

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Coordinadora de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:

Alicia Fernández-Peinado Martínez

Profesora Contratada Doctora
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante, España

ÍNDICE

Alicia Fernández-Peinado Martínez, *Introducción al número por parte de la Coordinadora*..... **1**

Artículos

Vanessa Cordero Gordillo, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo*..... **5**

Alicia Fernández-Peinado Martínez y Miguel Basterra Hernández, *Principales actuaciones en materia de no discriminación por razón de sexo en las empresas con el distintivo “igualdad en la empresa”. Puntos críticos y propuestas de mejora*..... **27**

Miguel Basterra Hernández, *La competencia judicial internacional en el caso de los trabajadores aéreos: los ecos Ryanair en España* **74**

Eduardo Enrique Taléns Visconti, *El ejercicio del derecho de opción en los despidos declarados improcedentes por parte del Fondo de Garantía Salarial*..... **86**

Carlos Reynoso Castillo, *Hacia una nueva justicia laboral en México*..... **99**

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, *Autonomía negocial de los trabajadores llamados hipersuficientes en el derecho brasileño*..... **126**

Reseñas Bibliográficas

Mari Carmen Aranda Martínez, *Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial, por Miguel Basterra Hernández. Una reseña*..... **142**

Rubén Parres Miralles, *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo, por María Amparo Ballester Pastor*..... **150**

Introducción al número por parte de la Coordinadora

El presente número 3 (volumen 7) de 2019 es una muestra más del buen hacer que caracteriza esta publicación. En efecto, aunque de factura reciente, la revista ADAPT se ha hecho un hueco en el mundo de las relaciones laborales y el derecho del empleo, como demuestra la gran calidad de los colaboradores que han participado durante este tiempo en la publicación. Por ello, para mí resulta especialmente satisfactorio haber asumido la coordinación del número que ahora presento. Y es que, en mi opinión, el contenido de este número hace honor a la trayectoria descrita, puesto que se trata de un conjunto de estudios científicos que abordan materias de naturaleza jurídica de gran interés tanto por la actualidad de la temática tratada como por la calidad de la pluma de sus autores.

En este sentido, es indudable que la lucha contra la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo es uno de los objetivos que informan las políticas legislativas de los países de nuestro entorno. Ejemplo paradigmático de ello es el caso de España, país que, en los últimos años, ha realizado importantes esfuerzos en esta materia. Así, recientemente ha promulgado el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, siendo una de sus principales aportaciones el reconocimiento a ambos progenitores de un permiso por nacimiento y cuidado del menor de contenido simétrico con la finalidad de fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares.

Y precisamente sobre el régimen jurídico de este permiso trata el primer e interesantísimo artículo titulado *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo* de la Prof^a. Vanessa Cordero Gordillo (de la Universidad de Valencia). En dicho estudio se analizan las novedades que

ha supuesto la creación de este permiso, que sustituye a los tradicionales permisos por maternidad y paternidad, mediante una valoración crítica de la nueva regulación. Llegando incluso a formular una serie de propuestas de mejora cuya aplicación, a juicio de la autora, redundaría en una mayor garantía para la consecución de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares.

En esta misma línea, la lucha contra la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, se incardina el siguiente estudio titulado *Principales actuaciones en materia de no discriminación por razón de sexo en las empresas con el distintivo igualdad en la empresa. Puntos críticos y propuestas de mejora* de los Profesores Alicia Fernández-Peinado Martínez y Miguel Basterra Hernández (Universidad de Alicante), fruto de un proyecto de investigación desarrollado por los autores en los últimos años. La investigación parte de la premisa de que los planes de igualdad constituyen una herramienta fundamental para la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres, por lo que resulta fundamenta su estudio y análisis. Ahora bien, en su elaboración solo han sido objeto de análisis los planes de igualdad de las empresas que han obtenido el distintivo “igualdad en la empresa”, aproximadamente 148 empresas, ya que no se trata de obtener una suerte de guía de buenas prácticas que sirva de ejemplo a otras empresas. El objetivo es más ambicioso, ya que necesariamente se reflexionará sobre la efectividad de las mismas.

Cambiando de tercio, en el siguiente artículo titulado *La competencia judicial internacional en el caso de los trabajadores aéreos: los ecos Ryanair en España* y firmado Prof. Miguel Basterra Hernández (Universidad de Alicante) se dilucida a qué órgano jurisdicción le corresponde la competencia en materia de contrato de trabajo en el ámbito de los trabajadores aéreos. Para ello, lleva a cabo una exhaustiva revisión de la jurisprudencia española y de la Unión Europea más reciente. Obviamente, en un mundo globalizado, la existencia de relaciones laborales que presentan un elemento de internacionalidad es cada vez mayor, por lo que sin duda este artículo constituye una perfecta oportunidad para revisar la jurisprudencia relativa a la determinación del foro competente.

De innegable interés es el artículo elaborado por el Prof. Eduardo Taléns Visconti (Universidad de Valencia) titulado *El ejercicio del derecho de opción en los despidos declarados improcedentes por parte del Fondo de Garantía Salarial*. Como se sabe, el FOGASA (Fondo de Garantía Salarial) juega un papel fundamental en la protección de la retribución del trabajador. Por ello, conocer los supuestos y el alcance de las actuaciones que pueda llevar a cabo el FOGASA resulta fundamental para que la tutela ofrecida sea eficaz.

Pues bien, en este ámbito, recientemente se ha generado un interesante debate jurisprudencial en torno a la posibilidad de que el FOGASA pueda ejercitar, en el supuesto de un despido declarado improcedente, el derecho de opción entre la readmisión y la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Así, el autor analiza con gran detalle y sentido crítico las diferentes líneas jurisprudenciales que se han desarrollado sobre esta materia.

Como el lector habrá apreciado, hasta ahora el contenido de este número se ha centrado en el ordenamiento jurídico español. No obstante, dado el carácter internacional de la publicación, el número se completa con dos destacables aportaciones que dejan constancia de relevantes novedades experimentadas en el ámbito del Derecho del Trabajo en los ordenamientos jurídicos brasileño y mexicano.

En primer lugar, el Prof. Carlos Reynoso Castillo (Universidad Autónoma Metropolitana) en su artículo titulado *Hacia una nueva justicia laboral en México* nos hace partícipes de la profunda reforma que recientemente ha experimentado el modelo de impartición de justicia en el ámbito de las relaciones laborales en México. Tras una breve introducción en la que esboza a grandes rasgos, pero con el debido rigor, el modelo de justicia laboral vigente durante prácticamente un siglo, describe la evolución que éste ha experimentado, plasmando sus principales rasgos configuradores y dejando constancia de los desafíos a los que deberá de enfrentarse en su desarrollo y aplicación el legislador mexicano.

Por su parte, el Prof. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (de la Fundación Getúlio Vargas) en su artículo *Autonomía negocial de los trabajadores llamados hipersuficientes en el derecho brasileño* nos da cuenta de un novedoso cambio legislativo operado en el ordenamiento jurídico brasileño y que ha supuesto conceder a los trabajadores que son catalogados como hipersuficientes y a sus empleadores capacidad para fijar las condiciones de trabajo al margen de las normas estatales y convencionales. Para ello el autor, en primer lugar, trata de delimitar el origen y alcance de la categoría de trabajador hipersuficiente, para, en segundo lugar, pasar a analizar las nuevas reglas que disciplinan la negociación individual entre este tipo de trabajador y el empresario, tratando del delimitar el alcance y efectos de la mayor autonomía contractual que se les reconoce.

El presente número cierra con dos reseñas bibliográficas. La primera sobre el libro *Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial* del Prof. Miguel Basterra Hernández y a cargo de la Prof^a. María Carmen Aranda Martínez (de la Universidad de Alicante). La segunda del libro de María Amparo Ballester Pastor, *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha*

salaries and inequalities of gender in the labor market, realizada por el Doctorando de la Universidad de Alicante Rubén Parres Miralles.

Alicia Fernández-Peinado Martínez
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Alicante (España)

La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo

Vanessa CORDERO GORDILLO*

RESUMEN: Transcurridos más de diez años desde la regulación del permiso de paternidad, el RDL 6/2019 ha introducido, como una de las medidas más novedosas, la equiparación en la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de ambos progenitores, cuya finalidad es fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares. Con esta premisa, el presente trabajo tiene por objeto analizar las modificaciones introducidas en esta materia y efectuar una valoración crítica de la nueva regulación. Aunque la reforma debe ser valorada de manera positiva, pues constituye un paso adelante hacia el logro de un reparto equilibrado de las tareas de cuidado de hijos, se formulan algunas propuestas de mejora que, a mi juicio, contribuirían en mayor medida a la consecución de este objetivo.

Palabras clave: Conciliación, corresponsabilidad, igualdad de género, suspensión del contrato de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La suspensión por nacimiento de hijos. 2.1. Para la madre biológica. 2.2. Para el progenitor distinto de la madre biológica. 3. La suspensión por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. 4. Reflexiones finales. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València.

The suspension of the employment contract because of childbirth, adoption, guardianship aimed to adoption and foster care after the RDL 6/2019, 1st March

ABSTRACT: After more than ten years since the regulation of paternity leave, the RDL 6/2019 has introduced, as one of the newest measures, the equalization of the length of childbirth, adoption, guardianship aimed to adoption and foster care leaves of both parents, whose objective is to promote equal sharing of childcare responsibilities between women and men. With this premise, the aim of this paper is to analyse the changes introduced in this field and make a critical assessment of the new regulation. Although the reform has to be assessed in a positive way, as it constitutes a step forward the achievement of equal sharing of childcare tasks, I will make some proposals that, in my opinion, may contribute to achieve this target to a greater extent.

Key Words: Work-life balance, equal sharing of responsibilities, gender equality, suspension of the employment contract.

1. Introducción

El RDL 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha introducido diversas medidas de relevancia en aras de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades, si bien, entre ellas, sin duda la medida “estrella” y de la que más se han hecho eco los medios de comunicación, es la equiparación de la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, lo cual se hace extensivo también a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. En definitiva, con esta norma, el anteriormente denominado permiso o suspensión por paternidad pasa a tener una duración de dieciséis semanas, ampliación que, en todo caso, se aplica de manera progresiva, alcanzando la plena equiparación a partir del 1 de enero de 2021.

La finalidad última de esta equiparación es la promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares, evitando que el ejercicio de los derechos vinculados al cuidado de menores acabe perjudicando en mayor medida a las mujeres en sus carreras profesionales. En efecto, fundamentalmente desde la aprobación de la ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, el principio de corresponsabilidad ha pretendido inspirar la adopción de medidas dirigidas a la conciliación trabajo-familia. Esta norma en concreto amplió los derechos de conciliación y los supuestos en los que su ejercicio podía ser asumido por los hombres¹, promoviendo así su disfrute indistinto, bien que con escaso éxito, pues han continuado siendo las mujeres quienes, mayoritariamente, ejercitan tales derechos.

No fue hasta la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante LOI), cuando se introdujo un permiso individual y exclusivo y, por ende, intransferible, para el padre² tanto para los casos de paternidad biológica como para los de adopción y acogimiento, con una duración en principio modesta, de trece días, que, tras muchos avatares, posteriormente se amplió hasta las cuatro semanas y, finalmente, hasta las cinco semanas en julio del pasado año.

¹ J. CABEZA PEREIRO, *Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, en *Documentación Laboral*, 2000, n. 61, 27-28.

² Ello sin perjuicio de que pudiera ser disfrutado también por mujeres en los supuestos de parejas del mismo sexo o en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

Esta apuesta por el fomento de la corresponsabilidad también puede observarse en el ámbito del Derecho Comunitario. Así, a nivel de Derecho derivado son varias las Directivas que a partir de los años noventa han abordado la conciliación de la vida familiar y laboral. Al margen 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, más enfocada a la protección de la maternidad, cabe destacar particularmente la 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, que ha sido revisada por 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, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

Las Directivas sobre permiso parental tienen como objetivo promover la conciliación de las responsabilidades profesionales y las familiares y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral a través, como medida principal, del reconocimiento de un permiso parental a los trabajadores, hombres y mujeres, con motivo del nacimiento o adopción de un hijo. En este sentido, las principales novedades que incorpora el segundo Acuerdo son la ampliación de la duración mínima del permiso de tres a cuatro meses y la declaración como intransferible de al menos uno de estos cuatro meses, para fomentar un uso más igualitario del mismo. De hecho, el considerando 12 del Acuerdo Marco revisado reconoce que las medidas adoptadas para animar a los hombres a participar en condiciones de igualdad en la asunción de responsabilidades familiares no han dado los resultados esperados, y en el considerando 16 se afirma que otorgar carácter intransferible a una parte del permiso puede servir como incentivo para que los padres lo utilicen.

Un paso más en esta dirección puede producirse en breve en caso de aprobarse la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, presentada el 26 de abril de 2017³, la cual incorpora un permiso de paternidad de un mínimo de diez días laborables

³ *Vid.* igualmente la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, la cual ha introducido algunas modificaciones respecto a la versión inicial.

de duración, remunerado, al menos, al nivel de la baja por enfermedad⁴. Según la Comisión Europea, «la introducción de un derecho de este tipo podría tener un impacto destacable en el reparto de las responsabilidades familiares entre las mujeres y los hombres» añadiendo que «los padres que toman permisos de paternidad después del nacimiento de un niño tienen mayores probabilidades de contribuir a la cría de su hijo y de acogerse posteriormente a sus derechos a disfrutar de un permiso parental»⁵. Ciertamente, resulta difícil pensar que un permiso de duración tan escasa pueda contribuir claramente al fomento de la corresponsabilidad⁶, pero al menos podría constituir un primer avance en aquellos países que todavía no tienen instaurados permisos de este tipo. Obviamente, su impacto en el ordenamiento jurídico español sería nulo por cuanto nuestra legislación mejora de manera sustancial lo dispuesto en la propuesta.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional declaró recientemente que la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad no viene exigida por imperativo constitucional, en concreto, por el principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el art. 14 CE, atendiendo a la distinta finalidad de ambos permisos. En cuanto al primero, argumentó que su finalidad primordial es la protección de la salud de la mujer trabajadora, de tal manera que estaría íntimamente relacionada con la condición femenina de su titular. Asimismo, añade otra finalidad consistente en «la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones». Por su parte, el permiso de paternidad obedecería, según el Tribunal, a una finalidad diferente cual es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de mujeres y hombres, contribuyendo así a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el

⁴ Como señala M.A. BALLESTER PASTOR, *La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017*, en *Lan Harremanak*, 2017, n. 38, 76, la introducción de un permiso de paternidad se contempló en la reforma de la Directiva 92/85/CEE pero no llegó a prosperar.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*, COM(2017)252 final.

⁶ En este sentido, para M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, 77, serían necesarios permisos de paternidad más largos para consolidar el reparto de responsabilidades dentro de las familias y vencer los prejuicios empresariales. En el mismo sentido, M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 214, 6 (versión electrónica).

cuidado de los hijos. Junto a lo anterior aduce que, mientras el establecimiento del permiso de maternidad viene exigido por diversas normas internacionales y comunitarias, no ocurre lo mismo con el permiso de paternidad⁷.

Partiendo de estas premisas, el presente trabajo tiene por objeto analizar las novedades introducidas por el RDL 6/2019 en la ahora llamada suspensión del contrato por nacimiento de hijo o hija, así como en la suspensión por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, y efectuar una valoración crítica de la nueva regulación, señalando las luces y las sombras que, a mi juicio, presenta.

2. La suspensión por nacimiento de hijos

El art. 2.12 del RDL 6/2019 modifica, entre otros, el apartado 4 del art. 48 ET el cual pasa a regular conjuntamente el permiso por nacimiento de hijo o hija tanto para la madre biológica como para el progenitor distinto de la madre biológica. De este modo, lo primero que cabe destacar respecto a la nueva regulación es que la norma pasa a emplear una terminología neutra al emplear el término nacimiento, abandonando así los de maternidad y paternidad, lo que se refleja también en otros preceptos del ET, tales como el art. 45.1.d), el art. 53.4 apartados a) y c) o el art. 55.5 apartados a) y c). Igualmente, la normativa de Seguridad Social sustituye las expresiones “prestación por maternidad” y “prestación por paternidad” por la de “prestación por nacimiento y cuidado del menor”, superando así la idea de prestaciones para hombres y mujeres⁸. En

⁷ Sin embargo, la sentencia cuenta con un voto particular formulado por la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón que estima que se ha perdido una magnífica oportunidad de analizar el impacto negativo que algunas medidas garantistas de la maternidad tienen sobre las mujeres en el ámbito laboral, por el desincentivo que generan en los empresarios para la contratación de trabajadoras y los obstáculos en materia de promoción profesional que también pueden erigir, pudiendo constituir así medidas generadoras de discriminación indirecta. A tales efectos, en contra de la opinión mayoritaria, argumenta que la finalidad del permiso de maternidad no es exclusivamente la protección de la salud de la madre y tampoco la finalidad del permiso de paternidad se circunscribe únicamente a la conciliación, sino que también tiene por objeto la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, con la finalidad de que la decisión de tener hijos impacte (de manera positiva o negativa) tanto sobre las mujeres como sobre los hombres.

⁸ E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Trabajo de las mujeres y protección social*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, 171. Por el contrario, para M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la*

cualquier caso, la Disp. Adicional única del RDL 6/2019 se encarga de señalar que todas las referencias contenidas en los textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán realizadas a las prestaciones y permisos contemplados en la propia norma. Si bien, es posible efectuar una distinción entre la suspensión por nacimiento de hijo o hija para la madre biológica y la suspensión por nacimiento de hijo o hija del progenitor distinto de la madre biológica.

2.1. Para la madre biológica

En el caso de la madre biológica la duración del periodo suspensivo no experimenta variaciones pues el mismo continúa siendo de dieciséis semanas, de las cuales seis semanas serán obligatorias y se disfrutarán a continuación del parto y las diez semanas restantes voluntarias. El permiso sigue respondiendo así a una doble finalidad: la recuperación física de la madre tras el parto y el cuidado del menor durante sus primeros meses de vida. Sin embargo, podemos observar algunas modificaciones de relevancia en el régimen jurídico de este supuesto de suspensión contractual.

La primera se refiere a la posibilidad de disfrutar del permiso de manera interrumpida a diferencia de lo que establecía anteriormente el art. 48.4 ET ya que, en el supuesto de parto, señalaba que la suspensión tendría una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, de tal manera que debían disfrutarse de manera continuada. La única excepción al carácter ininterrumpido del permiso era la relativa a los casos de parto prematuro y aquellos otros en los que, por cualquier causa, el neonato debiera permanecer hospitalizado a continuación del parto, pues el periodo de suspensión podía computarse, a instancia de la madre o, en su caso, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, las cuales debían disfrutarse necesariamente a continuación del parto.

Con la regulación actual, se mantiene el carácter ininterrumpido de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, pero las diez restantes podrán disfrutarse de manera acumulada a dicho periodo obligatorio o de manera interrumpida por periodos semanales, una vez transcurridas esas seis semanas, y hasta que el hijo o hija cumpla los doce meses,

garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol, en *Femeris*, 2019, vol. 4, n. 2, 26, el cambio terminológico resulta criticable por cuanto parece desprenderse que su función principal es el cuidado del menor y no el fomento de la corresponsabilidad.

manteniéndose, asimismo, la posibilidad de computar el periodo de suspensión de diez semanas a partir de la fecha del alta hospitalaria cuando concurren las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior. Para que ello sea posible, el disfrute de cada periodo semanal o de la acumulación de dichos periodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

No obstante, esta posibilidad de fraccionamiento del periodo de suspensión puede resultar contraria a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE, cuyo art. 8 dispone que los Estados miembros deberán establecer «un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». Añadiendo que dicho permiso «deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto». Teniendo en cuenta esta regulación, como ha destacado Ballester Pastor, podría aducirse que el disfrute fraccionado de diez semanas de permiso se configura como una mera posibilidad y la trabajadora podrá optar por disfrutarlas de manera ininterrumpida si así lo desea, de tal manera que la previsión del art. 48.4 ET constituiría una mejora respecto a lo que dispone la Directiva. Si bien, siguiendo a la misma autora, ello puede tener un efecto perverso consistente en que la trabajadora se vea compelida a reincorporarse al trabajo y disfrutar el resto del permiso en las fechas que a la empresa más le convinieran, por lo que esa libertad sería más aparente que real⁹. Ciertamente, el fraccionamiento de parte del permiso permite un mayor margen de flexibilidad a la trabajadora para el disfrute del mismo en las fechas que le resulten más adecuadas, pero el riesgo señalado no debe desdeñarse.

Respecto al mismo periodo de diez semanas, la norma sigue haciendo referencia a la posibilidad de que la madre pueda optar por disfrutarlo antes del parto, si bien con una limitación que no se preveía con anterioridad. Así, si con la redacción anterior al RDL 6/2019 la trabajadora podía optar por disfrutar de la totalidad de las diez semanas antes del parto, tras la modificación operada por dicha norma ello se limita a un máximo de cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. De este modo se evita que la trabajadora consuma gran parte del periodo de suspensión antes del parto, restándolo del tiempo dedicado al cuidado del menor¹⁰. Si bien, cabe pensar que, en la práctica, las

⁹ M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, cit., 28-29.

¹⁰ Criticaba la posibilidad de disfrutar de hasta diez semanas antes del parto M.C. LÓPEZ

trabajadoras en avanzado estado de gestación continuarán intentando recurrir a una suspensión por incapacidad temporal o por riesgo durante el embarazo, para poder disfrutar de la totalidad de las dieciséis semanas después del parto, aunque, en ambos casos, ello no dependerá de su voluntad. De ahí que se haya defendido la conveniencia de reconocer una prestación, al menos en cuantía igual a la incapacidad temporal, para las últimas semanas previas al parto, independiente del periodo de dieciséis semanas, las cuales podrían disfrutarse así íntegramente con posterioridad al nacimiento¹¹.

En consonancia con el carácter no transferible del permiso tras el RDL 6/2019, se ha suprimido la posibilidad de que la madre pueda ceder al otro progenitor un máximo de diez semanas del periodo de suspensión, lo cual carece ya de sentido habida cuenta que el mismo podrá disfrutar de su propio permiso. Ahora bien, puesto que la duración del permiso para el progenitor distinto de la madre biológica alcanzará las dieciséis semanas en el año 2021, ampliándose progresivamente hasta esa fecha, durante el periodo transitorio continuará siendo posible la cesión por parte de la madre. En concreto, la Disp. transitoria 13ª ET establece que, desde la entrada en vigor del RDL 6/2019 y hasta el 31 de diciembre de 2019, la madre podrá ceder hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio; desde el 1 de enero de 2020 y hasta el 31 de diciembre del mismo año la cesión podrá referirse a un máximo de dos semanas de dicho periodo no obligatorio; a partir del 1 de enero de 2021 ya no será posible la cesión.

Igualmente, se elimina el supuesto relativo al disfrute de la totalidad de las dieciséis semanas de suspensión por el otro progenitor cuando la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones conforme a las normas que regulan dicha actividad, y también el referido al fallecimiento de la madre biológica, que permitía al otro progenitor disfrutar de la totalidad o de la parte que restase, si la madre ya había consumido una parte, del periodo de suspensión, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo.

A mi juicio, particularmente en caso de fallecimiento de la madre, esta supresión resulta criticable por cuanto supone un claro perjuicio para el menor, el cual no podrá estar al cuidado de su progenitor el mismo tiempo que otro menor que pueda contar con el concurso de ambos. Por

ANORTE, *op. cit.*, 21. También critica esta posibilidad, con la regulación actual, E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, 172.

¹¹ M.C. LÓPEZ ANORTE, *op. cit.*, 21. Esta autora propone el reconocimiento de una prestación que permitiera a las madres que lo considerasen oportuno, el disfrute de hasta ocho semanas de descanso previas al parto.

ello, debería haberse mantenido esta previsión, aunque no debería referirse únicamente al fallecimiento de la madre biológica sino también al del otro progenitor, de tal manera que el progenitor superviviente pudiera disfrutar del periodo de suspensión que le hubiera correspondido al fallecido¹². Además, en el EBEP se contempla expresamente la posibilidad de que el otro progenitor pueda hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso, en caso de fallecimiento de la madre. No se entiende bien que deje de reconocerse para los trabajadores cuya relación laboral se rige por el ET.

Los supuestos de ampliación de la duración del permiso siguen siendo los mismos que con la regulación anterior, concediéndose dos semanas más por cada hijo o hija a partir del segundo en caso de parto múltiple y en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, y hasta un máximo de trece semanas adicionales en los supuestos de parto prematuro con falta peso y aquéllos en los que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto por un periodo superior a siete días, en cuyo caso, el periodo de suspensión se ampliará tantos días como el menor se encuentre hospitalizado, con el límite señalado. La novedad aquí estriba en que, en los supuestos de parto múltiple, las dos semanas o más adicionales se distribuirán entre los progenitores¹³ y que, en el tercero, el periodo adicional se reconoce en su integridad a ambos.

Finalmente, las diez semanas de disfrute voluntario podrán disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, pero condicionándolo al acuerdo entre la empresa y la trabajadora, y debiendo ésta comunicarlo a la empresa con al menos quince días de antelación. En consecuencia, continúa configurándose como mera posibilidad condicionada al acuerdo con el empresario y no como un derecho de la trabajadora¹⁴.

¹² De hecho, en el régimen transitorio se prevé que, en caso de fallecimiento de la madre biológica, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las dieciséis semanas del periodo de suspensión previstas para la misma. Asimismo, cuando un progenitor no tenga derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones conforme a las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por un periodo de dieciséis semanas, sin que sea de aplicación ninguna limitación del régimen transitorio. Si bien, no resulta claro si esta suspensión continuará considerándose compatible con el periodo de suspensión propio.

¹³ Por ejemplo, en caso de parto de gemelos, una semana sería para la madre y la otra para el padre. En los supuestos de discapacidad del hijo o hija, el art. 48.6 ET ya preveía la distribución de este periodo adicional entre ambos progenitores si los dos trabajaban.

¹⁴ M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, cit., 29.

2.2. Para el progenitor distinto de la madre biológica

La mayor novedad del RDL 6/2019 se halla en la regulación de un permiso para el progenitor distinto de la madre biológica con una duración igualmente de dieciséis semanas, con carácter individual e intransferible. Tiene su origen en el permiso de paternidad introducido en la LOI, el cual ha sido, hasta la fecha, la medida que más claramente ha pretendido fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en el cuidado de sus hijos o hijas.

Su duración inicial fue, no obstante, modesta, pues se fijó en trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, que se añadían a los dos o cuatro días de permiso retribuido por nacimiento de hijo o hija previstos en el art. 37.3.b) ET. La propia LOI preveía su ampliación progresiva y gradual hasta cuatro semanas en el plazo de seis años desde su entrada en vigor (Disp. transitoria 9ª), lo cual se concretó en la ley 9/2009, de 6 de octubre¹⁵. Sin embargo, la situación de crisis económica propició que diversas normas fueran aplazando su entrada en vigor, lo que finalmente se produjo el 1 de enero de 2017. Asimismo, la ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, incrementó la duración del permiso hasta las cinco semanas (Disp. final 38.1), duración que se mantuvo hasta la entrada en vigor del RDL 6/2019 en este aspecto, el 1 de abril de 2019.

Pese al carácter dispositivo del permiso de paternidad, puede decirse que ha sido una medida exitosa en el sentido de que han sido muchos los padres que se han acogido al mismo desde su implantación, a diferencia de lo que ha ocurrido con la cesión de parte del permiso de maternidad. Así, fijándonos únicamente en los datos de 2018, las estadísticas reflejan que de enero a diciembre del pasado año se reconocieron 252.706 prestaciones por maternidad y 255.531 prestaciones por paternidad. Por el contrario, sólo un 1,87% de las prestaciones por maternidad se

¹⁵ Debe reseñarse también que la Disp. adicional 6ª de la ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, amplió la duración del permiso de paternidad a 20 días para determinados supuestos, en concreto, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produjera en el seno de una familia numerosa, cuando la familia adquiriera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento o cuando en la familia hubiera una persona con discapacidad. Esta duración se ampliaba en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo, o si uno de ellos era una persona con discapacidad.

percibieron por el padre (4.731 procesos)¹⁶, lo que demuestra que los padres son más proclives a disfrutar de aquellos permisos de los que son titulares y que no pueden transferirse. No obstante, la escasa duración del permiso ha determinado que no haya conseguido cumplir el objetivo de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares¹⁷.

Ante esta situación en la anterior legislatura se presentaron diversas proposiciones de ley que propugnaban la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad. De entre ellas cabe destacar la Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que defendía la equiparación de los permisos a dieciséis semanas para cada progenitor con carácter intransferible, y la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, en similares términos¹⁸. Sin embargo, esta equiparación ha venido a través de una norma de urgencia, como es el real decreto-ley, convalidada posteriormente por el Congreso de los Diputados¹⁹.

Si descendemos al análisis del llamado permiso por nacimiento para el progenitor distinto de la madre biológica, lo primero que debe destacarse es que, a diferencia del anterior permiso por paternidad, la duración del periodo de suspensión pasa a ser idéntica al de la madre biológica: dieciséis semanas, de las cuales seis serán obligatorias y deberán disfrutarse

¹⁶ Datos extraídos de MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Otras Prestaciones de la Seguridad Social*, en www.seg-social.es, sección *Estadísticas, Presupuestos y Estudios*, voz *Estadísticas* (última consulta 9 junio 2019).

¹⁷ M.C. LÓPEZ ANIORTE, *op. cit.*, 24.

¹⁸ *BOCG*, 7 mayo 2018, y *BOCG*, 7 septiembre 2018. También debe hacerse referencia a la Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (*BOCG*, 22 junio 2018), que propugnaba el reconocimiento de diez semanas intransferibles a cada progenitor, más otras diez semanas a distribuir entre ambos. Además, si los dos progenitores disfrutaban de sus permisos de forma equitativa se proponía el reconocimiento de dos semanas adicionales de permiso a cada uno.

¹⁹ Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del real decreto-ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (*BOE*, 10 abril 2019). El RDL 6/2019 se basa sustancialmente en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista a la que se ha hecho referencia.

a continuación del parto, y diez semanas de disfrute voluntario que podrán disfrutarse de manera acumulada o fraccionada, por periodos semanales, hasta que el menor cumpla doce meses. Ahora bien, como ya se ha señalado, esta mayor duración se aplicará de manera progresiva, de tal manera que, desde la entrada en vigor de la ley, el permiso será de ocho semanas, de las cuales las dos primeras deberán disfrutarse de manera ininterrumpida inmediatamente después del parto; a partir del 1 de enero de 2020 tendrá una duración de doce semanas, de las cuales cuatro deberán disfrutarse de manera ininterrumpida a continuación del parto; y a partir del 1 de enero de 2021 cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión.

Una característica fundamental de este permiso es su carácter intransferible lo que determina que, si el progenitor en cuestión no ejercita su derecho, se pierde, sin posibilidad de transferirlo al otro progenitor. Ello debe valorarse de manera positiva habida cuenta que, en caso contrario, resultaría bastante probable que continuara siendo la madre quien disfrutara de un periodo de suspensión de mayor duración, de acuerdo con el estereotipo social que asume que es la mujer quien debe ocuparse principalmente del cuidado de los menores, otorgando al padre un papel secundario. En cambio, estableciendo su naturaleza intransferible se propicia el avance hacia un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares entre ambos progenitores²⁰.

A diferencia del permiso de paternidad, que tenía un carácter dispositivo, el permiso que se reconoce al progenitor distinto de la madre biológica, al igual que el correspondiente a ésta, comprende un periodo obligatorio de seis semanas ininterrumpidas que deben disfrutarse necesariamente a continuación del parto y a jornada completa. Si bien, lógicamente, en este caso el fundamento no se encuentra en la protección de la salud, sino, como señala la propia norma, en «el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil»²¹.

Ahora bien, cabe plantear si la obligatoriedad de disfrutar de seis semanas necesariamente a continuación del parto puede considerarse excesivamente rígida y si hubiera sido más conveniente fijar un periodo más corto, lo cual además hubiera podido favorecer un eventual disfrute

²⁰ P. NIETO ROJAS, *La intransferibilidad de los permisos de paternidad como elemento básico para la corresponsabilidad*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo I, 620.

²¹ Según este precepto «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

no simultáneo de mayor duración y, en consecuencia, un periodo total de cuidado del recién nacido por sus progenitores más prolongado²². En este sentido, en mi opinión, dado que el periodo de tiempo necesario para la recuperación de la madre puede ser variable, hubiera sido más adecuado imponer el disfrute de cuatro semanas a continuación del parto y, en caso de que se prevea que su recuperación va a ser más prolongada, el otro progenitor siempre podría optar por el disfrute de forma acumulada de unas semanas más del periodo voluntario (preavisando con quince días de antelación a la empresa)²³. No cabe olvidar, además, que el hecho de que se establezca el disfrute de esas seis semanas con carácter obligatorio no parece que vaya a incentivar en mayor medida el disfrute del permiso por los varones, ya que no se prevé ningún tipo de sanción en caso de que no lo hagan²⁴, siendo lo verdaderamente relevante para ello su carácter intransferible y retribuido²⁵.

Por otro lado, por lo que respecta a las diez semanas de disfrute voluntario, cabe señalar lo mismo que en relación con el permiso que corresponde a la madre biológica, pues podrán disfrutarse de manera acumulada o de forma fraccionada, por periodos semanales, hasta que el hijo o hija cumpla los doce meses. No se establece así ningún límite en cuanto al disfrute simultáneo o no del permiso por parte de ambos progenitores, lo cual presenta la ventaja de que permite un amplio margen de flexibilidad a la organización familiar, pero la desventaja de que la simultaneidad no favorece la corresponsabilidad ni el cuidado de menor²⁶. Así, por ejemplo, si los progenitores optaran por disfrutar de las dieciséis semanas de manera continuada y simultánea, una vez transcurrido ese periodo (y sin perjuicio de la posibilidad de acumular en jornadas completas el permiso regulado en el art. 37.4 ET), ambos deberían

²² M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, cit., 29.

²³ En la Proposición de Ley presentada por Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea se establecía un periodo de disfrute obligatorio de seis semanas, de las cuales dos debían disfrutarse a continuación del parto.

²⁴ M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, cit., 29-30.

²⁵ A favor de establecer un periodo obligatorio, en concreto, de cuatro semanas, para evitar el riesgo de que los beneficiarios no lo soliciten, C. GALA DURÁN, *El permiso de paternidad. Un balance tras casi diez años desde su implantación*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 406, 93.

²⁶ Así lo entiende, respecto al anterior permiso de paternidad, M.C. LÓPEZ ANIORTE, *op. cit.*, 21.

reincorporarse a sus respectivos puestos de trabajo, por lo que el tiempo de cuidado del menor por sus progenitores sería el mismo que cuando dicho periodo de suspensión correspondía a la madre, al tiempo que puede propiciar que el padre asuma un rol secundario en su atención y cuidado. A mi juicio, hubiera sido más adecuado, o bien establecer la obligatoriedad de que una parte del periodo de disfrute voluntario no pueda simultanarse con el otro progenitor, o bien, en términos más dispositivos, incentivar el disfrute no simultáneo de esas diez semanas, concediendo una semana adicional de permiso a cada progenitor en tal caso.

Por lo demás, el permiso que corresponde al otro progenitor se rige por las mismas reglas que el de la madre biológica. Tan sólo considero pertinente destacar dos cuestiones. De un lado, que, en cuanto a la posibilidad de computar el periodo de suspensión a partir de la fecha del alta hospitalaria, en los supuestos de parto prematuro o cuando el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, no queda claro si el progenitor distinto de la madre biológica también viene obligado a excluir la seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En este sentido, atendiendo al tenor literal del precepto («se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica»), podría entenderse que el otro progenitor podría reincorporarse al trabajo antes de que transcurran las seis semanas posteriores al parto y retomar posteriormente el disfrute del periodo de suspensión, pudiendo ejercitar, mientras tanto, el derecho al permiso contemplado en el art. 37.5 ET. Esta interpretación beneficiaría además el cuidado del menor durante un periodo de tiempo más prolongado una vez reciba el alta hospitalaria.

De otro lado, el disfrute a tiempo parcial del periodo voluntario de diez semanas se contempla en los mismos términos que para la madre biológica y, por lo tanto, se condiciona también al acuerdo con el empresario. Si bien, contrasta con la regulación anterior el hecho de que se haya eliminado la limitación de que la jornada debiera alcanzar al menos el 50% de la jornada completa, lo cual era difícilmente justificable²⁷.

Finalmente, debe reseñarse que el RDL 6/2019 ha suprimido el permiso retribuido por nacimiento de hijo que se contemplaba en el art. 37.3.b) ET, cuya exigua duración, de dos o cuatro días cuando se precisara realizar un desplazamiento al efecto, y la diferenciación que habría supuesto respecto a la madre biológica, ha hecho que carezca de sentido su mantenimiento, quedando absorbido por el nuevo permiso.

²⁷ P. NIETO ROJAS, *op. cit.*, 616.

3. La suspensión por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de menores, se ha producido también, como no podía ser de otra ser de otra forma, la equiparación en la duración de los permisos que se reconocen a los adoptantes, guardadores o acogedores, que se ha fijado, igualmente, en dieciséis semanas (art. 48.5 ET). Su regulación presenta muchas similitudes respecto a la del permiso por nacimiento de hijo o hija, razón por la cual, únicamente resaltaré las cuestiones en las que pueden apreciarse diferencias, en aras de evitar reiteraciones innecesarias.

En primer lugar, llama la atención el régimen transitorio previsto para la ampliación gradual del permiso por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en la Disp. transitoria 13ª ET. Así, la equiparación total a dieciséis semanas, con carácter intransferible, se producirá, como en los supuestos de nacimiento, a partir del 1 de enero de 2021. Hasta entonces se prevé que, desde la entrada en vigor del RDL 6/2019, cada adoptante, guardador o acogedor tendrá derecho a un periodo de suspensión de seis semanas que se disfrutarán a tiempo completo, de forma obligatoria e ininterrumpida, inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento. Junto a ello, los progenitores dispondrán de doce semanas de disfrute voluntario, que deberán disfrutar de manera ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa, y que podrán distribuirse entre ambos, con el límite de que cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas. Se añade que, si ambos progenitores trabajaran en la misma empresa, el empresario podrá limitar el disfrute simultáneo de las doce semanas, «por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito».

A partir del 1 de enero de 2020, las diferencias radican en que el periodo voluntario, a distribuir entre los progenitores, se incrementará a dieciséis semanas, con el mismo límite de que cada uno de ellos podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas.

Centrándonos ya en la regulación que resultará aplicable a partir de 2021, cabe destacar el establecimiento de un periodo de disfrute obligatorio e ininterrumpido de seis semanas a continuación de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento. En estos supuestos,

obviamente, la imposición de dicho periodo obligatorio inmediatamente después de la resolución judicial o decisión administrativa no obedece a motivos biológicos, de tal manera que no parece que esté justificada tal rigidez²⁸, por lo que debería haberse previsto la posibilidad de que, al menos uno de los progenitores, pudiera optar por disfrutar del periodo obligatorio en un momento posterior y no necesariamente de manera simultánea con el otro.

Las diez semanas restantes, de disfrute voluntario, deberán disfrutarse dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial de adopción o a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, en los mismos términos que en los supuestos de nacimiento de hijo o hija, por lo que cabe hacer las mismas consideraciones respecto a la posibilidad de que todo el periodo se disfrute simultáneamente por los adoptantes, guardadores o acogedores. Ahora bien, una limitación al ejercicio simultáneo del derecho a suspender el contrato durante esas diez semanas voluntarias puede venir desde la propia empresa, en el supuesto de que ambos progenitores trabajen para el mismo empresario, siempre que se justifique en «razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito». Resulta criticable que sea la empresa quien pueda imponer el disfrute no simultáneo, en las circunstancias reseñadas, lo cual, de haberse establecido, debería haber estado fundamentado en aras del fomento de la corresponsabilidad, como se ha defendido con anterioridad. En cualquier caso, resultará imprescindible que esas «razones fundadas y objetivas» se interpreten de manera restrictiva, de tal modo que la limitación sólo sea posible en circunstancias excepcionales. En cambio, por lo que respecta al permiso por nacimiento de hijo o hija, no resulta claro si dicho límite se refiere a los supuestos de disfrute del derecho en régimen de jornada parcial o, en general, al periodo de suspensión voluntario²⁹.

Por último, cabe señalar que se mantiene la opción de que, en los casos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. En cuanto a ello, la norma no precisa si esas cuatro semanas deberán detraerse del periodo obligatorio o del

²⁸ M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, cit., 29.

²⁹ Nótese que el último párrafo del art. 48.4 ET se sitúa a continuación del relativo al disfrute de la suspensión del contrato a tiempo parcial y no hace referencia expresa a las diez semanas voluntarias, como sí ocurre en el último párrafo del art. 48.5 ET para los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

voluntario, si bien parece que la interpretación más plausible es que se incluya en éste último.

4. Reflexiones finales

La valoración de la nueva regulación de los permisos por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento debe ser positiva por cuanto constituye un paso adelante para promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares. A tales efectos, los elementos más destacables serían la equiparación en la duración de los permisos que corresponden a ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, su carácter intransferible y su carácter retribuido a través de la correspondiente prestación de la Seguridad Social. Ello sitúa a España entre los países con permisos más prolongados a favor de los trabajadores varones³⁰.

Con todo, como se ha expuesto en los apartados precedentes, ciertos aspectos son merecedores de crítica, fundamentalmente, el hecho de que no se imponga ni se incentive el disfrute no simultáneo del permiso por parte de ambos progenitores, la rigidez con la que se regula el periodo de disfrute obligatorio para el progenitor distinto de la madre biológica y los adoptantes, guardadores o acogedores, o el hecho de condicionar el ejercicio del derecho en régimen de jornada parcial al acuerdo con el empresario, en lugar de configurarlo como un derecho de la persona trabajadora.

Por otro lado, el cuidado del menor por parte de sus progenitores durante sus primeros meses de vida o durante los primeros meses tras la resolución judicial de adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, es otra finalidad que también debe ser tomada en consideración, por cuanto la nueva regulación posibilita, particularmente cuando el disfrute de los respectivos permisos no sea simultáneo, prolongar el periodo de tiempo que puede ser atendido por

³⁰ Por ejemplo, en Noruega los padres tienen derecho a un permiso individual de diez semanas y 26 o 36 semanas de permiso parental a repartir con la madre. *Vid.* M. SERRANO ARGÜESO, N. EREÑAGA DE JESÚS, *El permiso de paternidad en Noruega. ¿Un espejo en el que España ha de mirarse?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n. 45, 501. En Suecia, los padres tienen derecho a noventa días más 390 días a repartir. A este respecto, G.E. RODRÍGUEZ PASTOR, *El permiso y la prestación por paternidad en el contexto social actual y futuro*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, cit., tomo II, 648.

sus padres, favoreciendo así, por ejemplo, el mantenimiento de la lactancia materna³¹.

