3 de octubre, el TC determina que la reserva de puestos de trabajo a favor de un colectivo que se encuentra sometido a grandes dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo, no da lugar a una conducta discriminatoria, sino que constituye un cumplimiento del mandato contemplado en el artículo 9.2 de la CE. Por consiguiente, no pueden calificarse como medidas discriminatorias a aquellas que pretenden promocionar la igualdad de oportunidades a las personas, así como a los colectivos en los que se integran, que se encuentran en una situación de desventaja con respecto al resto, dado que lo que se pretende es alcanzar una igualdad sustancial de aquellas personas que están en condiciones de partida desfavorables en muchas facetas de la vida. Estas medidas tampoco vulneran la consagración del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, ya que serán aplicadas en igualdad de méritos y competencias y en situación de infrarrepresentación.

¹⁵ Ver SSTC 166/1988, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero; 216/1991, de 14 de noviembre; 5/1992, de 16 de enero; 28/1992, de 9 de marzo; 229/1992, de 14 de diciembre; 3/1993, de 14 de enero; 109/1993, de 25 de marzo; 269/1994, de 3 de octubre; 16/1995, de 24 de enero.

Es importante que las acciones positivas no sean confundidas con las medidas “falsamente protectoras”. Un ejemplo de medida “falsamente protectora” lo encontramos en la sentencia 38/1986, de 21 de marzo, donde el TC declaró inconstitucional una regulación del descanso nocturno de las trabajadoras, contemplado en el artículo 2 del Decreto-ley de 15 de agosto de 1927, en el que se establecía a favor de la mujer un descanso nocturno mínimo y continuo de doce horas, por fundamentarse “en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva”.

En la sentencia 317/1994, de 28 de noviembre, el TC desestima el recurso de amparo referente a la aplicación de una norma surgida en el periodo preconstitucional, que otorgaba el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo debido a matrimonio. La norma tenía por objeto incentivar el cese laboral de la mujer casada, siendo esta medida declarada por el TC como una medida discriminatoria. Sin embargo, lo reseñable de esta sentencia no es el caso en cuestión, sino la aportación por parte del TC de dos criterios generales para distinguir las medidas “falsamente protectoras” de las acciones positivas:

- a) “Que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato, es decir, que no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.
- b) Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados”.

3. Las acciones positivas en la negociación colectiva y en los planes de igualdad

Las acciones positivas en las relaciones de trabajo se adoptan en el marco de la negociación colectiva y en los planes de igualdad. En general, aunque las acciones positivas pueden abarcar diferentes campos de la relación laboral podemos ver tales cláusulas en acceso al empleo, contratación, formación y promoción.

3.1. Acceso al empleo y selección de personal

En materia de selección de personal las acciones positivas tienen por objeto fomentar el empleo de las mujeres o, en su caso, del sexo menos representado.

Con respecto a las acciones positivas que pretenden promocionar el empleo de las mujeres, se pueden distinguir dos tendencias. Por un lado, acciones positivas generales, que promueven el acceso al empleo de las mujeres y, por otro lado, acciones positivas orientadas a dar ocupación a las mujeres en puestos de trabajo o categorías en las que estén subrepresentadas.

Entre las acciones positivas de acceso al empleo de carácter general citar las previsiones contenidas en el plan de igualdad de Ediciones El País que dispone que para conseguir una presencia equilibrada de mujeres y hombres en la organización de la empresa, el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres se aplicará desde el momento del acceso al empleo. A tales efectos, el plan de igualdad de Ediciones El País propone que en los procesos de selección y contratación se seguirán procedimientos y políticas de carácter objetivo basadas en principios de mérito, capacidad y de adecuación al puesto, con ausencia de toda discriminación basada en el sexo. Para ello, las ofertas de empleo no utilizarán lenguaje sexista, y se basarán en la información ajustada a las características objetivas del puesto y exigencias y condiciones del mismo, y las entrevistas de selección se limitarán a aspectos relativos a la cualificación, capacitación y, en su caso, experiencia requerida para el puesto a cubrir. Unido a esto, como acción positiva se plantea que durante los años de vigencia del convenio colectivo de la empresa, en igualdad de condiciones de idoneidad, el 50% de las personas contratadas serán mujeres, para tratar de corregir los desequilibrios detectados en las distintas áreas de la empresa¹⁶.