No obstante, desde esta perspectiva, la normativa presenta también, a mi juicio, algunos aspectos susceptibles de mejora. De un lado, debería haberse mantenido el derecho del otro progenitor a disfrutar de todo o parte del periodo de suspensión correspondiente a la madre biológica en caso de fallecimiento de ésta³², lo cual, además, podría haberse extendido también a los supuestos de fallecimiento del progenitor distinto de la madre biológica (o de uno de los adoptantes, guardadores o acogedores).

De otro lado, la norma ha olvidado una vez más a las familias monoparentales, las cuales se enfrentan a especiales obstáculos a la hora de conciliar su vida personal, familiar y laboral. En este sentido, en los supuestos de nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el progenitor único tendrá derecho, lógicamente, a un periodo de suspensión de dieciséis semanas de duración con carácter general, lo que determina que el menor estará un periodo de tiempo más reducido al cuidado de su progenitor que aquéllos que cuenten con ambos progenitores³³. Por esta razón, se ha abogado por el establecimiento de alguna previsión específica para este tipo de familias, como la concesión de treinta y dos semanas por unidad familiar o, al menos, un periodo de suspensión superior a las dieciséis semanas³⁴. Si bien, no puede desconocerse que la mayor parte de las familias monoparentales están encabezadas por una mujer³⁵, de tal modo que la concesión de periodos de suspensión excesivamente prolongados podría perjudicar su carrera profesional. Ante ello, se ha defendido también el reconocimiento del derecho de la persona titular del hogar monoparental a designar a otra persona que se ocupe del menor y que pudiera disfrutar de un periodo de

³¹ La OMS recomienda la lactancia materna exclusiva durante los seis primeros meses de vida del bebé y, posteriormente, hasta los dos años o más, combinada con otros alimentos. Por ello, resulta evidente que, si la madre debe reincorporarse a las dieciséis semanas, el mantenimiento de la lactancia materna se dificulta notablemente, sin que sea suficiente, en la mayoría de las ocasiones, el disfrute del permiso regulado en el art. 37.4 ET. Pero si el otro progenitor está disfrutando de su permiso por nacimiento una vez que la madre se ha reincorporado a su puesto de trabajo podría llevar al bebé a su centro de trabajo, facilitando la lactancia.

³² Como se indicó en el apartado 2.1, ello se contempla en el art. 49.a) EBEP.

³³ Para C. GALA DURÁN, *op. cit.*, 67, la imposibilidad de acumular varios permisos en una única persona en el caso de las familias monoparentales favorece la corresponsabilidad pero perjudica el cuidado del menor.

³⁴ En este sentido, E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, 172.

³⁵ Según datos del INE, en el año 2018, el 81,9% de los hogares monoparentales estaban integrados por una madre con hijos (*vid.* INE, [Encuesta Continua de Hogares \(ECH\). Año 2018](#), 2 abril 2019, última consulta 11 junio 2019).

suspensión de su contrato de trabajo³⁶. Sin embargo, a mi juicio, de las soluciones apuntadas, la más apropiada sería la ampliación del permiso reconocido a favor del único progenitor, pero sin llegar a duplicar la duración prevista para cada progenitor. Habida cuenta que, con la nueva regulación, seis semanas deben disfrutarse obligatoriamente a continuación del parto o de la resolución judicial de adopción o decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento y, por ende, simultáneamente por ambos progenitores, se propone una ampliación de diez semanas del periodo de suspensión y que el progenitor titular de la familia monoparental tuviera derecho a suspender su contrato de trabajo durante veintiséis semanas³⁷.

En definitiva, la nueva regulación introducida por el RDL 6/2019 puede contribuir de manera relevante al logro de la corresponsabilidad, si bien no parece que vaya a ser suficiente para la consecución de dicho objetivo, pues ello requeriría reformas más profundas en esta dirección. En efecto, el sesgo de género en medidas tales como reducciones de jornada o excedencias por cuidado de hijos y familiares, pese a su titularidad indistinta, es previsible que siga existiendo, aun cuando se haya incrementado la duración del permiso del otro progenitor, de tal manera que continuarán siendo las mujeres quienes los ejerciten en la inmensa mayoría de los casos, con las consiguientes repercusiones negativas de índole económica y profesional³⁸.

Para paliar esta situación se requeriría una reforma de conjunto de los derechos vinculados a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que apostara de manera decidida por el establecimiento de sistemas flexibles de organización del tiempo de trabajo con fines de conciliación, esto es, promover el derecho a la presencia³⁹ a través de mecanismos de

³⁶ O. REQUENA MONTES, *La prestación de maternidad por adopción del hijo del cónyuge o pareja: preludio de un segundo permiso parental en el supuesto de familias monoparentales*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, cit., tomo I, 670. Por su parte, G.E. RODRÍGUEZ PASTOR, *op. cit.*, 655, defiende el reconocimiento de un periodo de suspensión de treinta y dos semanas que el único progenitor pudiera utilizar en su totalidad o cederlo en parte a un familiar u otra persona que comparta el cuidado del menor.

³⁷ En la Proposición de Ley presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos se preveía el reconocimiento de treinta semanas de permiso al único progenitor en las familias monoparentales.

³⁸ P. NIETO ROJAS, *op. cit.*, 623. De hecho, como señalan M. SERRANO ARGÜESO, N. EREÑAGA DE JESÚS, *op. cit.*, 507, en Noruega, pese a ser un país pionero en igualdad de género y en corresponsabilidad, las mujeres están sobrerrepresentadas en el trabajo a tiempo parcial, mientras que para los hombres esta figura es casi inexistente.

³⁹ M.A. BALLESTER PASTOR, *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant Lo Blanch, 2017, 170.

flexibilidad horaria o de adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades de conciliación de las personas trabajadoras, con la finalidad de evitar que las mujeres tuvieran que optar por el trabajo a tiempo parcial o incluso por abandonar, temporal o definitivamente, el mercado de trabajo para atender a sus responsabilidades familiares⁴⁰. Además, ello debería ir acompañado de una red pública de calidad para atender al cuidado de los menores y de las personas dependientes.

Y, obviamente, sería imprescindible un cambio de mentalidad en nuestra sociedad que rompa definitivamente los estereotipos sexistas que atribuyen el rol de cuidadora principal a la mujer y que propicie un reparto igualitario de las responsabilidades familiares.

5. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR M.A., *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, en *Femeris*, 2019, vol. 4, n. 2, 14-38
- BALLESTER PASTOR M.A., *La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017*, en *Lan Harremanak*, 2017, n. 38, 67-92
- BALLESTER PASTOR M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant Lo Blanch, 2017
- BLÁZQUEZ AGUDO E.M., *Trabajo de las mujeres y protección social*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, 159-194
- CABEZA PEREIRO J., *Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, en *Documentación Laboral*, 2000, n. 61, 13-38
- GALA DURÁN C., *El permiso de paternidad. Un balance tras casi diez años desde su implantación*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 406, 57-94
- INE, *Encuesta Continua de Hogares (ECH). Año 2018*, nota de prensa 2 abril 2019 (última consulta 11 junio 2019)

⁴⁰ El único precepto que se refiere a estas cuestiones es el art. 34.8 ET, que también ha sido objeto de modificación por el RDL 6/2019, introduciendo algunas mejoras, pero continúa planteando múltiples interrogantes. Sobre esta cuestión *vid.* M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, cit., 34-36.

- LÓPEZ ANIORTE M.C., *Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 214 (versión electrónica)
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Otras Prestaciones de la Seguridad Social*, en www.seg-social.es, sección *Estadísticas, Presupuestos y Estudios*, voz *Estadísticas* (última consulta 9 junio 2019)
- NIETO ROJAS P., *La intransferibilidad de los permisos de paternidad como elemento básico para la corresponsabilidad*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo I, 613-625
- REQUENA MONTES O., *La prestación de maternidad por adopción del hijo del cónyuge o pareja: preludio de un segundo permiso parental en el supuesto de familias monoparentales*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo I, 655-670
- RODRÍGUEZ PASTOR G.E., *El permiso y la prestación por paternidad en el contexto social actual y futuro*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo II, 645-656
- SERRANO ARGÜESO M., EREÑAGA DE JESÚS N., *El permiso de paternidad en Noruega. ¿Un espejo en el que España ha de mirarse?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n. 45, 492-521

Principales actuaciones en materia de no discriminación por razón de sexo en las empresas con el distintivo “igualdad en la empresa”. Puntos críticos y propuestas de mejora*

Alicia FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ**

Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ***

RESUMEN: La investigación que se presenta parte de la consideración de los planes de igualdad como una herramienta importantísima para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, siendo, por tanto, necesario su estudio y análisis. No obstante, el proyecto realizado no trata de dar una visión general de la situación. El proyecto tiene un objetivo que excede de un mero análisis y posterior descripción de los derechos de contenidos en los planes de igualdad, puesto que trata de hacer un estudio “en positivo”. Para ello, únicamente han sido objeto de estudio los planes de igualdad de las empresas que han obtenido el distintivo “igualdad en la empresa”, aproximadamente 148 empresas. Ello nos permitirá conocer cuál es el estándar al que deberían aspirar el resto de empresas. Ahora bien, no se trata de obtener una suerte de guía de buenas prácticas que sirva de ejemplo a otras empresas. El objetivo es más ambicioso, ya que necesariamente se reflexionará sobre la efectividad de las mismas.

Palabras clave: Igualdad, no discriminación, planes de igualdad, distintivo igualdad en la empresa, negociación colectiva.

* Investigación realizada en el seno del proyecto de investigación *Principales actuaciones en materia no discriminación por razón de sexo en las empresas con el distintivo igualdad en la empresa. Puntos críticos y propuestas de mejora*, GRE17-03. Convocatoria del Programa Propio del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia de Conocimiento para el Fomento de la I+D+I en la Universidad de Alicante 2017 (BOUA, 28 junio 2017).

** Prof^ª. Contratada Doctora, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante.

*** Prof. Ayudante Doctor, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante.

SUMARIO: 1. Introducción: los planes de igualdad y el distintivo “igualdad en la empresa”, herramientas clave en la consecución de la igualdad en el ámbito laboral. 2. Contenido y delimitación del objeto de estudio. 3. Industria manufacturera. 4. Suministros de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado. 5. Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación. 6. Construcción. 7. Comercio al por mayor, al por menor y reparación de vehículos y motocicletas. 8. Transporte y almacenamiento. 9. Información y comunicaciones. 10. Actividades financieras y de seguros. 11. Actividades profesionales, científicas y técnicas. 12. Actividades administrativas y servicios auxiliares. 13. Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento. 14. Otros servicios. 15. Conclusiones. 16. Bibliografía.

Main actions regarding non-discrimination on grounds of sex in companies with the seal of distinction “equality in the company”. Critical points and proposals for improvement

ABSTRACT: The research presented is based on the consideration of equality plans as an extremely important tool for achieving equality between men and women, and therefore needs to be studied and analysed. It is not intended to study a representative sample of equality plans in order to capture the state of the matter as if it were an X-ray. The project has an objective that goes beyond a mere analysis and subsequent description of the rights contained in the equality plans, since tries to make a “positive” study. For this purpose, only the equality plans of the companies that have obtained seal of distinction “equality in the company”, approximately 148 companies, have been studied. This will allow us to know which is the standard to which the rest of the companies should aspire. However, it is not a question of obtaining a guide to good practice to serve as an example for other companies. The objective is more ambitious, as we will necessarily reflect on their effectiveness.

Key Words: Equality, non-discrimination, equality plans, distinctive equality in the company, collective bargaining.

1. Introducción: los planes de igualdad y el distintivo “igualdad en la empresa”, herramientas clave en la consecución de la igualdad en el ámbito laboral

En el año 2017 la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres (LOI) cumplió una década. Como se sabe, dicha norma se promulgó con el importante objetivo de promover y alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres en la sociedad. Para ello, la lucha se orientó desde todos los frentes posibles incluido, claro está, el laboral. Y es que, si en un ámbito de la sociedad la desigualdad entre hombres y mujeres es evidente, es en el de las relaciones laborales.

Los más de diez años transcurridos desde su entrada en vigor parecen tiempo suficiente para realizar una primera valoración de los efectos positivos que la norma haya podido proyectar en el ámbito laboral. Para ello, se pueden utilizar numerosos indicadores, como, por ejemplo, el salario. Como se sabe, la brecha salarial existente entre hombres y mujeres ilustra de manera significativa la desigualdad entre ambos colectivos. Según el INE, en el año 2008, el salario medio anual de la mujeres era de 18.910,6 euros mientras que el de los hombres ascendía a 24.203,3, esto es, el salario medio de la mujer era aproximadamente el 78,13% del percibido por un hombre. En el año 2016, último año en el que INE ha publicado estadísticas sobre la ganancia media anual de los trabajadores, el salario anual más frecuente en las mujeres (13.500,4 euros) representó el 77,1% del salario más frecuente en los hombres (17.509,4 euros). En el salario mediano este porcentaje fue del 77,8% y en el salario medio bruto del 77,7%¹. La contundencia de los datos pone de manifiesto que la lucha contra la discriminación por razón de sexo, pese al paso del tiempo, sigue siendo un tema de plena actualidad.

Resulta cuando menos llamativo que, pese a todos los esfuerzos hechos desde la Administración Pública, incluido la expresa recepción normativa del principio de «igualdad de remuneración por razón de sexo» (art. 28 ET) estas diferencias retributivas se sigan dando y, además, con tal intensidad. Pues bien, una de las razones que generan esta discriminación salarial se encuentra, por ejemplo, en los sistemas de clasificación profesional, puesto que la concreta cuantía de la retribución a percibir por un trabajador se establece en atención a los grupos profesionales. De este modo, mientras que los sistemas de clasificación profesional no se adecúan al principio de no discriminación, difícilmente se podrá superar la

¹ Vid. INE, *Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora*, 28 junio 2018.

brecha salarial entre hombres y mujeres.

La pregunta a reglón seguido es ¿y cómo conseguir un sistema de clasificación profesional que evite esta situación de discriminación? Siendo la respuesta, la negociación colectiva. En efecto, los sistemas de clasificación profesional por mandato legal son producto de la negociación colectiva (art. 22 ET). Por esta razón, la creación de sistemas de clasificación profesional que armonicen con el principio de no discriminación por razón de sexo, pasa por una mejora de las prácticas negociales, tanto en un sentido positivo, mediante eliminación de aquellas previsiones que las que se deriven tratos diferenciados, como en un sentido positivo a través de la introducción de medidas correctoras de situaciones discriminatorias.

Este ejemplo ilustra con claridad cómo la negociación colectiva, pese jugar un papel fundamental en la lucha contra la discriminación, todavía es una materia pendiente². Y es una materia pendiente en dos sentidos. En primer lugar, porque los convenios colectivos son en muchos casos los culpables de crear y mantener importantes situaciones discriminatorias. Por ello, para la lucha contra la discriminación resulta un elemento necesario que la igualdad de género se proyecte sobre el contenido negocial, proscribiendo aquellas regulaciones contrarias a la mismas. Y, en segundo lugar, porque la negociación colectiva puede llevar a cabo una labor promocional de la lucha contra la discriminación por razón de género. En efecto, el contenido negocial puede incluir medidas antidiscriminatorias respecto de una multitud aspectos: en el acceso al empleo, en la clasificación y la promoción profesional, en materia retributiva, en materia de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, etc³.

Planteado de este modo, resulta evidente que la negociación colectiva puede actuar como fuerza motriz en la lucha contra la discriminación por razón de género. El legislador, consciente de ello, introdujo mediante la LOI, diferentes instrumentos tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres por medio de la negociación colectiva: los planes de igualdad y el denominado distintivo “igualdad en la empresa”.

Los planes de igualdad, producto de la negociación colectiva entre la

² En este sentido: P. NIETO ROJAS, *Los planes de igualdad entre la ley y la negociación colectiva: un diálogo insuficiente*, en RIL, 2015, n. 10, pp. 159 ss.

³ En este sentido *vid.* A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La quimera de la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo: inercias, resistencias e impermeabilidad de la negociación colectiva a la quiebra de los roles de género en la clasificación profesional (a modo de presentación)*, en A. GARRIGUES GIMÉNEZ (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Reus, 2017, 5 ss.

empresa y los representantes de los trabajadores, son un conjunto ordenado de medidas aplicables a la empresa, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Y, para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad pueden 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.

Por su parte, el distintivo “igualdad en la empresa” tiene por objeto promover la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales mediante el reconocimiento de aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras. Distintivo para cuya obtención, entre los aspectos de mayor relevancia, se incluyen la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad.

Llegados a este punto, no se puede dejar de señalar la influencia que tanto los planes de igualdad como el propio distintivo “igualdad en la empresa” han demostrado en la consecución de la igualdad real y de la que el legislador se ha hecho eco en el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En efecto, dicha norma ha ampliado el espectro de empresas obligadas a la negociación de los planes de igualdad, puesto que, a partir de su entrada en vigor, será preceptivo para aquellas entidades que tengan 50 o más trabajadores (frente a los 250 que se exigían en la anterior redacción). Es decir, además de las grandes empresas, las medianas empresas también deberán elaborar su propio plan de igualdad. Y, además de ampliar los supuestos en los que se deberá negociar, el contenido de los mismos deberá contemplar necesariamente una serie de materias tradicionalmente exigidas y valoradas para la concesión del distintivo “igualdad en la empresa”⁴.

⁴ Por ejemplo, según el art. 7 de la Orden PCI/120/2019, de 31 de enero, por la que se convoca la concesión del distintivo “igualdad en la empresa” correspondiente al año 2018, y se establecen sus bases reguladoras. Los aspectos a valorar relativos al acceso al empleo y las condiciones de trabajo son, entre otros: la aplicación de criterios de acceso al empleo y de promoción profesional adecuados al principio de igualdad y no discriminación, que no den lugar a situaciones de discriminación; la aplicación de sistemas y criterios de clasificación profesional y de retribución que cumplan con los

2. Contenido y delimitación del objeto de estudio

La investigación que se presenta parte de la consideración de los planes de igualdad como una herramienta importantísima para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, siendo, por tanto, necesario su estudio y análisis. Al respecto no son pocos los estudios que en el plano dogmático reflexionan sobre la importancia del papel que los planes de igualdad tienen, pero escasean las investigaciones que se propongan rastrear el texto de los planes de igualdad a la busca de las mejoras se hayan podido introducir. No obstante, el proyecto realizado no trata de dar una visión general de la situación. No se pretende abordar el estudio de una muestra representativa de planes de igualdad con la finalidad de plasmar el estado de la cuestión como si de una radiografía se tratara. El proyecto tiene un objetivo que excede de un mero análisis y posterior descripción de los derechos de conciliación en los planes de igualdad, puesto que el proyecto trata de hacer un estudio “en positivo”.

Lo que se pretende es identificar las buenas prácticas desarrolladas actualmente en las empresas españolas. Pero, para ello, únicamente han sido objeto de estudio los planes de igualdad de las empresas que han obtenido el distintivo “igualdad en la empresa”, aproximadamente 148 empresas. Ello nos permitirá conocer cuál es el estándar al que deberían

parámetros de publicidad, objetividad y transparencia y fomenten el principio de igualdad y no discriminación; el establecimiento de medidas de organización del tiempo de trabajo (jornada y horarios, turnos, vacaciones, entre otras) que faciliten la conciliación de la vida laboral y personal o el establecimiento de otras medidas con la misma finalidad, entre ellas, las relativas a las mejoras y beneficios sociales, al a distancia o a la movilidad geográfica, en la medida que contribuyan a unos mayores niveles de conciliación; el establecimiento de medidas de sensibilización y divulgación que faciliten la conciliación de la vida laboral y personal tanto de los hombres como de las mujeres y que conciencien a los hombres sobre la corresponsabilidad, evitando que la maternidad sea una desventaja profesional para las mujeres; la puesta en marcha de una oferta formativa que permita corregir las carencias de capacitación de las mujeres en puestos de trabajo en que se encuentran subrepresentadas, especialmente aquellos de mayor responsabilidad, diversificación, creatividad y remuneración. Mientras que la LOI, tras la reforma operada por el RD-Ley 6/2019, prevé como materias que deberán contener los PI: a) proceso de selección y contratación; b) clasificación profesional; c) formación; d) promoción profesional; e) condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; f) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; g) infrarrepresentación femenina; h) retribuciones. Estos datos evidencian la influencia que la experiencia derivada de la concesión del distintivo igualdad en la empresa ha tenido sobre la nueva regulación de los PI.

aspirar el resto de empresas. Ahora bien, no se trata de obtener una suerte de guía de buenas prácticas que sirva de ejemplo a otras empresas. El objetivo es más ambicioso, ya que necesariamente se reflexionará sobre la efectividad de las mismas.

Para lograr tal resultado, ha sido especialmente útil la base de datos de las empresas con galardonadas con el Distintivo Igualdad en la Empresa creada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Base de datos que contiene una vasta información: Ficha descriptiva de la empresa (que contiene datos tan relevantes a efectos del estudio como sector de actividad, el número de trabajadores y su distribución por sexo), texto del plan de igualdad elaborado e incluso distintos protocolos de actuación, como puede ser en el caso de acoso. Sin embargo, conviene también señalar que dicha base de datos presenta ciertas deficiencias, ya que en algunos casos los Planes de igualdad accesibles habían perdido su vigencia y en otros supuestos no constaba el Plan de Igualdad, por lo que solo se ha podido contar con un informe o resumen sobre el mismo que dicha base de datos proporciona.

El análisis de las medidas antidiscriminatorias contenidas en planes de igualdad se ha llevado a cabo desde una doble perspectiva. Por un lado, se analizarían las mejoras que los planes de igualdad pudieran contener sobre condiciones de trabajo previstas legalmente. Esas mejoras a su vez, pueden clasificarse en dos tipos. Por un lado, aquellas que potencien derechos expresamente reconocidos por las normas legales y, por otro, las que creen derechos ex novo, esto es, condiciones de trabajo originales no contenidas en las normas. Por ejemplo, cuando se analicen los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo ejercicio, como se sabe, es generador de importantes situaciones de discriminación para las mujeres, sería especialmente interesante ver como las empresas fomentan la corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones familiares. Para ello, entre otros aspectos, se analizaría la titularidad de los distintos derechos o, dicho, de otro modo, se trataría de identificar el protagonismo que se diera al varón en su reconocimiento y disfrute.

Por otro, se analizará cómo el principio de no discriminación inspira la regulación de una multitud aspectos de la relación laboral especialmente sensibles en esta materia: en el acceso al empleo, en la clasificación y la promoción profesional, en materia retributiva, etc. Por ejemplo, respecto a un aspecto tan relevante en términos de lucha contra la discriminación como es el sistema de promoción profesional, interesa identificar aquellas prácticas que pretendan fomentar la igualdad entre hombres y mujeres.

Por último, para que el estudio sea realmente efectivo, es preciso que en el análisis se tengan en cuenta una serie de variables que pueden influir

especialmente en una materia tan sensible como la discriminación por razón de género. Por un lado, resulta indispensable identificar aquellos sectores de actividad que se caracterizan por una presencia destacada de hombres o mujeres, es decir, lo que tradicionalmente se ha denominado profesiones feminizadas o masculinizadas. Labor que la base de datos del ministerio facilita, puesto que contempla una ficha descriptiva que hace mención expresa a la distribución del empleo por sexos en cada empresa.

Y, por otro, la dimensión de las empresas en relación con el número de trabajadores también resulta relevante, puesto que las posibilidades de acción y organización pueden variar notablemente en función del tamaño de la entidad. En este sentido el estudio de las empresas que han obtenido el distintivo de Igualdad en la Empresa, resulta interesante, ya que además de grandes empresas (aquellas con más 250 trabajadores y que, además, están obligadas a negociar planes de igualdad) más del 30% de las empresas galardonadas son de mediano-pequeño tamaño.

En justa correspondencia a todo lo explicado anteriormente, este trabajo se centra en la idea de, por un lado, diagnosticar el papel que ocupa la negociación colectiva, encarnada en los planes de igualdad de empresas galardonadas con el distintivo “igualdad en la empresa”, en la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres. Y, por otro, crear un foro de debate, discusión y reflexión que pueda servir para valorar los problemas que se derivan de la lucha contra la discriminación en la negociación colectiva de cara a la consecución de la plena igualdad entre hombres y mujeres, revisando y poniendo al día las posibilidades de avance en este terreno.

A continuación, se examinan los PI a partir de la clasificación por sectores de la base de datos y, dentro de cada uno, se organizan los bloques que abarcan aquellas materias que pueden ser configuradoras de situaciones de discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales: a) acceso al empleo, b) formación, promoción y clasificación profesional, c) retribución, d) derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

3. Industria manufacturera

El grupo integrado por las empresas dedicadas a la industria manufacturera es de los más amplios, con un total de 19 entidades: Calidad Pascual, IBM, S.A., Aguas de Solán de Cabras, S.A. (no aparece plan de igualdad), Boehringer Ingelheim España, S.A., Borges Agricultura & Industrial Edibles Oils, S.A.U., Mantequerías Arias, Mahou, S.A., TAISI, Henkel Ibérica, S.A., Grupo SADA (compuesto por SADA p.a.

Valencia, SADA p.a. Cataluña, SADA p.a. Canarias, SADA p.a. Castilla-Galicia y SADA p.a.), Glaco Wellcome, S.A., Frescos y Elaborados Delisano, S.A.U., Equipos Nucleares, S.A. (ENSA), Mercedes Benz España, S.A., Peugeot Citroën Automóviles España, S.A., PHILIPS IBÉRICA, S.A.U., Saint-Gobain Placo Ibérica, S.A. (No hay acuerdo), Renault España, S.A., Dr. Franz Schneider, S.A.U.

Conviene destacar que en este sector prima como modelo de negocio la gran empresa, ya que, de los PI estudiados, únicamente dos planes corresponden a medianas empresas. El Grupo SADA, aunque está integrado por tres medianas empresas y dos grandes empresas, dado que el PI se ha elaborado para el conjunto del grupo, ha sido tratado como una única gran empresa.

En cuanto a la distribución por sexos de las plantillas, este es un sector con fuerte presencia masculina, ya que, de media, el empleo femenino apenas llega al 23% del número total de trabajadores que integran este sector.

a) Acceso al empleo

Muchos PI prevén que las ofertas de empleo sean publicadas en un lenguaje neutro (no sexista) cuidando evitar la utilización de imágenes estereotipadas. Además, se establece que en dichas publicaciones se hará constar expresamente el compromiso de la empresa con el equilibrio y la igualdad. Si la selección de personal se encomienda a una entidad externa, también es frecuente la obligación de especificar el compromiso de igualdad de oportunidades en los procesos.

Por lo que hace a su contenido, la información facilitada se ajustará a las características objetivas del puesto, así como a las exigencias y condiciones del mismo.

Como viene siendo habitual en todos los planes de igualdad, se prevé como medida prioritaria favorecer la presencia equilibrada de hombres y mujeres en todas las áreas. Para alcanzar este objetivo, se prevé en muchos casos que cuando los candidatos presenten igualdad de condiciones de idoneidad, tenga preferencia la persona del género menos representado en el grupo profesional de que se trate. Algún PI ahonda en esta medida estableciendo la obligación de ponderar para ello tanto el centro de trabajo como la compañía en su conjunto. También cabe reseñar que, como medida singular, algún PI establece la obligación de incluir en todos los procesos de selección a una mujer en la terna de candidatos finalistas.

Para garantizar la objetividad durante el proceso de selección se recoge la obligación de elaborar una guía en la que las condiciones de contratación

se establezcan sobre criterios objetivos (cuantificación, experiencia previa y perfil del puesto de trabajo). Para ello, se potencia la participación femenina en los tribunales de selección, existiendo algún PI que Incluso prevé incluir obligatoriamente a mujeres con adecuada formación en igualdad de oportunidades en los equipos de selección en Recursos Humanos. También se recoge expresamente la prohibición de que, durante las entrevistas, se consideren aspectos sexistas como preguntas e informes sobre cargas familiares. Para reforzar esta objetividad se ha detectado que algunos PI optan por la técnica del curriculum ciego al menos en la fase inicial del procedimiento de selección.

b) Formación, promoción y clasificación profesional.

Por lo que hace a la formación, en los PI se prevé el desarrollo de un programa especial de formación para mujeres con mejor desempeño y mayor potencial de desarrollo. Por otro lado, también se reconoce la necesidad de desarrollar programas específicos de sensibilización para persona directivo en materia de igualdad de oportunidades o personas con responsabilidades en la gestión de equipos. También se ha detectado que algunos PI prevén específicamente la formación de reciclaje o mejora de la empleabilidad para aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido por excedencias basadas en motivos familiares. También es frecuente observar cláusulas en las que se establezca el compromiso de que los proveedores de servicios de formación mantengan apliquen el principio de igualdad de oportunidades en sus proyectos formativos.

En el área de formación resulta especialmente interesante la previsión de desarrollo de la realización de programas de polivalencia de los trabajadores a fin de facilitar que tanto hombres como mujeres estén preparados para desarrollar distintos puestos de trabajo.

En relación a los procesos de promoción, se asume el genérico compromiso de impulsar la objetividad y transparencia mediante la aplicación de una guía en el que las condiciones a valorar se establezcan sobre criterio objetivo. En esta línea algún PI prevé realizar sesiones de información con grupos de mujeres para identificar posibles barreras, puntos fuertes y áreas de mejora para facilitar el acceso de mujeres a puestos de mayor responsabilidad. Por otro lado, al igual que ocurre con los procesos de selección, se establece que, en situaciones de igualdad de méritos, capacidades y/o adecuación personal al puesto, en las promociones internas se elegirá la candidatura del género infrarrepresentado. Y el compromiso de promover políticas activas para la

selección de mujeres que ocupen puestos de trabajo donde estén subrepresentadas. Por último, en el caso de desvinculación temporal de la empresa por razones de conciliación de la vida laboral y familiar (por ejemplo, disfrute de una excedencia), hay PI que reconocen el derecho del trabajador a participar en cobertura de vacante y promociones en las mismas condiciones y requisitos en las que optaría en caso de estar en activo.

En relación al sistema de clasificación profesional que, pese a su importancia, es un capítulo obviado sistemáticamente en los PI, conviene destacar que algún PI prevé medidas dignas de mención como, por ejemplo, el estudio de forma individualizada de la adecuación al grupo profesional de cada trabajador a los efectos de determinar su correcta adscripción al mismo. También en algunos PI se especifica el seguimiento anual para verificar el equilibrio por sexos de toda la plantilla en general y de todos los grupos profesionales con el compromiso de adoptar las medidas que puedan tratar de ayudar para corregir la posible persistencia de desigualdades.

c) Retribución

En cuanto a la política y estructura retributiva los PI, alguna vez, resultan excesivamente parcos y muy ambiguos en sus planteamientos. Así, se recogen compromisos genéricos como la aplicación neutra y en términos de igualdad de los complementos salariales.

Por otro lado, también es frecuente que las empresas en los PI se comprometan a fiscalizar las posibles diferencias salariales que se detecten para garantizar la ausencia de todo tratamiento discriminatorio.

d) Conciliación

Con la intención de acabar con la cultura del presentismo que perjudica a aquellos sujetos con obligaciones familiares, se prevé, por un lado, valorar el logro de objetivos y, por otro, facilitar la flexibilización del tiempo de trabajo. Por ejemplo, en esta última línea, algún PI establece la posibilidad de que, en aquellos centros donde sea viable, se organice la salida de los trabajadores a partir de una concreta hora.

Una previsión común en bastantes planes de igualdad es el compromiso de que las reuniones de trabajo o los cursos de formación tengan lugar dentro del horario laboral. Incluso algún PI profundiza en esta línea y dispone que compensar con tiempo libre la formación que se realice fuera del horario de trabajo.

También se prevé informar y formar a los trabajadores sobre los derechos de conciliación existentes, como las excedencias por motivos de conciliación, así como facilitar la formación de los trabajadores durante el disfrute de ésta. En aras a fomentar la corresponsabilidad se recoge la obligación de informar al colectivo de hombres sobre la utilización de los permisos parentales.

Por otro lado, resulta significativo que algún PI se comprometa a adaptar las medidas de conciliación a las necesidades de las familias reconstituidas o se equipare la figura de “hijastro” (hijo de uno sólo de los cónyuges respecto al otro) a la de hijo a los efectos de determinados permisos retribuidos (hospitalización, enfermedad grave, etc.).

Por otro lado, en aras de mejorar las medidas de conciliación existentes, en muchos PI la empresa se compromete a identificar las necesidades de conciliación de la plantilla para ajustar las estrategias de actuación de la empresa a las mismas. Para ello, se utilizan técnicas como el llamado buzón de sugerencias para los trabajadores.

En cuanto a la posible mejora de los derechos de conciliación reconocidos normativamente o la creación de otros autónomos, los PI presentan una práctica muy variada. Resulta interesante destacar las siguientes medidas. En relación a la maternidad, con frecuencia se mejora el permiso por lactancia o la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo. Por ejemplo, en cuanto al permiso por lactancia, se reconoce su disfrute acumulado sin necesidad de contar con la aquiescencia de la empresa. Por lo que hace a la excedencia motivada en razones familiares la reserva de puesto de trabajo se amplía más allá de los 12 meses previsto en el ET.

También es una constante la mejora o creación de derechos para atender imprevistos relacionados con el cuidado de la familiar. En relación a los supuestos de hospitalización de un familiar se reconoce la posibilidad del disfrutar del permiso retribuido en un momento posterior al del hecho causante a decisión del trabajador. También se reconoce el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo por un periodo temporal (por ejemplo, de entre 15 días y 4 meses) para atender circunstancias personales de especial gravedad. En esta línea algún plan de igualdad permite una reserva de horas de trabajo o periodo vacacional por motivos de tratamiento médico o intervención quirúrgica de un hijo. O, por ejemplo, se reconoce a los trabajadores con cargas familiares el derecho a modificar su turno de trabajo de forma temporal para hacer frente a circunstancias personales de especial gravedad. Algunos PI reconocen el derecho a una licencia para acompañamiento a servicios de asistencia sanitaria de familiares hasta segundo grado.

En cuanto a la ordenación de la jornada ordinaria de trabajo, una

constante es la necesidad de aquilatar ésta con las obligaciones familiares. De ahí que se reconozca, por ejemplo, la posibilidad de que los trabajadores de la empresa que compartan obligaciones familiares puedan ordenar sus turnos de trabajo para evitar la coincidencia de prestación de servicios de ambos progenitores. También se establece con frecuencia el compromiso de favorecer los horarios flexibles y el teletrabajo, pero pocos PI llegan a concretar este derecho con medidas definidas. En cuanto a la reducción jornada, dada la desvinculación parcial que supone, algunos PI prevén la posibilidad de sustituir esta por una adaptación cualitativa del tiempo de trabajo como, por ejemplo, el cambio de turno. Por último, en aras de facilitar la atención de los hijos en periodo vacacional, algún plan establece interesantes medidas como estudiar la posibilidad para el cuidado de los hijos de manera conjunta.

e) Otros aspectos

En este sector resulta frecuente que los PI adapten el procedimiento de bajas voluntarias para descartar posibles situaciones de discriminación por razón de sexo.

4. Suministros de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado

En este sector únicamente 3 empresas han obtenido el distintivo de igualdad en la empresa: Acciona Energía, S.A., ENDESA, S.A., Red Eléctrica (REE).

Todas son grandes empresas (más de 250 trabajadores). Por lo que se refiere a Acciona Energía y REE, las plantillas son mayoritariamente masculinas (las mujeres representan el 25 por cien de los trabajadores). Sin embargo, en ENDESA la presencia de mujeres y hombres está equilibrada prácticamente con el 50 por cien de cada sexo.

Por último, antes de comenzar el análisis conviene resaltar que los planes de igualdad de estas empresas publicados en la base de datos de la web gubernamental distintivo de igualdad en la empresa no están vigentes. No obstante, el análisis se ha realizado sobre los mismos, ya que, a efectos de la finalidad del proyecto, pueden proporcionarnos una aproximación a las actuaciones implementadas en dichas empresas.

a) Acceso al empleo

Es un elemento común a todos los planes de igualdad el compromiso de implantar medidas que aumenten la presencia femenina. Para ello se proponen las siguientes medidas: incluir en el clausulado de los contratos de servicios de selección la exigencia de mantener los mismos criterios de igualdad de la empresa comitente; garantizar, en la publicación de vacantes, la inexistencia de requisitos vinculados directa o indirectamente con el sexo; utilizar canales de comunicación y difusión de las ofertas de empleo que faciliten la captación de personal femenino; o, también, contratar al sexo subrepresentado en el grupo profesional de que se trate en los supuestos de igualdad de condiciones de idoneidad, mérito y capacidad. En esta línea, REE profundiza más, puesto que se compromete expresamente a establecer programas específicos para seleccionar mujeres que ocupen puestos de trabajo en los que están subrepresentadas.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

En este ámbito, si bien, como se verá, la formación y promoción son objeto de regulación en los planes de igualdad, el sistema de clasificación profesional no ha sido abordado en el plan de igualdad por ninguna de las empresas. Es por ello que no hay ninguna referencia a esta materia en el análisis que sigue.

Por lo que hace a la promoción, se proponen las siguientes medidas: realizar un seguimiento de los datos de promoción con el objetivo de ver su evolución e identificar los motivos que puedan llevar a las mujeres a rechazar la promoción; también se trata de facilitar a las mujeres la incorporación a puestos de mayor responsabilidad, y para ello se propone como medida la realización de programas específicos de formación o la realización de programas específicos para la detección de mujeres con potencial para promocionar; asimismo, se facilita la participación de los trabajadores en excedencia o reducción de jornada por motivos familiares en los procesos de cobertura de nuevas vacantes, aunque no se concretan las vías en que dicho compromiso se cumplirá.

En cuanto al ámbito de la formación, además del consabido compromiso genérico de implantar programas formativos orientados a sensibilizar toda la plantilla en relación a la igualdad de género, se prevén acciones que discurren por dos líneas. Por un lado, se establece el compromiso de realizar cursos de formación de sensibilización y refuerzo en materia de igualdad para directivos y mandos que se encarguen de gestionar equipos de trabajo en la empresa, así como a los responsables que intervengan en

la gestión de recursos humanos. Y, por otro, se prevé la realización de cursos de formación especialmente diseñados para reforzarla presencia de las mujeres en la plantilla: cursos para facilitar el acceso de las mujeres a áreas o niveles menos representados, acciones formativas para trabajadores en situación de excedencia o reducción de jornada por motivos familiares, suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo, ser víctima de violencia de género adecuadas para el desempeño de su trabajo tras la reincorporación o para su futuro desarrollo profesional.

c) Retribución

En cuanto a la retribución, los planes de igualdad, como consecuencia del diagnóstico inicial, reconocen una brecha salarial según género. Ahora bien, achacan dicha diferencia a la estratificación por puestos y funciones por colectivos. A pesar de dicha brecha, las medidas formuladas resultan genéricas, más próximas a una declaración de principios que a un verdadero plan de acción. Así, se realizan actuaciones en materia salarial a fin de garantizar la aplicación efectiva del principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor. También se pretende conseguir una composición más equilibrada de las plantillas que permitan fomentar la presencia del género menos representado en los diferentes grupos profesionales. Y, por último, se busca garantizar que en las promociones económicas se respetará el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de género o derivada del disfrute de cualesquiera medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. Para ello se pretende vincular las promociones económicas a criterios objetivos de rendimiento y aportación profesional

d) Conciliación

De manera genérica se prevé la creación de campañas de sensibilización en materia de repartos de responsabilidades entre mujeres y hombres y el ejercicio indistinto por ambos de los derechos de conciliación. Además, también se prevé una especial atención a la difusión entre la plantilla de las políticas y derecho de conciliación.

Como medidas concretas, destaca el PI ENDESA, pues prevé toda una batería de mejoras sobre los derechos de conciliación reconocidos a nivel normativo y, además, establece otros de creación propia. Cabe destacar los siguientes derechos:

- flexibiliza el tiempo de trabajo de diferentes maneras: pasar de jornada partida a continua a aquellos trabajadores que tenga obligaciones

familiares y víctimas de violencia de género. A estos mismos trabajadores se les reconoce también el derecho a retrasar la entrada o salida hasta en una hora. Amplía los supuestos de reducción de jornada respecto a los previstos en el ET. Prevé la posibilidad de elección de turno para la mujer embarazada o en caso de tener un hijo menor de 12 meses;

- mejora cualitativamente el derecho a la excedencia por motivos familiares incrementado la reserva de puesto de trabajo hasta los 18 meses;
- mejora los permisos retribuidos contenidos en el art. 37 ET y acuña nuevos permisos, también retribuidos, como el tiempo indispensable para acudir a la consulta médica del trabajador o hijos de hasta 10 años. Crea permisos no retribuidos para concretos supuestos: adopciones internacionales (30 días), asuntos familiares o personales (4 días);
- en cuanto a los desplazamientos que tenga que realizar un empleado, se prevé que estos no puedan durar más de 15 días cuando el trabajador tenga ciertas obligaciones familiares y por motivos de salud y exonera del cualquier desplazamiento a las mujeres embarazadas o en situación de lactancia hasta que el menor cumpla los 12 meses;
- también prevén mejoras específicas relacionadas con la maternidad, como la ampliación del permios por maternidad (ahora nacimiento de hijo) a 17 semanas o una duración más dilatada en caso de supuestos especiales (en caso de discapacidad del hijo). También se prevé preferencia para la elección del turno de las vacaciones a las mujeres que se encuentren embarazadas.

5. Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación

A continuación se exponen los principales resultados del análisis de los PI de Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), de Aguas Municipalizadas de Alicante, Hidraqua Aguas de Levante y SOREA. Su contexto organizativo es el propio de las grandes empresas, con plantillas que oscilan, en general, entre los 117 trabajadores de Aigües i Sanejament d'Elx y los 4.560 de Aqualia. No obstante, aparece el caso aislado de FCC, con una plantilla de más de 20.000 trabajadores. Además, en todas estas empresas se aprecia un marcado sesgo de género que se muestra constante, siempre en torno al 80-20% de hombres/mujeres.