Por su parte, los planes de igualdad de Logifruit y de Alcatel Lucent España se ocupan del empleo de las mujeres en los puestos en los que estén subrepresentadas.

El primero de ellos, el plan de igualdad de Logifruit, entre sus objetivos apunta “conseguir una representación equilibrada de la mujer en el ámbito de la empresa, facilitando el acceso de la misma, tras los procesos de selección”, y “promover y mejorar las posibilidades de acceso de la mujer a puestos de responsabilidad, contribuyendo a reducir desigualdades y desequilibrios que, aún siendo de origen cultural, social o familiar, pudieran darse en el seno de la empresa. Por esto, de acuerdo con tales objetivos, el plan de Logifruit trata de establecer acciones positivas para la selección de las mujeres en los puestos en los que están infrarrepresentadas¹⁷.

¹⁶ Apartado 2, Anexo IV.

¹⁷ Apartado 7.1.d), Anexo II.

Entre los objetivos en materia de selección y contratación de Alcatel Lucent España¹⁸ se encuentra “ampliar la participación de las mujeres en aquellos puestos en los que se encuentren infrarepresentadas”, de ahí que las medidas concretas al respecto recogidas en el plan de igualdad de Alcatel Lucent España supongan “incluir medidas de acción positiva a favor de las mujeres en las convocatorias de empleo dirigidas a cubrir puestos o categorías profesionales en las que se encuentren infrarepresentadas”.

La presencia de mujeres en puestos en los que están infrarepresentadas¹⁹ coincide, en algunos casos, con la necesidad de promover la presencia de mujeres en puestos de trabajo masculinizados²⁰ o en puestos de responsabilidad de las empresas²¹. Los planes de igualdad de Acciona Facility Services y Endesa disponen que se firmarán “acuerdos con Universidades para favorecer la captación preferencial de candidatas con talento y potencial para posiciones o niveles con infrarepresentación femenina que permitan cubrir puestos de responsabilidad de manera progresiva”²². El plan de Aqualia propone colaborar con organismos de formación para que formen mujeres que posteriormente puedan acceder y ocupen puestos de trabajo masculinizados y dar publicidad a los acuerdos de formación que se alcancen al respecto²³.

Los planes de Aqualia²⁴, ICSE²⁵, Groupama²⁶, EMULSA²⁷, Cajasol²⁸ y Repsol²⁹ también se pronuncian en este sentido aunque con acciones positivas indirectas, ya que no se dirigen expresamente a las mujeres sino al sexo menos representado, dado que explican que incorporarán cláusulas de acción positiva para que, en caso de igualdad de puntuación, méritos y condiciones, se contrate a la persona cuyo género esté subrepresentado en el puesto de trabajo ofertado.

Las acciones positivas contenidas en el convenio colectivo de Comercial Mercedes-Benz únicamente pueden favorecer el empleo de las mujeres de manera indirecta. Y es que el convenio

¹⁸ Apartado 3.1.

¹⁹ Artículo 38.1.b) (Endesa); Capítulo 3 (área de selección) (Mahou) Apartado 4.1.3. (Reale Seguros).

²⁰ Artículo 133.1.c) (ALF); artículo 38.1.b) (Endesa).

²¹ Apartado III.I.2.1. (Aqualia), Apartado sexto 1 (Atlas España), Artículo 38.1.d) (Endesa). Apartado 2.1. Accion 5 (Henkel).

²² En el caso de Acciona Facility services esta medida se completa con las acciones que derivan de la campaña de sensibilización en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres, que se ha denominado "Creemos en la Igualdad". Artículo 38.1.b).1. (Endesa).

²³ Apartado III.I.2.2.

²⁴ Apartado III.I.2.1.

²⁵ Apartado 7.1.5.

²⁶ Apartado 5.1.1.

²⁷ Apartado 7.2.

²⁸ Artículo 133.2.

²⁹ Artículo 11.

establece que “tendrán preferencia quienes, habiendo tenido un contrato temporal que se haya desarrollado satisfactoriamente, se encuentren en situación de paro” y que “en la selección del personal de nuevo ingreso, se dará preferencia en igualdad de condiciones de conocimiento e idoneidad para el puesto, al personal que lleve seis o más meses en el paro, o bien sea su primer empleo. Es decir, que esta medida beneficiará a las mujeres si ellas han tenido previamente un contrato temporal en Comercial Mercedes-Benz o si, en su caso, llevan seis meses o más desempleadas o es su primer trabajo³⁰”.