Seguidamente se sistematizan las acciones de igualdad más representativas que comparten, así como aquellas otras que resultan destacables por su

particularidad, originalidad e interés.

a) Acceso al empleo

De nuevo se aprecia un énfasis generalizado en la necesidad de usar un lenguaje neutro e igualitario en el ámbito de la selección de personal, desde el anuncio hasta las entrevistas y distintas fases del proceso. No obstante, los principales retos se ubican a un nivel de profundidad mayor, lo que da lugar a medidas tendentes, por un lado, a promover la contratación de mujeres en aras de una mayor representatividad en todas las áreas del organigrama y, por otro, a garantizar que se removerán todos los obstáculos, directos e indirectos, en su acceso al empleo, lo que exige un examen concienzudo de todo el proceso selectivo y también una correcta formación y el firme compromiso y la sensibilidad de las personas de la empresa que se encargan de llevar a cabo las tareas de gestión de recursos humanos. Para todos estos fines se diseñan sistemas neutros de evaluación, en los que se garantiza que únicamente se valorarán requisitos y méritos absolutamente objetivos. Por último, se apela, como es usual, al desarrollo de medidas correctoras de la subrepresentación de las mujeres, como que, en igualdad de condiciones, tengan prioridad en el acceso. En fin, todas estas acciones se mantendrán hasta que el sesgo de género quede por debajo del 40-60%.

Por otra parte, resulta muy positiva la previsión del PI de FCC de establecer colaboraciones con asociaciones y fundaciones que trabajen con mujeres en situación de exclusión social, con el fin de favorecer su integración socio-laboral.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

La formación, como se sabe, ocupa un lugar central en el camino hacia la igualdad real. Y por ello no extraña que los PI programen, como así sucede en estos casos, acciones formativas dirigidas a mujeres, cuya participación se promoverá dentro de la jornada de trabajo, para facilitar su acceso a categorías con subrepresentación y concretamente a los puestos de responsabilidad en la empresa. En este sentido, se priorizará la formación impartida dentro de la jornada de trabajo o, cuando menos, ésta se ofertará on-line, para que la conciliación no sea un impedimento. Destaca, positivamente, que se haga una mención expresa a este respecto en materia sindical, fomentando expresamente la participación de las mujeres en los órganos de representación social. En fin, a tales fines, se establecen programas de identificación del talento interno que permitan

disponer de una base de mujeres con potencial para promocionar a puestos de responsabilidad.

Y, correlativamente, se prevén controles estadísticos hacia el futuro sobre la evolución de las promociones y ascensos en las distintas categorías profesionales con diferenciación de sexos, de cara a detectar cuáles son los resultados alcanzados en este terreno y, en su caso, reformular las acciones propuestas. También se estudiarán, anualmente, los datos sobre la distribución de la ocupación a tiempo parcial y a jornada completa y sobre los contratos de duración temporal/indefinida de forma diferenciada por sexos.

c) Retribución

En relación a las eventuales discriminaciones salariales, se programa un informe anual, desagregado por género, sobre el cual se aplicarán las hipotéticas medidas correctoras que se revelasen como necesarias para garantizar que la integridad del salario abonado a cada persona trabajadora responde, únicamente, a criterios de mérito, capacidad o antigüedad.

d) Conciliación

En materia de conciliación lo cierto es que se echan de menos más medidas concretas en este momento, pues, por ahora, simplemente, se prevé la elaboración de documentos, que habrían de ser suscritos por los representantes legales de los trabajadores, en los que se incluyan esas medidas específicas para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La única medida concreta que aparece ya plasmada es la de reducir los desplazamientos y viajes de trabajo, en la medida de lo posible, mediante su sustitución por videoconferencias.

e) Otras cuestiones

En fin, cabe, por último, destacar que prácticamente todos los PI aquí estudiados dan gran importancia al aspecto de la comunicación y concienciación sobre la cuestión de género tanto hacia dentro de la empresa, a través de sus canales de comunicación internos, como hacia fuera, mediante la participación en campañas y eventos que tengan un impacto en la sociedad acerca de estas cuestiones.

6. Construcción

En este epígrafe se analizan los PI de la construcción. Lo que ocurre es que, en realidad, los únicos disponibles son los de FCC Industrial e Infraestructuras y FCC Construcción, dos sociedades del Grupo FCC, con lo que la muestra se ve notablemente reducida. En fin, desde el punto de vista de las circunstancias generales de la plantilla de ambas empresas cabe destacar que, como es tradicional en este sector de la actividad, se aprecia una marcada sobrerrepresentación de los hombres (alrededor del 90-100%). Sea como fuere, en los sucesivos apartados se recogen las previsiones más interesantes y significativas de estos dos PI.

a) *Acceso al empleo*

Entre las medidas adoptadas en pos de un acceso al empleo igualitario encontramos las propuestas “clásicas” o habituales de los PI: anuncios y convocatorias de empleo “neutros” y de difusión igualitaria; sensibilización y formación en cuestiones de igualdad de las personas encargadas de llevar a cabo los procesos selectivos; guiones de preguntas y directrices para asegurar la objetividad de las mismas y eliminar su contaminación con aspectos inherentes a la esfera familiar, al tiempo que el lenguaje utilizado sea siempre no sexista; por supuesto, uso de criterios de selección basados en principios transparentes, igualitarios, objetivos y no discriminatorios...

b) *Formación, promoción y clasificación profesional*

Respecto a la formación, cabe destacar el compromiso de que la formación presencial se desarrolle siempre dentro del horario laboral, al igual que la semipresencial y la on-line.

La promoción también recibe, cómo no, una atención específica. Y ahí encontramos las medidas más típicas, como programar acciones formativas específicas para las trabajadoras, a fin de facilitar su promoción a puestos de responsabilidad y categorías con subrepresentación, o priorizar su contratación en esas categorías a igualdad de condiciones.

c) *Retribución*

Por lo que se refiere a la retribución, todo el PI gira en torno a un instrumento de evaluación/medición de eventuales discriminaciones retributivas, con indicadores que relacionen las diferencias salariales por

grupos, funciones, género y antigüedad, con el objetivo de controlar dichas diferencias y adoptar las medidas correctoras que procedan.

d) Conciliación

Las medidas que, por su interés y concreción, cabe destacar en el terreno de la conciliación serían la apuesta por la videoconferencia para reducir los viajes de trabajo y la implantación, supeditada a la realidad de cada puesto de trabajo, de jornadas y horarios flexibles.

7. Comercio al por mayor, al por menor y reparación de vehículos y motocicletas

A continuación se analizan los aspectos más reseñables de los Planes de Igualdad de Verdimed, IKEA Iberica, Hijos de Luis Rodríguez, Consum Comunidad Valenciana, Merck Sharp & Dohme, GlaxoSmithKline, Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Xerox España, EMC Compute Systems Spain, Enagás y Renault España Comercial⁵. En realidad, pese a estar integrados en este epígrafe 7, aquí se incluyen empresas de diferentes sectores: farmacéuticas (Merck Sharp & Dohme, GlaxoSmithKline, Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo), grandes cadenas de alimentación y mueblería (Verdimed, IKEA Iberica, Hijos de Luis Rodríguez, Consum Comunidad Valenciana) y empresas de otros ámbitos, sobre todo tecnológicos (Xerox España, EMC Compute Systems Spain, Enagás y Renault España Comercial). Así, esta heterogeneidad se manifiesta claramente en la idiosincrasia de cada plantilla. Por lo que se refiere a las grandes plataformas de alimentación y otros, encontramos plantillas de entre 275 y más de 7.500 personas, en las que el sesgo de género bascula hacia las mujeres, que ascienden al 60-70% del total. En cambio, en las tecnológicas y energéticas, cuya plantilla varía de los 300 a los 1.300 trabajadores, la situación es la opuesta, pues las mujeres están subrepresentadas en todas estas empresas (llegando al 20% en algún caso). Y, por su parte, entre las empresas farmacéuticas el panorama es de plantillas de entre 500 y 1.000 empleados, con bastante equilibrio de mujeres y hombres. En fin, del estudio conjunto de todos estos PI se han condensado en las siguientes páginas, con mención a las medidas y acciones más significativas que comparten y aquellas otras que destacan

⁵ El PI de Orange Unilever España no consta en la Red DIE, por lo que no ha podido ser objeto de análisis.

por su singularidad.

a) Acceso al empleo

A este respecto, los PI del grupo de empresas Farmacéuticas, a título particular, parten de la constatación del razonable equilibrio entre hombres y mujeres, lo que se detalla específicamente en lo referido a los puestos directivos. Sin embargo, se destaca que, en cambio, no hay paridad en los comités de empresa.

Después, ya en las acciones concretas, encontramos propuestas clásicas y universales (anuncios, entrevistas y procesos de selección neutros, no sexistas y sensibles a la cuestión de género; procesos basados, estrictamente, en los principios de mérito y capacidad; CV ciegos en los procesos de selección...). La verdad es que resulta lógico que tampoco se profundice en este terreno, ya que, como se ha indicado, las farmacéuticas no plantean problemas en este terreno.

Por lo que se refiere al resto de empresas, se repiten los patrones generales, pese a que el sesgo de género exigiría un esfuerzo especial. Aunque también hay algún caso loable, como el de Xerox, que publica un verdadero Código Deontológico de reclutamiento y selección en el que se detallan y sistematizan todas las previsiones dirigidas a alcanzar una igualdad real en el acceso al empleo. En un sentido similar, Renault España Comercial programa la futura redacción de un Código no discriminatorio en selección y contratación.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

En materia de formación, se programa la detección de las necesidades formativas específicas de las mujeres, a fin de diseñar las acciones formativas necesarias para su promoción profesional; con especial hincapié en las acciones formativas dirigidas a ocupar puestos de responsabilidad. Asimismo, se plantea que, con carácter general, se dedique una atención especial a motivar a las mujeres a participar de los procesos formativos y oportunidades de promoción. Y se planifica aumentar la formación en horario laboral y a distancia, a fin de que no colisionen con la conciliación.

También se plantean acciones de identificación de las posibles barreras/frenos que dificulten la promoción femenina, así como para analizar y documentar las causas de rechazo a puestos de mayor responsabilidad.

c) Retribución

En algunas empresas (sobre todo en las del grupo de tecnológicas/energéticas) dentro de este apartado se constata que, pese a que solo exista un nivel salarial diferenciado en función del puesto de trabajo, sí existe una brecha salarial; derivada, más que nada, de la tardía incorporación de las mujeres a estas empresas y su menor antigüedad. Y, al respecto, lo habitual es, simplemente, refrendar dichos sistemas de clasificación basados en grupos profesionales en los que la retribución esté ligada solo al grupo de pertenencia; derivándose a las acciones formativas y de promoción la neutralización de este sesgo. En cualquier caso, para todo ello resulta fundamental que se refleje, como así se prevé, de forma clara y transparente la estructura retributiva.

d) Conciliación

En materia de conciliación se fomentan, de nuevo, las tecnologías de la comunicación para reducir al mínimo estrictamente necesario los viajes de trabajo, así como insistir en la opción del teletrabajo.

Asimismo, con un carácter muy general, se programan estudios de las necesidades de conciliación de la plantilla, a efectos de implementar las soluciones oportunas en cada caso. Destaca, por su nivel de concreción y profundidad, el *Plan Familia* de GlaxoSmithKline, dedicado a la atención, a todos los niveles, de las familias con discapacidad. También cabe resaltar la sala de lactancia que se habilita en esta última empresa.

Parece acertado optar, como es el caso de EMC, por mirar hacia otras compañías que marquen la referencia en materia de igualdad para estudiar qué medidas y acciones adoptan en este terreno, a fin de adaptarlas e incorporarlas.

En materia de flexibilidad aparecen horarios flexibles, aumento de los días de permisos retribuidos respecto al ET, horario concentrado en los meses de verano...

Y, como medidas a celebrar, encontramos, por ejemplo, cómo EMC permite a las trabajadoras reducir su jornada al 50%, sin merma retributiva alguna, a partir de la semana 30 de embarazo.

e) Otras cuestiones

En fin, a nivel particular cabe referir, aquí, que el PI de IKEA se muestra como uno de los más extensos, completos, profundos y detallados de todos cuantos se han analizado en este trabajo, lo que merece, cómo no,

una mención especial.

8. Transporte y almacenamiento

Tres empresas han obtenido el distintivo de igualdad en la empresa: Interurbana de autobuses, S.A., Metro Bilbao y PAVAPARK movilidad, S.L.

En cuanto a la morfología del sector, mientras que Interurbana de autobuses y Metro Bilbao entran en la categoría de grandes empresas, Pavapark movilidad, con tan solo 47 trabajadores, entraría en lo que se denomina pequeña empresa. Ahora bien, el PI de esta última no consta en la base de datos consultada, de manera que no ha podido ser estudiada en profundidad y los únicos datos con los que se han contado son los previstos en el informe/resumen de la misma. Por otra parte, la documentación accesible de Interurbana de autobuses se limita a un documento en el que se resume su PI, por lo que la información resulta incompleta y ambigua.

Se trata de un sector en el que destaca la presencia masculina ya que de los casi 2000 trabajadores que integran la plantilla de estas empresas, la presencia de mujeres alcanza únicamente el 23%.

a) Acceso al empleo

Por lo que hace a la contratación, se identifican el compromiso típico de dar preferencia a la contratación de mujeres en caso de igualdad de requisitos y capacidades de los candidatos, debiendo anunciarse dicha preferencia en la oferta de empleo.

En relación a las fuentes para la contratación de nuevos empleados, como medidas a destacar, conviene citar el compromiso de crear una base de datos de potenciales candidatas como fuente de reclutamiento, de acudir a bolsas de empleo público de mujeres como fuente de reclutamiento y el establecimiento de acuerdos con entidades públicas y privadas para facilitar la incorporación de mujeres.

En cuanto a las ofertas de empleo destaca la obligación de adecuar los formularios y solicitudes de empleo a los principios de igualdad de oportunidades. Para ello, en dichos documentos se incluirá aquella información necesaria y relevante para el puesto, sin entrar en cuestiones referentes al ámbito privado.

Para garantizar el principio de igualdad de oportunidades en los procesos de selección se procederá a sensibilizar al personal que participa en ellos

mediante formación específica. Por otra parte, la evaluación de los aspirantes se habrá de realizar sin ningún sesgo vinculado al sexo, estado civil o número de hijos. Para ello se deberá de tener especial cuidado en que no se sobrevaloren las habilidades y rasgos identificados socialmente como características propias de un sexo u otro.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

Ninguna de las empresas analiza el sistema de clasificación profesional en clave de igualdad. Solo son objeto de tratamiento prioritario las acciones formativas y los criterios de promoción.

En relación a la formación destaca el hecho de que se prevea una programación de las acciones formativas en condiciones de igualdad de oportunidades mediante la flexibilización de horarios y lugares. Para ello se prevé que la formación se impartirá en el lugar de trabajo y en el horario laboral.

Por otro lado, también se establece como objetivo potenciar la sensibilización en igualdad de oportunidades para el conjunto de la plantilla mediante acciones formativas específicas en la materia.

En cuanto a la promoción, para eliminar barreras que dificulten la plena igualdad entre hombres y mujeres se prevé considerar como parámetro de valoración la calidad del tiempo empleado en el trabajo y los objetivos alcanzados en detrimento de la cantidad de tiempo dedicado. Además, en relación a los itinerarios profesionales de hombres y mujeres en condiciones de igualdad de oportunidades se establece el compromiso de identificar a aquellas personas que, por su formación, experiencia, competencias y aptitudes puedan promocionar a puestos de mayor responsabilidad. En pos de este objetivo se establece como prioritario que el personal directivo analice las competencias relacionadas con los itinerarios profesionales según puesto de trabajo.

c) Retribución

No es objeto de tratamiento en ninguno de los PI en este sector.

d) Conciliación

En este ámbito es objetivo prioritario la flexibilización de la jornada de trabajo. Para ello, como acción inicial, se establece la obligación de divulgar las medidas existentes tanto a nivel normativo como las establecidas en particular en la empresa. Además, también se establece el

compromiso de informar sobre la oferta pública y privada para los hijos durante los periodos vacacionales.

En cuanto a las medidas concretas adoptadas para la flexibilización del tiempo de trabajo, se prevé la entrada y salida flexible o el paso a la modalidad de teletrabajo, aunque no se informa sobre los criterios que se van a seguir para implementar dichas alternativas. También se prevé la posibilidad de adaptación del horario laboral para los empleados de oficinas que acrediten dicha necesidad por atención de personas dependientes.

9. Información y comunicaciones

En este epígrafe se analizan los Planes de Igualdad de S2 (Grupo de Innovación en Procesos Organizativos), INDRA SISTEMAS y TECON Soluciones Informáticas. S2 y TECON cuentan con 239 y 47 trabajadores respectivamente, mientras que INDRA se desmarca con casi 12.000. Sin embargo, hay una constante en todas ellas y es la marcada sobrerrepresentación de hombres en el global de la plantilla, alrededor de 70-30%; lo cual tiene su lógica impronta en los PI, que fijan como uno de los objetivos prioritarios el incremento de la contratación de mujeres. En los siguientes epígrafes se sistematizan las acciones de igualdad más representativas que comparten, así como aquellas otras que destacan por su particularidad, originalidad e interés.

a) *Acceso al empleo*

En efecto, dado el fuerte sesgo de género en estas plantillas, lo primero que cabe destacar en este apartado es la necesidad que identifican todos los PI de aumentar la contratación de mujeres y minorar la segregación sobre todo en las áreas más subrepresentadas. Para ello se propone llevar a cabo campañas de publicidad específicas sobre las vacantes y cubrirlas con criterios de preferencia, a igualdad de condiciones. En este campo también se fijan diversas consignas a seguir durante los procesos de selección: lenguaje no sexista e inclusivo, así como mejorar la óptica de género y la motivación de los empleados que lleven a cabo estas funciones de selección y promoción, y, por supuesto, garantizar la objetividad de los procesos, en los que solo se valore la capacidad, experiencia y formación. En este sentido se prohíbe la formulación de preguntas sobre cuestiones personales o familiares. A nivel particular, resulta interesante cómo S2 incorpora procedimientos basados en CV anónimos.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

Respecto a la citada formación, los PI estudiados en este epígrafe “J” hacen hincapié en la necesidad de publicitar de forma suficiente los cursos ofertados, así como en el objetivo de incentivar la participación de las mujeres en este tipo de acciones formativas, para facilitar su acceso a las categorías en las que están menos representadas (sobre todo las de corte más técnico). En fin, también resulta interesante que, dentro de la formación, se contemple la oferta de cursos para incrementar la productividad y una gestión eficiente del tiempo. También se fija el objetivo de que todas las acciones formativas y de promoción se ofrezcan en horarios accesibles y compatibles con la conciliación familiar – o directamente dentro del horario laboral – así como elevar la formación on-line.

c) Retribución

Se parte de la base de que la retribución es equitativa entre hombres y mujeres en todos los márgenes salariales. La cuestión es que se constata que, evidentemente, existe una segregación vertical y horizontal relacionada con la falta general de mujeres en la empresa, sobre todo en las categorías técnicas, a lo que se suma su menor antigüedad media. No obstante, se identifica la necesidad de clarificar el sistema de retribución en todos los puestos, para garantizar la transparencia y equidad a este respecto. Y se remiten al campo de la formación y promoción cuáles sean los mecanismos concretos a través de los que se llegue a una mejor representación femenina en la empresa en general y en los puestos más retribuidos en particular. En fin, también se busca garantizar que no exista ningún tipo de discriminación retributiva basada en otros factores distintos al propio género, como pudieran ser la religión, la nacionalidad o la discapacidad.

d) Conciliación

Aquí, distintas medidas merecen ser destacadas por su interés. Así, en TECON se implanta un espacio central de la jornada que es de cumplimiento obligado, mientras que se abre un marco contiguo, en las franjas inicial y final, en el que los trabajadores pueden moverse con flexibilidad horaria. Además, en materia de flexibilidad se constituye una “bolsa de horas de conciliación”, que en función de las circunstancias se

concedería al trabajador para su posterior recuperación en las semanas subsiguientes. También resulta original la medida denominada en el PI de TECON de “días sin cole”, en virtud de la cual se habilitará un espacio dotado de persona/s responsable/s para que los trabajadores puedan dejar a sus hijos los días no lectivos.

e) Otras cuestiones

En fin, en este apartado cabría destacar el conjunto de acciones dirigidas a fomentar la sensibilización en materia de género que prevé el PI de TECON, o la importancia que se confiere a la “comunicación”, en sus diversas vertientes relacionadas con el género, en los tres PI.

10. Actividades financieras y de seguros

En este epígrafe se analizan los Planes de Igualdad de Allianz Seguros, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ING BANK, Banco Popular, Banco Sabadell, Banco Santander, FinConsum (CaixaBank), Deutsche Bank, Grupo Asegurador Reale, Mutua Madrileña Automovilista, MC Mutual, Mutualia e Ibermutuamur. Se trata, por tanto, de grandes empresas (de entre 2.000 y 28.000 trabajadores) con una idiosincrasia logística y organizativa muy similar. Todo ello se traduce en un elevado grado de homogeneidad en sus Planes de Igualdad, que, por lo general, presentan un buen índice de desarrollo y concreción, de acuerdo a la gran capacidad operativa de este tipo de empresas. En los siguientes epígrafes se sistematizan las acciones de igualdad más representativas que comparten, así como aquellas otras que destacan por su particularidad, originalidad e interés⁶.

a) Acceso al empleo

En este apartado destaca la importancia que confieren todos los Planes de Igualdad aquí estudiados a las ofertas y anuncios de trabajo, respecto a los cuales se promueve el lenguaje inclusivo, se alerta sobre el uso de imágenes sexistas o estereotipadas y se hace hincapié en que los medios a través de los cuales se distribuye la oferta de empleo (prensa, bolsas

⁶ Los PI de Orange Spagne S.A.U., Cajamar Caja Rura, Banco de Crédito Social Corporativo, RCI Banque, Unión de Mutuas, Fraternidad-MUPRESA y MAPFRE no constan en la Red DIE, por lo que no han podido ser objeto de análisis.

internas, portales web...) sean igualmente accesibles para mujeres y hombres. Además, se impone que las ofertas de empleo estén basadas en información ajustada a características objetivas de orden profesional y laboral. Destaca la concreción alcanzada en el PI del BBVA, que prevé un registro clasificado por géneros de los CV recibidos y la superación de los respectivos procesos de selección.

Por otra parte, se presta también una gran atención a las entrevistas de trabajo. A este respecto, todos los PI enfatizan la importancia de informar y sensibilizar a los entrevistadores en materia de conciliación, objetividad, transparencia e igualdad de oportunidades, y se hace constar la necesidad de evitar alusiones o preguntas de corte discriminatorio. Incluso, algunos PI, como el del Banco Sabadell, se estandarizan los guiones de las entrevistas para que únicamente contengan la información necesaria y relevante y evitar, así, cualquier discriminación sexista.

Los propios procesos de selección se someten, cómo no, a criterios de mérito y capacidad; lo cual se hace extensivo a las empresas externas que participen en los mismos. Y al efecto se programan controles internos a fin de garantizar la máxima objetividad. En fin, también es habitual que los PI garanticen que, a igualdad de méritos, sea seleccionado el candidato del sexo infrarrepresentado en la unidad.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

Como no podría ser de otro modo, los PI de este tipo de empresas, fuertemente jerarquizadas y con un prolijo organigrama, prestan una especial atención a todo lo relacionado con la formación y la promoción y clasificación profesional.

Así, de entrada, absolutamente todos los PI aquí estudiados hacen referencia a la necesidad de aplicar criterios y factores objetivos en la carrera y el desarrollo profesional, con el compromiso de favorecer la evolución profesional de hombres y mujeres por igual y, muy importante, contribuir también al progresivo equilibrio de la menor representación de la mujer en algunos niveles del organigrama, potenciando, de forma específica, el desarrollo de sus competencias y habilidades. A tal efecto, se impone la formación y sensibilización en materia de igualdad de las personas que intervienen en procesos de promoción profesional. A título particular, algunas entidades fijan objetivos muy concretos, como el Banco Popular, que se compromete a implementar políticas y programas de formación para desarrollar las competencias profesionales de las mujeres en su acceso a los puestos de dirección de sucursales.

También se garantiza en todos estos PI la formación de los empleados

durante el disfrute de los diversos derechos de conciliación así como tras su reingreso al puesto de trabajo, para potenciar su reciclaje profesional y asegurar sus posibilidades de promoción. En algunos casos, como el del Banco Sabadell, se apuesta, en este punto, por la formación on-line, potenciando audios y videoconferencias. Asimismo, se garantiza el derecho a participar en convocatorias de traslados y ascensos, así como a exámenes de capacitación, durante las situaciones de excedencia por motivos familiares y con reducción de jornada por causas familiares.

En fin, merece una atención especial en este apartado CaixaBank, cuyo PI presenta una gran especificidad y concreción de medidas, como demuestra el énfasis en la promoción de mujeres que trabajan en plataformas telefónicas y que por su perfil podrían promocionar a otras áreas; o la realización de un “mapa de talento” de CaixaBank que permita visualizar dónde se encuentra el talento femenino que puede desarrollarse, con el consiguiente programa *Mentoring* para potenciar dicho talento femenino.

c) Retribución

Por lo que se refiere a la retribución, todos los PI de igualdad parten de la constatación empírica de que no existe discriminación por razón de género en las bandas salariales y que la retribución de cada puesto solo responde a criterios objetivos. No obstante, se establecen controles internos para garantizar que, a similar trayectoria profesional y mérito en el desempeño en un mismo puesto funcional, las retribuciones sean equivalentes entre géneros.

A título particular, algunas empresas, como Banco Popular o Banco Sabadell, garantizan el 100% de la retribución durante la reducción de jornada del último mes de embarazo y prácticamente todas hacen lo propio durante los periodos de suspensión por maternidad y paternidad.

d) Conciliación

En el apartado de la conciliación cabe apuntar diversas medidas concretas de gran interés. Así, es muy habitual que se establezcan horarios flexibles (por ejemplo, 8:15-9:30 en Allianz Seguros o una hora de margen en Banco Popular y Banco Sabadell; que se reserva para los trabajadores con hijos menores de 5 años en ING BANK). Banco Sabadell introduce también la posibilidad de trabajar en horario continuado para las personas con hijos menores de 3 años, o con minusvalía del 33% hasta los 12 años, o con minusvalía del 45% de forma indefinida.

En relación a la maternidad, muchos PI mejoran en dos semanas

adicionales la suspensión legal por maternidad. Y, en relación al permiso retribuido por nacimiento de hijo, algunos PI, como el de MC Mutual amplían la duración prevista por el ET (de 2 días a 10, en este caso). También la lactancia recibe un tratamiento prolijo y, así, por ejemplo, el BBVA reconoce el derecho a disfrutar de una hora de permiso por lactancia al principio o al final de la jornada diaria (mientras, como se sabe, el art. 37.4 del ET solo reconoce media hora cuando este permiso se disfrute al principio o el final de la jornada diaria); o, de forma similar, el Santander lo que permite es fraccionarlo en media hora antes y después de su jornada, lo que supondría una “reducción de jornada”, en términos del art. 37.4 del ET, pero del doble de duración.

Muy original es el reconocimiento de un permiso retribuido para la visita médica, por el “tiempo indispensable”, de Allianz Seguros; y que el Banco Sabadell extiende incluso al acompañamiento a la visita médica de los hijos menores de 14. En fin, también oportuno es el énfasis de los Bancos Sabadell, Santander y Deutsche Bank en impulsar las videoconferencias y audio con el fin de reducir viajes de trabajo y facilitar una mejor conciliación de la vida familiar.

e) Otras cuestiones

En fin, en este apartado cabría destacar el detallado y completísimo protocolo de detección y actuación contra el acoso sexual de algunas entidades, como BBVA, Banco Santander y Deutsche Bank.

11. Actividades profesionales, científicas y técnicas

Se examinan a continuación los Planes de Igualdad de Anova Consulting, Ernst & Young Abogados, Broseta Abogados, Renault Consulting, Ricardo Luz y asociados, Grupo Ilunion, Repsol, Arada Ingeniería, Euroconsult, Ferrovial, Isdefe, Isastur, SENASA y Verificaciones Industriales Andalucía. Así, nos encontramos ante un conjunto heterogéneo de empresas, pertenecientes a la asesoría y asistencia jurídica/económica, o bien compañías energéticas y, por último, compañías prestadoras de servicios de ingeniería e infraestructura. La cuestión es que, además, resulta que el perfil de la plantilla no sólo diverge por la actividad desarrollada en cada empresa, sino también por su tamaño; ya que encontramos empresas que van desde los 11 trabajadores (9 mujeres y 2 hombres) de Ricardo Luz y asociados (si bien es un tamaño de plantilla muy excepcional dentro del grupo de empresas aquí analizado)

hasta los alrededor de 2.000 de Repsol (con una práctica paridad mujeres-hombres). En fin, en términos generales, cabe destacar el alto nivel de desarrollo y calidad técnico-jurídica que presentan muchos de estos PI; lo que, en cierto sentido, resulta lógico, dada la actividad a la que se dedican algunas de estas empresas. A continuación se exponen de forma organizada las claves más interesantes de los referidos PI.

a) Acceso al empleo

Por lo que se refiere al acceso al empleo, los PI hacen hincapié en la necesidad de garantizar la perspectiva de género en todo el proceso de selección de personal. Y, para ello, se proyectan las medidas concretas más habituales en este sentido, como el uso de lenguaje y canales de comunicación inclusivos o la adopción de criterios selectivos claros, neutros y alejados de estereotipos y prejuicios. Así, por ejemplo, se prohíben todo tipo de preguntas relacionadas con la situación personal, civil o familiar, y mucho menos sobre expectativas de futuro a este respecto. Pero es que, incluso, por ejemplo, el PI de ANOVA directamente introduce en las entrevistas de selección de personal un guion para que los entrevistadores resalten el compromiso de la empresa con la conciliación como característica identitaria de la empresa. También se aboga por identificar rasgos personales no innatos (diversidad oculta) que permitan integrar la diversidad dentro de la plantilla, sin que se sobrevaloren habilidades y rasgos atribuidos socialmente a uno u otro sexo. Y es recurrente, entre estos PI, la clásica fórmula de priorizar la contratación de las personas del sexo menos representado en la categoría profesional en que se integra el puesto y fomentar la contratación de personas del sexo menos representado en las categorías socialmente asociadas a un género.

Por otro lado, también se refleja como fundamental, en este terreno, la adecuada formación en materia de igualdad del personal dedicado a los procesos selectivos.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

Los PI estudiados en este apartado apuestan, como no podría ser de otro modo, por la formación como una de las vías principales desde las que atajar las desigualdades de género en la empresa. Y, para ello, deviene crucial que las acciones formativas resulten compatibles con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; lo que sitúa al llamado e-learning como el recurso ideal. O, en todo caso, se prioriza la formación,

ya fuese interna o externa, dentro del horario laboral. También se hace necesario, igualmente, mantener y fomentar los derechos formativos durante los periodos de excedencia por cuidado de dependiente. En este terreno, es destacable el nivel de implicación del PI de Ernst & Young, que acuña el compromiso de detectar cuándo una determinada oferta formativa no es suscrita por mujeres y entrevistarse con las posibles candidatas que no la hubiesen suscrito para concluir si se debió a la cargas familiares; en cuyo caso se adoptarían las medidas necesarias para que la realización del curso en cuestión no se viese truncado por dichas causas. Algo similar ocurre en el PI de Verificaciones Industriales de Andalucía, que promueve la participación de mujeres en cursos de actividades tradicionalmente masculinizadas.

Por supuesto, todo el sistema de promoción estará basado, siempre, en criterios de idoneidad y capacidad, con juicios exclusivamente objetivos. Asimismo, se estudiarán, de cara a su inmediata extinción, todos los posibles estereotipos o prejuicios que lastrasen la carrera profesional de las mujeres en la empresa.

Pero, además, se fija como objetivo específico y bastante generalizado en estos PI estudiar y analizar la situación de las mujeres en la empresa que, por sus capacidades, presentan mejores perspectivas para ascender a puestos de mayor responsabilidad y aplicar programas específicos para su promoción hasta equiparar, así, el sesgo con los hombres en cada escalafón, sobre todo en aquellos en los que la subrepresentación es más flagrante.

Por último, la transparencia también se hace muy necesaria en este terreno, por lo que los PI prevén la elaboración de documentos con una detallada descripción de los puestos de trabajo, con sus funciones y responsabilidades, conectados a las estadísticas de género en la empresa.

c) Retribución

En el aspecto retributivo, se parte siempre de la base de que no existen inequidades retributivas directas, sino que las que eventualmente existiesen se derivarían, en realidad, de la menor presencia de la mujer en los estratos elevados del organigrama. Por ello, la neutralización de este tipo de desigualdades retributivas se remite al apartado de la formación y promoción profesional. No obstante, en paralelo y por lo que se refiere a cuestiones estrictamente relacionadas con la retribución, se aboga por la transparencia y claridad retributivas, para así asegurar que los salarios no reflejan discriminación alguna. Además, a tal fin, se programan análisis estadísticos periódicos, para contrastar eventuales diferencias y cerciorarse

de que toda variación retributiva responde siempre a razones exquisitamente objetivas.

En fin, cabe destacar aquí que algunas empresas, como Ernst & Young, complementan la incapacidad temporal y la prestación por maternidad y paternidad hasta el 100% del salario bruto mensual y computan estos periodos a efectos del devengo de pagas extraordinarias.

d) Conciliación

En este campo aparecen distintas medidas concretas cuyo fin común es el de neutralizar la incidencia que determinadas situaciones personales y familiares pudieran tener en la vida profesional; de entre todas ellas, se resaltan aquí las que, por su originalidad o interés, merecen una atención especial. Así, por ejemplo, es relativamente habitual entre estos PI que se reconozca un permiso retribuido para la asistencia a consulta médica no hospitalaria con hijos o hijas menores de 6 años (es el caso, entre otros, de Ernst & Young). También se reconoce el horario flexible de entrada y salida en distintos formatos y con diversos márgenes; sin bien fuertemente limitado en algunos casos, en los que se limita a las familias monoparentales. Resulta particularmente original, a la par que interesante, la medida del PI de Ernst & Young de conceder, previo aviso y justificación, un permiso de hasta 5 días anuales para la asistencia a tratamientos de fertilidad. En este apartado también se incardinarían las ayudas para guardería que prevén distintos PI, como el de Ilunion. En fin, en el terreno de la igualdad también parece oportuna la ampliación de la reserva del puesto de trabajo en supuesto de excedencia por cuidado de hijos o familiares hasta los 18 meses que lleva a cabo, por ejemplo, el PI de Repsol.

e) Otras cuestiones

En fin, resulta interesante destacar aquí, por ejemplo, el ilustrativo cuadro sobre lenguaje y comunicación no sexista de Broseta Abogados; pues, pese a que su contenido pueda parecer obvio, refleja de forma muy concisa supuestos frecuentes de lenguaje sexista, lo que facilita su identificación y paulatina corrección. También resulta reseñable la campaña específica que, anualmente, dirigirá ILunion a la promoción de una comunicación no sexista en el entorno de la empresa. Cabe hacer mención al teletrabajo, al que el PI de Repsol dedica una atención especial, habida cuenta de su fuerte feminización (34% hombres, 66% mujeres) y el papel central que esta figura desarrolla y debe desarrollar en materia de

igualdad.

12. Actividades administrativas y servicios auxiliares

Este sector está integrado por diez empresas galardonadas con el distintivo igualdad en la empresa: Acciona FacilityServices, Asociación de personas con discapacidad-centro especial de empleo. Verdiblanca, Grupo BN Facility Services, S.A., EMULSA Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón, Escuela Andaluza de Salud Pública, ICSE, LeasePlan, MARODRI, S.L., MULTINAU S.L. y TEBEL Sociedad Cooperativa.

De las diez empresas integrantes de este sector, 5 tienen la categoría de gran empresa (MULTINAU S.L., LeasePlan, Acciona FacilityServices, Grupo BN Facility Services y EMULSA). En estas empresas se aprecia, en su conjunto, una presencia bastante equilibrada de mujeres (57%) y hombres (43%). Por su parte, el resto de empresas tienen la consideración de medianas y, a diferencia de las grandes empresas, la presencia femenina es mayoritaria (casi un 68% de las plantillas).

Con carácter previo al inicio del análisis se ha de señalar que no era accesible en la base de datos de la web *Igualdad en la empresa* el plan de igualdad de la Escuela Andaluza de Salud Pública, por lo que no ha podido ser tenido en cuenta a la hora de realizar el análisis.

a) Acceso al empleo.

Es una constante en los planes de igualdad el compromiso de publicitar las ofertas de empleo utilizando un lenguaje neutro desde el punto de vista discriminatorio. En la misma línea, algunos PI también establecen como necesaria que las ofertas de empleo sean publicitadas con la mención del compromiso de la empresa con el principio de igualdad de oportunidades. En cuanto a las fuentes de para la contratación, se pauta la ampliación de los métodos de reclutamiento con la intención de buscar una red más extensa que permita identificar a más y mejores mujeres candidatas. Por otro lado, algún PI prevé que las bolsas de contratación temporal estén conformadas de forma paritaria (50% mujeres/hombres).

También resulta un lugar común buscar con la contratación una presencia equilibrada de hombres y mujeres en los distintos puestos de trabajo, de modo que, cuando un grupo profesional se aprecie que un sexo esté infrarrepresentado, se procurará la contratación de personas de dicho sexo.

Además, para la cobertura del puesto se partirá de la definición del mismo, lo que garantiza procesos más objetivos. Y ello porque, tras la selección del personal, algunos PI prevén la confrontación del perfil con el que estaba definido el puesto con el perfil del trabajador que finalmente lo haya ocupado. Dicha confrontación se concretará en un informe en que quede constancia que la contratación se ha realizado según criterios e indicadores objetivos, garantizando así la transparencia del proceso de selección.

Por lo que hace a las personas encargadas de los procesos de selección, se identifica de forma reiterada el compromiso de fomentar su formación en el principio de igualdad de oportunidades. También se prevé la adopción de una guía con pautas concretas a seguir en las entrevistas y procesos de selección. Incluso algún PI establece que en los procesos de selección el Tribunal esté formado atendiendo a criterios de paridad y que, además, se prioricen pruebas psicotécnicas o entrevistas curriculares valorativas de los méritos frente a la entrevista personal.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

Es común en prácticamente todos los PI el compromiso de proporcionar formación en materia de igualdad de oportunidades con carácter general a todos los trabajadores de la empresa con el objetivo de sensibilizar en esta materia. Y, profundizando en esta línea, también se asume la obligación de formar especialmente en esta materia personal que ostente especial responsabilidad, como directivos, jefaturas de servicios y mandos intermedios, así como a los responsables que intervenga de forma directa o indirecta en la gestión de los procesos de recursos humanos.

Además, para facilitar el acceso a la formación también es frecuente que los PI se prevea que los horarios se negocien con, por ejemplo, la comisión de igualdad de la empresa para adaptarlos a las necesidades de los trabajadores o, en ocasiones, directamente la empresa asume el compromiso de impartir la formación en horario laboral.

Por otro lado, no resulta una rareza que los PI presenten especial preocupación por garantizar la formación de aquellos colectivos de trabajadores que por sus circunstancias personales tengan más dificultad para acceder a la misma como, por ejemplo, ocurre con los trabajadores en situación de excedencia por motivos familiares.

Por lo que hace a la promoción, en muchos PI se parte de un diagnóstico negativo en relación al porcentaje de mujeres que ocupan puestos de responsabilidad. Por ello, es una medida frecuente que los PI prevean que, en aquellos departamentos en los que se constate una infrarrepresentación

de mujeres y los candidatos se encuentren en igualdad de condiciones, se de preferencia a las mujeres. También se prevé la realización de programas específicos para la detección de mujeres con potencial o el compromiso de que en los cargos de responsabilidad exista como mínimo paridad en los miembros del equipo.

También se detecta una sana preocupación por garantizar que las promociones se lleven a cabo bajo criterios objetivos. Para ello, en algunos IP se asume el compromiso de informar a la plantilla de los requerimientos necesarios para promocionar.

c) Retribución

Como ya se ha apreciado en otros sectores, a pesar de que la brecha salarial se presenta como un ejemplo clásico de la discriminación sufrida por la mujer, las previsiones de los PI en esta materia adolecen de una importante inconcreción, ya que suelen consistir en compromisos genéricos de vigilancia.

d) Conciliación

En los planes de igualdad se denota preocupación por facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Para ello, además de mejorar los derechos reconocidos a nivel normativo y crear otros nuevos, se establece el compromiso de difundir información entre los empleados sobre los derechos de conciliación existentes e, incluso, que los responsables de recursos humanos asesoren a los trabajadores sobre los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. También se prevé informar de forma particular a cada trabajador del posible plan de conciliación que se establezca en la empresa.

Dentro de este bloque de medidas la adaptación del tiempo de trabajo ocupa un papel primordial, por lo que es frecuente encontrar en los PI previsiones en este sentido: dar prioridad en los cambios de turnos a aquellos trabajadores que soliciten el mismo por motivos de conciliación. Aunque, se ha de señalar que en ocasiones los PI presentan este derecho de adaptación de la jornada sometido a limitaciones como, por ejemplo, que el cambio de turnos u horarios no perjudique al servicio. Por otro lado, se establece el compromiso de permitir mayor flexibilidad horaria a aquellos grupos profesionales que por la naturaleza del tipo de servicio prestado sea posible.

Además de lo expuesto, en ocasiones los PI prevén la creación de permisos no recogidos a nivel normativo, siendo especialmente reseñables

los siguientes: la posibilidad de intercambiar o acumular horas de trabajo, para disponer de mayor tiempo libre, para asuntos propios o la previsión de permisos particulares para asuntos propios no retribuidos.

Y, si la flexibilidad sobre el tiempo de trabajo es una constante en los PI, no ocurre lo mismo con la flexibilidad espacial, ya que pocos PI contemplan el teletrabajo como una opción real.

Es frecuente que los planes de igualdad prevean un capítulo especial dedicado a la maternidad. En este supuesto lo usual es que se mejoren los derechos existentes como, por ejemplo, mediante el disfrute acumulado de descansos derivados de la maternidad. O garantizar cursos de reciclaje profesional a los trabajadores tras reincorporarse de una suspensión del contrato de larga duración. También resulta habitual la creación de permisos para atender a hijos y familiares dependientes en ocasiones, incluso, con carácter retribuido.

Por otro lado, los PI suelen estipular la realización de campañas de sensibilización en materia de corresponsabilidad entre hombres y mujeres con motivo de la conciliación de la vida familiar y laboral.

13. Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento

En este epígrafe se analizan los Planes de Igualdad de la Fundación la Caixa, Anpark Gestión, Fundación Guggenheim Bilbao, y empteSPORT. El tamaño de las plantillas varía entre los 28 trabajadores de Anpark y los 563 de empteSPORT. Respecto al sesgo de género, la situación de las diversas empresas de este epígrafe 11 oscila entre la paridad absoluta en la plantilla, casi 50-50, y una marcada subrepresentación de hombres, como curiosamente ocurre en las Fundaciones de la Caixa y Guggenheim Bilbao, con un 70% de mujeres y un 30% de hombres, aproximadamente. A continuación se examinan las acciones más representativas que aparecen en estos PI.

a) Acceso al empleo

Con carácter previo a las medidas concretas, hay que destacar el profuso diagnóstico de la plantilla que realiza la Fundación Guggenheim Bilbao, en el que se explica que la alta presencia de mujeres en la empresa responde al mayor porcentaje de mujeres en el mercado laboral graduadas en los estudios requeridos para la mayoría de los puestos y, por otra parte, a la política de contratación del museo, basada en mérito y no en criterios de sexo.

Ya en relación a las acciones concretas, encontramos propuestas clásicas referidas al lenguaje utilizado en las ofertas de trabajo, no sexista e inclusivo... Y es que, en efecto, los PI de emteSPORT y Anpark recogen todas las medidas básicas: utilización de imágenes y lenguaje no sexista, preferencia de contratación del sexo subrepresentado (con mención especial a las mujeres mayores de 45 años), entrevistas guionizadas con sensibilidad y responsabilidad hacia la cuestión de género...

b) Formación, promoción y clasificación profesional

De nuevo, los PI de emteSPORT y Anpark hacen acopio de las medidas clásicas en este campo: preferencia de promoción al sexo subrepresentado, motivación particularizada de las mujeres a que participen en procesos de promoción (en especial en las categorías de subrepresentación), oportunidades formativas específicas para las personas que se encuentren de excedencia por cuidado, programar los cursos formativos con atención a la conciliación (horarios acordes, formación on-line...) Lo cierto es que no se encuentran medidas demasiado interesantes ni originales dentro de los PI aquí estudiados.

c) Retribución

Respecto a la retribución, se constata en los PI que ésta se fija por categorías, sin margen a la negociación individual; lo que descartaría discriminaciones directas. No obstante, en atención a posibles discriminaciones indirectas, se programa un seguimiento constante a fin de identificar posibles desviaciones. Y, como es habitual, en realidad, la neutralización de posibles desigualdades retributivas se deriva al resto de parcelas del PI: promoción, formación, medidas de conciliación...

d) Conciliación

Es realmente interesante, pese a su sencillez, la medida de Guggenheim Bilbao de impartir formación sobre “nuevas masculinidades” y corresponsabilidad dirigida principalmente a hombres, o, igualmente, los cursos de empoderamiento femenino. También resulta original, a la par que muy acertado, el proyecto de recabar información sobre familiares dependientes y realizar estudios particularizados sobre posibilidades de reordenación del tiempo de trabajo.

Destaca por su profundidad el Modelo de Gestión de la Conciliación integral de la Caixa (denominado Empresa Familiarmente Responsable),

que comprende el análisis de buenas prácticas; un seguimiento detallado del absentismo, productividad hora, rotación y satisfacción de condiciones laborales; índices de AL y riesgos psicosociales...

Y, asimismo, merece una valoración más que positiva el conciencioso estudio que hace el PI de Anpark de la organización del tiempo de trabajo al trasluz de la conciliación y la cuestión de género, con la identificación de los principales problemas en este terreno y una propuesta de solución a cada caso.

14. Otros servicios

En este sector se han identificado 11 empresas: Asamblea de Cooperación por la Paz, Asociación Alanna, CERMI, CC.OO. Región de Murcia, Fundación Once, SOEMCA Empleo, S.L. y Can Cet, Centre d'inserció laboral, S.L., FEMEPA, Fundación Once, SOEMCA Empleo, S.L. y Can Cet, Centre d'inserció laboral, S.L. Respecto a esta FEMEPA su plan de igualdad no era accesible en la base de datos de la Red DIE por lo que su contenido no ha podido ser incluido en el estudio.

En cuanto a la morfología del sector cabe destacar que está integrado por dos grandes empresas, seis empresas medianas, dos pequeñas y una microempresa. Por otro lado, es reseñable el alto índice de presencia femenina, puesto que, de media, ronda aproximadamente el 60% de las plantillas.

a) *Acceso al empleo*

Los principales aspectos tratados son los siguientes:

- por lo que hace a las convocatorias y solicitudes es frecuente que exista un compromiso expreso en la utilización de un lenguaje e imágenes no sexista. De forma más particular, se prevé la publicidad en las convocatorias del compromiso de igualdad de oportunidades adquirido por la empresa;
- en cuanto al contenido de la oferta de empleo se establece la existencia de un cuestionario para la descripción de los puestos de trabajo, lo que permite la identificación y definición de las características y funciones del puesto de trabajo, así como las capacidades y formación requeridas según los objetivos señalados. De este modo se entiende que la concreción detallada del puesto de trabajo es un elemento positivo que contribuye a objetivar el proceso de selección. Por otra parte, no se preguntan por aspectos personales: estado civil, cargas familiares, etc.;

- en relación a los criterios de selección resulta prácticamente una constante el compromiso de revisión de las pruebas y entrevistas para evitar estereotipo sexistas. Por otro lado, también se establece como criterio de selección la contratación del sexo infrarrepresentado según área en la que se vaya a incorporar el candidato. Resulta reseñable en este extremo el criterio de que no se tenga en cuenta la sobrecualificación a la hora de valorar al candidato (PI CC.OO. Región de Murcia).
- por último, en un plan de igualdad se toma en consideración la formación del personal de selección en materia de igualdad de oportunidades.

b) Formación, promoción y clasificación profesional

Por lo que hace a la promoción interna, es frecuente la previsión de revisar el sistema de clasificación profesional en términos no sexistas que faciliten una representación equilibrada entre mujeres y hombres.

Se ha observado también la práctica de facilitar a la plantilla información sobre posibles vacantes a efectos de solicitar la promoción. Sobre este aspecto resulta especialmente interesante el compromiso de incorporar todas las medidas sobre promoción al convenio colectivo, de modo que se facilita su conocimiento para los trabajadores (PI CCOO región de Murcia).

Junto los compromisos genéricos sobre respeto al principio de igualdad y no discriminación, cabe señalar la existencia de criterios de promoción particulares en determinados planes de igualdad como, por ejemplo, la creación de protocolos para acceso a puestos de trabajo que considere la promoción interna, la preferencia para cubrir vacantes que tienen las mujeres a tiempo parcial (PI Asociación Alanna), o el compromiso específico de equilibrio de género en la junta directiva (PI Asamblea de cooperación por la paz).

La formación resulta un aspecto que los planes de igualdad tratan con detenimiento, puesto que es determinante para la posible promoción de un trabajador. Es posible identificar tres aspectos sobre la formación. En primer lugar, la planificación de la formación desde un punto de vista estratégico. Para ello se asume el compromiso de realizar un estudio sobre las necesidades formativas a fin de mejorar las competencias profesionales (PI CC.OO. región de Murcia). En segundo lugar, incorporar la perspectiva de género en los planes de formación, así como en las medidas formativas que específicamente se implementen (previsión común en casi prácticamente todos los planes de igualdad). Y, por último,

facilitar a los trabajadores la comunicación de titulaciones, cursos y certificados de formación para que sean tenidos en cuenta en procesos de acceso y promoción.

c) Retribución

Sobre este aspecto, la labor de los planes de igualdad es más limitada. Se concreta básicamente en el compromiso de realizar un estudio salarial para su adaptación al principio de no discriminación. No obstante, merecen especial mención las siguientes previsiones. Por un lado, el estudio del sistema salarial teniendo en cuenta el sistema clasificación profesional y promoción revisados desde la perspectiva de igualdad de género (PI Asamblea de Cooperación por la Paz) y la realización de análisis periódicos sobre las retribuciones medias de mujeres y hombres, para detectar posibles situaciones de discriminación (asociación ALANNA).

d) Conciliación

Por lo que hace a la conciliación de la vida familiar y laboral, pueden diferenciarse tanto acciones sobre información y promoción de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres como reconocimiento de concretos derechos.

Por lo que hace a la información sobre medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, así como de promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, los planes de igualdad recogen la obligación de realizar una compilación de los derechos de conciliación existentes a fin de facilitar su conocimiento a los trabajadores. Además, recogen el compromiso de informar expresamente a los hombres sobre el posible ejercicio de estos derechos a fin de fomentar la corresponsabilidad en la asunción de obligaciones familiares.

En relación los derechos de conciliación expresamente reconocidos en los PI, destacan las siguientes medidas.

Por lo que hace al tiempo de trabajo varios PI inciden en su posible flexibilización, aunque por vías distintas. Así, algunos PI establecen la posibilidad de pactar con el trabajador un horario flexible cuando se den circunstancias justificadas. También se recoge el compromiso de regular el derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivo de la conciliación de la vida familiar y laboral que reconoce el art. 34.8 ET.

En relación al tiempo de trabajo, resulta reseñable el compromiso de finalizar la jornada en una determinada franja horaria (17:0h) para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral (PI CERMI).

Las vacaciones son también objeto de una puntual mejora, en la medida que se da preferencia para fijar el periodo de disfrute a aquellos trabajadores que tengan obligaciones familiares (PI CERMI).

Por otra parte, las previsiones sobre los permisos retribuidos son muy escasas. En concreto, se prevé en un PI la posibilidad de conceder un permiso al padre para acudir a exámenes prenatales cuando no puedan tener lugar fuera del horario laboral.

El mecanismo de la reducción de jornada tampoco es objeto de relevantes mejoras. Sólo un plan de igualdad recoge el compromiso de la empresa de mejorar la reducción de jornada (es decir, intentar que esta afecte lo menos posible a la jornada ordinaria del trabajador) mediante la reorganización del tiempo de trabajo (Asamblea de cooperación por la paz).

Por último, un único PI (CERMI) contempla la posibilidad del teletrabajo a través de medios telemáticos para facilitar la conciliación de la vida familiar.

15. Conclusiones

En las siguientes páginas no se trata de realizar un resumen de las principales medidas adoptadas en los PI, para garantizar el principio de igualdad de oportunidades. Más bien lo que se pretende es identificar las principales fortalezas y debilidades contenidas en los PI de las empresas galardonadas con el distintivo “igualdad en la empresa”, a fin de perfilar cuál es la trayectoria que ha de seguirse en un futuro. Pues bien, tras el estudio de los PI, se pueden arrojar las siguientes conclusiones en atención a los distintos bloques temáticos que han sido objeto de análisis.

a) Acceso al empleo

El acceso al empleo y la discriminación es uno de los aspectos que los PI tratan con mayor ahínco, y no sin razón, ya que en estos casos se parte de una infravaloración inicial del trabajo de la mujer que condicionará una parte de muy importante de su vida laboral. En efecto, la minusvaloración del trabajo de la mujer, es, por ejemplo, una de las causas que motivan la brecha salarial, puesto que, al acceder a puestos de menor nivel, la retribución también lo será en su conjunto.

Pero, la discriminación en acceso al empleo, en la medida que tiene efecto directo sobre la retribución, se proyectará también en el plano de la Seguridad Social, puesto que las pensiones a las que tenga acceso las

trabajadoras lógicamente se determinarán en función de los ingresos percibidos a lo largo de su carrera laboral. En este sentido, no puede dejar de señalarse que, según el INE, el importe medio de la pensión de jubilación de las mujeres en el Régimen General de la Seguridad Social en el año 2017 fue de 932,78 euros, mientras que, para los varones, ascendió a 1.347,17 euros. Esto es, la pensión media de las mujeres consistía en el 69,3% de la pensión media de los hombres⁷. Por estas razones, interesa conocer los criterios de corrección de estas prácticas discriminatorias que puedan contener los planes de igualdad.

Pues bien, para luchar contra la discriminación de la mujer en el acceso al empleo, los PI disponen medidas que abarcan prácticamente todos los aspectos relacionados con la incorporación de la mujer a la empresa: garantizan la neutralidad en el contenido de las ofertas de empleo así como en los medios o canales de difusión de las mismas; priman el respeto al principio de igualdad de oportunidades en los criterios tenidos en cuenta para la contratación, pues muchos PI se centran en valorar aspectos objetivos relacionados con la formación, experiencia; a los sujetos responsables el proceso de selección se les ofrece formación en materia de igualdad de oportunidades, etc.

b) Formación, clasificación profesional y promoción

Desde el punto de vista organizativo se han analizado conjuntamente estos tres factores, dada la estrecha interrelación que guardan. El resultado arrojado ha sido desigual, pues, si bien los PI contienen profusas medidas relacionadas con la formación y, en menor medida, con la promoción, la configuración del sistema de clasificación profesional, por el contrario, casi no ha sido tratado en los PI. Lo que resulta, cuando menos, extraño, ya que el sistema de clasificación profesional como elemento configurador de situaciones discriminatorias por razones de sexo es uno de los supuestos sobre el que tanto la doctrina científica como la judicial han prestado especial atención. Así, los sistemas de clasificación profesional que de algún modo infravaloren las condiciones en las categorías profesionales feminizadas respecto de las condiciones contenidas en las categorías con mayor presencia masculina dan lugar a una situación de discriminación indirecta por razón de sexo.

Por lo que hace a los sistemas de promoción o ascensos, los PI se preocupan especialmente porque los mismos respondan a criterios

⁷ Vid. INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, [Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales](#).

comunes para uno y otro sexo. Si bien es cierto que los criterios que generen discriminación directa por razón de sexo en esta materia son fácilmente identificables, no ocurre lo mismo con aquellos que tienen como resultado una situación de discriminación indirecta. Es por ello, que resulta muy positivo observar como los PI disponen mecanismos para erradicar la discriminación indirecta como, por ejemplo, factores de promoción objetivos, control los representantes de los trabajadores, etc. Por último, la formación es uno de los frentes a los que los PI dedican mayores esfuerzos, consciente seguramente de su carácter fundamental para el progreso de la mujer trabajadora. Para ello, la formación es tratada desde diferentes perspectivas. En primer lugar, es frecuente que los PI prevean itinerarios formativos acordes con las aspiraciones profesionales de las mujeres. También se garantiza dicha formación como un medio para evitar el trato discriminatorio de la mujer en el seno de la empresa, mediante la capacitación en igualdad de oportunidades a los integrantes de las áreas de recursos humanos así como a las personas con equipos de trabajo a su cargo como, por ejemplo, mandos intermedios. E incluso, es frecuente que los PI vallan más allá y traten de inculcar a sus trabajadores la importancia de la corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones familiares.

c) Retribución

Uno de las manifestaciones más palpables de la discriminación por razón de sexo se concreta en las diferencias retributivas entre hombres y mujeres. Obviamente, una parte de esta diferencia de trato deriva de la discriminación por razón de sexo que afecta a otras facetas de la relación laboral como pueden ser los ya expuestos, esto es, la discriminación en el acceso al empleo, los sistemas de clasificación profesional o el sistema de promoción. Ahora bien, que ello sea así, no quiere decir que la propia configuración de determinados conceptos retributivos no pueda incurrir en una situación discriminación indirecta.

Pues bien, sobre esta materia se puede decir que estamos ante la asignatura pendiente de los PI pues, si bien prácticamente todos inciden en la obligación de que no se incurra en tratos discriminatorios en materia de retribución, son muy pocos los PI que recogen medidas activas para evitarlo.

d) Conciliación

Pese a que el cuidado de la familia es un deber que se predica por igual

respecto de ambos progenitores, hombre y mujer, lo cierto es que dicha responsabilidad es asumida en su mayor parte por las mujeres. Al respecto, resultan reveladores los siguientes datos. Según el INE, en el año 2017 el 92,34% de las excedencias por cuidado de hijos fueron disfrutadas por mujeres⁸. O también resulta paradigmático de lo dicho que en el año 2012 las mujeres dedicaron una media de 4 horas y 24 minutos al día para el cuidado de la familia y el hogar, mientras que los hombres para los mismos menesteres únicamente invirtieron una media de 1 hora y 30 minutos⁹. Pues bien, que las mujeres asuman como propias de forma generalizada las responsabilidades familiares las aboca a una situación de discriminación por razón de sexo que proyecta sus efectos en aspectos tan relevantes e interrelacionados como el empleo o la protección social.

En efecto, por lo que hace al acceso y mantenimiento del empleo, dadas las complicaciones que desde el punto de vista de organización del trabajo en la empresa puede producirse a raíz del disfrute de los derechos de conciliación, con frecuencia las trabajadoras con responsabilidades familiares tienen serias dificultades no solo para acceder al empleo sino, incluso, para conservarlo. Y ello porque los derechos de conciliación normalmente se concretan en lo que ha venido a denominarse derechos de ausencia, esto es, poner a disposición del trabajador la posibilidad de interrumpir la relación laboral total o parcialmente para que pueda dedicarse al cuidado de la familia.

Ante esta situación, resultan especialmente valiosas las previsiones contenidas en los PI que fomentan tanto la adaptación de la jornada de trabajo como medida conciliatoria preferente a la ausencia total o parcial del puesto de trabajo, así como la corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones familiares por ambos progenitores.

16. Bibliografía

GARRIGUES GIMÉNEZ A., *La quimera de la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo: inercias, resistencias e impermeabilidad de la negociación colectiva a la quiebra de los roles de género en la clasificación profesional (a modo de presentación)*, en A. GARRIGUES GIMÉNEZ (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Reus, 2017

⁸ Vid. INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, [Mujeres en Cifras – Conciliación – Excedencias, permisos y reducciones de jornadas](#).

⁹ Vid. INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, [Mujeres en Cifras – Conciliación – Usos del tiempo](#)

INE, *Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora*, 28 junio 2018.

INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, *Mujeres en Cifras – Conciliación – Excedencias, permisos y reducciones de jornadas*

INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, *Mujeres en Cifras – Conciliación – Usos del tiempo*

INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, *Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales*

NIETO ROJAS P., *Los planes de igualdad entre la ley y la negociación colectiva: un diálogo insuficiente*, en RIL, 2015, n. 10

La competencia judicial internacional en el caso de los trabajadores aéreos: los ecos Ryanair en España

Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ*

RESUMEN: En el presente artículo se estudia la cuestión de qué órgano jurisdiccional ostenta la competencia en materia de contrato de trabajo en el caso de los trabajadores aéreos. Todo ello al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de España 24 enero 2019, Rec. 3450/2015, que, ya se adelanta, hereda la interpretación acuñada por el TJUE en su célebre sentencia de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira y Moreno Osácar*, cuyo entramado argumental hace suyo nuestro Alto Tribunal.

Palabras clave: Competencia judicial, internacional, transnacional, contrato de trabajo, Ryanair.

SUMARIO: 1. Apuntes previos sobre la competencia judicial internacional. 2. Supuesto de hecho de la STS 24 enero 2019, Rec. 3450/2015. 3. Resolución del caso y conclusiones valorativas. 4. Bibliografía.

* Profesor Ayudante Doctor en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante.

International jurisdiction in the case of air workers: Ryanair echoes in Spain

ABSTRACT: This article examines the question of which court has jurisdiction over labor contracts in the case of air workers. All this in line with the Judgment of the Supreme Court of Spain 24 January 2019, Rec. 3450/2015, which inherits the interpretation coined by the CJEU in its famous Judgment of 14 September 2017, *Nogueira and Moreno Osácar*, whose reasons endorses our High Court.

Key Words: Jurisdiction, international, transnational, working contract, Ryanair.

1. Apuntes previos sobre la competencia judicial internacional

Como se sabe, cuando los diversos elementos de conexión de un contrato de trabajo radican en países distintos se plantea, entre otras, la cuestión de cuál es el órgano judicial competente para resolver los eventuales conflictos que surgiesen entre las partes. En efecto, si la nacionalidad de las partes, su domicilio, el lugar de celebración del contrato y el de ejecución de los servicios se concentrasen en un mismo país, no surgiría conflicto alguno, pues, lógicamente, los tribunales competentes para pronunciarse sobre hipotéticos litigios serían siempre los de ese único Estado. El problema surge cuando, en cambio, los diversos elementos de conexión invocan Estados distintos, pues entonces ha de acudir a las normas de Derecho Internacional Privado para identificar cuál de los distintos países en concurso ostenta la competencia judicial para resolver el caso¹.

Así, el presente trabajo tiene por objeto abordar la referida cuestión al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de España 24 enero 2019, Rec. 3450/2015, que se pronuncia sobre cuál es el órgano jurisdiccional competente para calificar el despido de un tripulante de cabina de la empresa aeronáutica *Ryanair*; y donde, ya se adelanta, se asumen, por parte de nuestros tribunales internos, los criterios interpretativos sentados por la célebre sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017². Ahora bien, para abordar el análisis de este pronunciamiento del Tribunal Supremo con la debida claridad discursiva, parece necesario apuntar antes, siquiera brevemente, cuáles son las normas que determinan la competencia judicial en este tipo de supuestos.

Y, en este sentido, es el Reglamento 1215/2012, Bruselas I-bis³, el que recoge las reglas de conflicto por las que se dirime la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo; siempre y cuando, eso sí, el demandado tenga su domicilio en algún Estado de la Unión Europea, a

¹ A este respecto, véase TJUE 1 marzo 2005, *Andrew Owasu c. N.B. Jackson, que actúa con el nombre comercial "Villa Holidays Bal-Inn Villas" y otros*, asunto C-281/02.

² *Sandra Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar c. Ryanair Designated Activity Company*, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16.

³ Directamente aplicable por los tribunales españoles, dada su jerarquía normativa y la falta de necesidad de transposición por la normativa interna. A este respecto, A. TODOLÍ SIGNES, *La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo*, en *Revista de Información Laboral*, 2016, n. 1, edición digital. Sobre las diversas cuestiones inherentes a la virtualidad del Reglamento Bruselas I-bis en nuestro ordenamiento jurídico, véase P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, n. 132, 85-88.

excepción de Dinamarca⁴. Debe precisarse, ya en este punto, que tanto la STS Rec. 3450/2015 como la sentencia *Nogueira y Moreno Osácar* – de la que nuestra STS es *heredera* – se pronuncian *ratione temporis* sobre el Reglamento comunitario anterior, el Reglamento 44/2001, Bruselas I. Y es que, en efecto, con anterioridad al 10 de enero de 2015 esa era la norma aplicable para fijar la competencia judicial internacional. En cualquiera de los casos, lo cierto es que existe una suerte de *comunicación interpretativa*⁵, a cargo del TJUE, entre las sucesivas normas comunitarias que han regulado esta materia⁶. Lo cual, sumado a la práctica identidad de contenido y

⁴ Es importante precisar ya de entrada que, con un evidente espíritu tuitivo (J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, 2013, 43), el art. 20.2 del Reglamento Bruselas I-*bis* dispone que «cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro»; y el art. 21.2, incluso, permite que el trabajador demande al empresario domiciliado en un Estado ajeno a la UE «ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo»; todo lo cual, desde luego, amplía considerablemente el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I-*bis*. Por otra parte, como se verá a continuación, el domicilio del demandado no solo es el criterio determinante a la hora de averiguar si se aplica el Reglamento Bruselas I-*bis* como norma de competencia judicial internacional, sino que, una vez se determinase que Bruselas I-*bis* es la norma conflictual de referencia, el domicilio del demandado va a constituir el foro general de competencia, conforme al cual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante los tribunales de dicho Estado miembro: *vid.* P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *op. cit.*, 91.

⁵ En palabras de M. MIÑARRO YANINI, *Contrato internacional y expatriados de Ryanair: ¿cuál es el lugar habitual de trabajo?* (comentario a STJUE *Nogueira y Moreno Osácar*, cit.), en *CEF – Trabajo y Seguridad Social*, 2017, n. 416, 171. En efecto, es lugar común en la doctrina científica asumir que no existen modificaciones sustanciales en cuanto a la finalidad y la dicción literal entre el Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos Bruselas I y I-*bis*: *vid.* L.F. CARRILLO POZO, *Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico (Desarrollos a partir de la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017)*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 210, edición digital.

⁶ Que arrancarían con las interpretaciones extraídas por el TJUE al hilo del Convenio de Roma de 1968 (por lo que se refiere a la interpretación, a la luz de este Convenio, de la noción de *lugar habitual de prestación de servicios* – lo que ocupa un lugar central en este trabajo – *vid.* STJUE 13 julio 1993, *Mulox IBC Ltd c. Hendrick Geels*, asunto C-125/92, y las que a ella se remiten: STJUE 10 abril 2003, *Giulia Pugliese c. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio*, asunto C-437/00, STJUE 27 febrero 2002, *Herbert Weber c. Universal Ogden Services Ltd*, asunto C-37/00, y STJUE 9 enero 1997, *Petrus Wilhelmus Rutten c. Cross Medical Ltd*, asunto C-383/95) y que llegarían hasta nuestros días, con el vigente Reglamento Bruselas I-*bis*, pasando por el Reglamento Bruselas I; tal y como refrenda, sin ir más lejos, la propia STJUE *Nogueira y Moreno Osácar*, cit., § 46, cuyo análisis deviene pieza fundamental de este trabajo.

estructura en los Reglamentos Bruselas I y I-*bis*, por lo que se refiere a la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo, permite unificar los principales criterios y conclusiones, con independencia de qué “versión” del Reglamento Bruselas I se aplicase *ratione temporis*. Así pues, a lo largo de este trabajo se trenzarán, en el sentido expuesto, los artículos de Bruselas I y Bruselas I-*bis*, así como las conclusiones extraídas a partir de estos Reglamentos por el TJUE y nuestro TS.

Pues bien, de un modo muy sintético y de acuerdo a los objetivos propuestos para este trabajo, las reglas esenciales sobre competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo dispuestas por el vigente Reglamento Bruselas I-*bis* serían las siguientes.

En primer lugar, el empresario, por su parte, podrá demandar al trabajador, únicamente, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que tuviese su domicilio el propio trabajador; o bien ante aquellos otros órganos jurisdiccionales a los que las partes hubiesen atribuido competencia jurisdiccional, de forma voluntaria, a través de un pacto de sumisión⁷.

Sin embargo, resulta evidente que lo habitual en el seno de la relación laboral es que el sentido de la demanda sea el inverso, es decir, que el trabajador actúe como demandante y el empresario sea el demandado; y en este otro escenario existen diversas opciones. Así, en principio, el trabajador siempre podrá interponer su demanda ante los órganos judiciales del Estado miembro de la UE en que estuviese domiciliado el empresario; o, cuando el empresario tuviese su domicilio fuera de la UE, ante los órganos judiciales del Estado miembro en el que se estableciese la sucursal, agencia o establecimiento empresarial en que se hubiera generado el litigio.

Pero, además, con independencia de que el empresario estuviese domiciliado dentro o fuera de la UE⁸, el trabajador también podrá demandar al empresario, si así lo prefiere, *ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo, o ante el órgano jurisdiccional del último Estado miembro en que lo haya desempeñado*. Lo cierto es que tanto la STS Rec. 3450/2015 como la STJUE *Nogueira y Moreno Osácar* interpretan – ya se adelanta – de forma *expansiva* el concepto del *lugar habitual de prestación de servicios* a estos efectos; lo que, tal y como se analizará en las páginas siguientes, amplía considerablemente las prerrogativas procesales que se le abren al trabajador en virtud de este

⁷ A. TODOLÍ SIGNES, *op. cit.*; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *op. cit.*, 99-100.

⁸ En virtud del art. 21 del Reglamento Bruselas I-*bis*.

foro especial.

En cambio, si resultase imposible determinar el *lugar habitual de prestación de servicios*, el trabajador podría demandar al empresario ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en que se hubiese producido la contratación. Sin embargo, lo cierto es que la interpretación expansiva que – ya de forma tradicional – realiza el TJUE del *lugar habitual de prestación de los servicios* hace muy difícil que el juez que conoce del asunto sea incapaz de conectar el contrato con un determinado *lugar habitual* de trabajo; con lo que la incidencia del lugar de contratación, a efectos de determinar la competencia judicial, será muy secundaria y marginal.

Y, en cualquiera de los casos, siempre sobrevuela la posibilidad de que las partes, voluntariamente, atribuyesen, a través de los llamados *pactos de sumisión*, la competencia jurisdiccional a los órganos de un Estado distinto a los anteriores. En este punto habría que distinguir diversas hipótesis. Así, la sumisión pactada con posterioridad al nacimiento del litigio (ya fuese de forma expresa o tácita), siempre sería, en principio, válida; pues, entonces, no cabría presumir que el trabajador, como parte débil del contrato, se hubiese visto compelido a aceptar una sumisión que resultase contraria a sus intereses⁹. En cambio, sí parece razonable albergar más recelos frente a aquellos pactos de sumisión celebrados al inicio de la relación laboral – o en otro momento posterior al contrato pero anterior al nacimiento del litigio –, por lo que el Reglamento Bruselas I-*bis* supedita su validez a que en ningún caso se redujesen las alternativas de las que dispone el trabajador en virtud del propio Reglamento; de forma que el pacto de sumisión anterior al nacimiento del litigio únicamente podría añadir nuevos foros a los que, de entrada, se reconocen al trabajador demandante, pero nunca restringirlos o condicionarlos¹⁰.

Así pues, tras estas breves notas sobre las pautas generales de determinación de la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo, en el seno de la UE, puede ya analizarse la citada sentencia del Tribunal Supremo de España Rec. 3450/2015.

2. Supuesto de hecho de la STS 24 enero 2019, Rec. 3450/2015

En su sentencia 24 enero 2019, Rec. 3450/2015, nuestro TS resuelve un

⁹ A. TODOLÍ SIGNES, *op. cit.*; R.M. RODRÍGUEZ ROMERO, *Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario. A propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2017*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n. 47, 364-365.

¹⁰ Sobre estas cuestiones, *in extenso*, véase P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *op. cit.*, 93-96.

recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ryanair contra la STSJ de Cataluña 25 junio 2015, Rec. 1679/2015, en el que la cuestión litigiosa se reduce, en realidad, a la de qué jurisdicción nacional ostenta la competencia para calificar el despido de un trabajador de la compañía aérea, si la española o la irlandesa.

En efecto, el trabajador, extranjero con permiso de residencia y domicilio en España, prestaba sus servicios como tripulante de cabina en los aviones de la compañía aérea Ryanair, domiciliada en la República de Irlanda. El aeropuerto de base fue, durante toda la relación laboral, el de Girona-Costa Brava, pues los vuelos realizados siempre tuvieron como origen y destino final esa población. No obstante, las partes celebraron el contrato en Dublín, y en ese mismo acto suscribieron también un pacto de sumisión por el que se acordaba que la jurisdicción competente para resolver eventuales litigios sería, en exclusiva, la irlandesa – y siendo, igualmente la irlandesa la ley aplicable al contrato individual de trabajo –, ya que, tal y como se recogía por escrito en el propio contrato, «los aviones de la compañía Ryanair están registrados (matriculados) en la República de Irlanda, por lo que, en la medida en la que el trabajador desempeña su trabajo a bordo de estos aviones, su puesto de trabajo debe considerarse situado en la República de Irlanda».

Pues bien, el litigio que terminó por llegar al Supremo a través de un recurso de casación para la unificación de doctrina arranca con el despido disciplinario del trabajador, allá en el año 2013. Éste impugnó la extinción de su contrato ante el Juzgado de lo Social de Girona; que, en sentencia 21 julio 2014, At. 754/2013, declaró el despido procedente, absolviendo a la empresa de los pedimentos efectuados en su contra a este respecto. La cuestión es que, obviamente, el Juzgado de lo Social de Girona, con carácter previo a su resolución, se declaró competente para conocer del asunto, pese a la excepción de falta de jurisdicción que opuso Ryanair.

Así que esa, y no otra, es la reivindicación que promovió, en primer término, el recurso de suplicación que finalmente desestimaría la STSJ de Cataluña y, a consecuencia de ésta, el recurso de casación para la unificación de doctrina que el TS resuelve en la sentencia aquí examinada. Baste adelantar, por ahora, que Ryanair aportó, como pretendidamente contradictoria con la STSJ de Cataluña, la STS 30 diciembre 2013, Rec. 930/2013¹¹; instando al TS en su recurso de casación a que declarase la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales irlandeses, por ser la República de Irlanda el país de su propio domicilio, el de la celebración

¹¹ Dándose la paradoja de que es, precisamente, esta STS la que toma como referencia el TSJ de Cataluña para fundamentar parte importante de su Sentencia ahora recurrida.

del contrato y el de la prestación de servicios, ya que los aviones eran de esa misma nacionalidad. Y el argumento aducido al efecto por la recurrente es que tanto la sentencia de instancia, primero, como la sentencia dictada en suplicación, después, incurrieran en una infracción de los arts. 18 y 19 del Reglamento Bruselas I¹² a la hora de determinar la competencia judicial en este caso¹³; puesto que, según la postura de Ryanair, el lugar habitual de prestación de servicios era el propio avión – matriculado y registrado, como se sabe, en la República de Irlanda – y no el aeropuerto de base (Girona, en este caso), que únicamente representaría el lugar de embarque y desembarque de los vuelos.

3. Resolución del caso y conclusiones valorativas

Pues bien, antes de descender al fondo de la cuestión planteada, la Sala IV dirime, por mor del art. 219 de la LRJS, la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ryanair. Y, a este respecto, se declara que ni siquiera sería menester apreciar una divergencia entre los pronunciamientos de la sentencia ahora recurrida, STSJ de Cataluña, Rec. 1679/2015, y la alegada como contradictoria, STS Rec. 930/2013; pues, como es ya jurisprudencia reiterada¹⁴, la determinación de la posible competencia de los órganos jurisdiccionales españoles ostenta carácter de orden público, lo que obliga a la Sala a tomar una decisión al respecto, al margen de que concurriese o no la contradicción exigida por el art. 219 de la LRJS, incluso de oficio.

Por lo que se refiere al constructo argumental necesario para armar una resolución sólida a la cuestión planteada, el Alto Tribunal arranca con el análisis de la referida STS Rec. 930/2013, aportada como contradictoria

¹² Que, como ya se ha indicado, a los efectos interpretativos acuñados en esta STS, serían equivalentes a los arts. 20 y 21 del vigente Reglamento Bruselas I-*bis*.

¹³ En realidad, el recurso también plantea la posible infracción del Reglamento Roma I (593/2008), relativo a la ley aplicable al contrato individual de trabajo, pero las circunstancias del caso llevan a que el verdadero interés de la STS aquí estudiada bascule hacia la cuestión de la competencia judicial internacional. Sobre las diversas cuestiones inherentes a la ley aplicable al contrato de trabajo internacional me remito a un artículo de revista sobre este particular: M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *El contrato de trabajo en un contexto internacional: ley aplicable, desplazamiento temporal y orden público*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 222.

¹⁴ Tal y como señala la propia STS Rec. 930/2013, cit. – que se alega por la recurrente como contradictoria –, y todas las que en ella se citan a este respecto: por todas, STS 10 febrero 2009, Rec. 2382/2007, STS 28 enero 2009, Rec. 2747/2007, y STS 29 junio 2006, Rec. 1147/2005.

por la recurrente. Y es que, como bien indica ahora la Sala, dicha STS partía de un supuesto de hecho bien distinto al presente, pues se trataba de un trabajador español que prestaba sus servicios como auxiliar de cabina para la misma Ryanair en el aeropuerto de Oslo, que era su base de operaciones, por lo que permanecía en Noruega los días laborables y solo volvía a España los de libranza. Y, así, en aquel supuesto, el TS resolvió que la competencia judicial no correspondía a los tribunales españoles, sino que la ostentaban los órganos irlandeses (por ser los del domicilio de la demandada) o, a elección del trabajador demandante, los noruegos (por ser los del lugar habitual de trabajo). De esta forma, queda claro que, en contra de lo que pretende esgrimir Ryanair en su recurso de casación para la unificación de doctrina, el TS, en su Rec. 930/2013, dictaminó que, en este tipo de supuestos, la *base aeroportuaria operativa* constituye el “lugar habitual de trabajo”, al ser donde se inicia, donde se desarrolla – durante las operaciones de tierra – y donde se termina la prestación de servicios, además de cubrirse siempre el espacio aéreo de dicho Estado en todo o en parte del recorrido; y, por ende, ese Estado en el que se encuentre sito el aeropuerto de base ofrece un foro judicial especial al trabajador. Esa, y no otra, es la conclusión que se infiere de la STS de 2013, mientras que el resto de especulaciones del recurso interpuesto por Ryanair contra la STSJ de Cataluña de 2015 no son sino, en palabras del propio TS, una “ficción”¹⁵.

¹⁵ En fin, sí resulta interesante aludir aquí, siquiera con fines dialécticos, a la STSJ de la Comunidad Valenciana 9 enero 2018, Rec. 3364/2017. Y es que esta otra sentencia sí resulta contradictoria con la STSJ de Cataluña, Rec. 1679/2015, cit. En fin, aunque, tal y como defiendo en este trabajo, mi postura doctrinal coincide, en esencia, con la interpretación del TS en su sentencia 24 enero 2019, Rec. 3450/2015, se exponen, a continuación, las deliberaciones del TSJ de la Comunidad Valenciana en la referida Sentencia, que sí recoge un razonamiento opuesto: Las circunstancias de este otro caso son perfectamente análogas a las de la STS Rec. 3450/2015, cit., si bien aquí el aeropuerto de base era Manises en lugar de Girona, lo que carece de relevancia. La cuestión es que el TSJ de la Comunidad Valenciana entiende que «el actor no desempeña su trabajo en el aeropuerto de Manises sino en una aeronave propiedad de Ryanair y de nacionalidad irlandesa, siendo indiferente que se salga de Manises y se vuelva a Manises puesto que su lugar habitual de trabajo es el avión y no el aeropuerto valenciano». Y, además, afirma que «la solución alcanzada no contraviene la doctrina sentada por la sentencia del TJUE de 14-09-2017 que indica que el concepto de base constituye un indicio significativo para determinar el lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo». «Pero aunque así fuera, tal indicio no puede considerarse como determinante, sino ser valorado con el conjunto de circunstancias concurrentes a fin de determinar donde el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario, y este lugar de cumplimiento no es España sino una aeronave irlandesa». Todo lo cual lleva al TSJ de la Comunidad Valenciana a declarar la falta de competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda.

Pero es que, tal y como refiere de seguido el TS, esta postura acerca de la incidencia de la *base aeroportuaria operativa* en la fijación de la competencia judicial internacional hereda la interpretación acuñada por el propio TJUE en su célebre sentencia *Nogueira y Moreno Osácar*, cuyo entramado argumental hace suyo nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 2019.

Así, cabe partir de la interpretación *expansiva* del lugar habitual de prestación de los servicios que, de forma tradicional, efectúa el TJUE, ya sea en relación a la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo o, por lo que aquí interesa, a la fijación de la competencia judicial internacional¹⁶. Este es el sentido en el que discurre la referida STJUE 14 septiembre 2017, en la que la Corte de Luxemburgo resuelve qué órganos jurisdiccionales ostentan la competencia en el caso de varios trabajadores de distintas nacionalidades que prestaban sus servicios a bordo de los aviones de Ryanair que operaban los vuelos de salida y retorno al aeropuerto belga de Charleroi, donde los trabajadores comenzaban y terminaban su jornada y donde, incluso, se veían obligados a hacer guardias para cubrir eventuales necesidades del servicio. Y es que el TJUE identificó como lugar habitual de prestación de sus servicios el propio aeropuerto de Charleroi; pues, aunque el concepto de “base” recogido en el Anexo III del Reglamento 3922/91/CEE¹⁷ no sea directa y automáticamente equiparable al *lugar habitual de prestación de servicios*, sí constituye un indicio significativo para identificarlo, por ser ese el lugar en el que los trabajadores comienzan y terminan su jornada, en el que se hallan estacionados los aviones en los que sirven, en el que tienen conocimiento de las instrucciones empresariales y en el que – presumiblemente – habrían establecido su residencia durante el periodo de cumplimiento de su contrato.

En efecto, esa interpretación amplia y flexible del lugar habitual de prestación de servicios es la que resulta acorde al objetivo, declarado¹⁸, de proteger a la parte contratante más débil¹⁹. Pues recuérdese que el

¹⁶ Por todas, STJUE *Mulox IBC*, cit., y las que a ella se remiten: STJUE *Pugliese*, cit., STJUE *Weber*, cit., STJUE *Ratten*, cit. O, en este mismo sentido, por lo que se refiere ya a la ley aplicable al contrato de trabajo internacional, STJUE 15 marzo 2011, *Heiko Koelzsch c. État du Grand Ducado de Luxembourg*, asunto C-29/10, o STJUE 15 diciembre 2011, *Jan Voogsgeerd c. Navimer SA*, asunto C-384/10).

¹⁷ Relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil.

¹⁸ Considerando 13 del Reglamento Bruselas I y, en idénticos términos, Considerando 18 del vigente Reglamento Bruselas I-bis.

¹⁹ A las STJUE antes citadas, cabría añadir aquí, con carácter específico a este respecto, STJUE 19 julio 2012, *Abmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular*, asunto C-154/11, y STJUE 10 septiembre 2015, *Holterman Ferbo Exploitatie BV y otros c. Friedrich*

trabajador, además del foro general del domicilio del demandado, podrá siempre acudir al foro especial conectado con el *lugar habitual de prestación de los servicios*; lo que, en los casos enjuiciados tanto en la STS 24 enero 2019 como en la STJUE 14 septiembre 2017, nos llevaría a la *base aeroportuaria operativa*. Y, así, al *ensanchar* la noción de *lugar habitual de trabajo* se mejorarían – tal y como apunta el TJUE con su interpretación – las prerrogativas procesales del trabajador, pues ese foro especial – ahora *ensanchado* – es el que le permite accionar contra su empresario con mayor facilidad y menores costes.

Por último, es cierto que el Reglamento Bruselas I (y I-bis) abre la posibilidad de celebrar pactos de sumisión, pero, como se sabe, éstos habrían de ser *posteriores al nacimiento del litigio*, o, en caso de ser anteriores al mismo, deberían *permitir al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos* de los previstos, de entrada, en el propio Reglamento²⁰. En cambio, la sumisión pactada en ambos casos (STS 24 enero 2019 y STJUE 14 septiembre 2017), que atribuía competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales irlandeses, era coetánea a la celebración del propio contrato mismo y pretendía restringir las prerrogativas del trabajador; por lo que carecía de efecto alguno.