3.2. Contratación

Los planes de igualdad y los convenios colectivos no se detienen en la regulación de medidas específicas de contratación. Las medidas de contratación que se ven en los planes de igualdad y en los convenios colectivos son las relativas a acceso y selección, pues se denominan acciones de contratación a las disposiciones que abordan el acceso a la empresa. Sin embargo, algunos planes de igualdad, como los de ENSA o EMULSA, si aportan algunos detalles al respecto.

El plan de igualdad de EMULSA describe algunas medidas destinadas a equilibrar los porcentajes de empleo fijo y temporal de esta empresa. En primer lugar, con carácter general, el plan citado prevé incrementar la presencia de mujeres en la plantilla de personal fijo de la empresa hasta alcanzar progresivamente un mínimo del 40%³¹. En segundo término, en relación a la bolsa de empleo temporal de la sección de peonaje, el plan de EMULSA especifica que la cuota de acceso a la misma será del 50% para mujeres y hombres. En este caso, en los procesos de conversión de contratos temporales de peones y peonas en indefinidos, se tendrán en cuenta las medidas de acción positivas necesarias para lograr el cumplimiento de los objetivos mencionados³².

En ENSA se estipulan porcentajes de conversión de contratos temporales en fijos, teniendo en cuenta el sexo de quienes se benefician de esta conversión para atajar la desigualdad entre hombres y mujeres en la estabilidad laboral³³.

³⁰ Artículo 7.

³¹ Apartado 7.

³² Apartado 7.2.

³³ Selección y contratación, 8.

3.3. Formación

Es frecuente que la negociación colectiva y los planes de igualdad incorporen medidas de acción positiva en materia de formación. En este caso se pueden distinguir las siguientes tendencias: acciones formativas dirigidas a las mujeres para promover su formación en general o para favorecer el acceso de las mismas a puestos en los que están infrarepresentadas, y acciones formativas que favorecen indirectamente a las mujeres.

Por ejemplo, se encuentran acciones positivas que fomentan la formación de las mujeres en general en los convenios colectivos de química y de servicios de prevención ajenos.

El convenio colectivo de química determina que “se garantizará el principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación de trabajadores con mayor dificultad de acceso a la misma. En virtud de ello, las acciones de formación podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos (entre otros, jóvenes, inmigrantes, discapacitados, trabajadoras y trabajadores con contrato temporal, víctimas de violencia de género)”³⁴. El convenio colectivo de servicios de prevención ajenos dice que con el objeto de favorecer la profesionalización y mejora permanente de la formación continua en las empresas de servicios de prevención ajenos se dará prioridad formativa a los colectivos más desfavorecidos (mujeres, jóvenes, discapacitados, mayores de 45 años, inmigrantes, trabajadores no cualificados, etc.), para facilitar su integración laboral en el sector³⁵.

Los planes de igualdad de Ediciones el País y de Alcatel Lucent España se ocupan de las acciones formativas de las mujeres para facilitar su acceso a puestos en los que se hayan subrepresentadas. El plan de igualdad de Ediciones El País señala que “se promoverán acciones formativas tendentes al desarrollo de habilidades y competencias, sin distinción de género. En concreto, se llevarán a cabo actividades formativas dirigidas a mujeres para potenciar el acceso de mujeres a aquellas áreas, niveles o funciones en que estén menos representadas”³⁶. El plan de igualdad de Alcatel Lucent España habla de dar formación específica a las mujeres que permitan el acceso a puestos de mayor responsabilidad o a funciones donde se hallen infrarepresentadas, como programas de desarrollo directivo, mentoring y coaching³⁷.

³⁴ Artículo 81.

³⁵ Artículo 81.

³⁶ Apartado 3, Anexo IV.

³⁷ Apartado 3.2.2.

También cabe poner de manifiesto otras acciones positivas en materia de formación que promocionan indirectamente la formación de las mujeres pues van dirigidas a personas que se integran al trabajo después de largas ausencias al trabajo. Es el caso del convenio colectivo de oficinas de farmacia que determina que la formación profesional en el sector farmacéutico se orientará, en concreto, a facilitar el reciclaje profesional del personal que se reintegra al puesto de trabajo tras los períodos de excedencia, bajas de larga duración, etc³⁸.