De este modo, el Tribunal Supremo de España, en el mismo sentido que ya apuntara anteriormente la STJUE *Nogueira y Moreno Osácar*, determina que, de acuerdo a la opción ejercida por el trabajador, los tribunales competentes para resolver los conflictos en materia de contrato de trabajo son los del Estado en que se sitúa la *base aeroportuaria operativa*²¹, es decir, en este caso, los españoles²². Y, desde luego, tal postura es, a mi juicio,

Leopold Freiherr Spies von Büllesheim, asunto C-47/14.

²⁰ En este sentido, véase la ya citada STJUE *Mahamdia*.

²¹ Y es que, en efecto, puede hablarse de una *crisis del pabellón* como criterio de conexión, antes hegemónico, en el trabajo internacional a bordo de buques, lo que también podría extenderse al caso de las aeronaves, tal y como aquí se aprecia: *vid.* O. FOTINOPOULOU BASURKO, *¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2015, n. 5, 64. A este respecto, se comparten las valoraciones positivas expresadas al hilo del pronunciamiento de la TJUE, asuntos *Nogueira y Moreno Osácar*, cit.: *vid.* R.M. RODRÍGUEZ ROMERO, *op. cit.*, 373.

²² Resulta muy clarificador y contundente, a este respecto, el TSJ de Cataluña en su sentencia luego recurrida por Ryanair (Rec. 1679/2015, cit.) y que da pie a la consiguiente STS Rec. 3450/2015, cit., cuando afirma que «la existencia de la base de operaciones de la demanda en el Aeropuerto de Girona y la adscripción a la misma del trabajador, por más que los servicios no se presten en tierra y sí a bordo de la aeronave, permite concluir la existencia de *un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz*» y que habilita el fuero alternativo electivo que, con habilidad legal, elige el trabajador».

merecedora de una crítica del todo favorable, por ser la que mejor concilia el equilibrio entre seguridad jurídica y protección de la parte débil del contrato de trabajo, amén de ser la que, según mi consideración, se infiere de una interpretación concienzuda y sistemática de la normativa reguladora²³.

4. Bibliografía

- BASTERRA HERNÁNDEZ M., *El contrato de trabajo en un contexto internacional: ley aplicable, desplazamiento temporal y orden público*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 222
- CARRILLO POZO L.F., *Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico (Desarrollos a partir de la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017)*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 210, edición digital
- FOTINOPOULOU BASURKO O., *¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2015, n. 5
- LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P., *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, 2013
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, n. 132
- MIÑARRO YANINI M., *Contrato internacional y expatriados de Ryanair: ¿cuál es el lugar habitual de trabajo?* (comentario a STJUE 14 septiembre 2017, *Sandra Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar c. Ryanair Designated Activity Company*, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16), en *CEF – Trabajo y Seguridad Social*, 2017, n. 416
- RODRÍGUEZ ROMERO R.M., *Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario. A propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2017*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n. 47
- TODOLÍ SIGNES A., *La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo*, en *Revista de Información Laboral*, 2016, n. 1, edición digital

²³ En contra, llegando a criticar que el TJUE, con su interpretación, «inventa un lugar de ejecución», con una creación artificial que se tilda de “trampantojo”: *vid.* L.F. CARRILLO POZO, *op. cit.*

El ejercicio del derecho de opción en los despidos declarados improcedentes por parte del Fondo de Garantía Salarial

Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI*

RESUMEN: Cuando el Fondo de Garantía Salarial comparece en el proceso social puede utilizar los medios de defensa que estime oportunos y ejercitar una serie de acciones. Recientemente se ha planteado la cuestión de si el Fondo de Garantía Salarial puede sustituir al titular del derecho a elegir entre la readmisión y la extinción del contrato cuando el despido se declara improcedente. El objetivo de este estudio consiste, precisamente, en analizar la respuesta que los órganos judiciales han ido dando a este reciente y conflictivo asunto.

Palabras clave: Fondo de Garantía Salarial, despido improcedente, salarios de tramitación, titular del derecho de opción.

SUMARIO: 1. Las facultades procesales del Fondo de Garantía Salarial: en especial, para poder ejercitar el derecho de opción en el caso de los despidos declarados improcedentes. 1.1. La primera tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al empresario por la vía del artículo 110.1 a) LRJS. 1.2. La segunda tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al trabajador por la vía del artículo 110.1 b) LRJS. 1.3. La tercera tesis: el Fondo de Garantía Salarial no puede ejercitar el derecho de opción en ningún caso. 2 La postura de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: el Fondo de Garantía Salarial sí que puede ejercitar el derecho de opción, pero solamente en determinados casos. 3. ¿Quién prevalece cuando el Fondo de Garantía Salarial y el trabajador coincidan en el ejercicio de la opción? 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor Ayudante Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia (Eduardo.Talens@uv.es).

The exercise of the right of option in dismissals by the Wage Guarantee Fund

ABSTRACT: When the Wage Guarantee Fund appears in the social process, it may use the defense means it deems appropriate and exercise a series of actions. Recently, the question has arisen as to whether the Wage Guarantee Fund can substitute the right holder to choose between readmission and termination of the contract when dismissal is declared inadmissible. The objective of this study is precisely to analyse the response that judicial bodies have been giving to this recent and controversial issue.

Key Words: Wage Guarantee Fund, unfair dismissal, procedural salary, holder of the right of option.

1. Las facultades procesales del Fondo de Garantía Salarial: en especial, para poder ejercitar el derecho de opción en el caso de los despidos declarados improcedentes

El artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permite al Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) intervenir en los procesos judiciales entre empresario y trabajador. Esta cuestión se prevé con una evidente amplitud, puesto que el mencionado precepto señala que el FOGASA «dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso» y, junto con ello, que puede «oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda». En el presente estudio voy a analizar, exclusivamente, una de estas facultades procesales. Se trata de la posibilidad de que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción en favor de la extinción indemnizada del contrato de trabajo cuando el despido ha sido declarado improcedente. La razón que me lleva a profundizar sobre en este tema encuentra su explicación en la reciente conflictividad judicial que ha suscitado esta concreta facultad procesal ejercitada por parte del FOGASA.

Para poder comprender el alcance de esta cuestión, resulta necesario conocer cuál es la mecánica en los casos en los que el despido es declarado improcedente y, concretamente, las alternativas que existen cuando el empresario no comparece en el juicio y, además, ha cesado en su actividad. Así las cosas, tal y como se deduce de los artículos 56.1 ET y 110.1 LRJS cuando el despido es improcedente le corresponde al empresario elegir entre readmitir al trabajador o extinguir la relación laboral (abonando para ello la correspondiente indemnización). En consecuencia, no cabe duda alguna de que el titular del derecho de opción es el empresario (salvo en los supuestos en los que la persona despedida es un representante legal de los trabajadores, en cuyo caso el derecho de opción le corresponde a este). Ahora bien, cuando el empresario no comparece en el juicio y su actividad económica ha cesado pueden abrirse tres posibles escenarios:

- a) que nadie ejercite el derecho de opción, en cuyo caso el juez de lo social declarará la readmisión por ser esta la regla por defecto. Al no poderse llevar a cabo la misma – porque la empresa ha cerrado – el propio juez dictará sentencia dando por imposible la readmisión y fallará extinguiendo la relación laboral desde ese momento. En estos casos la indemnización se calculará hasta la fecha de la sentencia, devengándose asimismo salarios de tramitación;

- b) que el trabajador reaccione por la vía del artículo 110.1 b) LRJS y solicite la extinción indemnizada de su contrato al ser conocedor de su imposible readmisión. En estos casos, nuevamente, la indemnización se calculará hasta la fecha de la sentencia y, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, también se devengarán salarios de tramitación;
- c) que el FOGASA actúe en sustitución del empresario y, por ende, ejercite el derecho de opción a favor de la extinción indemnizada. En estos casos la indemnización se calculará hasta la fecha del despido y no hasta la sentencia y, además, no se devengarán salarios de tramitación.

Sobre esta última posibilidad podemos encontrar diversas posturas judiciales, especialmente entre los órganos de suplicación. Seguidamente analizaré las diferentes interpretaciones que se han llevado a cabo sobre el particular.

1.1. La primera tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al empresario por la vía del artículo 110.1 a) LRJS

Un nutrido grupo de sentencias ha considerado que el FOGASA sí que puede solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Es el caso, entre otras, de la dictada por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, con fecha de 14 de enero de 2016¹. En el citado pronunciamiento se permitió al FOGASA anticipar el derecho de opción que normalmente le corresponde al empresario de acuerdo con lo establecido por artículo 110.1 a) LRJS². En esencia, en el citado pronunciamiento judicial se faculta al FOGASA para que manifieste su opción en favor de la extinción del contrato de trabajo en el momento de la vista oral, en cuyo caso, si se declara finalmente la improcedencia del despido, el juez hará constar en la sentencia la consecuencia jurídica escogida previamente por parte del titular de este derecho. En el supuesto de hecho resuelto por la sentencia del Tribunal andaluz la empresa no compareció en juicio y ya había cesado en su actividad, razón por la cual el FOGASA instó el ejercicio de la opción siguiendo lo preceptuado por el

¹ STSJ Andalucía, Sevilla, 14 enero 2016, rec. 106/2015.

² El señalado precepto dispone expresamente que en «en el acto del juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112».

artículo 110.1 a) LRJS. Esta sentencia consideró que en los casos en los que el empresario no comparece y la readmisión es imposible le corresponde al órgano administrativo ejercitar el derecho de opción³. La Sala de lo Social basó su argumentación en la ampliación de las facultades reconocidas al FOGASA en el artículo 23 LRJS tras la reforma procesal del año 2011 y pone el acento, igualmente, en que dicho organismo es un fiador subsidiario que no puede obligarse a más, ni de manera más onerosa, que el deudor principal. Por estas razones, resolvió que en los casos de incomparecencia y cese de actividad del empresario el FOGASA puede sustituirle ejercitando el derecho de opción entre readmisión o indemnización, con la finalidad de evitar de este modo un reconocimiento de la extinción del contrato de trabajo en la fecha de la sentencia judicial.

El citado pronunciamiento no es para nada aislado, pues existen otros tantos que han resuelto en este mismo sentido, como es el caso de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el día 4 de marzo de 2016, que aceptó sin ambages la posibilidad de que el FOGASA pueda ejercitar la opción en favor de la extinción indemnizada del contrato de trabajo en los casos en los que el empresario no comparece en el proceso y ha cesado en su actividad económica⁴.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana también ha mantenido esta tesis, pudiendo citar, entre otras, la sentencia de 18 de enero de 2018⁵. El supuesto de hecho fue, nuevamente, el de una empresa que ya había cerrado y no compareció en el acto del juicio, siendo que, la trabajadora afectada por el despido tampoco ejercitó acción alguna. Por lo tanto, ante la inactividad de la una y de la otra, la sentencia citada aceptó que el FOGASA pudiera ejercitar el derecho de opción⁶. En estos casos, el *dies ad quem* del cálculo de la indemnización se fija en la fecha del despido, a diferencia de los supuestos en los que es el trabajador el que ejercita la opción en el acto del juicio que, como ya sabemos, se sitúa en la fecha de la sentencia (tal y como ha sido reconocido por parte del Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 2016⁷, seguida posteriormente por sendos pronunciamientos dictados

³ La STSJ Andalucía rec. 106/2015, cit., se basa y acoge la tesis de una sentencia anterior, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Murcia, de 26 junio 2014.

⁴ STSJ Galicia 4 marzo 2016, rec. 18/2016, que cita otra de este mismo órgano de 19 enero 2015.

⁵ Rec. 3509/2017, que sigue los precedentes expresados en las sentencias de la Sala: 13 mayo 2014, rec. 464/2014; 4 julio 2017, rec. 1063/2017, firme; 5 diciembre 2017, rec. 2743/2017.

⁶ Se siguen precedentes de la misma Sala, que viene aceptando dicha posibilidad en las sentencias rec. 464/2014, cit., rec. 1063/2017, firme, cit., o rec. 2743/2017, cit.

⁷ Recud. 879/2015.

los días 13 de febrero de 2018⁸ y 4 de abril de 2018⁹). Sin ánimo de agotar los pronunciamientos de instancia y a título de ejemplo, simplemente me gustaría traer a colación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Mieres, de 6 febrero de 2018¹⁰, que también ha sostenido esta tesis y que, en consecuencia, efectuó el cálculo de la indemnización hasta la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

1.2. La segunda tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al trabajador por la vía del artículo 110.1 b) LRJS

Entre las sentencias que han admitido la actuación procesal del FOGASA en este concreto punto no parece existir consenso, puesto que algunas han negado que se pueda articular por la vía del artículo 110.1 b) LRJS, mientras que otras sí que lo han aceptado. Si recordamos brevemente el contenido del mencionado precepto, en el mismo se faculta al trabajador para que, en los casos en los que la readmisión sea imposible, solicite del juez que tenga por realizada la extinción indemnizada de su contrato¹¹. La posibilidad de que el FOGASA pueda sustituir la opción del trabajador ha sido negada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Sevilla. Concretamente, puede verse esta interpretación en su sentencia de 14 de diciembre de 2017¹² que ha rechazado *obiter dicta* la intervención del FOGASA por esta vía porque el precepto se refiere expresamente a la parte demandante, mientras que, por su parte, el citado organismo público es un responsable subsidiario por insolvencia de la empresa, es decir, que actúa en sustitución de la parte demandada. En sentido contrario, sí que se ha permitido que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con base en el artículo 110 b) LRJS en la sentencia del Juzgado de lo Social n. 1 de Oviedo, criterio que posteriormente fue confirmado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en su sentencia de fecha

⁸ Recud. 2188/2015.

⁹ Recud. 2935/2016.

¹⁰ Proc. 826/2017 (JUR/2018/89244).

¹¹ Este último precepto exterioriza que «a solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia».

¹² Rec. 583/2017.

30 de enero de 2018¹³. En la relación de hechos probados puede leerse que la sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y extinguió la relación de trabajo desde esa misma fecha con la condena a la respectiva indemnización y, junto con ello, a salarios de tramitación. En este supuesto particular fue el FOGASA quien, en el trámite de alegaciones correspondiente interesó la extinción de la relación laboral. Debemos de entender, aunque en la sentencia no queda perfectamente claro, que dicha opción se interesó en virtud de lo dispuesto por el artículo 110.1 b) LRJS y no por la vía del apartado a), pues de otra forma no se concibe que la relación laboral quedara extinguida en la fecha de la sentencia (y no en la de efectos del despido) y que, además, se hubiera condenado a salarios de tramitación. Por lo tanto, desde mi punto de vista, la Sala asturiana ratificó una intervención del FOGASA por la vía del apartado b) del artículo 110.1 LRJS, extremo que ha sido expresamente negado por otros pronunciamientos de suplicación, tal y como ya he anticipado con anterioridad (*vid.* STSJ de Andalucía, Sevilla). De otro lado, junto con el ejercicio de la opción por esta vía, el TSJ del Principado de Asturias confirmó la condena a salarios de tramitación siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo fijada en su sentencia de 21 de julio de 2016, citada *supra*, que realizando una interpretación sistemática y finalista aceptó tal posibilidad.

1.3. La tercera tesis: el Fondo de Garantía Salarial no puede ejercitar el derecho de opción en ningún caso

Otros pronunciamientos, en cambio, han negado, lisa y llanamente, que el FOGASA pueda optar por la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Es el caso, por ejemplo, de dos sentencias dictadas por parte de la Sala de lo Social de las Islas Canarias, con fechas 23 de febrero de 2017¹⁴ y de 10 de marzo de 2017¹⁵, respectivamente. En mi opinión, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias lleva a cabo una interesante disertación sobre las figuras del interviniente adhesivo simple y el de naturaleza litisconsorcial, quizás con el propósito de intentar identificar si al FOGASA le asiste algún derecho sustantivo que corresponda a la parte principal del proceso, en especial, al empresario. Todo ello para concluir, finalmente, que la posición peculiar del FOGASA, que comparte algunas

¹³ Rec. 2969/2017.

¹⁴ Rec. 1253/2016.

¹⁵ STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 10 marzo 2017, rec. 102/2017.

notas con ambos tipos de intervención procesal, se asemeja a la de un “interviniente adhesivo atípico”. Por lo tanto, una vez situada la atipicidad de la participación del FOGASA en el proceso social, la Sala de lo Social de las Islas Canarias, con sede en Las Palmas, negó que dicho órgano pueda sustituir a las partes principales a la hora de optar por la indemnización cuando se declara la improcedencia del despido, y todo ello con base en los siguientes argumentos:

- el primero de ellos, de corte literal, porque del artículo 23.3 LRJS no se deduce directamente la facultad del FOGASA a la hora de optar entre indemnización o readmisión cuando se ha declarado la improcedencia del despido;
- el segundo de ellos, de carácter sistemático, consiste en que el señalado precepto se ubica en una ley de naturaleza procesal, por lo que cuando se refiere a las plenas facultades de actuación de este órgano administrativo se refiere a las de naturaleza procesal y no a los derechos sustantivos. En este sentido, se aduce que el FOGASA no puede disponer del objeto del proceso, en esencia, conciliar o allanarse, porque no es titular de relación jurídico-material;
- en último término, desde el punto de vista de la lógica jurídica se argumenta que no cabe reconocer al FOGASA el derecho anticipado de opción sólo para el caso de que lo escogido sea la indemnización y no se haga lo propio con la readmisión, pues según el criterio de la Sala canaria o «se ostenta la facultad de optar o no se ostenta». Por lo tanto, el TSJ con sede en Las Palmas no caben “medias tintas” y opinó que sería una interferencia ilegítima que en los casos de incomparecencia empresarial y estando la misma en activo se opte por la readmisión, pues esta será la situación más ventajosa para el FOGASA.

Lo determinante para esta tesis es que, mediante el ejercicio de este derecho de opción, que presenta unos notables efectos sustantivos, el FOGASA está participando en una decisión que, a mi modo de ver, no le incumbe. En este sentido, el hecho de que el FOGASA no aparezca mencionado a lo largo del artículo 110 LRJS es porque este órgano no es parte del contrato de trabajo. Junto con ello, el artículo 23 LRJS faculta al FOGASA para oponer «toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten». El problema radica en que la opción que corresponde al empresario a la hora de readmitir al trabajador o de abonarle la indemnización por despido improcedente, es difícil incardinarla en el

tenor literal del artículo 23.3 LRJS. La razón estriba en que la naturaleza jurídica del derecho de opción no es una “excepción” ni un “medio de defensa” del empresario, ni tampoco un «hecho obstativo, impeditivo o modificativo» que afecta a la estimación o desestimación de una demanda. No estamos, en consecuencia, ante una acción meramente procesal, sino que presenta unas consecuencias que exceden de lo meramente pecuniario, puesto que afecta a la esencia misma del vínculo contractual laboral.

2. La postura de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: el Fondo de Garantía Salarial sí que puede ejercitar el derecho de opción, pero solamente en determinados casos

Como podrá apreciarse sin demasiadas dificultades en esta breve aproximación, la doctrina judicial se encontraba extensamente dividida y sobre el particular se vertieron opiniones bastante dispares. No era de extrañar que esta cuestión llegara a manos del Tribunal Supremo. El citado órgano se reunió en Pleno para debatir esta cuestión y cerrar el debate acerca de la posibilidad que tiene el FOGASA de optar por la extinción del contrato cuando el despido es declarado improcedente. La concreta sentencia que resolvió esta cuestión fue la dictada el día 5 de marzo de 2019¹⁶, en la que, por lo demás, no se hicieron votos particulares. En resumidas cuentas, el Tribunal Supremo se alinea con el primer grupo de sentencias y considera que el FOGASA sí que puede sustituir al empresario y solicitar la extinción indemnizada en los casos de improcedencia del despido. El Tribunal Supremo tuvo en consideración la amplitud con la que está redactado el artículo 23 LRJS, así como la posición que ocupa respecto del crédito laboral, siendo un fiador subsidiario del empresario insolvente.

Ahora bien, lo verdaderamente interesante de la sentencia de 5 de marzo de 2019, en mi opinión, es que acota perfectamente el campo de actuación del FOGASA y nos dice con exactitud cuáles son las circunstancias que se tienen que dar para que se pueda ejercitar esta opción, que son las siguientes: «en primer lugar, que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; en segundo, que estemos en presencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2 LRJS, esto es, que se trate de empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, siempre que conste que la empresa ha cerrado sus

¹⁶ Recud. 620/2018.

actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; en tercero, que se trate de un supuesto en el que el titular de la opción fuere el empresario, pues no se puede sustituir el derecho de opción de quien no lo tiene; y, en cuarto lugar, que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción». Por lo tanto, este derecho solamente podrá hacerse efectivo cuando la empresa esté cerrada y sin actividad y, además, no comparezca en el proceso. La sentencia del Pleno señala, asimismo, que el FOGASA debe de haber comparecido en el momento de efectuar la opción. Acogiéndose al tenor literal de esta última frase, algunos juzgados están dando por buena la comparecencia escrita efectuada por parte del FOGASA en el plazo de los 5 días posteriores a la sentencia, en los casos en los no se ha personado previamente en el juicio. En mi opinión, esta práctica no encuentra abrigo en la decisión del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La razón de mi aseveración estriba en que el Tribunal Supremo resolvió un supuesto en el que la opción se ejercitó por la vía del artículo 110.1 a) LRJS, que posibilita a su titular a llevarla a cabo en el acto de juicio mediante expresa manifestación en tal sentido y, de este modo, que el juez la pueda reflejar en su posterior sentencia. Por este motivo, entiendo que cuando la sentencia del Pleno se refiere a que «el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción», se está refiriendo al acto del juicio. En consecuencia, analizada la cuestión desde este prisma, todo apunta a que el FOGASA tiene que acudir a la vista y que su actuación no se debe de limitar a la mera interposición de un breve escrito con posterioridad a la sentencia cuando nadie haya manifestado nada con anterioridad a ese momento. No obstante, también es cierto que el artículo 23.1 LRJS permite al FOGASA «comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación» y siempre que su intervención no «haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones». En este sentido, el trámite de los 5 días posteriores a la sentencia que declara la improcedencia del despido entra dentro de la tramitación del proceso y, además, entiendo que no hace retroceder ni detener el curso de las actuaciones. Por este motivo, quizás sí que exista base suficiente para dar cobertura al modo de proceder acabado de señalar. Además, por esta vía se facilita el principio de economía procesal, dado que se evita un pronunciamiento posterior por parte del juez en relación con el incidente de no readmisión.

3. ¿Quién prevalece cuando el Fondo de Garantía Salarial y el trabajador coinciden en el ejercicio de la opción?

Lo que sí que parece dejar meridianamente claro la sentencia del Pleno Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2019 es que el FOGASA no va a poder, en ningún caso, sustituir al trabajador por la vía del artículo 110.1 b) LRJS. Bajo este escenario, rápidamente aflora la siguiente pregunta: ¿qué es lo que pasa si FOGASA y el trabajador ejercitan simultáneamente el derecho de opción a favor de la extinción indemnizada? ¿Cuál de las dos acciones predominará?

Esta cuestión también ha llegado a manos del Tribunal Supremo, que conoció de este supuesto en su sentencia de 4 de abril de 2019¹⁷. Ahora bien, en este caso concreto el Tribunal Supremo no apreció contradicción entre la sentencia de referencia y la de contraste (lo mismo sucedió en la STS de 9 de abril de 2019¹⁸). Esto fue así porque la sentencia de contraste aportada por parte del FOGASA no resolvió un supuesto en el que el citado organismo y el trabajador optaran a la vez por la extinción. En este sentido, en la sentencia de contraste, el único que realizó el citado derecho fue el FOGASA. Por consiguiente, las sentencias aportadas resolvieron cosas distintas. No en vano, pese a la mencionada ausencia de contradicción, la STS de 4 de abril de 2019 sí que entró de una forma somera a resolver sobre el fondo del asunto. Así las cosas, en el último párrafo del fundamento de derecho tercero de la sentencia, podemos leer textualmente lo siguiente: «en efecto, en el supuesto examinado el trabajador ejercitó la opción que le correspondía de conformidad con lo establecido en el artículo 110. b) LRJS. Tal opción es preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA que es sustitutiva de la titular inicial – la empresa – por lo que estando presentes las circunstancias que prevé el apartado b) del artículo 110 LRJS, la opción allí atribuida al trabajador – al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias – es preferente respecto de la genérica opción establecida en el apartado a) de dicho precepto atribuida al que resultare ser titular de la opción». Como vemos, la STS de 4 de abril de 2019 se inclinó decididamente por la prevalencia de la opción del trabajador. Este posicionamiento nos puede dar una muestra aproximada del sentido interpretativo que podría llegar a adoptar un eventual posterior fallo, en el caso de que el FOGASA encuentre dos sentencias contradictorias en esta materia y, esta vez, el Tribunal Supremo

¹⁷ Recud. 1865/2018

¹⁸ Recud. 1988/2018.

sí que tenga que entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

A favor de la preferencia de la opción por parte del FOGASA se puede aducir que el trabajador no es titular de este derecho y que el mismo le corresponde al empresario, a quien el citado ente administrativo sustituye. De otro lado, el artículo 110.1 b) LRJS utiliza las expresiones «solicitud de la parte demandante» y «podrá acordarse», términos muy dispares a la locución «a elección de aquél», utilizada en el primer párrafo del artículo 110.1 LRJS. De seguirse esta tesis el trabajador se situaría en un segundo plano, mientras que el FOGASA, que actúa en sustitución del titular, debería de ser tenido en cuenta en primer lugar.

Por su parte, a favor de la preferencia del trabajador se puede argumentar que este es el titular de la relación jurídico-material en liza y que, por ende, tiene el derecho a decidir por delante del FOGASA, que simplemente actúa como un mero sustituto de la decisión del empresario. Junto con ello, se puede llevar a cabo una interpretación escalonada del artículo 110 LRSJ. De esta forma, en primer lugar, la incumbe ejercitar el derecho al empresario (en los 5 días posteriores a la sentencia o anticipándolo en el acto del juicio). Si se sigue leyendo el artículo 110 LRJS le corresponde en segundo lugar al trabajador, pues aparece expresamente contemplado en el apartado b) del mencionado precepto (qué únicamente lo podrá hacer para solicitar la extinción). Solamente en caso de que ninguno de los anteriores manifieste su opción será cuando el FOGASA pueda pedir la extinción indemnizada. En último término, también se puede argumentar que en el apartado b) del artículo 110.1 LRJS se utiliza el término «si constare no ser realizable la readmisión», pero no se dice nada sobre si el empresario ha comparecido o no al juicio. Por lo tanto, siendo perfectamente posible que estando el empresario (titular de la opción) presente en la vista y, siendo clara la imposibilidad de llevarse a cabo la readmisión, el trabajador puede solicitar al juez que declare la extinción indemnizada. Por lo tanto, en el apartado b) del citado precepto no se condiciona la petición del trabajador a la comparecencia del empresario, sino única y exclusivamente que se acredite la imposibilidad de la readmisión. En mi opinión, lo que está haciendo el artículo 110.1 b) LRJS es algo parecido a trasladar la titularidad del derecho al trabajador cuando la readmisión parece imposible porque la empresa ha cerrado. Por ello, *ad maiore ad minus*, el trabajador podrá llevar a cabo este derecho de forma preferente cuando el empresario no comparece y, en cambio, sí que lo hace el FOGASA, ya que si la readmisión se da por imposible prima el derecho del trabajador. Este último me parece un argumento decisivo para poner por delante la opción ejercitada por parte del trabajador. Por esta razón, me inclino por esta segunda interpretación. En este sentido,

cuando FOGASA y trabajador coincidan solicitando la extinción indemnizada del contrato prevalecerá la postura de este último, lo que conllevará, tal y como he comentado con anterioridad, al cálculo de la indemnización hasta la fecha de la sentencia y al devengo de salarios de tramitación.

4. Conclusiones

En definitiva, en los casos en los que la empresa haya cerrado y no asista al juicio, el FOGASA va a poder optar por solicitar la extinción del contrato de trabajo, puesto que la readmisión va a ser imposible. Es requisito *sin e qua non* que el empresario, en calidad de demandado, no comparezca, pues en caso contrario la titularidad del derecho será única y exclusivamente de este. El supuesto resuelto por la STS de 5 de marzo de 2019 (citada *supra*) es que la intervención del FOGASA se haga por la vía del artículo 110.1 a) LRJS, es decir, que en la vista oral se anticipe dicha preferencia. De este modo, el juez podrá tener por realizada la opción por la extinción indemnizada en la propia sentencia que declare la improcedencia del despido. Ahora bien, cabe la posibilidad de que ningún legitimado manifieste nada sobre el particular y el FOGASA ejercite este derecho en el lapso de 5 días después de dictarse sentencia (no en vano, sobre esta cuestión pueden existir algunas dudas en cuanto a su legalidad y todavía no se encuentra resuelta expresamente por parte del Tribunal Supremo). En ambos supuestos, la acción del FOGASA evitará una condena a salarios de tramitación y el cálculo de la indemnización concluirá en la fecha del despido.

Ahora bien, para que pueda articularse esta opción es necesario, también, que el trabajador no haya reaccionado por la vía del artículo 110.1 b) LRJS. La interpretación del Tribunal Supremo no permite, en ningún caso, que el FOGASA pueda suplir el derecho del trabajador a la hora de solicitar la extinción indemnizada cuando la readmisión sea de imposible cumplimiento. En estos casos, si el trabajador no dice nada, el FOGASA puede optar por la extinción (siempre y cuando la empresa no haya comparecido). Ahora bien, si el trabajador ejercita su derecho, entiendo que prevalecerá por encima de la opción del FOGASA. Así las cosas, el resultado práctico en estos casos será el de una indemnización calculada hasta la fecha de la sentencia y el devengo de salarios de tramitación.

Hacia una nueva justicia laboral en México*

Carlos REYNOSO CASTILLO**

RESUMEN: El trabajo presenta un panorama general sobre las modificaciones a la Constitución mexicana en el año de 2017, en virtud de las cuales se plantea un nuevo modelo de justicia laboral. Se destacan las características de las nuevas instancias encargadas de la justicia laboral en este país, en el ámbito administrativo y judicial; así mismo, se señalan una serie de aspectos que deberán ser objeto de una reglamentación secundaria, indicando los desafíos que esto plantea para el legislador mexicano.

Palabras clave: Reforma laboral, acceso a la justicia, tribunales de trabajo, proceso laboral, conciliación, oralidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La evolución y rasgos del modelo. 3. El fortalecimiento de la oralidad. 3.1. Los retos. 4. Bibliografía.

* Artículo realizado en agosto de 2018.

** Profesor de Derecho del trabajo, Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México. Asesor en materia laboral.

Towards a New Labor Justice in Mexico

ABSTRACT This paper presents a general overview of the 2017 changes in the Mexican Constitution under which a new labor justice model is proposed. The work highlights the characteristics of the new bodies responsible for the labor justice within the country in the administrative and judicial spheres. Furthermore, it points out a range of elements that must be the object of a secondary regulation and specifies the challenges that the latter implies for the Mexican legislator.

Key Words: Labor reform, justice access, labor process, conciliation, orality.

1. Introducción

Los sistemas jurídicos contemporáneos atraviesan hoy en día por una etapa de transformación por muy diversas razones, entre las cuales están los cambios importantes en el contexto donde pretenden aplicarse. Cabe recordar que los equilibrios económicos y políticos que se alcanzaron luego de la segunda guerra mundial serían alterados hacia finales del siglo pasado, para dar lugar poco a poco a un contexto caracterizado por economías más abiertas, una redefinición de fronteras entre los países y de manera general, una serie de cambios que algunos resumen con el término de “globalización”. De igual manera, una parte importante de esos sistemas jurídicos, como lo son sus modelos de impartición de justicia también han venido siendo objeto de cambios trascendentes en los diferentes aspectos que involucra como son el acceso a la justicia, la impartición de justicia propiamente dicha, así como la administración de justicia. Estos modelos, también se han visto confrontados a diferentes problemáticas como su saturación, falta de profesionalización, falta de presupuestos convenientes para su mejoría, corrupción, entre otros factores. Hablar hoy en día el “agotamiento” de los modelos de impartición de justicia, es un tema en donde abundan las argumentaciones y el reclamo de diferentes actores sociales y políticos que reclaman su cambio y modificación; y ha sido precisamente, al calor de esos debates que se habla de la posibilidad de buscar “mecanismos alternativos” para la solución de los conflictos, tratando de alejarse, de alguna manera, de los mecanismos de solución de conflictos conducidos preferentemente por el Poder Judicial en muchos países, espacio “natural” en donde la mayoría de los estados consideran que deben dirimirse las disputas de una sociedad. Hay que recordar que históricamente, y con el apoyo de teorías y conceptos tradicionales como la división de poderes, el Poder Judicial es el abocado a ocuparse de los diferendos entre los miembros de una sociedad y no faltan voces que señalan que esa competencia “normal” y tradicional está agotada¹. Esta situación ha permitido que en años recientes se alimente la idea de que si bien es necesario mejorar el funcionamiento de las instancias ya establecidas para impartir justicia, es

¹ En el caso concreto de México, y en particular en el caso de la justicia laboral, haya que señalar que México durante el primer cuarto del siglo XX transitó hacia la construcción de un modelo que se alejó de esa ubicación tradicional de la división de poderes ya que si bien creo una instancia especializada en conflictos laborales como las juntas de conciliación y arbitraje en la Constitución de 1917, las mismas dependerían hasta 2017 de los poderes ejecutivos federales y estatales. Esta “deformación” estructural pareciera estar destinada a corregirse con las recientes reformas constitucionales.

igualmente importante que a lado o junto con dichas instancias y procedimientos, se diseñen e implementen mecanismos alternativos para impartir justicia por medio de los cuales se pudieran superar las deficiencias y problemáticas que se identifican en las instancias tradicionales. La idea de fomentar y reconocer legalmente los medios alternativos de solución de controversias forma parte de una tendencia internacional y nacional que ha recibido un importante impulso al ser incorporada en muchos países como parte de políticas públicas que han incluido sendas reformas constitucionales que las invocan como en el caso México. A este tipo de análisis no ha escapado prácticamente ninguna rama del derecho, ya que de una u otra manera en cualquiera de ellas se presentan las problemáticas que se resumen en una señalada ineficiencia e ineficacia.

En materia laboral el tema asume características particulares, ya que, la denominada de manera genérica “justicia laboral”, desde sus orígenes planteó la necesidad de contar con instancias especializadas para dirimir las diferencias obrero patronales, y dichas instancias surgirían bajo la premisa de que dadas las características de los conflictos a resolver, no solo en su dimensión estrictamente jurídica, sino también considerando sus implicaciones económicas y sociales para las partes en conflicto, resultaba necesario alejarse de los procedimientos, instancias y formalismos propios del derecho común, para tratar de diseñar instituciones que, conscientes de los particularismos propios del mundo del trabajo, resultaran eficientes, eficaces y expeditas en su labor de impartir justicia. De esta manera hacia fines del siglo XIX, en algunos países europeos y a lo largo del siglo XX irían surgiendo tribunales especializados en materia de trabajo, adscritos al poder judicial en su mayoría, o fuera del mismo, pero reconociéndoles la naturaleza de órganos jurisdiccionales².

Cabe recordar como en el caso mexicano se planteaba, desde principios del siglo XX, la necesidad de contar con instancias especializadas para los asuntos obrero patronales, así por ejemplo es conveniente y oportuno en este momento traer a la memoria el caso de la Ley de Salvador Alvarado del 11 de diciembre de 1915 en el Estado de Yucatán, antecedente de la Constitución de 1917, en la cual no solo se motivaba la necesidad de estas instancias especializadas, sino que expresamente en el artículo 25 de dicha Ley se podía leer que «Para resolver las dificultades entre los trabajadores y patronos se establecen Juntas de Conciliación y un Tribunal de Arbitraje

² Cfr. H.H. BARBAGELATA, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Presses Universitaire de Louvain, 1980, 189-190.

con la organización y funcionamiento que expresa esta Ley. Estas Juntas y el Tribunal para el arbitraje obligatorio, se encargarán de aplicar en toda su extensión las leyes de trabajo, teniendo completa libertad y amplio poder ejecutivo dentro de esta legislación. Esta organización, en esencia, constituye un poder independiente de manera que el trabajo y el capital ajusten sus diferencias automáticamente, buscando siempre la forma más justa para ambos, sin acudir a las huelgas que siempre son nocivas para los Intereses de todos»³. Como puede advertirse, y más allá de las anotaciones que sobre técnica legislativa se podrían hacer a este texto, en el nacimiento de los tribunales del trabajo, por lo menos en México, siempre se privilegió la búsqueda de soluciones conciliatorias y solo de manera excepcional las soluciones ofrecidas por un tercero como un tribunal. Esta separación histórica entre la conciliación y el arbitraje en materia laboral tiene especial relevancia ya que en el diseño institucional de los tribunales del trabajo siempre se buscaron las soluciones acordadas y negociadas, y no las contenciosas. Este rasgo asume una gran importancia en momentos como el presente en países como México, en donde asistimos a la búsqueda de procedimientos e instituciones laborales adecuadas y convenientes para el momento actual, en donde bien valdría la pena repasar aquel diseño conceptual laboral, que desde sus orígenes le apostaba al encuentro, la negociación, la conciliación y la no confrontación entre las partes.

Aquellas innovadoras instancias laborales, así como sus procedimientos resultarían revolucionarias para la época, ya que vendrían a romper paradigmas institucionales y orgánicos, en cuanto a la conformación de las instancias impartidoras de justicia laboral, así como a renovar los conceptos propios del Derecho procesal tradicional, el cual se vería relegado para dar lugar a procesos en donde se buscaba romper, por razones sociales y políticas, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, rasgo distintivo del mundo privado. Esta concepción política y social reflejada en un modelo orgánico institucional y procesal como el laboral, podría hoy estar en peligro si se olvida su historia y sus

³ Ya en la misma exposición de motivos de esta Ley se señalaba expresamente que «El momento actual hace de todo punto indispensable dedicar la atención gubernativa a la interminable serie de conflictos entre patronos y obreros de los diversos órdenes de la actividad social, que se suceden a diario con la constante amenaza de huelgas, para arrancar lentamente de mano de los patronos la justa compensación de su concurso como factores determinantes de la producción, pues mantienen un estado de excitación pública impropio de la era de paz en que estamos encauzados, sin lograr todo el mejoramiento anhelado, que sólo ha de obtenerse de una ley que regule con espíritu de equidad las relaciones entre capitalistas y obreros, aboliendo el imperio del hombre sobre el hombre».

motivaciones, al momento de crear y reglamentar nuevas instituciones. En efecto, la tentación por diseñar instituciones impartidoras de justicia laboral encargadas de la aplicación de normas que prescindan de las motivaciones sociales y políticas que estuvieron detrás del nacimiento mismo del Derecho del trabajo, puede traducirse en desigualdades e inequidades sociales.

En ese proceso histórico de construcción y modernización de las instancias encargadas de impartir justicia asistimos hoy, en el caso mexicano, a una de sus etapas trascendentales ya que ha sido reformada la Constitución en varios de sus artículos, pero de manera destacada en su icónico artículo 123, lo cual también habrá de derivar en cambios en varias de sus leyes reglamentarias, entre las que está una de las más importantes como la Ley Federal del Trabajo. Se trata de un cambio concretado en el año 2017, el cual en su momento tomó la forma de una iniciativa de reforma y adición que resultó sorpresiva en cuanto a sus alcances, ya que contraria al discurso oficial que se había manejado en los años recientes, planteó cambios importantes al modelo de justicia laboral en el país, aparte de proponer cambios igualmente trascendentes en materia de derechos colectivos del trabajo⁴.

Esas propuestas, siguieron el camino que la misma Constitución señala para hacerse realidad, a saber, contar con una mayoría en el Congreso de la Unión, pero también en los congresos locales; de tal suerte que el 24 de febrero de 2017 se hicieron una realidad y hoy forman parte del Derecho positivo mexicano, planteando un cambio radical en el modelo de justicia

⁴ Si bien por ahora deseamos concentrar estas notas en lo relativo a los cambios del modelo de justicia laboral y sus procedimientos; es importante subrayar que las recientes modificaciones constitucionales plantean también un nuevo modelo de relaciones colectivas de trabajo en México, cuyo impacto e implicaciones trascienden evidentemente los aspectos jurídicos. Así por ejemplo el nuevo texto constitucional señala que en el caso de que se trate de celebrar un contrato colectivo de trabajo, uno de los requisitos será acreditar que se cuenta con la “representación” de los trabajadores, dando lugar así a un procedimiento nuevo que exigiría una formalidad por ahora innecesaria que dote de legitimidad a quienes aspiren a ser parte en un contrato colectivo. De igual manera, se centraliza la tarea administrativa de registro de sindicatos lo que dará lugar a un renovado derecho administrativo del trabajo; también se ratifican y hacen explícitos los principios de libertad de negociación colectiva, orientados por la representatividad de los trabajadores, así como la certeza en la firma, registro y depósitos de los contratos colectivos, aparte de señalar que la resolución de los conflictos intersindicales habrán de resolverse apoyándose en el voto de los trabajadores, el cual será personal, libre y secreto. Todos estos planteamientos, que ameritan un análisis más profundo que esta breve anotación, habrán de desarrollarse en la legislación secundaria y reglamentaria, la cual deberá estar orientada por el pleno respeto a los derechos humanos de todos los trabajadores que directa o indirectamente tengan algún interés en estos temas.

laboral que ha existido en México desde inicios del siglo XX⁵. Se trata de un cambio sustancial y de fondo que se traducirá en cuanto al tema que nos ocupa, en la desaparición de las juntas de conciliación y arbitraje y en su lugar la creación de juzgados o tribunales laborales adscritos al Poder Judicial.

El nuevo modelo plantea un esquema de “tres pisos”: uno primero y obligatorio a cargo de instancias administrativas de conciliación (federales y locales en cada entidad federativa), un segundo a cargo de los nuevos tribunales laborales, que se crearan en el Poder Judicial y serán competentes cuando la conciliación haya fracasado, y un tercer piso al cual podrán acudir las partes por la vía del juicio de amparo cuando consideren que las resoluciones de los tribunales no han respetado la legalidad y/o la constitucionalidad.

El momento que vive el modelo laboral mexicano y en particular su modelo de justicia laboral, es particularmente interesante y apasionante, no solo porque habrá de marcar un antes y un después en la forma como México plantea atender los conflictos obrero patronales, sino además porque se da en un contexto mas amplio de lo que pareciera ser el inicio de una amplia transformación también del modelo político mexicano con motivo de las elecciones presidenciales del 1 de julio del 2018, en donde una fuerza política como MORENA (Movimiento de Regeneración Nacional) ganó con amplia mayoría los comicios, lo cual habrá de permitirle, a su vez, tener también una amplia mayoría en el Poder legislativo y así llevar a cabo los cambios sustanciales en diferentes órdenes de la vida nacional.

La importancia de acercarse a la evolución reciente de un caso como el mexicano radica no solo en el interés que por obvias razones tiene el autor de estas líneas, sino también por la influencia e importancia que el modelo laboral mexicano ha tenido históricamente en la construcción de los modelos laborales nacionales de la región latinoamericana.

Teniendo como referencia estas ideas iniciales, en este trabajo como primer acercamiento, se presentan algunas reflexiones que buscan mostrar de manera general, cuales son los rasgos de lo que será el nuevo modelo de justicia laboral mexicano, anotando de paso algunos de los desafíos que tendrá que enfrentar el legislador mexicano en los tiempos por venir, tratando de poner especial atención, no solo en las características específicas de las nuevas instancias y procesos laborales, sino intentando destacar las características particulares de los mismos a partir del estudio

⁵ El decreto que declara reformadas las disposiciones constitucionales se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, 24 febrero 2017.

de uno de esos rasgos distintivos como lo es la oralidad.

2. La evolución y rasgos del modelo

Como se anotaba, la reforma constitucional de 2017 planteo la supresión de las Juntas de conciliación y arbitraje de integración tripartita, que como se recuerda fueron creadas en la misma Constitución en 1917, aunque con algunos antecedentes locales e internacionales, y que acompañarían al modelo laboral y político mexicano durante todo el siglo XX jugando un papel importante en la gobernabilidad del país. En lugar de las Juntas, la reforma plantea la creación de tribunales laborales adscritos al Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serían designados, conforme a los criterios que en este caso señala la misma Constitución; estos criterios están señalados en la misma Constitución en sus artículos 94, 97, 116 fracción III y 122 apartado A, fracción IV, los cuales se ocupan de temas como la integración y funcionamiento del Poder Judicial a nivel federal, estatal y en la Ciudad de México, la forma de nombrar a sus miembros, la duración y remuneración de sus miembros, etc. Los futuros jueces, dice la reforma constitucional, deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral, aspectos éstos que, si bien resultan obvios, forman hoy parte de los debates que se dan para entender su significado y alcance.

El nuevo modelo de justicia laboral en México plantea también la creación de organismos públicos, uno a nivel federal y otros más a nivel de cada uno de los Estados de la República; estos organismos tendrán facultades para conciliar los asuntos laborales, organismos éstos a los cuales de manera obligatoria las partes en conflicto tendrán que acudir antes de ir al tribunal. Estos organismos públicos tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios y gozarán de autonomía.

En el caso concreto del organismo federal, aparte de las competencias que tendrá en materia de conciliación en asuntos de esa competencia federal, será competente para registrar todos los contratos colectivos del país, así como ocuparse de todos los procedimientos administrativos relacionados. Si bien la integración de estos organismos públicos descentralizados, cuentan en México con una legislación, tanto federal como estatal, que rige su nacimiento y estructura, habrá que buscar la manera de asegurar el mayor grado de autonomía y legitimidad de sus decisiones, para ello, esa misma legislación da ciertos márgenes de flexibilidad para no sólo crear una organigrama adecuado para su funcionamiento, sino también permite la adopción de procedimientos por medio de un estatuto orgánico

conveniente. Uno de los temas pendientes de análisis en cuanto a la integración de estos organismos habrá de ser la conveniencia de incorporar a los actores involucrados en los temas laborales, a saber los patrones, los sindicatos y sus trabajadores aparte de los representantes del gobierno; tema éste que algunos advierten como un tripartismo renovado, pero que sin embargo, ayudaría a contar con un punto de vista y voz de los directamente involucrados en los conflictos, cuidando que, al final, las decisiones sean tomadas y apoyadas por los miembros del organismo que gocen de autonomía, conocimientos e imparcialidad.

Así mismo y en cuanto a su funcionamiento, cabe señalar que al tratarse de una instancia administrativa que se ocupará de temas tan importantes como la conciliación y el registro sindical, habrá que delimitar y acotar las tareas a su competencia administrativa, tratando de dejar a los tribunales los temas propiamente contenciosos.

En atención a que se trata de instancias de conciliación, son varios los aspectos técnicos que sobre este tema deberán precisarse y reglamentarse atender de que empiecen sus labores, por ejemplo, será importante asumir un concepto claro y general en el país de conciliación, qué tipo de procedimiento conciliatorio y administrativo debe adoptarse, que estímulos tendrían las partes para acudir a estas instancias y que sanciones por no acudir a ellas, que facultades expresas e implícitas tendrán los conciliadores, quien, cómo y porque se nombrarían a los conciliadores, qué cualidades deber de tener éstos, que tipo de carrera profesional se les ofrecerá; que requisitos y efectos formales deben tener los acuerdos alcanzados, etc. De igual manera, contar con una idea clara de lo que es y lo que se quiere entender como conciliación en materia laboral, supone además en el futuro modelo mexicano, que se defina si la única oportunidad de conciliar será en la etapa prejudicial o se dejará abierta la posibilidad para que posteriormente ya en la etapa judicial, también se pueda conciliar, cómo, cuando y porque; esta definición resulta necesaria para darle coherencia y solidez al todo el modelo y no solo a una etapa del mismo.

De igual manera resulta necesario avanzar en la construcción de un modelo nacional de conciliación prejudicial ya que la reforma constitucional planteo la creación de un organismo federal y de organismos a nivel de los estados con lo cual se corre el riesgo de tener tantas interpretaciones de lo que es conciliar como Estados de la República. Para contar con esa coherencia en el modelo, el Derecho administrativo cuenta con mecanismo que permitirían superar esta deficiencia del modelo.

Como se puede advertir el cambio ya aprobado tiene una gran

trascendencia, ya que no es solo un “cambio de domicilio” de las instancias encargadas de resolver los conflictos laborales, y convendría irlo analizando y valorando en su exacta dimensión, en términos de las implicaciones que tendrá, ya que más allá de las valoraciones históricas, sociológicas y políticas que sin duda también estos cambios plantean, conviene ver de cerca algunas de las implicaciones estrictamente jurídicas.

En ese sentido, es importante señalar también que en estas modificaciones constitucionales no se hizo referencia alguna a los posibles cambios en materia de Derecho procesal laboral, asumiendo de antemano que las reglas que actualmente rigen el proceso laboral atendido por las juntas de conciliación y arbitraje, serían las mismas que seguirían en su momento los tribunales laborales, lo cual no necesariamente sería así. Hay que recordar que la Ley Federal del Trabajo vigente a partir del artículo 685 se ocupa del Derecho Procesal del Trabajo, y plantea un título en el cual regula los diferentes aspectos involucrados en el proceso: principios, capacidad, personalidad, legitimación, competencias, impedimentos, excusas, etc.; sin embargo todo el diseño procesal vigente parte del supuesto de que serán las juntas de conciliación y arbitraje las encargadas de dirigir el proceso, por lo cual se tiene que hacer un análisis muy puntual de cada uno de estos temas para ver si son viables, aplicables y funcionales en un modelo de impartición de justicia a cargo del Poder Judicial; por lo pronto expresamos dudas sobre la pertinencia del procedimiento actual en una nueva instancia. Esto debiera llevar tal vez a un amplio debate sobre la eventual actualización del Derecho Procesal del Trabajo, tema que en sí mismo plantea una gran complejidad⁶.

Si bien el análisis de este tipo de problemáticas, exigirá revisar y actualizar muchos los aspectos involucrados en la reforma que se comenta; por ahora en estas notas quisiéramos detenernos en el análisis de uno de estos aspectos que, con independencia del modelo de justicia laboral que en un futuro se reglamente, se verá fortalecido como lo es la oralidad en el procedimiento laboral. En efecto, la oralidad tiene una gran relevancia en materia de solución de conflictos laborales, ya sea por su inclusión en los

⁶ Cabe recordar que desde hace años se ha planteado, por diversos sectores de la doctrina especializada, la necesidad de actualizar diversos temas y aspectos del Derecho Procesal del Trabajo y no solo eso hay quienes sugieren que toda esta temática debiera estar separada de la parte sustantiva de la Ley Federal del Trabajo y que se debiera avanzar hacia la adopción de un código procesal del trabajo. Se trata de una agenda de discusión, que si bien la reforma que ahora comentamos no lo señala, tal vez sería necesario desahogarla en un corto plazo. Sin embargo, consideramos que si bien es cierto la separación de la parte sustantiva de la adjetiva es importante, lo es más el diseño de los contenidos de ese cuerpo normativo.

procedimientos laborales prácticamente en todo el mundo, sino también porque tiene un alto grado de simbolismo en el mundo del trabajo, en la medida que desde el siglo XIX se le empezó a identificar como un rasgo distintivo en la solución de los conflictos obrero patronales, y que lejos de desaparecer o acotarse habrá de fortalecerse en cualquier escenario procesal en los años por venir. La intención de abordar este tema busca mostrar la complejidad que plantea la solución de los conflictos de trabajo y la necesaria seriedad con que deben abordarse, lo cual se muestra comentando la importancia y significado, en este caso de la oralidad, no sin antes de presentar algunas ideas generales sobre el panorama y contexto en el cual debe de estudiarse.

Los esbozos de la institucionalización de la justicia laboral irían tomando forma y consolidándose a lo largo del siglo XX en buena parte de América Latina. En el caso mexicano, cabe recordar, como la consolidación de las juntas de conciliación y arbitraje no sería fácil; el artículo 123 constitucional de 1917 avanzaría en este proceso al señalar en su fracción XX que las diferencias o los conflictos entre capital y el trabajo se sujetarían a la decisión de una junta de conciliación y arbitraje, integrada de manera tripartita; cabe recordar que más adelante, en los años posteriores al nacimiento del artículo 123 constitucional, buena parte de las leyes estatales adoptadas en los años siguientes se referirían al tema (Chihuahua, Puebla, entre otras). De igual manera la jurisprudencia tuvo una importante aportación a este proceso caminando en paralelo a las instituciones; en ese sentido son memorables aquellos criterios que se sostuvieron durante los primeros años de la nueva constitucionalidad social y en donde las juntas no podían ejecutar sus laudos y posteriormente, en el año 1924, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconocería plenamente a las Juntas como tribunales competentes, con lo cual se les iría dotando de plena jurisdicción a los nacientes tribunales del trabajo, inmersos desde esa época en diversos debates, entre los que están su siempre polémica adscripción originaria al Poder Ejecutivo, tanto federal como estatal.

En esa evolución es interesante constatar como siempre se tuvo la intención de construir un modelo de impartición de justicia que tuviera convenientes características institucionales y orgánicas y por otra parte un proceso que, alejado de los formalismos, dieran y tomara en cuenta la situación social y económica de los actores. Esto es importante ya que en la construcción de instituciones y procesos laborales un eje articulador de los mismos ha de ser el cuidadoso alejamiento de los principios y conceptos propios del derecho privado.

El proceso de construcción de las instancias laborales no ha sido fácil, ya

que si bien estos tribunales apoyaron durante décadas el desarrollo político y económico del país, al convertirse en un elemento importante para canalizar y atender la problemática laboral, ciertas dificultades empezaron a aparecer a partir del momento en que estos tribunales laborales se vieron rebasados por muy diversas razones, mostrando de manera clara, sobre todo en años recientes, deficiencias en su operación, derivadas de múltiples factores empezando por la imposibilidad de atender de manera pronta la creciente cantidad de asuntos a su cargo, lo cual no solo deja insatisfechos a los directamente interesados y partes en los litigios, sino al Estado mismo, a la economía toda y a las empresas que la integran.

Estos son algunos de los factores que han traído de nueva cuenta, como a principios del siglo XX, la necesidad de volver a discutir sobre la pertinencia, funcionalidad y eficacia de los tribunales del trabajo en momentos en donde la cantidad de litigios ha aumentado y se ha creado un sentimiento de insatisfacción sobre los mismos. Es en este contexto que en los años recientes no han faltado propuestas de cambio al modelo de justicia laboral mexicano⁷, desde aquellas propuestas que, desde hace tiempo, planteaban la adscripción de los tribunales del trabajo al Poder Judicial, creado jueces especializados y abandonando el tripartismo, hasta propuestas que sugerían fortalecer el modelo tripartita de las juntas y reforzar la profesionalización del personal que labora en las mismas⁸. Se

⁷ Cabe señalar que si bien este debate no es nuevo y que solo ahora pareciera tomar un renovado vigor, a partir de las propuestas legislativas presentadas por la Presidencia de la República y hoy plenamente vigentes con la reforma constitucional de 2017; lo cierto es que se inscribe en toda una tendencia de cambios al modelo de justicia laboral que muchos países, sobre todo latinoamericanos, han llevado a cabo desde hace por lo menos tres décadas, y en donde México llega con cierto retraso, ya que en muchos de los países en los cuales se han venido dando cambios, hoy en día el debate en esos lugares se centra más bien en la necesidad de hacer ajustes o cambios a las reformas emprendidas hace tiempo; es decir, pareciera que en algunos países hoy en día tenemos propuestas de modificación a la justicia laboral pero de una segunda e incluso tercera generación.

⁸ Cabe señalar que en la reforma a la Ley Federal del Trabajo del año 2012, la idea de profesionalizar a los actores en materia de impartición de justicia, parece haber sido uno de los ejes de la misma. En efecto, en dichas modificaciones se puede advertir el deseo del legislador por que los abogados y asesores que patrocinan a las partes en los juicios, acudan a dicha labor teniendo una cédula profesional que los acredite como conocedores de los aspectos legales (este criterio también aplica para los procuradores auxiliares de la Defensa del trabajo así como el personal jurídico de las Juntas); así mismo, se propuso la adopción de un servicio profesional de carrera para el personal de las juntas federal y locales de conciliación y arbitraje. De iguala manera en el caso de los inspectores del trabajo, la nueva ley plantea necesidad de que cuenten con certificado de educación media superior o su equivalente.

trata de un debate interesante pero que llegó a polarizar a los expertos e interesados en mundo del trabajo y que, en buena medida, dificultó avanzar en la búsqueda de soluciones viables, y que hoy con la reforma constitucional de 2017, entraría en una nueva etapa.

Mientras ese debate de fondo se desarrolló desde hace varios años, también se han buscado incorporar al modelo existente cambios con los cuales se trata de eficientar su funcionamiento, aunque dichos cambios han sido puntuales a ciertos aspectos del modelo mismo (organización de las juntas, procedimientos ante las mismas, etc.), pero esos cambios, en su mayoría cosméticos, no habían venido a cuestionar al modelo todo, como si la ha hecho la reciente reforma constitucional. Todo esto ha traído como consecuencia un panorama difícil y complejo en donde asistimos hoy en día a una situación por demás paradójica, donde si bien es cierto México avanza en la misma tendencia y corriente en materia de impartición de justicia que se está dando en el mundo, en el sentido de busca nuevas maneras de hacer eficientes las instancias impartidoras de justicia, en los avances y en este propósito que se esgrimen, se puede constatar que buena parte de esas propuestas de cambios son mecanismos y formas que ya estuvieron presentes desde el surgimiento mismo de la normativa del trabajo, como parte de sus signos distintivos.

Hay que recordar como históricamente el surgimiento mismo del Derecho del trabajo, en su parte sustantiva pero también en su parte procesal y adjetiva siempre fueron presentados como un intento de los estados por contar con derechos, instituciones e instancias que se alejaran de la manera como en el derecho privado se atendían los conflictos. En ese sentido parecía lógico que estas normas sociales intentaran alejarse de la rigidez y formalismos propios del mundo civil y mercantil⁹; de ahí que siempre se vió por ejemplo a la oralidad, como una alternativa conveniente para encauzar las diferencias obrero patronales, que no solo permitiría la inmediatez en la manera de tratar los conflictos, sino permitiría agilizar la búsqueda de soluciones a los problemas del trabajo.

En ese contexto el desarrollo del proceso laboral tendría rasgos distintivos y uno de ellos sería precisamente el de la oralidad. La idea de incorporar a la oralidad como “herramienta” en la solución de los conflictos no es nueva, y en sus inicios no fue una creación del mundo laboral, hay quienes ven en la Constitución de Cádiz una de sus primeras manifestaciones¹⁰.

⁹ Cfr. M. VIDAL SALAZAR, *La oralidad y el nuevo proceso laboral peruano*, en AA.VV., *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, SPDTSS, 2015, 878.

¹⁰ «Uno de los antecedentes de los jurados proviene de la Constitución de Cadiz, en donde se establecía que el jurado se encargaba de los juzgamientos de los delitos de imprenta. Posteriormente estas cuestiones – la de los juicios con jurado – fue materia

Así mismo hay que recordar cómo durante el siglo XIX en algunos países, los juicios orales eran conducidos por jurados populares, con motivo de diferentes infracciones como los delitos de imprenta. Esta idea de dar un impulso a la oralidad permeó una buena parte de los diseños procesales de la segunda mitad del siglo XIX; así tenemos por ejemplo que en el Código de procedimientos civiles para el D.F. y territorio de Baja California de 1872, se incluía a los “juicios verbales” los cuales se desarrollaban en función de la cuantía del asunto, siendo un juez menor el encargado en los casos de menos de cien pesos, y un juez de primera instancia en los casos de más de esta cantidad. Esta modalidad se mantendría también en el Código de procedimientos civiles para el D.F. de 1884, pero se le agregaron posibles recursos como la aclaración y la revocación. El Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884, la ley de jurados en materia criminal de 1891, entre otros ordenamientos se ocuparían también del tema.

De esta manera la oralidad sería considerada como parte de diversos ordenamientos en varias áreas del Derecho de fines del siglo XIX, y ya bien entrado el siglo XX en donde se incluiría en los juicios y que, años más tarde, serían el antecedente de lo que ya en el siglo XX se conoció por ejemplo como el jurado popular. Esta tendencia importante en la segunda mitad del siglo XIX, pareciera tomar nuevo vigor en años recientes, muestra de ello es el caso de la reforma al Código de procedimientos civiles del DF. (Ahora Ciudad de México) de 2009 en la cual se aborda en “juicio oral civil” procedente para casos de una menor cuantía, así como el caso de la reforma al Código de Comercio de 2010 que incluye el “juicio oral mercantil”.

En el caso mexicano, el recurso a la oralidad como mecanismo de solución de conflictos, no se encuentra expresamente señalado en la Constitución; esta situación atiende, entre otras razones, al hecho de que siempre se le ha considerado, más que como un principio de carácter procesal, como un mecanismo idóneo para solucionar conflictos al que aspiraría cualquier sistema de impartición de justicia. Sin embargo, hay que recordar que el art. 17 Constitución de la Constitución mexicana señala que «Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por

local, así, en la Constitución del Estado de México se estableció que “ningún tribunal del Estado podrá pronunciar sentencia en materia criminal sobre delitos graves sin previa declaración de jurado mayor (*grand jury*) de haber lugar a la formación de causa, y sin que certifique el jurado menor (*petit jury*) el hecho que ha motivado la acusación”» (G. URIBARRI CARPINTERO, *La oralidad en el siglo XX*, en S. CÁRDENAS GUTIÉRREZ, G. URIBARRI CARPINTERO, *Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México. I*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, 121).

tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos, que fijen las leyes, emitiendo resoluciones de manera pronta, completa e imparcial». En ese sentido, el mandato constitucional pone énfasis en dos aspectos, por un lado, el derecho que tiene cualquier persona para acercarse a los tribunales en defensa de sus derechos; derecho éste que goza de una amplia aceptación y fundamentación en el ámbito nacional e internacional; y por otra parte, estaría lo relacionado con las características y funcionamiento de esos tribunales a los que acudiría una persona; en este segundo aspecto la Constitución se refiere a la manera como esas instancias deben de funcionar, indicando que deberán actuar de manera expedita, rápida, pronta, y respetando los plazos legales y emitiendo resoluciones de manera completa e imparcial.

En materia laboral desde sus orígenes, se consideró que un mecanismo conveniente para alcanzar estos objetivos era precisamente la oralidad y con ella la conciliación¹¹. Desde este punto de vista, la conciliación se presenta como un mecanismo de solución de controversias en el cual se prioriza la búsqueda de acuerdos a partir del acercamiento de las partes y la coherencia entre las pretensiones de cada una de ellas, de tal manera que la conciliación aspira a traducirse en un acuerdo de voluntades, consensado y sancionado, primero por las partes y en un segundo momento por una autoridad. La conciliación si bien no siempre es oponible al arbitraje en donde abierta y formalmente interviene un tercero, si intenta evitarlo a partir de una composición entre partes. En ese sentido la conciliación cuenta con la oralidad como su principal aliado, entre otras razones porque es a partir de la expresión oral directa entre las partes como se aspira a superar sus diferencias. Decir oralidad es significar la importancia de la palabra no solo como herramienta general de comunicación entre seres humanos sino como forma de comunicación mediante sonidos, que con independencia de que se puedan graficar y plasmar de forma escrita, entrañan emoción y significados que pueden

¹¹ «Conciliación deriva del latín *conciliatio* que significa *congregar* y de ahí *conciliar*. Por conciliar ahora se entiende un acuerdo entre partes de una disputa o conflicto de cualquier naturaleza que bien puede alcanzarse con la intervención de un tercero, con independencia de la naturaleza de este último. Hay antecedentes de esta forma de solución que se remontan a las *XII Tablas* y en derecho español están los *mandadores de paz* (*pascis adsertores*), del *Fuero juzgo*, versión castellana de *Liber Iudiciorum*, que se ocupa de los hoy conocidos como conciliadores y de los *jueces avenidores*, que son los actuales árbitros» (P. KURCZYN VILLALOBOS, C. REYNOSO CASTILLO, A. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, *La justicia laboral: administración e impartición*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 101). Como ya se ha comentado la conciliación estará ocupando un papel protagónico en el nuevo modelo de justicia laboral mexicano, y habrá que estar atentos al alcance y significado que el legislador nacional le dé.

ayudar a la búsqueda de la verdad y con ello al logro de soluciones entre contrarios. Aunque en abstracto y como idea sería posible hablar de conciliar apoyándose en otras modalidades que no sean la oralidad, se antoja más difícil y complicado en todas las materias pero sobre todo en los conflictos obrero patronales, en donde el reclamo y la respuesta ante el mismo problema puede asumir otras connotaciones cuando se plantean de manera directa y por medio de la palabra.

En buena parte de la literatura procesalista laboral se identifica a la oralidad como uno de los rasgos distintivos que debe permear y orientar el desarrollo del proceso laboral; esto es así, como ya se anotaba, por el interés que desde siempre tuvo el legislador para tratar de efficientar la solución de los conflictos de trabajo en atención a los intereses en juego y a la “urgencia” de las partes.

La idea de enfatizar que la oralidad juegue un papel importante en el proceso laboral, ha dado lugar a diferentes análisis al paso del tiempo; si bien, existe una casi unanimidad de la doctrina especializada para considerar a la oralidad como una característica que debe siempre estar presente, en mayor o menor medida, en la solución de los conflictos. En el momento en el cual se encuentra México, hacia la construcción de un nuevo modelo es importante que el legislador tenga plena claridad sobre el concepto, significado y alcances que en el proceso laboral y el modelo todo debe tener la oralidad. Sobre el particular cabe anotar que las opiniones doctrinales varían en función del peso que se le da a la oralidad en el camino hacia la resolución que emita el tribunal; de esta manera, hay quienes consideran que la resolución, sentencia o laudo, según el país, debe de basarse sólo en el material que se haya aportado de manera oral por las partes, de esta forma la oralidad asume un papel protagónico y casi absoluto en la solución de los conflictos. Como se advierte esta es una posición que si bien pone en el centro de atención a la oralidad, dando un peso enorme a la misma, pudiera ser considerada una posición que iría en detrimento de otros medios probatorios, igualmente importantes y que en algunos casos, pueden jugar un papel también determinante en la búsqueda de la verdad. En otros casos, algunas posiciones asumen que si bien la oralidad es importante, la oralidad debe jugar un papel relativo en el proceso, es decir, si bien la resolución debe de basarse prioritariamente en aquello que se le aporte al juzgador vía oral, esto no debe menospreciar otras informaciones y pruebas que le hubieran llegado por otros mecanismos o canales también legalmente aceptados.

En el fondo se trata de una discusión y debate que no está sólidamente sustentado y que parte de la continua confusión que se da para caracterizar a la oralidad como principio procesal, cuando en realidad se

trata de una característica del proceso. En efecto se entiende por principios procesales aquellos rasgos distintivos que apoyan y orientan los procedimientos laborales y que a manera de directrices guían el desarrollo y aplicación de las normas laborales; se trata de ideas abstractas que deben de inducir a los participantes en el proceso, pero sobre todo a los juzgadores, a tomar decisiones y resolver con apego a dichos principios. Por su parte se entiende por características de un proceso aquellos rasgos concretos y tangibles que están presentes en diferentes momentos del desarrollo y devenir de los procedimientos, en este caso laborales, como es el caso de la oralidad, el cual tiene un carácter más bien instrumental. Hay que recordar como en el caso mexicano, a semejanza de como lo hacen otros códigos laborales, la Ley Federal del Trabajo aún vigente, señala que el proceso laboral será público, gratuito, inmediato y “predominantemente oral”. Esta proclividad por la oralidad, tiene su justificación y su explicación histórica, en aquella aspiración de distanciarse de los formalismos propios de otras áreas adjetivas.

Cabe señalar que, como ya en su momento lo ha hecho la jurisprudencia, el carácter “predominantemente” oral del proceso laboral a que se refiere la Ley en México, no quiere decir que sea exclusivamente oral, significa que hay una orientación que dio el legislador para que ese rasgo del proceso que se procure y se manifieste durante toda la secuela procesal, como un medio para darle celeridad y fluidez al proceso¹². Sin embargo esta aspiración de fortalecer a la oralidad se ve inhibida en ocasiones por el hecho de que la misma legislación mandata que las actuaciones aparezcan en actas, las cuales las partes generalmente tienen el celo de que reflejen sus manifestaciones en la forma en que las han realizado, lo cual es entendible.

En la actual coyuntura mexicana de una reforma constitucional en la cual lamentablemente no se hace referencia expresa a la oralidad, uno de los desafíos importantes que tiene enfrente el legislador mexicano al momento de reglamentar el nuevo proceso laboral, será tener en cuenta esta experiencia de la oralidad mexicana, para evitar confusiones y deformaciones.

¹² En algunos países se han usado variantes de esta manera de reconocer a la oralidad, por ejemplo tenemos el caso de Nicaragua en donde el art. 2 a) del Código de Trabajo se refiere y define a la oralidad como aquella entendida como el uso “prevalente” de la comunicación verbal para las actuaciones y diligencias esenciales del proceso. *Cfr.* A. PÁEZ BENALCÁZAR, *La oralidad y los principios del Derecho Procesal del Trabajo: análisis comparativo de las legislaciones de Ecuador y España*, en AA.VV., *op. cit.*, 609-610.

3. El fortalecimiento de la oralidad

La búsqueda por reivindicar y rescatar a la oralidad en los juicios laborales pareciera formar parte en los últimos años de una tendencia internacional en la cual, de muy diversas maneras (con reformas a la legislación laboral, con políticas laborales estatales, etc.), se intenta hacer más eficiente el desarrollo de los juicios y más expeditos los resultados de los mismos.

En el caso mexicano desde hace algunos años esta idea de fortalecer la oralidad se ha presentado de diversas maneras, como parte de las políticas laborales, como parte de las reformas legislativas recientes y como estrategias de desarrollo laboral en algunas regiones del país.

En los últimos años en México se han hecho esfuerzos loables para avanzar en la consolidación y puesta en práctica de una mayor oralidad en los juicios laborales, como una manera de hacer más expedita la labor que hacen las Juntas de Conciliación y Arbitraje. En este propósito conviene anotar diversos casos en el país; así tenemos por ejemplo en la Ciudad de México se inauguraron en el año 2014 las primeras salas de juicios orales (con las nuevas Juntas 19 y 20), con la finalidad de abatir el rezago así como atender diversos sectores de la población, como mujeres, personas con discapacidad, adultos mayores, etc. Todo ello con el apoyo de funcionarios conciliadores que auxilian el desahogo oportuno de los juicios, así como un dispositivo logístico adecuado. La información oficial señala que se ha tenido una resolución de conflictos por esta vía de aproximadamente un 70 % de los casos en aproximadamente tres meses.

Otro esfuerzo interesante en otras regiones del país ha sido el caso de Chihuahua en donde se anuncia que el rezago en materia de juicios individuales se ha abatido de manera considerable, concluyendo los juicios por medio de convenios. En el Estado de Chihuahua cada Junta Local cuenta con una sala de juicios orales; este esfuerzo se inició en el año 2013. Diversas informaciones dan cuenta de la reducción en tiempo de los juicios laborales en este Estado de la República. El caso de Chihuahua ha sido mostrado en algunos foros como un modelo de justicia laboral, en donde la oralidad ha permitido un desarrollo expedito de los juicios, y a partir del cual varios estados han tratado de avanzar en la misma dirección (Estado de México, Baja California Norte, entre otros).

Estos esfuerzos interesantes en algunas regiones del país, si bien han mostrado su utilidad, no han estado exentos de críticas en atención a que se señala que hay una proclividad excesiva a la celebración de convenios, en los cuales no siempre quedan debidamente resguardados los derechos de los trabajadores. Si bien nuestra legislación se ocupa del tema de la oralidad como ya se anotaba, en un sentido amplio al indicar de que el

proceso laboral será predominantemente oral y que la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2012 reconoce y fomenta el uso de las nuevas tecnologías, lo cierto es que se adolece de una normatividad que se ocupe del tema de la oralidad de manera integral, concreta y tangible, ya que si bien se enuncia como una característica general del proceso laboral, este planteamiento general no ha sido desarrollado por el legislador nacional en los diferentes momentos y etapas del proceso, mismo que limita su concreción. Si bien, como ya se anotaba, la legislación laboral en México se muestra proclive a la oralidad, no se cuenta con una regulación que señale claramente cuándo, cómo, dónde y por quién puede hacer uso de la oralidad. En ese sentido habrá que analizar la conveniencia de que el legislador mexicano, en la futura reglamentación del proceso laboral incluya un concepto más amplio y claro de los qué es y significará la oralidad.

En muchos casos la oralidad en los tribunales mexicanos ha permitido un uso y abuso de la misma, escondiendo deficiencias en la asesoría de las partes; en efecto, la falta de una preparación en la contestación de una demanda o de la presentación adecuada de las pruebas ha llevado a muchos abogados a ver en la oralidad un recurso para que en el momento de la audiencia correspondiente, de manera oral se dé contestación a una demanda o bien se improvise en el ofrecimiento de sus pruebas. Esta práctica poco ética desde varios puntos de vista, viene a distorsionar la finalidad propia de la oralidad y la convierte en ocasiones precisamente en un pretexto que retrasa el desarrollo de los juicios. Frente a esta situación algunas juntas de conciliación y arbitraje han tratado de atender este tipo de problemáticas adoptando criterios que buscan que la oralidad no vaya en detrimento de la celeridad, sencillez y economía en la resolución de los conflictos laborales¹³. Si bien en muchos casos las características concretas

¹³ Por ejemplo, y en este sentido en el año 2012 la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje adoptó en un criterio basado en la siguiente premisa: «Es verdad que de acuerdo con el artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo, el proceso será predominantemente oral, pero también es cierto que, de conformidad con el mismo precepto, las Juntas de Conciliación y Arbitraje tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para lograr la mayor celeridad, sencillez y economía procesal. Todo ello tiene absoluta congruencia con la prontitud y celeridad en la impartición de justicia que se refiere el artículo 17 de nuestra Carta Magna. En esa directriz es evidente que, si el Legislador introdujo por igual en el mismo dispositivo el principio de oralidad y los de celeridad, sencillez y economía procesal, de ninguna manera lo hizo con el propósito de crear reglas que fueran discrepantes entre sí, pues resulta de explorado derecho que las disposiciones de un cuerpo legal, no son recíprocamente excluyentes, sino complementarias unas con otras, formando parte integral de un todo armónico. De ahí que, la oralidad debe ejercerse sin perjuicio de la celeridad, sencillez y economía del

en que puede manifestarse la oralidad puede ser objeto y apoyarse en disposiciones administrativas que emitan los propios tribunales o juntas en ejercicio de sus facultades, resulta necesario que el marco jurídico de la oralidad tenga referentes claros o más sólidos desde la misma legislación nacional. Sin duda también, este tipo de problemáticas deberán ser consideradas por el legislador mexicano en la reglamentación de la reforma constitucional que venimos comentando.

Cabe señalar que en el Derecho internacional público existen diversos instrumentos internacionales en los cuales se reconoce el principio de la “tutela judicial efectiva”, como un derecho humano. En particular destaca lo señalado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que en su art. 10 se ocupa de la necesidad de recursos efectivos ante los tribunales. Esta idea supone, no solo la existencia de instancias judiciales y administrativas para que un ciudadano pueda, cuando así lo decida, acudir a las mismas en reclamo de justicia en una área determinada del derecho; pero supone así mismo que esa instancia lleve a cabo procedimientos expeditos y efectivos; en este caso la efectividad implica no solo la seguridad jurídica necesaria en cualquier procedimiento para las partes en contradicción, sino también la fluidez y rapidez en la resolución de los conflictos. En ese sentido, la oralidad pudiera ser considerada como un mecanismo importante para el logro de estos fines y también un mecanismo indirecto de respeto a los derechos humanos, en este caso laborales.

Así mismo, cabe anotar por ejemplo lo establecido en el art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá 1948) en donde se establece la necesaria celeridad especialmente en materia laboral. Así mismo, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948) en su art. XVIII señala que toda persona puede recurrir a tribunales y debe disponer de un procedimiento «sencillo y

procedimiento; sobre todo, cuando aquella persona que incurre en el abuso de la palabra pretende obtener una ventaja procesal sin justificación, como sería por ejemplo, lograr suspender una audiencia y que se señale una nueva fecha para su continuación, sin causa legal». El criterio quedó expresado de la siguiente manera: «En las audiencias o diligencias en que la Junta especial advierta que alguna de las partes hace uso excesivo o indebido de la oralidad, en cumplimiento a la obligación que imponen los artículos 17 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, y 685 y 878, fracción VI aplicados por analogía conforme al 17, todos de la Ley Federal del Trabajo, debe de tomar medidas encaminadas a lograr la mayor celeridad, sencillez y economía procesal, para lo cual requerirán a la parte que lo esté haciendo para que concluya sus manifestaciones en el lapso que a juicio de la Junta sea conveniente, apercibida que de no hacerlo se continuará con el procedimiento, ordenando la certificación de la hora de inicio y de conclusión de dicho término».

breve». De igual manera, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica 1969) señala en sus arts. 8 y 25 que una garantía judicial es el derecho de toda persona con las debidas garantías y dentro de un «plazo razonable, sencillo y rápido» o como lo indica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14-1 en donde se habla del derecho a ser juzgado «sin dilaciones indebidas». Como puede verse si bien en estos instrumentos internacionales no aparece señalada y usada la palabra “oralidad”, si se habla del objetivo y fines que con la misma se pretende alcanzar, a saber una justicia pronta y expedita.

A nivel internacional los países han venido avanzando en los últimos años hacia una énfasis en la oralidad, sin embargo la manera como ésta, la oralidad, se ha reflejado en los códigos del trabajo no ha sido homogénea; en ese sentido, tenemos casos en donde se trata de avanzar hacia la eliminación de modelos procesales escritos, plateando así una posición radical en la cual la escritura pareciera erradicarse del todo; esta situación contrasta con otros modelos en donde se es más conservador y se habla de una predominancia de la oralidad, y dejando la necesidad de registrar de manera escrita actuaciones solo de manera excepcional y generalmente previstas de manera expresa en la propia legislación.

Por su parte en materia de derecho comparado varios son los países en los cuales su legislación laboral nacional se refiere al tema de la oralidad tratando, sobre todo en los últimos años, de revitalizarla como un factor que puede apoyar la eficiencia y la celeridad en la solución de los conflictos laborales. Entre estos casos tenemos el de Colombia en donde se adoptaron reformas al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Ley n. 1149/2007) con las cuales se implementa el sistema de la oralidad con ayudas tecnológicas. Este modelo que pone énfasis en la oralidad, fue acompañado de una reforma encaminada a “compactar” el proceso disminuyendo el número de audiencias así como tratando de implementar mecanismos de economía procesal, y en algunos casos prohibiendo expresamente la reproducción escrita de algunas actuaciones, de tal manera que no exista la opción para hacerlo de otra forma¹⁴.

¹⁴ «Con el fin de garantizar la vigencia del principio de oralidad, se prohíbe la reproducción escrita de lo sucedido en la audiencia la cual será grabada con “los medios técnicos que ofrezcan fidelidad y seguridad de registro” (artículo 6 Ley 1149 de 2007) y en el acta solo se consignarán los nombres de las personas que en ella intervinieron: partes, apoderados, testigos o auxiliares de la justicia y, la misma firmada por el juez y el secretario. Como excepción a la aplicación de la oralidad se reduce el catálogo de autos que podrán dictarse por fuera de audiencia» (J.M. BENÍTEZ PINEDO, *La oralidad en el proceso laboral: comentarios a la Ley 1149 de 2007*, en *Discurso Laboral*, 2007, n. 10).

Este tipo de reformas novedosas y en más de un sentido vanguardistas no han estado exentas de críticas, sin embargo, han avanzado en la actualización de un modelo que se pretende con ello sea más eficiente y funcional¹⁵. En ese sentido es importante aclarar que por lo menos en el caso colombiano el impulso a la oralidad ha venido acompañado de una reforma al proceso propiamente dicho. Esto es importante porque un legislador debe tener presente que la oralidad carece de sentido si la misma se le ve de manera aislada y no es entendida y plasmada en el proceso laboral de manera clara, adecuada e integral y formando parte de otros mecanismos y principios con los cuales deberá convivir de manera coherente y armónica.

Otro caso digno de comentario e inspirador es el de Chile en donde se adoptó una reforma al procedimiento laboral en virtud de la cual la oralidad juega un papel preponderante, además de un fortalecimiento de la inmediatez personal del juez que conozca de un expediente, la cual en caso de no darse es sancionada incluso con posibles nulidades de lo actuado. Con esta reforma se busca disminuir el tiempo de tramitación de los juicios y que la oralidad esté presente en todas las actuaciones judiciales, salvo los casos y actuaciones que de manera excepcional señala el mismo Código de trabajo, lo cual no impide que exista un registro de las audiencias por diferentes medios técnicos¹⁶. El procedimiento prevé una audiencia preparatoria al juicio en la cual el demandado (a) responderá oralmente las pretensiones, salvo que lo haya hecho antes por escrito, y se procede a una conciliación, total o parcial, en caso de que no la haya, el juez determinará los hechos a probar y recibe los medios probatorios que se ofrezcan y se fijará una audiencia, denominada de juicio, dentro de los siguientes treinta días. En el modelo se prevé la existencia de un procedimiento de mínima cuantía, conocido como monitorio, en el cual causas de bajo monto, determinado por la misma ley, tengan una etapa de conciliación en las instancias administrativas, en donde se busca que se resuelvan y en caso contrario se podrían plantear ante los tribunales de trabajo en los cuales el juez resolvería de plano, y solo en caso de

¹⁵ Cfr. D.A. CAGUASANGO VILLOTA, *El principio de oralidad en materia laboral*, Nueva Jurídica, 2012, 162-163.

¹⁶ El artículo 425 del Código de Trabajo de Chile señala, entre otras cosas, que «Las actuaciones realizadas oralmente, por o ante el juez de la causa, serán registradas por cualquier medio apto para producir fe y que permita garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Se considerarán válidos, para estos efectos, la grabación en medios de reproducción fonográfica, audiovisual o electrónica. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella».

desacuerdo por alguna de las partes se seguiría el procedimiento regular. Otro caso interesante que avanza en el tema de la oralidad es el caso de Perú, en donde la nueva Ley Procesal del Trabajo n. 29497/2010 configura un proceso laboral predominantemente oral sin dejar del todo y para casos particulares las actuaciones escritas, y donde el juez a cargo dirige las actuaciones en el proceso y concluye con la sentencia. Se trata de un proceso basado en audiencias, donde se intenta una concentración de las actuaciones y una actividad proactiva del juez de la causa. En las audiencias se presenta, dice la misma ley en su artículo 12, un debate oral de posiciones que preside el juez quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros que participen. Este interrogatorio por parte del juez se da de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún formalismo (art. 24). En este caso se ha señalado que si bien la oralidad permite cierto grado de flexibilidad esto no debería llegar al grado de permitir que hubiese pretensiones oscuras o ambiguas. Un aspecto interesante que señala también la norma peruana es lo relacionado con los documentos que como material probatorio pueden aparecer en el juicio, al respecto se señala que quien los ofrezca deberá señalar de manera clara para que se han ofrecido las documentales indicando de manera concreta en qué pueden ser relevantes para sus intereses, es decir, es necesario que quien ofrece el documento debe de evidenciar la relevancia de tales documentos; esta circunstancia es lo que se ha dado en llamar en la doctrina como la «oralización de los documentos». Finalmente una vez agotadas las actuaciones probatorias, los abogados presentan alegatos, se pasa a dictar sentencia, ya sea de manera inmediata o bien en un lapso no mayor de sesenta días¹⁷.

3.1. Los retos

Como puede advertirse la oralidad ha empezado a reaparecer en las reformas laborales de los últimos años en muchos países, de los cuales solo por ahora anotamos aquí el caso de algunos sin que sean los únicos¹⁸; sin embargo, cabe hacer notar también que esta posibilidad ha sido reforzada y complementada con otras “herramientas” igualmente valiosas como la inmediatez y la celeridad en los juicios laborales, sin contar que

¹⁷ Cfr. M. VIDAL SALAZAR, *op. cit.*, 888-889.

¹⁸ Cfr. A. CIUDAD REYNAUD, *Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina*, relación al 5º Congreso de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho y de la Seguridad Social «Dr. Guillermo Cabanellas», Puerto Rico, 8-9 noviembre 2007 (última consulta 3 mayo 2016).

también, como ya se anotaba, se asiste a un rescate de la conciliación como medio de solución de controversias.