3.4. Promoción profesional

Los planes de igualdad suelen declarar la necesidad de poner en práctica medidas para “favorecer la promoción de las mujeres a todas las categorías y funciones en las que se encuentren infrarepresentadas”. Es el caso de los planes de igualdad de Alcatel Lucent España³⁹, Banco Popular⁴⁰, Mahou⁴¹, Reale⁴² o Aqualia⁴³.

Los planes de ENSA⁴⁴, EMULSA y Ferrovial⁴⁵ contienen medidas de acción positiva para la promoción profesional aunque no se dirigen expresamente a las mujeres porque, a igualdad de méritos y capacidad, tendrán preferencia las personas del sexo menos representado⁴⁶.

Los puestos en los que las mujeres están subrepresentadas se corresponden, en gran medida, con niveles de responsabilidad de ahí que los planes de igualdad aborden la infrarepresentación de las mujeres en las empresas desde esta perspectiva. Entre ellos los planes de igualdad de Alcatel Lucent España⁴⁷, Cajasol⁴⁸ o Reale⁴⁹ que garantizan la igualdad de trato y de oportunidades en el desarrollo profesional de mujeres y hombres y proponen reducir los desequilibrios en las plantillas de empresas, aun cuando éstos tengan su origen en causas de tipo cultural, social o familiar, “promoviendo y mejorando las posibilidades de acceso de la mujer a puestos de responsabilidad”.

³⁸ Artículo 55.12.

³⁹ Apartado 3.3.1.

⁴⁰ Promoción.

⁴¹ Capítulo 3.

⁴² Apartado 4.IV.2.

⁴³ Apartado III.III.1.3.

⁴⁴ Clasificación y promoción profesional, 1.

⁴⁵ Cláusula cuarta. 4.2.D).

⁴⁶ Apartado 7.2.

⁴⁷ Apartado 3.3.2.

⁴⁸ Artículo 132.

⁴⁹ Apartado 4.IV.2.

Bibliografía

Acuerdo Laboral para la Fusión entre Caja San Fernando y El Monte (ALF) (<http://www.comfia.net/archivos/ALF.pdf>) (revisado: 14 de junio de 2013).

Convenio colectivo de Ediciones El país (BOE de 3 de febrero de 2012).

Convenio colectivo de Logifruit (BOE de 26 de febrero de 2013).

I convenio colectivo de Servicios de Prevención Ajenos (BOE de 11 de septiembre de 2008).

III convenio colectivo marco de Endesa (BOE de 26 de junio de 2008).

IV convenio colectivo de Comercial Mercedes-Benz (BOE de 6 de enero de 2009).

Plan de igualdad de Alcatel Lucent España, (http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc22503_Plan_de_Igualdad_de_Alcatel-Lucent_Espana,_S.A..pdf) (revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de Acciona Facility services (http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc15339_Plan_de_Igualdad_de_Acciona_Facility_Services.pdf) (revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de Aqualia Gestión Integral del Agua, (http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc18016_Plan_de_Igualdad_Aqualia_Gestion_Integral_de_Agua_S.A..pdf) (revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de Banco Popular (<http://www.comfia.net/archivos/popular/PlanIgualdadGBP2008.pdf>) (revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de EMULSA (BO Principado de Asturias de 2 de marzo de 2009).

Plan de igualdad de ENSA (BOE de 3 de octubre de 2008).

Plan de igualdad de Ferrovia
([http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc15341 Acuerdo Marco de negociacion e implantacion de los planes de igualdad del Grupo Ferrovia - Division de Construccion .pdf](http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc15341_Acuerdo_Marco_de_negociacion_e_implantacion_de_los_planes_de_igualdad_del_Grupo_Ferrovia_-_Division_de_Construccion_.pdf))
(revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de Groupama
(http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc15359_Plan_de_Igualdad_de_Groupama_Seguros_y_Reaseguros,_S.A..pdf) (revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de ICSE (<http://ftpicse.icse.es/icse/plan-de-igualdad-ICSE.pdf>) (revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de Mahou
(http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc33105_Plan_de_Igualdad_2009-2012_Cervezas_Mahou.pdf) (revisado: 14 de junio de 2013).

Plan de igualdad de Reale Seguros
(http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc33100_Plan_de_Igualdad_de_Reale_Seguros_SA.pdf) (revisado: 14 de junio de 2013).

V Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE de 30 de junio de 2009).

XVII convenio colectivo general de la Industria Química (BOE de 9 de marzo de 2013).

XXIII convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE de 24 de enero de 2011).