Cuando se analiza la evolución en años recientes de los modelos de impartición de justicia, en varias áreas incluyendo la laboral, nos percatamos que se avanza hacia modelos caracterizados por una mayor inmediatez y concentración, aparte del uso de las nuevas tecnologías de la información¹⁹.

El uso de nuevas tecnologías de la información en materia procesal ya tiene toda una experiencia en otras ramas del derecho, sin embargo en materia laboral se va avanzando lentamente en ese mismo sentido pero no con la velocidad que los tiempos y las necesidades están reclamando; de esta manera, la incorporación de estas nuevas tecnologías suponen un análisis en cuanto a la forma de llevar a cabo esa incorporación, ya no solo en lo que toca a la modernidad de las herramientas y medios propiamente tecnológicos, los cuales evolucionan de manera vertiginosa, sino también en cuanto a la formación y necesaria capacitación de quienes en los tribunales deben de operarlos. Todos estos cambios, exigen una reflexión técnica jurídica que permita advertir los impactos e implicaciones propiamente procesales que en el desarrollo de los juicios tendrían estos cambios. Esta reflexión tiene que darse respecto de los intereses que los actores en los juicios tienen; por ejemplo y solo para ilustrar, que implicación tiene para un actor o un demandado el que una audiencia solo sea registrada en audio o en video o en ambas modalidades, de qué manera podrán invocarse o referirse a dicho registro en algún alegato ulterior o al interponer algún recurso; por su parte para el tribunal, ¿cómo conservará y llevará el registro de estas diligencias orales y grabadas? Se trata tal vez de cuestiones logísticas y administrativas que tendrían en su momento que ser aclaradas, para que la oralidad no vaya en detrimento de la certeza jurídica sino todo lo contrario.

Cabe anotar que en la reciente y multicitada reforma al modelo de justicia laboral en México de 2017, como ya se anotaba, se evoca a la oralidad solo de manera indirecta; sin embargo su conceptualización y reglamentación concreta por la norma secundaria exige resolver varias interrogantes previamente, ya que adoptar un verdadero modelo con predominio de la oralidad supone varias cosas, entre las que están como ya se anotaba, la necesidad de articular la oralidad con otras características del proceso como son la inmediatez, la concentración, la publicidad, la celeridad, la formación adecuada del personal del tribunal, así como la existencia de la infraestructura adecuada para ponerla en práctica.

¹⁹ Cfr. D.A. CAGUASANGO VILLOTA, *op. cit.*, 161.

En efecto, la oralidad debiera conllevar a una mayor inmediatez ya que las ventajas que supone un desahogo oral por las partes en las diligencias y etapas procesales, permite al juzgador advertir otros elementos y factores que se presentan al momento que una persona presente sus argumentos de manera directa, y estos otros elementos puedan ser parte de los datos que el tribunal considere al momento de emitir su fallo. Así mismo, un juicio laboral en donde la oralidad cumpla su cometido de agilizar el proceso, supone una búsqueda de una mayor concentración, lo cual se puede hacer de varias maneras, o bien proponiendo y sugiriendo al tribunal para que en el día a día y en cada etapa del proceso, puedan concentrar ciertos actos dándole algunos márgenes de discrecionalidad para tales fines, o bien como se ha hecho en algunos países, se ha modificado el proceso para reducir el número de audiencias dentro de las cuales se desarrollan las etapas procesales. De igual manera la oralidad puede ser un factor que consolide y amplíe los grados de publicidad de los procesos, en atención al carácter público de las audiencias y a la facilidad de acceder a los registros de las diligencias. Todo ello debiera traducirse en una mayor celeridad en el trabajo judicial.

Como puede advertirse la eficiencia y solidez del nuevo proceso laboral mexicano exige hacer un planteamiento integral que lo renueve y modernice a varios niveles, por ejemplo a nivel macro, en su articulación y coherencia con la Constitución y las normas internacionales aplicables al caso, concretamente las relacionadas con los derechos humanos laborales. Así mismo, a nivel de la estructura del nuevo modelo todo de solución de conflictos laborales; hay que recordar que el nuevo modelo contará con una instancia prejudicial, previa y obligatoria encargada de la conciliación, la cual si bien estará a cargo del Poder Ejecutivo Federal y los Poderes ejecutivos estatales, no debiera crearse, articularse y funcionar de maneja ajena a los futuros tribunales adscritos al Poder Judicial.

Al momento de escribir estas notas, han sido presentados ya ante el Senado de la República varios proyectos de reglamentación de la reforma constitucional, cada uno de ellos tiene aspectos y propuestas interesantes y debatibles, sin embargo la mayoría de ellos plantean en modelo de justicia laboral cuya coherencia con el resto del sistema jurídico mexicano tiene deficiencias, en particular con la Constitución misma y las normas internacionales vigentes en el país; es decir, en estas propuestas está ausente un claro «diseño jurídico, arquitectónico e integral» que permita valorar su solidez y pertinencia.

En la búsqueda de nuevos modelos de justicia laboral, es importante que no solo se avance en la toma de decisiones macro en donde se opte por un sistema adecuado, es importante también que se avance en la discusión

micro de aspectos concretos que, como en el caso de la oralidad, se necesitan analizar, valorar y plasmar su “presencia” en el proceso laboral. Como ya se ha señalado, la búsqueda de mecanismos y maneras de lograr una justicia pronta expedita e inmediata, no debe estar reñida con el necesario respeto de los principios que deben orientar todo proceso, como la seguridad jurídica y garantía de audiencia que la que las partes deben gozar. Es evidente que una oralidad integral como a la que aquí se hace referencia supone también una formación adecuada e idónea del personal del tribunal que estaría encargado de implementar un modelo con estas características. En muchas de estas decisiones deberá estar el tema presupuestal debidamente atendido.

Como se señalaba al inicio de estas notas, México se encuentra en un momento particularmente importante no solo de su desarrollo laboral sino político, y las decisiones que se tomen en los próximos meses habrán de marcar el rumbo del país y de la sociedad para las futuras generaciones. Hacemos votos para que el razonamiento y criterio jurídico acompañen a quienes tengan que tomar las decisiones.

Las reformas encaminadas a mejorar la justicia laboral y con ella a las instancias encargadas de impartirla, deben ser vistas como un factor clave para el logro no solo de paz laboral, sino de estabilidad económica, política y, por supuesto, de justicia social. Solo es a partir de la aceptación por parte de la sociedad y el Estado de una premisa como ésta, que se le dará a los instancias jurisdiccionales del trabajo, llámense juntas o ahora tribunales, la importancia que siempre debieron tener.

4. Bibliografía

BARBAGELATA H.H., *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Presses Universitaire de Louvain, 1980

BENÍTEZ PINEDO J.M., *La oralidad en el proceso laboral: comentarios a la Ley 1149 de 2007*, en *Discurso Laboral*, 2007, n. 10

CAGUASANGO VILLOTA D.A., *El principio de oralidad en materia laboral*, Nueva Jurídica, 2012

CIUDAD REYNAUD A., [Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina](#), relación al [5º Congreso de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho y de la Seguridad Social «Dr. Guillermo Cabanellas»](#), Puerto Rico, 8-9 noviembre 2007 (última consulta 3 mayo 2016)

KURCZYN VILLALOBOS P., REYNOSO CASTILLO C., SÁNCHEZ-CASTAÑEDA A., *La justicia laboral: administración e impartición*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005

PÁEZ BENALCÁZAR A., *La oralidad y los principios del Derecho Procesal del Trabajo: análisis comparativo de las legislaciones de Ecuador y España*, en AA.VV., *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, SPD'TSS, 2015, 609-620

URIBARRI CARPINTERO G., *La oralidad en el siglo XX*, en S. CÁRDENAS GUTIÉRREZ, G. URIBARRI CARPINTERO, *Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México. I*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, 109-148

VIDAL SALAZAR M., *La oralidad y el nuevo proceso laboral peruano*, en AA.VV., *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, SPD'TSS, 2015, 875-893

Autonomía negocial de los trabajadores llamados hipersuficientes en el derecho brasileño

Jorge CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO*

RESUMEN: La criticada reforma laboral instituida por la Ley 13.467 consagró la posibilidad de superposición de la negociación colectiva sobre las normas estatales y la hipótesis de superposición de la negociación individual sobre la negociación colectiva y sobre la ley como forma de solución de antinomias en materia de derecho del trabajo. El legislador quiso, con este cambio, enfatizar la autonomía de la voluntad de quienes ganan más de dos veces el beneficio máximo de la seguridad social. La estipulación inicial puede contrarrestar normas de orden público y normas negociadas colectivamente porque fue inserto un párrafo único al artículo 444. Las alteraciones del contrato de trabajo, por otro lado no lo pueden pues el artículo 468 no cambió en nada. Además, las reglas que resultan de la autonomía de la voluntad no se extienden a toda situación negociadora, sino sólo a aquellas hipótesis expresamente previstas en la legislación.

Palabras clave: Trabajadores hipersuficientes, autonomía negocial, reforma laboral brasileña.

SUMARIO: 1. Notas introductorias. 2. Concepto de hipersuficiente. 3. La autonomía negocial del trabajador hipersuficiente tras la reforma laboral de 2017. 4. Situaciones en las que la negociación individual puede sobreponerse a la negociación colectiva y a la legislación. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* Profesor e investigador de la Fundación Getúlio Vargas (FGV). Titular de la silla n. 21 de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Maestro y doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de São Paulo (USP). Postdoctor en derecho por la Université de Nantes.

The individual bargaining autonomy of the so called hyper-sufficient employees in Brazilian law

ABSTRACT: The criticized labor reform instituted by Law 13,467 enshrined the possibility of overlapping collective bargaining over state norms and the hypothesis of overlapping individual bargaining over collective bargaining and over the law as a way of solving antinomies in matters of labor and employment law. The legislator wanted, with this change, to emphasize the autonomy of the will of those who earn more than twice the maximum benefit of social security. The initial stipulation can counteract public order norms and collectively negotiated norms because it was inserted a single paragraph to article 444 of the Brazilian Consolidation of Labor Laws - CLT. Alterations of the employment contract, on the other hand, cannot, because article 468 did not change at all. In addition, the rules that result from the autonomy of the will do not extend to any negotiating situation, but only to those hypotheses expressly provided for in the legislation (Art. 611-A of the Brazilian Consolidation of Labor Laws – CLT).

Key Words: Hyper-sufficient employees, individual bargaining autonomy, Brazilian labor reform.

1. Notas introductorias

Hasta la reforma laboral de 2017, pocas eran, en Brasil, las situaciones en que la legislación diferenciaba los derechos asegurados a trabajadores de escalón superior, medio o inferior de las empresas. La más conocida de ellas es, seguramente, la del artículo 62, II, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, una especie de Estatuto de Trabajadores en Brasil, que excluye de la incidencia de las reglas del capítulo sobre jornada de trabajo «los gerentes, así considerados los ejecutivos de cargos de gestión, a los cuales se equiparan los directores y jefes de departamento o filial». También es muy conocida, aunque dirigida apenas a los «empleados en bancos, casas bancarias y Caixa Econômica Federal», la regla del artículo 224, § 2, de la misma Consolidación de las Leyes del Trabajo. Según ella los empleados en bancos «que ejercen funciones de dirección, gerencia, fiscalización, jefatura y equivalentes, o que desempeñan otros cargos de confianza, siempre que el valor de la gratificación no sea inferior a 1/3 (un tercio) del salario del cargo efectivo» no tienen derecho a la jornada especial de seis horas diarias establecida por el *caput* del mismo artículo.

El artículo 7 de la Constitución Brasileña relaciona, entre los derechos fundamentales de los trabajadores urbanos y rurales, «la prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual o entre los profesionales respectivos». Por eso, no era usual, en Brasil, las situaciones en que la presentación de un diploma universitario se utilizaba para caracterizar algún tipo de contrato de trabajo particular. Digna de mención es la ley 4.950-A, de 22 de abril de 1966, que dispone sobre la remuneración de profesionales graduados en Ingeniería, Química, Arquitectura, Agronomía y Veterinaria.

En su artículo 1 la Ley referida evidencia haber sido instituida para fijar «El salario mínimo de los graduados por los cursos regulares superiores mantenidos por las Escuelas de Ingeniería, de Química, de Arquitectura, de Agronomía y de Veterinaria». El criterio para su aplicación es, por lo tanto, la diplomación en una de esas áreas de actuación. Esta conclusión se ve reforzada por la literalidad de su artículo 4 que dispone: «A los efectos de esta Ley los profesionales citados en el art. 1 se clasifican en: a) diplomados por los cursos regulares superiores mantenidos por las Escuelas de Ingeniería, de Química, de Arquitectura, de Agronomía y de Veterinaria con curso universitario de 4 (cuatro) años o más; b) graduados por los cursos regulares superiores mantenidos por las Escuelas de Ingeniería, de Química, de Arquitectura, de Agronomía y de Veterinaria con curso universitario de menos de 4 (cuatro) años».

El siguiente dispositivo (artículo 5) establece que para los profesionales

enumerados en el apartado *a* del dispositivo anteriormente transcrito es de 6 veces el mayor salario mínimo común vigente en el país y para los profesionales del apartado *b* es de 5 veces el mayor salario mínimo vigente en el país.

A excepción de las situaciones puntuales como las narradas anteriormente, la misma legislación que regía el contrato de trabajo de los obreros más simples, con menor formación académica, y más mal remunerados, regía también la relación de empleo de aquellos más titulados y con salario más elevado. Cualquier otra diferencia de trato debe considerarse *contra legem* y, por lo tanto, inadmisibles. Esta conclusión se ve reforzada por la literalidad del artículo 3, párrafo único, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, según quien «No habrá distinciones relativas a la especie de empleo y a la condición de trabajador, ni entre el trabajo intelectual, técnico y manual».

La cuestión viene, desde hace tiempo, recibiendo un trato distinto en otros países, que garantizan derechos distintos para los que ocupan puestos más elevados en la cadena de mando de las empresas. En España los ejecutivos, o mejor los altos directivos, ocupan usualmente las funciones de Director General o Director Gerente, aunque se dice que la denominación dada al puesto tiene importancia secundaria en contraste con las funciones efectivamente desempeñadas¹. El Artículo 1.2 del Decreto de Alta Dirección dispone que «Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

Se habla también en directivos ordinarios o técnicos para designar a los que ocupan puestos elevados, reciben remuneración expresiva, tienen a su mando innumerables empleados y ostentan una posición empresarial muy cualificada, aunque a un nivel inmediatamente inferior al de los llamados Altos Directivos².

En España la regulación del llamado contrato de trabajo de alta dirección hace referencia sólo en puntos muy específicos al Estatuto de los Trabajadores, la norma reguladora básica de los contratos de trabajo ordinarios y especiales³. Se dice que el «Estatuto no puede considerarse como norma general supletoria del Decreto de Alta Dirección»⁴. Diversa

¹ C. MOLERO MANGLANO, *El contrato de alta dirección*, Civitas, 2011, 38.

² *Ibidem*, 39.

³ La regulación se encuentra en el real decreto 1.382, de 1º de agosto de 1985.

⁴ C. MOLERO MANGLANO, *op. cit.*, 2011, 37.

es la situación de los contratos de trabajo de los directivos ordinarios los técnicos que se sujetan a un régimen jurídico especial, aquellos son titulares de una relación laboral ordinaria, a pesar de la importancia de sus funciones⁵.

No es tan simple, sin embargo, distinguir verdaderos contratos de “altos directivos” y relaciones de trabajo común que se pretende disimular como de alta administración fines de reducción de derechos, como aviso previo de apenas 7 días por año trabajado en caso de dispensa sin justa causa en comparación con 33 que recibirían de ser un empleado de escalón inferior⁶.

La solución pasa necesariamente por el estudio de la jurisprudencia laboral en muchas ocasiones. El Supremo Tribunal Español indicó que los poderes conferidos, además de afectar áreas funcionales de importancia incontestable para la vida de la empresa, deberían ser normalmente referidos a la actividad total de los mismos o a los aspectos trascendentales de sus objetivos, con total dimensión territorial, o se refieren a zonas nucleares o lugares de trabajo para su actividad⁷.

La reforma laboral brasileña de 2017 introdujo un trato particular a esta cuestión. No creó derechos distintos para los trabajadores que ahora son denominados hipersuficientes, ni los excluyó de la protección laboral. Redujo, sin embargo, la tutela estatal incidente sobre ellos dándoles significativa autonomía para negociar derechos y obligaciones.

El presente texto se dedicará a analizar las nuevas reglas y las hipótesis en que será efectivamente posible la negociación individual entre empleado y empleador con tal amplitud y efecto.

2. Concepto de hipersuficiente

Según Marlus Augusto Melek, el juez que trabajó en la redacción del proyecto de ley que se transformó en la ley 13.467, la ley de la Reforma Laboral Brasileña de 2017, «El concepto de hipersuficiente es un concepto creado por rasgos políticos y no técnicamente jurídico»⁸. Esta afirmación, sin embargo, no resiste a un análisis más profundo en la doctrina del derecho del trabajo y del derecho económico, donde desde hace mucho se

⁵ *Ibidem*, 39.

⁶ *Vid.* ARRABE ASESORES, *Analizamos en profundidad la figura del Contrato de Alta Dirección*, en www.arrabeasesores.es, 15 mayo 2014 (última consulta 18 octubre 2017).

⁷ *Idem*.

⁸ M.A. MELEK, *Trabalhista! O que mudou? Reforma trabalhista 2017*, Estudo Imediato, 2017, 139-141.

discute los conceptos “hiposuficiente” e “hipersuficiente”.

En una obra publicada en 1977, el Profesor Emérito de la Facultad de Derecho del Largo de São Francisco, vinculada a la Universidad de São Paulo, ya trataba de la figura de los hipersuficientes como una tercera categoría, al lado de los autosuficientes y de los hiposuficientes. Al referirse a esta expresión decía: «Estos son autosuficientes en posición económica superior. Los autosuficientes están, en relación a los hipersuficientes en una situación de hiposuficiencia relativa, pues pueden ser eliminados de la competencia por lo hipersuficiente. El derecho social (restringido o derecho social *tout court*) sólo se ocupa de la hiposuficiencia o debilidad económica absoluta [...]. La debilidad económica relativa, es decir, el hecho de ser sólo un ser económicamente más débil que otro, es objeto no del derecho social, sino del derecho económico, *vg.*, la posición del pequeño industrial frente al gran capitalista o al gran industrial, etc.»⁹.

La expresión, como es fácil concluir, era propia no del derecho del trabajo, sino del derecho económico. Se utilizaba para distinguir empresas relacionadas, con base en su poderío económico. Para el derecho del trabajo aquel que colocara su fuerza vital en beneficio del interés de otro con personalidad, no eventualidad, alteridad, onerosidad y subordinación sería, por definición hiposuficiente. Sólo de él cuidaba el derecho del trabajo. Es lo que se extrae de otros pasajes de las enseñanzas de Cesarino Júnior: «La hiposuficiencia absoluta se caracteriza por el hecho de que el individuo dependa del producto de su trabajo para mantenerse y a su familia. Por lo tanto, una vez que el individuo posea ingresos que le aseguren esa subsistencia independientemente de su trabajo, cesa la hiposuficiencia absoluta, empezando la relativa siempre que un comerciante, un industrial, un labrador, un capitalista, un propietario, en fin (porque todos los autosuficientes son propietarios), están en situación de dependencia frente a otro propietario económicamente más fuerte que él (hipersuficiente)»¹⁰.

Evidenciando que las expresiones hiposuficiente, autosuficiente e hipersuficiente se basan en aspectos económicos, así se manifestaba Cesarino Júnior: «La tendencia del derecho moderno de encarar las diversas circunstancias en que los hombres se presentan ha subrayado una diferencia fundamental entre ellos: la económica. Desde el punto de vista económico, los hombres se dividen en propietarios y no-propietarios, i.e., ricos y pobres. Los no propietarios, que sólo poseen su fuerza de trabajo,

⁹ A.F. CESARINO JÚNIOR, voz *Hipersuficientes*, en R. LIMONGI FRANÇA (Dir.), *Enciclopedia Saraiva do Direito*, Saraiva, 1977, 230.

¹⁰ *Ibidem*, 230-231.

denominamos hiposuficientes. A los propietarios, de capitales, inmuebles, mercancías, maquinaria, tierras, llamamos autosuficiente»¹¹.

Dicho esto, Cesarino Júnior reforzaba la conclusión de que el derecho del trabajo cuidaba de lo hiposuficiente, de todo aquel que dependiera de un contrato de trabajo para vivir, aduciendo: «Los hiposuficientes están, en relación a los autosuficientes, en una situación de hiposuficiencia absoluta, pues dependen, para vivir y hacer vivir a sus familias, del producto de su trabajo. Ahora bien, quien les ofrece oportunidad de trabajo son justamente los autosuficientes. [...] Esto no impide, sin embargo, haber visto como la ley dispone para la generalidad de los casos – *quod plerunque fit* – y no para excepciones, que, excepcionalmente, una persona económicamente fuerte pueda ser protegida por las leyes sociales: bastará para eso que se coloque en la posición de un económicamente débil. Así pues, el millonario empleado de una fábrica puede invocar la protección de las leyes laborales»¹².

En un texto publicado en 2013, bastante anterior, por lo tanto, a la reforma de 2017, defendemos la tutela laboral de los altos ejecutivos¹³. Afirmamos en este texto que todo lo que hay de angustiante y desgastante en la relación de empleo aumenta en la proporción del aumento de las responsabilidades y de la remuneración. Algunos de los mayores causantes de desgaste emocional y angustias en una relación de empleo son:

- 1) la inestabilidad en el empleo;
- 2) el temor del desempleo;
- 3) el exceso de trabajo y la falta de tiempo de descanso y reposo adecuados;
- 4) la presión y el estrés relacionados con la necesidad de cumplir metas, a veces inalcanzables.

Concluimos que estos factores, malos para los trabajadores de menor jerarquía, eran y siguen siendo muy peores para los altos ejecutivos¹⁴.

Primero porque, por regla general, cuanto mayor el grado jerárquico, mayor es la inestabilidad en el empleo. La lógica es similar a la de un equipo de fútbol. Cuando los resultados no son satisfactorios y si llega a la conclusión de que algún cambio se hace necesario, normalmente se despide al técnico. Es más fácil reemplazarlo que reemplazar todo el elenco. Lo mismo ocurre en las grandes corporaciones. Cuando las metas no se alcanzan, las primeras cabezas a ser cortadas son las de los

¹¹ *Ibidem*, 1977, 233.

¹² *Idem*.

¹³ J. CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, *O alto executivo e o direito do trabalho*, en *Revista LTR – Legislação do Trabalho*, 2013, vol. 77, n. 8, 914-923.

¹⁴ *Idem*.

escalones más elevados¹⁵.

El temor de desempleo está relacionado con la inseguridad sobre la que ya se ha referido. Una vez dispensado el alto ejecutivo enfrenta más y mayores dificultades que los demás empleados para la recolocación en el mercado de trabajo. A una porque no hay tantos puestos de trabajo para altos ejecutivos. A dos porque las noticias corren muy rápidamente en el mundo corporativo y una dispensa de un ejecutivo debido a malos resultados seguramente afectará negativamente su imagen en el mercado, reduciendo sus posibilidades de contratación¹⁶.

Esta realidad perversa es la gran responsable del reducido número de acciones judiciales propuestas por ejecutivos. Hablamos de cargos poco numerosos cuyo relleno nunca es hecho por selección basada en análisis curricular o por medio de sitios de empleo. El reclutamiento de ejecutivos siempre se realiza con la ayuda de *headhunters*, que investigarán con máxima agudeza su pasado funcional, o por medio de una oferta financieramente ventajosa para convencerlo de salir del puesto actualmente ocupado en una empresa competidora. En ese escenario, ingresar con reclamación laboral es un suicidio profesional. Una vez divulgada la información en el mercado, lo que inevitablemente sucede, su recolocación en el mercado está afectada. No sin razón muchos jóvenes ejecutivos dejan de reivindicar sus derechos para no ver la carrera precozmente interrumpida. No sin razón los ejecutivos que ingresan en la Justicia para reivindicar sus derechos son aquellos en final de carrera y ya con pocas perspectivas de encontrar nueva ocupación, y que desean apenas recibir lo que le es debido y disfrutar de una merecida jubilación. O, en otra hipótesis, aquellos que desean dejar el mundo corporativo y, con el dinero que tiene que recibir, montar negocio propio¹⁷.

La doctrina extranjera ya reconoce, con gran acierto, que la particularidad en la forma de contrato del alto ejecutivo lo hace aún más vulnerable a daños en la fase precontractual que los demás empleados. Carlos Molero Manglano observa que en los contratos de alta dirección el tránsito las tratativas que preceden a la contratación merecen especial atención porque el alto ejecutivo es a menudo reclutado desde un puesto de responsabilidad de otra compañía. Con ello, eventual incumplimiento posterior de la nueva empresa, como, por ejemplo, la desistencia de su contratación el no pago del bonus de contratación (*sign on* o *hiring bonus*)¹⁸

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Jerga utilizada en el mundo corporativo para denotar bonos ofrecidos a los altos ejecutivos para aceptar cierta oferta de trabajo.

prometido y que fue justamente el factor decisivo en la elección hecha por el empleador, y la dispensa después de pocos meses de trabajo puede acarrear perjuicios de elevadísima importancia^{19 20}.

En cuanto al tercer punto es forzoso reconocer que la jornada de trabajo de los altos ejecutivos se encuentra entre las más extenuantes y sus períodos de descanso entre los más sufridos. Ellos no tienen control alguno de viaje, son verdaderos esclavos de sus smartphome, los grilletes de los nuevos tiempos. Accede a sus correos electrónicos y mensajes durante todo el tiempo, incluso en sus períodos de descanso. Incluso cuando lejos de la empresa, para disfrutar de las vacaciones, por ejemplo, necesitan mantener contacto constante con su sustituto para que nada inesperado ocurra. Es necesario estar a punto de interrumpir o cancelar su descanso, si percibe que su alejamiento en ese momento puede interferir en los resultados de la empresa. Si no lo hace, correrá el riesgo de ser responsabilizado por haber elegido gozar de sus vacaciones en un momento inadecuado²¹.

Usamos esas reflexiones para reafirmar que el Derecho del Trabajo no fue creado para tutelar sólo y exclusivamente a las personas en situación de carencia económica, ya protegidas por el derecho de la seguridad social, notadamente en la parte destinada a los beneficios asistenciales. Se creó para proteger al trabajador que está vinculado a un empleador por contrato con la presencia de cinco elementos, a saber, la personalidad, no eventualidad, onerosidad, alteridad y subordinación. No sin razón la doctrina brasileña refuta, hace muchos años, la afirmación de que la dependencia que caracteriza este último elemento mencionado, y por lo demás identifica todo el contrato de trabajo, es económica^{22 23}.

¹⁹ C. MOLERO MANGLANO, *op. cit.*, 43.

²⁰ J. CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, *op. cit.*

²¹ *Idem.*

²² Segundo M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do tabalho*, LTR, 2013, 294-295, «A teoria justralhista registra, contudo, antigas posições doutrinárias que não enxergavam, ainda esse caráter eminentemente jurídico do fenômeno da subordinação. Acentuando a ideia de dependência (que tem matiz pessoal e não objetiva), já se considerou a subordinação ora como sendo uma dependência econômica, ora como sendo uma dependência técnica (ou tecnológica). No primeiro caso (dependência econômica), a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado. Há problemas, entretanto, nessa formulação teórica. Inegavelmente, o critério que ela incorpora origina-se de uma reflexão acerca do padrão genérico típico à relação trabalhador/empregador na moderna sociedade industrial. Contudo, ainda que o critério econômico acima consignado tenha irrefutável validade sociológica, ele atua na

Por todo ello, consideramos que los altos ejecutivos, por mejor remunerado que fueran, estarían siempre en condición de fragilidad contractual en relación a la corporación que representasen, precisando, por lo tanto, del Derecho del Trabajo para equilibrar las fuerzas desiguales. Ejemplificábamos mencionando la situación del ejecutivo que ingresó en una determinada empresa porque ésta le ofrecía un polpudo *hiring bonus* o un interesante plan de *stock options*. Pactaron así un derecho de opción de compra de acciones que tendría un período de tiempo de cinco años. Después de constatar la expresiva valorización de las acciones, el empleador decide dispensar al ejecutivo cuando faltaba sólo seis meses para completar el aludido período. Indagábamos: ¿será que, abstractamente considerada, la lesión causada al ordenamiento jurídico con ese incumplimiento contractual es menos grave y menos merecedora de tutela jurídica que el incumplimiento del contrato de trabajo de los demás empleados de la misma empresa solamente porque el importe financiero es mucho más expresivo? ¿Será que la agresión al ejecutivo que optó por esa empresa y no por una de las demás que tenían interés en su trabajo, vistió la camisa y contribuyó decisivamente a la valorización de las acciones es menos grave que la causada al trabajador que no recibió el pago por las empresas horas extras que hizo? ¿Tiene menos derecho de indignarse y de buscar en el poder judicial una respuesta a su demanda que los trabajadores hiposuficientes? Respondíamos afirmando que la mejor respuesta para todas esas preguntas era la negativa²⁴.

Entendíamos que el ejecutivo en cuestión estaba sujeto a la tutela del derecho del trabajo pudiendo, por lo tanto, ingresar en juicio alegando que el despido buscaba impedir su derecho de se consolidar y exigiendo su derecho de ejercer la opción de compra de las acciones. Consideramos robustas sus posibilidades de éxito. Depende, como sólo sucede en todo proceso judicial, de las pruebas que produce y de la sensibilidad del juzgador. Si lo sujetamos sólo y exclusivamente a las reglas del derecho civil, sus posibilidades serán mucho más reducidas. Según la teoría civilista clásica no hubo incumplimiento contractual alguno, pues él no completó el período indicado en el contrato, no gozando de derecho, apenas de

relação jurídica específica como elemento externo, incapaz, portanto, de explicar satisfatoriamente, o nexos preciso da assimetria poder de direção/subordinação. De par com isso, a assincronia econômico-social maior ou menor entre os dois sujeitos da relação de emprego não necessariamente altera, em igual proporção, o feixe jurídico de prerrogativas e deveres inerente ao poder empregatício (com sua dimensão de direção e subordinação)».

²³ J. CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, *op. cit.*

²⁴ *Idem.*

expectativa de derecho a la compra de las acciones. No sería ésta, seguramente, una solución justa para el caso²⁵.

Nuestras conclusiones sobre este tema siguen siendo las mismas. La ley 13.467, sin embargo, creó otros caminos por medio de los cuales las cuestiones podrían ser solucionadas. No retiró, sin embargo, ese trabajador de la esfera de protección del derecho del trabajo. Sólo le otorga mayor autonomía para pactar con el empleador diversas cuestiones como, por ejemplo, un acuerdo de dispensa con la aprobación de la gestión amplia e irrestricta del contrato de trabajo. Si la hipótesis narrada arriba, ese trabajador ciertamente no tendría éxito en la acción descrita arriba.

Después de la reforma de 2017, la expresión “hipersuficiente” viene siendo usada para denotar al trabajador que gane más de 2 veces el valor del techo de la previsión social y que tenga curso superior. Quien se encuadre en esta categoría podrá, si así lo desea, resolver sus conflictos con el empleador por el arbitraje y, si también tiene diploma universitario, «negociar sus cláusulas de trabajo como mejor le parezca»²⁶.

Es razonable indagar si el valor elegido, 2 veces el valor del más grande pago de la seguridad social, no es muy reducido para la presunción de que a partir de él el empleado está en condiciones de negociar libremente y con total autonomía determinadas cláusulas contractuales. No sin razón ya se habla de elevarlo a tres veces el techo del beneficio de la seguridad social²⁷.

El alcance de la legislación laboral es una elección política. Y la elección política hecha por los autores de la Reforma de 2017 queda clara en el informe presentado por el Deputado Rogério Marinho, principal responsable en la Cámara de Diputados por el proyecto que se transformó en la ley 13.467: «La inclusión de un párrafo único al art. 444 tiene por objeto permitir que los desiguales sean tratados de manera desigual. De hecho, la CLT fue pensada como un instrumento para la protección del empleado hiposuficiente, ante la premisa de que éste se encuentra en una posición de inferioridad al empleador en el momento de la contratación y de la defensa de sus intereses. Sin embargo, no se puede admitir que un trabajador con graduación en enseñanza superior y salario por encima de la media retributiva de la gran mayoría de la población sea tratado como alguien vulnerable, que necesite de protección del Estado o de tutela

²⁵ *Idem*.

²⁶ M.A. MELEK, *op. cit.*, 139-141.

²⁷ M.A. MELEK, *op. cit.*, 139-141, miembro del comité de redacción final de la reforma laboral, menciona la existencia de discusiones sobre una modificación a este efecto mediante una medida provisional.

sindical para negociar sus derechos laborales. Nuestra intención es la de permitir que el empleado con diploma de nivel superior y que perciba salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social pueda estipular cláusulas contractuales que prevalezcan sobre el legislado en los mismos moldes de acuerdo con lo establecido en el artículo 611-A de este sustitutivo. Cabe resaltar que, observado el techo salarial establecido en el dispositivo, sólo algo en torno al 2% de los empleados con vínculo formal de empleo serán alcanzados por la regla».

El legislador brasileño podría haber creado una ley expectativa para trabajadores por ella considerados parassubordinados, garantizándole menos derechos. Podría haber creado una ley para tratar de forma distinta a los trabajadores mejor remunerados. Optó, sin embargo, por crear una ley que les reconoció una mayor autonomía para negociar y menor interdependencia estatal en relación a lo negociado, además de asegurar la posibilidad de optar por el arbitraje. Es lo que se analizará a seguir.

3. La autonomía negocial del trabajador hipersuficiente tras la reforma laboral de 2017

En un momento en que tanto se hablaba sobre la superposición de lo negociado sobre el legislado, la ley 13.467 consagró también la hipótesis de superposición de la negociación individual sobre la negociación colectiva y sobre la ley como forma de solución de antinomias en materia de derecho del trabajo (art. 444, párrafo unico): «La libre estipulación a que se refiere el *caput* de este artículo se aplica a las hipótesis previstas en el art. 611-A de esta Consolidación, con la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos, en el caso de empleado portador de diploma de nivel superior y que perciba salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social».

Lo que los trabajadores que reciban salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social en adelante se superpondrá incluso al que sea deliberado por su categoría en negociación colectiva que resulte en acuerdo o convención colectiva de trabajo. No hay como extraer otra conclusión de la afirmación «con la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos».

Ahora bien, el *caput* del artículo 444 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo establece que las relaciones contractuales de trabajo pueden ser

objeto de libre estipulación de las partes interesadas en todo lo que no contravenga las disposiciones de protección al trabajo, a los contratos colectivos que les sean aplicables ya las decisiones de las autoridades competentes. Se trata, por lo tanto, de la estipulación inicial del contrato de trabajo. Es posible admitir un párrafo único para excepcionar la regla que figura en el *caput* de un dispositivo jurídico. Lo que el párrafo único del artículo 444 fue decir, que la estipulación del contrato de trabajo de los hipersuficientes no necesita observar las disposiciones de protección al contrato de trabajo, a los contratos colectivos y la decisión de las autoridades competentes.

Exceptuar la aplicación de la regla que impone la observancia de preceptos de orden público y normas colectivamente negociadas para quienes ganan apenas dos veces más que el beneficio previsional máximo no fue una buena elección política. Pero se trata de una elección política mala, pero válida.

El artículo 468, a su vez, establece que «En los contratos individuales de trabajo sólo es lícita la modificación de las condiciones respectivas por mutuo consentimiento, y aún así siempre que no resulten, directa o indirectamente, perjuicios al empleado, so pena de nulidad de la cláusula infringiendo esta garantía». Como no fue apuesta al artículo 468 excepción semejante a la que fue apuesta al artículo 444, hay que reconocerse que si la estipulación inicial puede contrarrestar normas de orden público y normas negociadas colectivamente, no se podrá decir lo contrario en relación con las alteraciones del contrato de trabajo.

Estas reglas no se extienden a toda situación negociadora, sino sólo a aquellas hipótesis expresamente previstas en la legislación. En este tema se discurre en el siguiente ítem.

4. Situaciones en las que la negociación individual puede sobreponerse a la negociación colectiva y a la legislación

Marlos Augusto Melek, afirma, de ahora en adelante los trabajadores hipersuficientes podrán «negociar sus cláusulas de trabajo como mejor le parezca»²⁸.

Se equivoca, sin embargo, en relación a la amplitud de la autonomía de negociación del trabajador hipersuficiente.

El texto no podría ser más claro. La libre estipulación contractual entre empleador y trabajador hipersuficiente se limita a las hipótesis previstas en

²⁸ *Idem*.

el art. 611-A de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, que dispone: «La convención colectiva y el acuerdo colectivo de trabajo tienen prevalencia sobre la ley cuando, entre otros, disponer sobre: I – pacto en cuanto a la jornada de trabajo, observados los límites constitucionales; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornado, respetando el límite mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adhesión al Programa Seguro-Empleo (PSE), de que trata la Ley no 13.189, de 19 de noviembre de 2015; V – plan de cargos, salarios y funciones compatibles con la condición personal del empleado, así como identificación de los cargos que se encuadran como funciones de confianza; VI – reglamento empresarial; VII – representante de los trabajadores en el lugar de trabajo; VIII – teletrabajo, régimen de sobreviso, y trabajo intermitente; IX – remuneración por productividad, incluidas las propinas percibidas por el empleado, y remuneración por desempeño individual; X – modalidad de registro de jornada de trabajo; XI – intercambio del día de fiesta; XII – encuadramiento del grado de insalubridad; XIII – prórroga de jornada en ambientes insalubres, sin licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo; XIV – premios de incentivo en bienes o servicios, eventualmente concedidos en programas de incentivo; XV – participación en los beneficios o resultados de la empresa».

No obstante el caput del dispositivo utiliza la expresión “entre otros”, defendemos aquí la interpretación de que el rol es ejemplificativo para las negociaciones colectivas y taxativas para las individuales que involucran trabajadores hipersuficientes. Para ello, es ejemplificativo en la medida en que son limitadas en el siguiente dispositivo por hipótesis, basadas en el texto constitucional y en la decisión del Supremo Tribunal Federal en los RE n. 590.415 y n. 895.759²⁹. No es admisible que se considere la

²⁹ Es lo que se concluye a partir del informe del Diputado Federal Rogério Marinho: «Mantivemos a ideia original da proposição de se estabelecer um rol exemplificativo de temas que poderão ser objeto de negociação coletiva e que, uma vez acordados, prevalecerão sobre o disposto em lei. Com isso, fica assentada a ideia de se definir como regra a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho, e não como exceção, como se entende atualmente. Deve ser reforçado, neste momento, que essa é a linha de pensamento que vem sendo adotada pelo STF atualmente, haja vista as decisões proferidas nos RE n. 590.415 e n. 895.759, antes citadas, em atendimento ao disposto no inciso XXVI do art. 7 da Constituição Federal, pelo qual se reconhece a autonomia da vontade coletiva como forma prioritária de regulação trabalhista. Visando a aumentar ainda mais a segurança jurídica do acordado, seja para os empregados seja para os empregadores, além de um rol exemplificativo do que pode ser negociado, estamos acrescentando um novo artigo à CLT (art. 611-B) para especificar taxativamente um marco regulatório com as matérias que não podem ser objeto de negociação, por serem direitos

negociación individual que implica trabajador hipersuficiente irrestricto, no moldeándose ni siquiera a los preceptos constitucionales. La única exégesis posible, por lo tanto, para que se asegure la constitucionalidad del aludido precepto de ley es que el rol en cuestión, para la negociación individual que implica trabajador hipersuficiente, es taxativo, *numerus clausus*.

Esta exégesis encuentra, además, eco en la propia literalidad del párrafo único del artículo 444 de la CLT que restringe las hipótesis de negociación individual con preponderancia a la negociación colectiva y las normas legales «a las hipótesis previstas en el art. 611-A». Véase las observaciones de Homero Batista Mateus da Silva a este respecto: «La propuesta del art. 444, párrafo único, es muy ambiciosa: tiene el propósito de autorizar que las partes, en un contrato individual, puedan hacer la misma negociación establecida entre sindicatos y empleadores. De ahí que el dispositivo menciona expresamente el art. 611-A de la CLT. Por ejemplo, a prevalecer el artículo 444, párrafo único, el empleado puede firmar solo la cláusula de reducción del intervalo para la comida, la alteración del grado de insalubridad y la prórroga de jornada en ambiente insalubre, para quedar en algunos de los incisos de la larga lista del artículo 611-A»³⁰.

Homero Batista Mateus da Silva también evidencia que algunas de las hipótesis previstas en el artículo 611-A podrán generar negociaciones individuales de constitucionalidad discutible. En sus palabras, «la reducción salarial, a pesar de ser contemplada en el art. 611-A, es materia de uso restringido de las negociaciones colectivas, según el art. 7, VI, de la CF, de modo que incluso con el énfasis del legislador ordinario eso no será posible en el marco del contrato individual. [...] También es de dudosa constitucionalidad la reducción del grado de adicional de insalubridad, entre otros puntos vulnerables del art. 444, párrafo único».

Como se percibe, aun siendo taxativo, el rol de hipótesis en que el legislador autorizó la negociación individual a superponerse a la colectiva generará discusiones en situaciones cotidianas.

que se enquadraram no conceito de indisponibilidade absoluta, preservando-se, dessa forma, o que se convencionou denominar de patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores. Quanto ao que não se enquadra nesse conceito, permite-se a negociação coletiva e a participação direta das partes na formulação das normas trabalhistas que lhes sejam mais benéficas».

³⁰ H.B.M. DA SILVA, *Comentários à reforma trabalhista*, Revista dos Tribunais, 2017, 70.

5. Consideraciones finales

La reforma laboral de 2017 no creó una reglamentación para los trabajadores en adelante denominados hipersuficientes diferente a la de los demás trabajadores. Tampoco los excluyó de la protección laboral. Redujo, sin embargo, la tutela estatal incidente sobre ellos dándoles significativa autonomía para negociar determinados derechos y obligaciones.

Son “hipersuficientes”, en los términos de la nueva legislación, los trabajadores que ganen más de 2 veces el valor del techo de la seguridad social y que tengan curso superior. Quien se encuadre en esta categoría podrá, si así lo desea, resolver sus conflictos con el empleador por el arbitraje y negociar libremente cláusulas contractuales enmarcadas en las hipótesis previstas en el artículo 611-A de la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

En relación al trabajador hipersuficiente el rol en cuestión es taxativo y no ejemplificativo, como lo es para las negociaciones colectivas. El párrafo único del artículo 444 de la CLT restringe «a las hipótesis previstas en el art. 611-A», la superposición de la negociación individual de estos trabajadores a la negociación colectiva ya determinadas normas legales.

6. Bibliografía

- ARRABE ASESORES, *Analizamos en profundidad la figura del Contrato de Alta Dirección*, en www.arrabeasesores.es, 15 mayo 2014 (última consulta 18 octubre 2017)
- CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO J., *O alto executivo e o direito do trabalho*, en *Revista LTR – Legislação do Trabalho*, 2013, vol. 77, n. 8, 914-923
- CESARINO JÚNIOR A.F., voz *Hipersuficientes*, en R. LIMONGI FRANÇA (Dir.), *Enciclopedia Saraiva do Direito*, Saraiva, 1977
- DA SILVA H.B.M., *Comentários à reforma trabalhista*, *Revista dos Tribunais*, 2017
- GODINHO DELGADO M., *Curso de Direito do trabalho*, LTR, 2013
- MELEK M.A., *Trabalhista! O que mudou? Reforma trabalhista 2017*, Estudo Imediato, 2017
- MOLERO MANGLANO C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, 2011

Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial por Miguel Basterra Hernández *Una reseña*

Como se sabe, la jornada de trabajo representa la cantidad de tiempo que, durante la vigencia del contrato, el trabajador dedica a la prestación de sus servicios. De entrada, el Estatuto de los Trabajadores fija cuál es la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, lo que da lugar a la llamada jornada a tiempo completo y, en paralelo también define (por exclusión) y regula la jornada a tiempo parcial. La principal característica de esta última es que el número de horas de trabajo realizadas está por debajo de la jornada a tiempo completo. La cuestión es que, en cualquiera de sus tipologías, la jornada de trabajo puede sufrir distintas limitaciones o ampliaciones, ya sea por razones políticas, de seguridad y salud en el trabajo, por razones personales o por interés del empresario en la gestión del tiempo de trabajo.

Así, la flexibilización de la jornada en el entorno social-económico actual es cada vez más necesaria en pro de los intereses de ambas partes, empresario y trabajador, y lo cierto es que, dentro de esta tónica, la jornada a tiempo parcial se erige como una institución esencial en la consecución de esos objetivos. Y, por ello, la jornada a tiempo parcial se postula como un instrumento esencial para la sociedad, pues está llamada a acercar un equilibrio entre las partes de la relación laboral. Siendo esto así, y ante la situación cambiante propia de las relaciones laborales y del mundo empresarial, la problemática existente es cada vez más convergente, incluso a la hora de determinar la voluntariedad o no del trabajador a realizar este tipo de jornada.

Por todo ello, el análisis de la jornada a tiempo parcial obliga a un estudio tanto cualitativo como cuantitativo de la misma, y adquiere gran relevancia explicar la problemática existente en cuanto al número de horas en las que

se va a desarrollar la jornada a tiempo parcial ordinaria, la distribución de la misma y sus límites, el estudio de la posible jornada partida y la jornada continuada de los trabajadores a tiempo parcial, la adición o no de las horas complementarias o extraordinarias a la jornada ordinaria, la especialidad o no del régimen de descansos y la determinación de los subtipos de trabajo a tiempo parcial y la especialidades de los mismos. Todo ello es magistralmente analizado por el profesor Miguel Basterra Hernández, que expone de forma sistemática tanto las referencias a esta figura normativa en el Estatuto de los Trabajadores como en el resto de la legislación laboral estatal y europea, así como su interpretación por parte de la jurisprudencia.

Pasando al análisis de la estructura y contenido de la monografía, en primer lugar, cabe citar el acierto metodológico que tiene el autor al comenzarla con una introducción pragmática de la situación actual de la jornada de trabajo a tiempo parcial. Seguidamente, su estructura se divide en cinco capítulos más, además de la introducción ya citada, los cuales, bajo mi punto de vista, quedarían divididos en cuatro partes. La primera de ellas sería el Capítulo II, donde se centra en hacer una rigurosa exposición de lo fijado principalmente en los preceptos 12 y 34 del Estatuto de los Trabajadores, pero con las referencias oportunas a otros preceptos normativos en cuanto a los elementos que se analizan de la jornada a tiempo parcial como son los artículos 11, 15, 37, 41 y 47, además de las aportaciones jurisprudenciales. La segunda parte comprendería los Capítulos III y IV en los que el Dr. Basterra Hernández expone en concreto la problemática aplicativa de la adición de las horas complementarias y extraordinarias en el caso de la jornada a tiempo parcial con un análisis exhaustivo de los artículos 12 y 15 del Estatuto de los Trabajadores. En la tercera parte el autor se adentra en el estudio del régimen de descansos en la jornada a tiempo parcial, individualizando el estudio de la problemática en cada uno de los descansos referidos en los distintos preceptos legales como: los descansos diarios, descansos semanales y por último las vacaciones anuales, las fiestas laborales y los días de asuntos propios de los trabajadores a tiempo parcial. Para finalizar, la cuarta y última parte, comprende una descripción detallada sobre los subtipos de trabajo a tiempo parcial y sus especialidades en materia de jornada y descansos.

Ahora sí, profundizando en el contenido de la investigación, pondré en valor que en la introducción – Capítulo I – no solo se alude al contexto socio-económico en el que adquiere relevancia la utilización de la jornada a tiempo parcial, sino también al contexto normativo. Enumera el Dr. Basterra Hernández los rasgos más característicos de la jornada a tiempo

parcial como pueden ser el grado de flexibilidad que aporta, su instrumentalización como «dique de contención» al aumento del desempleo, una supuesta herramienta para la conciliación de la vida profesional y familiar, además de un mecanismo que facilita una gestión eficiente de la mano de obra y un ahorro de costes al empresario. Por ello, a modo de introducción también expone los motivos por los que se hace necesaria su utilización en el mercado de trabajo, qué intereses persigue el empresario y el trabajador para establecer su relación laboral a través de este instrumento normativo y explica de forma objetiva mediante estadísticas cuál es el uso que en la actualidad se da en España y Europa a la jornada a tiempo parcial.

El Capítulo II comienza con la valoración de la dimensión cuantitativa en contraposición a la vertiente cualitativa de la jornada a tiempo parcial. Continúa con un análisis preciso y riguroso de esa vertiente cualitativa de la jornada parcial, que trata, en primer lugar, la distribución de la jornada de trabajo ordinaria, con carácter general, y que se centra después en la distribución de la jornada ordinaria de los trabajadores a tiempo parcial, así como sus límites particulares. Concluye el autor este capítulo con la exposición de la problemática aplicativa de la jornada partida y la jornada continuada que afecta de forma concreta a los trabajadores a tiempo parcial. En síntesis, diré que el autor llega a diferentes e importantes conclusiones entre las que destacaré, en primer lugar, que la nota distintiva más importante entre la jornada a tiempo completo y la jornada a tiempo parcial es su diferencia cuantitativa. En segundo lugar, la distinción pormenorizada que realiza entre una «genuina modalidad contractual», en referencia al contrato de trabajo a tiempo parcial que nace de la voluntariedad de ambas partes y que solo puede ser modificada por el consentimiento de todas ellas (novación contractual), y la reducción de jornada que es la conversión de un contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial que se produciría a través de los supuestos previstos en los artículos 37 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, además de las reducciones de jornada previstas en cuanto a los máximos legales o convencionales que puedan beneficiar al trabajador. En tercer lugar, se alinea con la afirmación de que los contratos a tiempo parcial no han de considerarse una modalidad unitaria, sino que en ellos existen subtipos, conclusión que él mismo desarrolla en el Capítulo VI. En cuarto lugar, examina los apartados 1 y 2 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores para concluir en la aplicación de dos modalidades de jornadas, que es, la distribución de la jornada de forma regular y la distribución irregular. A su vez, distingue la jornada irregular entre jornada irregular rígida y jornada irregular flexible, siendo el artículo 34.2 el que, a

juicio del autor, en la práctica universaliza la distribución irregular de la jornada ordinaria y abre la puerta a la flexibilidad de la misma. Esta cuestión presenta diferentes aristas y una problemática más acentuada en los trabajadores con jornada a tiempo parcial, así, estos también son analizados exhaustivamente por el Dr. Basterra Hernández siendo un foco de inestabilidad e incertidumbre para los derechos de los trabajadores. El autor, también cita la resolución planteada por el TJUE ante la problemática por una posible discriminación indirecta por razón de sexo que podría darse, ya que un alto porcentaje de trabajadores que optan por la jornada a tiempo parcial es fundamentalmente femenino. En quinto lugar, la problemática de compatibilizar la exigencia de que el contrato a tiempo parcial se celebre por escrito, que establezca las horas de trabajo y el modo de distribución según lo previsto en el convenio colectivo, con la realización de una jornada irregular y flexible. En sexto lugar, la distinción entre las horas complementarias, sean pactadas o voluntarias, como mecanismo de flexibilización y el porcentaje de la jornada ordinaria de trabajo que puede sufrir una distribución irregular y flexible, sobre el cual, se hace una reflexión del mantenimiento de dicho porcentaje, sin que pueda verse reducido por tratarse de una jornada a tiempo parcial, salvo que mediante acuerdo colectivo se establezca otro. Y por último, y séptimo lugar, el análisis de los dos límites que operan a la distribución de la jornada ordinaria irregular y flexible; el preaviso al trabajador con cinco días de antelación a su realización y el límite que supone el horario inicialmente establecido.

Como conclusión, solo aportar que inicia este capítulo justificando la autonomía y sustantividad de la jornada a tiempo parcial y le pone fin con la previsión legal del artículo 12.4 c) del Estatuto de los Trabajadores, el registro de la jornada de trabajo a tiempo parcial, como sistema de control de cumplimiento de todos los límites establecidos legal o convencionalmente para frenar o neutralizar el fraude en las relaciones laborales. Así pues, ambos son síntomas de la protección que el legislador pretende dar a la jornada a tiempo parcial, pero, que como se irá viendo más adelante a lo largo de la investigación no deja de colocar al trabajador en una situación de vulnerabilidad específica frente a las prerrogativas del empresario.

En los siguientes Capítulos III y IV el profesor Miguel Basterra Hernández estructura y desarrolla, con claridad expositiva, el régimen jurídico de la jornada a tiempo parcial cuando a ella se adicionan las horas complementarias, sean pactadas o voluntarias y, en su caso, las horas extraordinarias. Así, a lo largo de estos capítulos también profundiza en la observancia de las especialidades que tienen los elementos que conforman

las horas complementarias y extraordinarias así como su problemática aplicativa, haciendo una comparativa, de las horas complementarias pactadas y voluntarias, de un lado, y, por el otro lado, una referencia a las horas extraordinarias por la especialidad de prohibición que tienen para los trabajadores a tiempo parcial, salvo las de fuerza mayor.

Para ello, en primer lugar, analiza cómo se adicionan las horas complementarias cuando son pactadas, con un desarrollo sobre la plasmación de dicho pacto, obligaciones y derechos de las partes que lo conformar, los requisitos para su celebración, el número máximo de horas complementarias que puede realizar el trabajador, cómo debe producirse el preaviso de las horas complementarias pactadas y por último qué ocurre ante el incumplimiento del pacto y la eventual renuncia del trabajador a dicho pacto. La exhaustividad y precisión con la que es analizada esta figura arroja conclusiones que justifican sobradamente que el autor considere que con ella se sitúa a los trabajadores a tiempo parcial en una situación gravosa y delicada.

En segundo lugar, realiza el mismo análisis sistemático en cuanto a las horas complementarias voluntarias, concluyendo que ambas comparten las características esenciales, aunque estas últimas tienen un régimen jurídico distinto donde destacan el carácter voluntario, la ausencia de preaviso y la limitación de que solo podrán realizarlas aquellos trabajadores que tengan un contrato de duración indefinida y jornada ordinaria semanal de al menos diez horas.

Y por último, en cuanto al Capítulo III, desarrolla con un espíritu crítico-constructivo las reglas comunes de ambas especialidades (pactadas y voluntarias) en cuanto a la jornada máxima en el trabajo a tiempo parcial, los límites existentes a la hora de distribuir las horas complementarias y el registro y retribución de las mismas.

Expone el Dr. Basterra Hernández la no exclusión de las horas complementarias pactadas y voluntarias, que se configuran como acumulativas, siempre que no alcance la jornada ordinaria del trabajador a tiempo completo excediendo así el límite legal del trabajo a tiempo parcial. Seguidamente, con un espíritu contributivo y resolutivo, destaca, en su opinión, la limitación recíproca que deben suponer los derechos y prerrogativas del empresario y trabajador, así como la posible existencia de un complemento retributivo que recompense la situación de disponibilidad en la que se encuentra el trabajador en referencia a las horas complementarias. Y para finalizar, con una muestra de su capacidad investigadora y razonamiento crítico, compara la retribución de las horas complementarias con la de las horas extraordinarias. Tras el examen de la jurisprudencia del TJCE relativa a este punto, que permitiría retribuir las

horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo completo en una cuantía superior a la de las horas complementarias de los trabajadores a tiempo parcial, por entender que los excesos horarios sobre una jornada completa resultan más gravosos que eventuales incrementos de una jornada solo parcial. La cuestión es que el autor concluye que esta lectura de la Corte de Luxemburgo solo tiene en cuenta la dimensión cuantitativa de ambas horas, pero que, a su juicio, aunque cuantitativamente resulte más gravosa la situación del trabajador a tiempo completo cualitativamente la situación del trabajador a tiempo parcial resulta del todo equiparable, por lo que entiende que es preferible aplicar un criterio de equidad retributiva.

El Capítulo IV está configurado por una argumentación precisa sobre los distintos aspectos y preceptos legales que afectan al desarrollo de la adición de las horas extraordinarias a la jornada a tiempo parcial. Muestra la naturaleza jurídica de la prohibición de realizar horas extraordinarias y, la salvedad en el caso de las horas extraordinarias por fuerza mayor, así como la aplicación o no de las reglas relativas al principio de *solve et repete* y el *ius resistentiae*, para finalizar señalando las consecuencias que conlleva para el trabajador la realización de horas extraordinarias de forma ilegal. Respecto a estas últimas, distingue entre aquellas que se realizan de forma puntual y las que sistemáticamente se encuentran ya adheridas a la jornada a tiempo parcial, para acabar exponiendo las consecuencias que pueden darse en ambos supuestos.

No escapa al autor el estudio necesario del régimen de descansos, el cual aborda en el Capítulo V, donde argumenta el tratamiento general de los mismos y las especialidades relacionadas con los principios de equiparación y proporcionalidad que aquí inciden, para a continuación hacer un análisis de los distintos tipos de descansos que establece el Estatuto de los Trabajadores en relación con la naturaleza jurídica de la jornada a tiempo parcial. Además, aquí, en el estudio de cada uno de los descansos (diarios, semanales y las vacaciones anuales, las fiestas laborales y los días de asuntos propios de los trabajadores a tiempo parcial) son analizadas las consecuencias que confluyen cuando a la jornada a tiempo parcial hay que adicionar, en su caso, horas complementarias.

Por último, y para completar la exposición, el Capítulo VI cierra la obra con una didáctica explicación sobre los subtipos de trabajo a tiempo parcial, su aplicación y sus especialidades en materia de jornada y descansos. En cada uno de ellos hace un estudio sobre su naturaleza jurídica y especialidades así como la problemática que plantea la adición de las horas complementarias. Para ello, en primer lugar, detalla cuál de estos subtipos va a ser analizado y distingue dos grupos; por un lado, los

contratos fijos periódicos y fijos discontinuos y, por otro lado, los tres subtipos de contrato a tiempo parcial que proyecta la jubilación parcial; el de la jubilación parcial ordinaria, el de la jubilación parcial anticipada y el contrato de relevo.

En el primero de los grupos se realiza una síntesis de las características comunes y rasgos diferenciales de los trabajos fijos periódicos (art. 12.3 ET) y fijos discontinuos (art. 16 ET). Y, así, en atención a su semblanzas y diferencias, se plantean diferentes cuestiones en la realización de la jornada de los trabajos fijos discontinuos, en sentido amplio, como: la distribución irregular de la jornada y la posibilidad de desarrollar una jornada a tiempo parcial dentro de los periodos de actividad propios de estos contratos, dando lugar así a una doble parcialidad. Plantea con ello el Dr. Basterra Hernández que la jornada ordinaria de los trabajadores fijos discontinuos (en sentido amplio) puede admitir tres grados de flexibilidad crecientes y acumulativos, que dan un amplio margen al empresario para gestionar la jornada de trabajo en estos tipos de contratos frente a los trabajadores a tiempo completo. Pero es que, además en estos casos, también se permite la realización de horas complementarias, aunque en la práctica será muy limitada, y, en opinión del autor, solo deben prestarse por este tipo de trabajadores cuando durante su periodo de actividad o “campana” desarrollasen una jornada de trabajo inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En cuanto al segundo grupo, expone brevemente las características comunes de estos contratos en cuanto a su función en la política social y de empleo para detallar a continuación, sucintamente, las características específicas que los une y los separa. Las horas complementarias aquí no encuentran una prohibición expresa legislativa, pero sí considera el autor que encuentran un difícil encaje en cuanto al jubilado parcial, por un lado en lo referido al aspecto cuantitativo y por otros porque no cumpliría con la finalidad de reparto de empleo, propia de estos subtipos de contratos, si se permitiera realizar horas complementarias al jubilado a tiempo parcial. Así pues, sugiere la necesidad de su prohibición expresa en los contratos de trabajo de los jubilados parciales, y que sean los relevistas quienes las realicen.

A modo de conclusión y habiendo finalizado con el desglose de la estructura y contenido de la monografía comentaré lo que, en mi opinión, es más que evidente, y es el importante trabajo realizado y el valor del mismo tanto a nivel teórico como práctico. En cuanto al nivel teórico, el autor muestra un profundo conocimiento científico sobre el tema, que además, traslada de forma clara y sencilla al lector. Y en cuanto al nivel práctico, es, sin duda, una herramienta de trabajo que con brillantez podrá

ilustrar a los profesionales del derecho laboral sobre la problemática aplicativa de la jornada a tiempo parcial, la cual está expuesta bajo un punto de vista crítico y con gran capacidad de síntesis a pesar de ser tratada de forma amplia y profunda.

Así pues, el profesor Miguel Basterra Hernández completa la obra, a mi juicio, con gran acierto, con conclusiones oportunas y planteando posibles soluciones a la problemática expuesta en numerosas ocasiones, desgranando, además, su propio criterio de forma argumentada y solvente, lo que pone de manifiesto su amplio conocimiento sobre el tema. La investigación expuesta en este libro, con seguridad, arrojará luz a la variada problemática aplicativa y cuestiones teóricas sobre la jornada a tiempo parcial que pueden surgir dentro del ejercicio profesional o docente en el marco de la disciplina jurídica del Derecho del Trabajo.

Mari Carmen Aranda Martínez*

* Profesora Ayudante en el Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Alicante.

La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo

por María Amparo Ballester Pastor

Una reseña

La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo de María Amparo Ballester Pastor¹ ahonda en el estudio de la discriminación retributiva como vertiente y manifestación de la discriminación por razón de sexo. En este sentido, trata de identificar los ejes o factores que configuran el problema de la discriminación salarial, prestando especial atención a la incorrecta valoración del trabajo desarrollado por mujeres, y analiza las distintas medidas de tutela existentes y posibles con el objetivo de conseguir una efectiva protección contra el mismo.

Con este trabajo, Ballester Pastor engrosa su obra como especialista en el estudio del derecho a la no discriminación, en general, y a la no discriminación por razón de sexo, en particular, desde la perspectiva del Derecho laboral, como así demuestra su amplia bibliografía sobre la materia².

Estructuralmente, la obra objeto de reseña se divide en dos capítulos

¹ Bomarzo, 2018, ISBN 978-84-17310-44-8.

² Entre otros trabajos de Ballester Pastor en materia antidiscriminatoria, pueden citarse los siguientes: *Igualdad de remuneración por razón de sexo*, en J.M. GOERLICH PESET (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, 547-556; *Desigualdades y discriminaciones retributivas: ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 6, 19-42; *Igualdad, no discriminación y políticas de género*, en A. NOGUERA FERNÁNDEZ, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ (Dir.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, 393-413; M.A. BALLESTER PASTOR (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010.

precedidos de un preámbulo en el que se pone de manifiesto la actualidad y el interés que despierta la cuestión de la brecha salarial.

El primer capítulo, titulado *La identificación de la discriminación retributiva por razón de género*, aborda, principalmente, el análisis de cuatro cuestiones. La primera, la complejidad del problema de la discriminación salarial. La segunda, la invisibilidad de las condiciones del trabajo desarrollado por mujeres. La tercera, la relación entre discriminación retributiva y derechos vinculados a la maternidad. Y, la cuarta, la figura del comparador hipotético.

Así, en primer lugar, da cuenta de la complejidad que reviste el problema de la discriminación retributiva debido a las dificultades de su dimensionamiento e identificación. El dimensionamiento de la brecha salarial, de un lado, resulta complejo por los muchos factores que determinan su existencia y que se habrían de tener en cuenta para su cuantificación real en cifras. En efecto, la multitud de circunstancias que influyen en su manifestación como vertiente de la discriminación por razón de sexo, configuran a la brecha salarial como un medidor de la discriminación global existente entre hombres y mujeres. Ello se observa, como concluye la autora, en que la brecha se revela más amplia cuantos más criterios se tienen en cuenta para su cuantificación³.

La identificación de la discriminación retributiva por razón de sexo, de otro lado, se complica debido a que las múltiples razones que determinan su existencia anidan, en definitiva, en estereotipos de género y percepciones sexistas sobre el valor del trabajo femenino que se encuentran plenamente vigentes y que, por su normalización, dificultan su identificación como expresiones de tal discriminación.

En segundo lugar, analiza la cuestión de la invisibilidad de las condiciones del trabajo desarrollado por mujeres. Para Ballester Pastor esta sería la principal causa de la discriminación retributiva por razón de género y, como tal, se aborda tomando como referencia, por un lado, a la incorrecta valoración de los puestos de trabajo y, por otro, a la opacidad retributiva.

La incorrecta valoración de los puestos de trabajo en detrimento de la

³ En prueba de esta idea, la autora compara dos conceptos de cálculo utilizados por Eurostat: el *Gender Pay Gap* o brecha por hora, que solo tiene en cuenta los trabajos a tiempo completo para hallar la diferencia en promedio del salario bruto por hora entre hombres y mujeres, conforme al cual la brecha sería de promedio del 16,3% en la Unión Europea (UE) y del 14,9% en España, y el *Gender Overall Earnings Gap* o brecha global, que tiene en cuenta más factores que el anterior (v. gr. el trabajo a tiempo parcial) para hallar la diferencia entre las ganancias anuales de los hombres activos y las mujeres activas, conforme al cual la brecha alcanzaría el 39,6% en la UE y el 35,7% en España. A este respecto, véase la página 16 de la obra objeto de reseña.

consideración del trabajo femenino se puede observar en la interiorización de los referidos estereotipos por parte de los convenios colectivos y las actuaciones empresariales cuando, en definición de los puestos y en configuración de sus retribuciones, se produce una infravaloración de los puestos desarrollados por mujeres y una hipervaloración de los desarrollados por hombres.

Frente a esta incorrección, destaca la autora, el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor resulta fundamental por dos razones. La primera, porque es el principio que ha servido de fundamento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y al Tribunal Constitucional para resolver supuestos de discriminación retributiva debida a una incorrecta valoración de los puestos de trabajo, exigiendo conforme al mismo la consideración de todos los factores concurrentes en los puestos comparados y no solo la similitud de los trabajos a desarrollar⁴. Y la segunda, por la relación existente entre discriminación retributiva, incorrecta valoración de los puestos de trabajo, principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor y discriminación indirecta por razón de sexo. En efecto, la importancia de dicha relación radica en que el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo se configuró en la jurisprudencia del TJUE en torno a dos supuestos de discriminación retributiva, uno relativo a la incorrecta valoración de los trabajos⁵ y otro relativo al trabajo a tiempo parcial⁶, para expandirse posteriormente a otras manifestaciones de discriminación indirecta por razón de sexo distintas de la salarial.

La opacidad retributiva, como el otro factor determinante de la invisibilidad de las condiciones del trabajo femenino y, por ende, de la discriminación salarial, se analiza por la autora tratando de encontrar soluciones a lo que considera que son sus dos principales expresiones: la opacidad en la configuración de las partidas retributivas variables y la opacidad por desconocimiento de la retribución abonada en la empresa al resto de trabajadores.

La opacidad en la configuración de las partida retributivas variables se produce cuando la aplicación de tales partidas se vincula, bien por convenio o bien por la empresa, al conseguimiento de un fin u objetivo que no queda plenamente definido o a una causa imprecisa o ficticia. Su

⁴ La autora se apoya, en tal sentido, en la sentencia del TJUE 1º julio 1986, *Gisela Rummler c. Dato-Druck GmbH*, asunto 237/85, y en la sentencia del Tribunal Constitucional n. 145/1991.

⁵ Sentencia del TJUE recaída en el precitado asunto *Rummler*.

⁶ Sentencia del TJUE 31 marzo 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, asunto 96/80.

solución, según Ballester Pastor, pasaría por la utilización de criterios objetivos en la configuración de dichas retribuciones. Con esta conclusión, la autora se alinea con el Convenio 100 de la OIT de 1951, que impone el uso de tales criterios objetivos, y con la jurisprudencia del TJUE, que, pese a la inexistencia de una norma en la Unión Europea (UE) o en España que imponga que la atribución de retribuciones debe seguir criterios objetivos, ha terminado por reconocer una obligación implícita al respecto por parte del empresario, conforme a la cual sería responsable de generar una discriminación salarial si su aplicación diera lugar a una diferencia retributiva injustificada entre hombres y mujeres⁷.

La opacidad debida al desconocimiento de las retribuciones abonadas en la empresa al resto de trabajadores, por su parte, encontraría solución en el establecimiento de medidas de transparencia salarial que permitieran identificar la existencia de diferencias retributivas constitutivas de discriminación, a fin de facilitar las reclamaciones judiciales y, en consecuencia, alentar al empresario a la instauración de sistemas retributivos objetivos.

En este sentido, la autora analiza el alcance necesario de tales medidas de transparencia y sus límites frente al derecho a la intimidad. Así, en relación con su alcance, concluye que, a efectos de identificar la discriminación salarial, sería suficiente aquel mecanismo que permitiera el conocimiento de los datos retributivos generales de la empresa, convenientemente desglosados y promediados; como así señala la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014⁸. Y en cuanto a los límites de dichas medidas frente al derecho a la intimidad, subraya que en España no contraviene a este derecho el conocimiento de las retribuciones de los trabajadores por parte de los representantes, la Inspección de Trabajo o los tribunales. A este respecto, se ha de destacar la visión de futuro de Ballester Pastor, cuyas propuestas y conclusiones en relación con las medidas de transparencia salarial han sido asumidas por el legislador con posterioridad a la publicación de la obra objeto de reseña⁹.

En tercer lugar, el primer capítulo realiza un examen de las particularidades que reviste la discriminación retributiva desde el punto de

⁷ Sentencia del TJUE 17 octubre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss*, asunto 109/88.

⁸ Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

⁹ Véase, en este sentido, el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

vista normativo y jurisprudencial, tanto a nivel europeo como nacional, cuando se pone en conexión con el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad.

Por lo que respecta a la UE, destaca que el carácter absoluto e incondicionado reconocido a los derechos vinculados a la maternidad por la Directiva 2006/54/CE¹⁰ y la jurisprudencia del TJUE¹¹ bajo el principio de no perjuicio o indemnidad, encuentra excepción en los derechos retributivos de las trabajadoras durante las situaciones de embarazo y maternidad.

Así se observa, desde el punto de vista normativo, en la regulación específica de tales derechos retributivos contenida en la Directiva 92/85/CEE, que no compele a los Estados Miembros a garantizar que las trabajadoras perciban durante las situaciones de embarazo o maternidad lo mismo que percibían previamente, sino a garantizar que perciben, al menos, lo mismo que habrían de percibir en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud¹². Pese a las declaraciones institucionales en contrario¹³, para Ballester Pastor esta regulación, además de resultar contradictoria con el referido principio de no perjuicio, supone a todas luces una asimilación de las situaciones de embarazo y maternidad a la de enfermedad.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el TJUE se ha situado en lo que la autora califica como un espacio intermedio, como así se deduce de los asuntos *Gassmayr*¹⁴ y *Parviainen*¹⁵, relativos, respectivamente, a situaciones de suspensión del trabajo y de cambio de puesto por razón del embarazo. En efecto, en estos pronunciamientos el TJUE trata de superar el listón

¹⁰ Art. 2.2.c) 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 (refundición).

¹¹ Sentencia del TJUE 8 noviembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, asunto C-177/88.

¹² Art. 11.3 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

¹³ Declaración del Consejo y de la Comisión relativa al punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, incluida en el acta de la 1 608 sesión del Consejo (Luxemburgo, 19 de octubre de 1992).

¹⁴ Sentencia del TJUE 1º julio 2010, *Susanne Gassmayr c. Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, asunto C-194/08.

¹⁵ Sentencia del TJUE 1º julio 2010, *Sanna Maria Parviainen c. Finnair Oyj*, asunto C-471/08.

mínimo de percepción por enfermedad, acercándose más al principio de indemnidad, pero sin llegar a reconocer el derecho a la retribución íntegra percibida antes de las citadas situaciones.

Por lo que a España se refiere, los derechos retributivos de las trabajadoras parecen encontrar una protección más intensa que la otorgada a nivel europeo en relación con el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad, ya que, cuando se trata de garantizar que la trabajadora resulte indemne en ejercicio de tales derechos, no se advierte una diferencia como la expuesta entre los aspectos salariales y el resto de condiciones de trabajo. En favor de esta conclusión, la autora se apoya en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 24 enero de 2017, en las que se reconoce sin ambages que constituye discriminación directa cualquier pérdida de derechos laborales (incluidos los salariales) como consecuencia del ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad¹⁶, y en los arts. 179, 187 y 189 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁷, por cuanto que garantizan la percepción del 100% de la base reguladora en casos de suspensión del contrato por maternidad¹⁸ o por riesgo durante el embarazo o la lactancia. Ahora bien, esta mayor protección que los derechos retributivos encuentran a nivel normativo no ha de llevar a suponer que el ordenamiento garantice que las trabajadoras perciban durante las situaciones de embarazo o maternidad lo que previamente les correspondía, pues, como así afirma Ballester Pastor, el mismo no está totalmente blindado frente a posibles diferencias en las percepciones de las trabajadoras que se encuentren en dichas situaciones.

En cuarto y último lugar, el primer capítulo se dedica al estudio del tratamiento dado al comparador hipotético, como herramienta para la identificación y tutela de determinados supuestos de discriminación retributiva directa. La figura del comparador hipotético guarda relación con el examen de comparabilidad que exige la conceptualización de la discriminación y permite que, en el marco de dicho examen, no solo se comparen elementos reales sino también elementos ficticios o hipotéticos, otorgando, en consecuencia, una mayor flexibilidad a la detección de situaciones discriminatorias. Ello cobra especial relevancia en relación con

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 10 enero 2017, rec. 283/2015, y 24 enero 2017, rec. 1902/2015.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁸ Téngase en cuenta que, tras la reforma operada sobre el ET por el precitado Real Decreto-ley 6/2019, las referencias contenidas en la obra objeto de reseña a las prestaciones de maternidad deberán entenderse efectuadas a las de nacimiento y cuidado de menor.

aquellos supuestos de discriminación directa oculta entre hombres y mujeres que no encuentran una dimensión colectiva al modo de la discriminación indirecta, ya que, como señala la autora, la prueba de sus indicios no se constata a partir de datos de afectación mayoritaria (pej. vía desproporción estadística), sino a partir de datos comparativos con lo que hubiere sucedido si la persona afectada hubiera sido un hombre en vez de una mujer.

El reconocimiento normativo del comparador hipotético se produce, a nivel europeo, a través del concepto de discriminación directa ofrecido por la precitada Directiva 2006/54/CE, que entiende por tal aquella «situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable»¹⁹. En efecto, bajo la expresión «o pudiera ser tratada» se encuentra, aun tácitamente, el reconocimiento de esta figura.

De igual forma ocurre a nivel nacional, ya que la Ley 3/2007 formula un concepto similar de lo que se ha de entender por discriminación directa, incluyendo la expresión hipotética de «o pudiera ser tratada»²⁰. No obstante este reconocimiento tácito del comparador hipotético, ni el ordenamiento hace referencia expresa a su alcance ni los tribunales se han pronunciado directamente al respecto. Sin embargo, Ballester Pastor encuentra una aplicación efectiva del comparador hipotético por parte de algunos tribunales españoles cuando, en resolución de supuestos de discriminación, tienen en cuenta la situación general en la empresa para llegar a la cuestión de si sería razonable pensar que, en función de la misma, la trabajadora hubiera sido mejor retribuida de haber sido un hombre²¹.

El segundo capítulo, titulado *La valoración de los puestos de trabajo en el ordenamiento español y de la Unión Europea*, realiza un análisis normativo y jurisprudencial del régimen jurídico aplicable a la correcta valoración de los puestos de trabajo en el marco europeo y nacional, prestando especial atención a la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, y concluye con la aportación de propuestas de reforma sobre el particular.

En relación con el tratamiento normativo dado a la valoración de los puestos de trabajo, comienza la autora resaltando la desproporción que se

¹⁹ Art. 2.1.a) de la Directiva 2006/54/CE.

²⁰ Art. 6.1 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²¹ La autora se apoya, en este sentido, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) 14 febrero 2018, rec. 2089/2017, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) 19 junio 2013, rec. 909/2013.

observa al respecto entre la UE y España. A nivel europeo, el legislador ha dado muestras de verdadero interés por abordar la cuestión de la correcta valoración de los trabajos, como así se desprende tanto del Derecho originario como del derivado.

Por lo que al Derecho originario se refiere, destaca que el art. 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) ya contuviera la prohibición de la discriminación retributiva por igual trabajo, y que el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) establezca el principio de no discriminación salarial especificando que ello supone igualdad retributiva por trabajo de igual valor.

En cuanto al Derecho derivado, Ballester Pastor subraya la importancia de la Directiva 75/117/CEE²², por cuanto que extendió el concepto de igualdad retributiva al trabajo de igual valor en desarrollo del art. 119 TCEE, y supuso un punto de inflexión en la política antidiscriminatoria de la UE al aprobarse a partir de la misma otras tantas Directivas sobre la materia. Pese a su derogación, sus contenidos se encuentran asumidos en la citada Directiva 2006/54/CE, en la que, además, se intensifica el compromiso respecto a la efectiva tutela contra la discriminación retributiva al insistir en la efectividad de los instrumentos a utilizar en su transposición por los Estados Miembros.

A nivel nacional, por el contrario, el legislador ha revelado una menor sensibilidad respecto al tratamiento antidiscriminatorio de la valoración de los puestos de trabajo, pareciendo considerar la cuestión como una obligación impuesta desde la UE. Para evidenciar esta circunstancia, la autora denota las carencias que a estos efectos encuentra en los arts. 22.3 y 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), como preceptos específicos en torno a los cuales se configura la prohibición de la discriminación retributiva en España.

El art. 22.3 ET, de un lado, dispone que la definición de los grupos profesionales debe ajustarse a criterios y sistemas que tengan por objeto garantizar la ausencia de discriminación, frente a lo cual entiende Ballester Pastor que hubiera resultado más conveniente referir en general a la clasificación profesional y no solo a la definición de los grupos profesionales.

El art. 28 ET, de otro lado, establece el principio de no discriminación salarial en referencia tanto al trabajo igual como al trabajo de igual valor. Las críticas de la autora hacia esta disposición apuntan a la falta de

²² 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 los trabajadores masculinos y femeninos.

definición de lo que se habría de entender por trabajo de igual valor y a su falta de compromiso y generalidad, puesto que el legislador se ha limitado a adaptarla en función de las exigencias europeas y no añade contenido respecto a los preceptos antidiscriminatorios generales. A este respecto, se ha de destacar que el juicio de Ballester Pastor sobre el art. 28 ET obedece a la redacción que éste encontraba en el momento de publicación de la obra objeto de reseña, ya que la redacción dada al mismo posteriormente ha incluido una definición de trabajo de igual valor²³. Con ello, se pone de manifiesto, una vez más, la visión de futuro de la autora en materia antidiscriminatoria.

Mención especial merece la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, a la que Ballester Pastor hace continuas referencias a lo largo de la obra y dedica parte del segundo capítulo. Esta Recomendación resulta trascendental por dos razones. La primera, porque establece compromisos concretos a efectos de facilitar la información necesaria para que pueda operar una correcta valoración de los puestos de trabajo. Y, la segunda, porque compele a los Estados Miembros a comprometerse a especificar los factores relevantes a tener en cuenta para evaluar la desigualdad retributiva y a garantizar, al menos, uno de los cuatros siguientes mecanismos de transparencia salarial:

- 1) formulación del derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por géneros (promedios) a requerimientos del trabajador;
- 2) atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio del trabajador y de sus representantes, en las empresas de más de 50 trabajadores;
- 3) obligación de que las empresas con más de 250 trabajadores elaboren y pongan a disposición de los representantes auditorías salariales con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de puestos;
- 4) garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

Tras el análisis de la regulación dada a la valoración de los puestos de trabajo, el segundo capítulo examina el recorrido que la misma ha tenido en la jurisprudencia del TJUE y en la de los tribunales españoles y trata de sistematizar los criterios que de su evolución se extraen.

La jurisprudencia del TJUE sobre valoración de puestos se nutre de un importante número de sentencias recaídas a lo largo de un amplio periodo

²³ Véase, en este sentido, el art. 28 ET en su redacción dada por el ya citado Real Decreto-ley 6/2019.

de tiempo, en el que se puede observar una evolución marcada por dos tendencias. Una primera, más comprometida, en la que el TJUE aborda con cierta rotundidad cuestiones elementales sobre la materia. Y una segunda, tal vez más moderada, en la que el TJUE realiza indicaciones generales sobre los criterios básicos de valoración para devolver el análisis de la cuestión de fondo a los tribunales nacionales.

Sirviéndose de las sentencias en las que se enmarca esta evolución, la autora estructura los criterios de valoración que se extraen de la jurisprudencia del TJUE en torno a las siguientes conclusiones:

- 1) no deben invisibilizarse los factores y condiciones de trabajo que concurren en los puestos ocupados mayoritariamente por mujeres;
- 2) los criterios para la fijación de retribuciones deben ser transparentes;
- 3) los criterios tenidos en cuenta para la valoración de los puestos de trabajo deben tener conexión con el trabajo a realizar;
- 4) los tribunales internos son los que tienen competencia en la valoración concreta de los puestos de trabajo;
- 5) la igual retribución por trabajo de igual valor se aplica incluso cuando la comparación se refiere a varios convenios o a varios empresarios;
- 6) el TJUE no se ha pronunciado abiertamente sobre la valoración social o de las circunstancias sociales como criterio justificativo de diferencias retributivas.

La jurisprudencia española acerca de la valoración de los puestos de trabajo, en cambio, no es tan nutrida como la europea, estando compuesta por un total de seis pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. A esta escasa litigiosidad sobre el particular se añade, además, una escasa homogeneidad argumental entre las sentencias, como así advierte Ballester Pastor tras su análisis. Este recorrido jurisprudencial, en suma, impide concluir una línea evolutiva de sus contenidos y conocer con claridad cuáles han de ser los criterios para una correcta valoración de los puestos.

Finalmente, el segundo capítulo concluye con la aportación de una quincena de propuestas de reforma para la correcta valoración de los puestos de trabajo. Tales propuestas concretas se formulan por la autora partiendo de la consideración general de que la mejor herramienta para la igualdad retributiva es aquella que mejor combata la discriminación por razón de sexo en todos los ámbitos, y se enuncian previamente a su desarrollo como sigue:

- 1) debe establecerse un sistema efectivo de información a los trabajadores y a sus representantes sobre la retribución promediada y desglosada en la empresa;
- 2) deberían establecerse auditorías salariales obligatorias en las empresas

- de más de 250 trabajadores;
- 3) el ordenamiento español debe tener un concepto expreso de trabajo de igual valor y debe establecer presunciones para favorecer la identificación de discriminaciones retributivas;
 - 4) debe garantizarse que los criterios de valoración de los puestos de trabajo consten expresamente en los convenios colectivos;
 - 5) deben establecerse medidas para que se refuerce la actuación del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades, como así de los órganos autonómicos similares;
 - 6) debería procederse a la remoción de obstáculos para la reclamación judicial por discriminación retributiva y considerarse establecer una legitimación para la impugnación de convenios colectivos estatutarios extendida a las asociaciones de ámbito estatal en defensa de los intereses de las mujeres;
 - 7) debería desarrollarse un marco sancionador efectivo y disuasorio;
 - 8) deben establecerse órganos administrativos específicos para la eliminación de la discriminación retributiva;
 - 9) debe asegurarse la igualdad retributiva entre trabajadores de empresas contratantes y contratistas;
 - 10) debe acometerse la corrección de la regulación del trabajo a tiempo parcial tanto en materia laboral como de seguridad social;
 - 11) debe operarse una reforma integral de los mecanismos de conciliación y corresponsabilidad;
 - 12) es necesario que se establezcan medidas obligatorias para la representación equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de representación en las empresas y en la Administración Pública;
 - 13) debe asegurarse la existencia de técnicos expertos en igualdad de género en negociación y representación en las Administraciones Públicas;
 - 14) deben establecerse mecanismos de información entre empresa y Tesorería de la Seguridad Social en materia de retribución de hombres y mujeres;
 - 15) toda la normativa para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres debe extenderse a todos los colectivos.

En definitiva, *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo* es una obra en la que Ballester Pastor consigue apuntar las claves de un problema, por su naturaleza complejo, como es el de la discriminación salarial. A través del análisis de la respuesta que el mismo ha tenido a nivel normativo y jurisprudencial, tanto en la UE como en España, y la formulación de propuestas de mejora, permite al lector conocer, asentar y corregir los distintos aspectos

que lo configuran, resultando por ello un texto de obligada lectura.

Rubén Parres Miralles*

* Alumno de doctorado de la Universidad de Alicante.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo