

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 especial sobre
OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE, MUJER Y
EMPLEO:

Eva M. Blázquez Agudo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Carlos III de Madrid, España

ÍNDICE

Eva M. Blázquez Agudo, *Introducción al número especial sobre ODS, mujer y empleo por parte de la Coordinadora*..... **1**

Artículos

Miguel García-Cesto Romero, *El contexto socio-demográfico de la inserción de la mujer en el trabajo fuera del hogar* **8**

Elisa Sierra Hernáiz, *Objetivos del desarrollo sostenible e igualdad de género: una perspectiva laboral* **26**

Cristina Aragón Gómez, *Mujer y acceso al mercado de trabajo* **45**

Patricia Nieto Rojas, *Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos* **70**

Maravillas Espín Sáez, *Autoempleo decente: las mujeres autónomas y el acceso a los recursos. Un estudio en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible marcados por la Agenda 2030 de la ONU* **101**

María Gema Quintero Lima, *Las propuestas de Renta Básica y Empleo Garantizado desde una perspectiva de género: una aproximación sumaria* **124**

Comentarios

Amanda Moreno Solana, *Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes* **149**

Tania García Sedano, *El concepto de Trabajo Forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* **171**

Eva Díez-Ordás Berciano, *Implicaciones laborales en el techo de cristal* **184**

M^a Begoña Barreira Igual, *Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica* **196**

Reseñas Bibliográficas

Antea Carriedo Martínez, *Un futuro sin brecha, por Eva Pons Perera, Aida Ruiz Franco, Núria Pumar Beltrán y Pilar Castellà Orradre. Una reseña* **218**

Clara Ferragut Moranta, *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad, dirigido por Eva M. Blázquez Agudo. Una reseña* **222**

Víctor de Haro Cervera, *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema especial: análisis actual y de futuro, por Concepción Sanz Sáez. Una reseña* **233**

Introducción al número especial sobre ODS, mujer y empleo por parte de la Coordinadora

Este número 4 (volumen 6) de 2018 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, que he coordinado y ahora presento, recoge parte de los resultados de la investigación desarrollada en el proyecto “*Los ODS como punto de partida para la calidad del empleo femenino*”, que ha sido financiado por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, en la convocatoria de 2017. La mayoría de los miembros del equipo son también del grupo de cooperación “*Trabajo decente y sostenible*” de la Universidad Carlos III de Madrid¹) y, además, en el marco de dicho proyecto ya se ha publicado un libro con este mismo nombre², donde varias autoras han desarrollado las investigaciones que ya expusieron en los seminarios que se celebraron a lo largo de 2018.

El tema de este número de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* recoge un tema de la mayor actualidad como es la “*Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Transformar nuestro Mundo*” que fue aprobada por en 2015 la Asamblea General de la ONU. Se establecen 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) con 169 metas. A diferencia de los Objetivos del Milenio de 2015, en esta ocasión, los ODS están dirigidos a todos los habitantes del planeta y busca conseguir mejoras económicas, sociales y ambientales para toda la población. Los distintos objetivos no son independientes, sino que están imbricados y, en muchas ocasiones, la consecución de uno de ellos lleva a la implicación de las metas establecidas para otros. Así, en lo que concierne a la temática de esta publicación (ODS, mujer y empleo) están especialmente involucrados no solo el número ocho (sobre el crecimiento económico relacionado con el trabajo decente y sostenible), sino también

1

<https://www.uc3m.es/ss/Satellite/cooperacion/es/TextoDosColumnas/1371227819176/>

² <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/27654>

el número cinco (la igualdad de género), el número uno (erradicación de la pobreza) y el número tres (la protección de la salud). Así, a través de todos se busca promover la lucha por la consecución de la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas desde el contexto de crecimiento económico a los efectos de conseguir un trabajo decente que les asegure su independencia económica.

El objetivo ocho busca el crecimiento económico de los Estados. En este contexto, una de sus metas principales es el desarrollo de la actividad laboral en un entorno de sostenibilidad. Así, se busca que quienes trabajan tengan un trabajo digno en el nuevo entorno laboral globalizado y digitalizado, donde se crean nuevos riesgos y nuevos retos, con nuevas formas de trabajo y salario, que han puesto en evidencia nuevos colectivos especialmente vulnerables como los trabajadores pobres o, más bien, las trabajadoras pobres.

Un trabajo decente, significa, sin lugar a duda, un salario decente que evite la pobreza (objetivo primero que defiende la erradicación de la pobreza); una protección social decente, que tiene su origen en cotizaciones adecuadas que solo se consiguen mediante ingresos decentes; y con unas condiciones adecuadas en materia de salud (objetivo tercero), lo que implica una apropiada política de prevención de riesgos adaptada a las distintas necesidades de las diferentes profesiones.

Establecidas las bases del ODS número ocho, habrá que analizar sus implicaciones con el cinco. De forma general, son las mujeres las que sufren la brecha salarial, que implica mayores dificultades para alcanzar un salario decente que asegure una vida adecuada; las que a su vez son afectadas por la brecha de protección social que proviene de la propia brecha salarial y de la brecha de cotizaciones que genera las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral que lleva a solicitar excedencias o reducciones de jornada; y las que soportan un inadecuada prevención de riesgos que ignora la perspectiva de género, lo que provoca una mayor tasa de absentismo femenina, debido a un equívoco tratamiento de las situaciones de embarazo como enfermedad común; a la falta de tratamiento específicos de las enfermedades con una mayor incidencia femenina; y a los efectos de las situaciones de acoso sexual o razón de sexo.

Además, y de forma directa, el objetivo número cinco, propone poner en valor el cuidado y el trabajo doméstico no remunerado, lo cual también tiene relación con el objetivo del trabajo decente. En general, el cuidado es una tarea totalmente feminizada, a la cual no se le otorga un valor económico y, por tanto, como no se cuantifica, no es valorable. Sin embargo, no se puede perder de vista que con esta actividad se está

ahorrado importantes costes públicos y privados a la sociedad, con lo que indirectamente sí tiene un valor monetario, que hay que considerar como parte de la aportación social, en general, de las mujeres. Y esto es importante desde dos puntos de vista: en primer lugar, como elemento para poner en evidencia la doble jornada que asumen muchas mujeres y las consecuencias de esta realidad en las trabajadoras; y, en segundo, como puesta en valor de estos trabajos fuera del ámbito laboral, que también asumen las mujeres como “cuidadoras formales”.

Dando valor a los cuidados, es más fácil fundamentar las exigencias de políticas públicas que creen infraestructuras y servicios públicos para atender a los que precisen de dicha atención. El cuidado de los dependientes es un deber que deben asumir los distintos Estados y no las mujeres de forma altruista. Además, profesionalizarlos traerá consigo dos importantes consecuencias. En primer lugar, incrementar la oferta de empleos, que serán asumidos en gran parte por las mujeres. Esto es, profesionalizar las tareas del cuidado. Y, además, que las trabajadoras podrán asumir su actividad laboral en igualdad con los hombres, puesto que, superados los obstáculos de la conciliación, podrán acceder al mercado laboral en igualdad de condiciones.

Respeto a la última cuestión, cuando la mujer está trabajando fuera del hogar, pero también está asumiendo las labores de cuidado de los dependientes de su entorno, las actuaciones públicas, además de creando servicios que se hagan cargo de las labores de atención, debe actuar promoviendo la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres de las tareas de cuidado del hogar y de la familia. Dicho en otras palabras, es necesario el fomento de la corresponsabilidad.

Pero, existe otra situación a valorar; la de las mujeres que se dedican exclusivamente a las actividades de cuidado y no consiguen rentas propias y tampoco podrán acceder por sí mismas a la protección social. Se entiende preciso que estas mujeres puedan acceder por sí mismas, y sin vinculación con la preexistencia de una relación marital, a la atención médica de su salud, así a rentas básica para vivir. En definitiva, debe promoverse la protección social adecuada de este colectivo, que tanto está aportando a la sociedad, con independencia de que el objetivo final sea sustituir estas dedicaciones altruistas de cuidado de los dependientes de las ciudadanas que deben ser remplazadas por cuidados.

En otro orden de cosas, junto al objetivo general de la consecución de la igualdad de género, el quinto ODS incorpora expresamente la necesidad de promover el empoderamiento de las mujeres. Es decir, debe asegurarse la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades y liderazgo a todos los niveles decisorios de la vida política,

económica y pública. Aquí, de nuevo, hay que poner en valor la promoción social de estas cuestiones, con especial incidencia en el fomento del emprendimiento.

En definitiva, desde el ámbito de los objetivos de desarrollo sostenible hay que valorar las distintas facetas mencionadas y promover la empleabilidad de las mujeres en trabajos con calidad desde el punto de vista salarial, de protección social y de salud.

En este marco, en primer lugar, el demógrafo Miguel García-Cesto Romero nos aporta un estudio demográfico sobre la inserción de la mujer en el mercado laboral desde la evolución sociodemográficas sufrida en los últimos 40 años. Este trabajo enmarca la actualidad de la sociedad y del mercado laboral que sirve de contexto a los siguientes estudios.

Después de esta presentación, la profesora Elisa Sierra Hernáiz nos introduce en el concepto de los objetivos del desarrollo sostenible e igualdad de género desde una perspectiva laboral. Su exposición se fundamenta en que solo es posible la consecución de la igualdad de género desde la erradicación de la discriminación y la pobreza de las mujeres en la sociedad y en el mercado laboral como única forma de lograr un verdadero cambio global que garantice un trabajo decente en las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la medioambiental.

Posteriormente, la profesora Cristina Aragón Gómez parte de la idea de que la creciente incorporación de la mujer al trabajo no ha significado la equiparación de los hombres y las mujeres, sino que siguen existiendo importantes discriminaciones, directas e indirectas, ya incluso en el momento de acceso. Desde esta perspectiva, se estudia la prohibición de discriminación por razón de sexo como límite a la libertad de contratación del empresario y se analiza el papel que está teniendo el Estado y los agentes sociales en la consecución de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

La perspectiva que acoge la profesora Patricia Nieto Rojas es la de la influencia de las responsabilidades familiares en el contrato de trabajo y en la trayectoria laboral de las mujeres. Se analizan los mecanismos legales para conciliar, señalando las ineficacias contempladas y proponiendo una reformulación normativa. Además, se aporta una interesante visión de los posibles efectos de la aprobación de la Directiva de permisos parentales.

Adentrándose ya en el tema del emprendimiento, la profesora Maravillas Espín Sáez analiza el autoempleo decente, incidiendo en el acceso a los recursos de las mujeres autónomas. Se defiende la necesidad de garantizar la igualdad en este acceso, pero también, en la formación y en la toma de decisiones. Se trata de una actividad que posee, en sí misma, advierte la

autora, un enorme potencial para avanzar en la lucha contra la pobreza y promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible.

Para cerrar la sección de artículos, la profesora María Gema Quintero Lima, nos ofrece su visión de la renta básica universal o alternativamente de Empleo Garantizado desde la perspectiva de género. La autora no presenta este instrumento como un medio para neutralizar los efectos de la vulnerabilidad que genera el empleo en ciertos colectivos de trabajadoras, pero, también, como una nueva forma de protección social para ellas.

El bloque de los comentarios científicos se inicia con una aportación de la profesora Amanda Moreno Solana sobre la salud laboral de la mujer trabajadora partiendo de los datos actuales sobre las características del trabajo femenino. Además, también se estudia la última jurisprudencia sobre la regulación legal en materia de protección de la seguridad y salud de la mujer en su situación de maternidad.

Por su parte, cambiando de perspectiva, la profesora Tania García Sedano examina el concepto de trabajo forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque, si bien es verdad, los Convenios sobre trabajo forzoso han sido altamente ratificados por los Estados miembros de la Comunidad Internacional, sin embargo, señala la autora, esta realidad no ha llevado pareja la implementación de políticas para terminar con esta situación en los diversos ámbitos (políticas de empleo, seguridad social, políticas criminales, políticas de prevención y de protección de las víctimas).

En el siguiente trabajo, la abogada Eva Díez-Ordás Berciano nos presenta sus conclusiones sobre las implicaciones laborales en el techo de cristal. Señala que, aunque se ha empezado a estudiar el tema de la brecha salarial, se está olvidando otro aspecto fundamental como es el techo de cristal. Desde esta óptica, se analizan las consecuencias a las que se puede enfrentar una compañía que, aun sin ser consciente de ello, esté aplicando políticas o medidas que, en la práctica, por sí solas o en conjunción con otros factores, coadyuvan a la generación de las barreras invisibles que conforman dicho techo.

Para finalizar la profesora M^a Begoña Barreira Igual, desarrolla un análisis práctico sobre discapacidad y enfermedad en el despido. Se examina la evolución en la calificación del despido en situación de incapacidad temporal y la posibilidad de que sea calificado como nulo, por considerar que es discriminatorio, teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia comunitaria en la que se prevé la posibilidad de que la enfermedad sea equiparada a la discapacidad.

Este número se cierra con tres reseñas sobre tres libros en la materia

objeto de este número: una de Antea Carriedo Martínez sobre “*Un futuro sin brecha*”; otra de Clara Ferragut Moranta sobre “*La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*” y, por último, la de Víctor de Haro Cervera sobre “*La protección de las empleadas del hogar*”. Las tres aportaciones están desarrolladas por estudiantes de la Universidad Carlos III.

Antes de finalizar esta introducción, queremos agradecer a la Revista ADAP que haya aceptado la publicación de parte de los resultados de nuestra investigación sobre ODS, Empleo y Mujer en este número monográfico, en especial a Lavinia Serrani y a Silvia Fernández.

Por último, expresar mi agradecimiento por su trabajo a todo el equipo que ha participado en esta investigación del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UC3M, de los cuales tanto aprendo y comparto todos los días, gracias por hacerme la vida universitaria tan agradable (María Teresa Alameda, Cristina Aragón, Pablo Gimeno, Amanda Moreno, Patricia Nieto, María Gema Quintero y Daniel Pérez del Prado); con gratitud a mis compañeras del Instituto de Estudios de Género que están siempre dispuestas a colaborar con sus conocimientos y su apoyo al avance de las mujeres (María Silveria Agulló, Magdalena Díaz Gorfinkiel, Tania García Sedano y Vanesa Zorrilla); a Marta García Mandaloniz del área de derecho mercantil, que después de todos los años pasados desde nuestros cursos de doctorado hemos logrado la interacción entre departamentos de derecho, tan necesaria en nuestros estudios; a mis compañeras de derecho del trabajo de otras universidades que siempre dicen generosamente que sí, cuando se les propone participar en cualquier proyecto (Olimpia del Águila de la UCM, Maravillas Espín de la UAM y Elisa Sierra de la UPN); a Eva Díez-Ordás del despacho Garrigues, que siempre encuentra un momento para compartir su buen saber práctico con las profesoras de la universidad; a Begoña Barreira, a quien la asignatura de derecho sindical me ha permitido conocer como profesional y como persona; y a Yenny Zulima Carreño con todo mi cariño, deseándola el mejor de los futuros.

Estoy segura que desde la lectura de todos estos trabajos se comprenderán mejor los retos de la Agenda 2030 en materia de trabajo decente desde la perspectiva de género, colaborando con un granito de arena en ese meta común de todos los habitantes del planeta que son los ODS.

Eva M. Blázquez Agudo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UC3M.
Directora grupo de cooperación “Trabajo Decente y Sostenible” UC3M

El contexto socio-demográfico de la inserción de la mujer en el trabajo fuera del hogar

Miguel GARCÍA-CESTO ROMERO*

RESUMEN: La sociedad española ha sufrido en los últimos 40 años fuertes transformaciones sociodemográficas: nuestra población en edad de trabajar ha crecido mucho más que la de nuestros países vecinos, las mujeres han acudido masivamente al mercado laboral español, hemos recibido un importante contingente de inmigrantes y estamos asistiendo a un envejecimiento acelerado de los residentes en España. A pesar de este entorno adverso, la integración de la mujer en el trabajo fuera del hogar es un hecho, pero estamos lejos del ideal de “igualdad de salario - igualdad de oportunidades - igualdad de tratamiento dentro y fuera del hogar” a las que apuntaban las primeras reformas legales de principios de los 80. Avanzar en la consecución de este ideal requerirá hacer frente a estas transformaciones socio-demográficas y los retos planteados no sólo afectan a las mujeres, sino a la sociedad española en su conjunto.

Palabras clave: Igualdad de las mujeres, integración de las mujeres, trabajo fuera del hogar, cambios sociodemográficos, mercado laboral, envejecimiento de la población, cambios sociológicos, desempleo, crecimiento de la población, igualdad salarial, igualdad de oportunidades, discriminación entre sexos, atención a personas dependientes.

SUMARIO: 1. El reto del trabajo fuera del hogar: Encontrar empleo fuera del hogar en una economía sobrepoblada y que cada vez necesita menos horas de trabajo humano. 2. El reto del trabajo no remunerado: absorber y redistribuir el trabajo de las antiguas amas de casa a tiempo completo. 3. Algunas reflexiones y conclusiones que relacionan cambios socio-demográficos e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

* Socio director de ASAP Operational Research.

The insertion of women in the work out of home in Spain: the socio-demographic context

ABSTRACT: Spanish society has undergone major sociodemographic changes in the last 40 years: our working-age population has grown much more than that of our neighboring countries, women have flocked to the Spanish labor market, we have received a large number of immigrants and we are experiencing an accelerating aging of Spanish residents. The final balance shows partial success. Despite this adverse environment, the integration of women in work outside the home is a fact. However, we are far from the ideal of “equal salary - equal opportunities - equal treatment inside and outside the home” aimed by the first legal reforms of the early 1980s. Moving forward in achieving this ideal would require addressing these socio-demographic transformations and the challenges not only affect women, but also the Spanish society as a whole”.

Key Words: Women’s equality, integration of women, work outside the home, sociodemographic changes, labor market, aging of population, Spanish labor market, sociological changes, unemployment, population growth, payment equality, equal opportunities, discrimination between sexes, dependent people care.

1. El reto del trabajo fuera del hogar: Encontrar empleo fuera del hogar en una economía sobrepoblada y que cada vez necesita menos horas de trabajo humano

Este epígrafe relaciona las dificultades de integración de las mujeres en el trabajo fuera del hogar con causas demográficas. Los flujos demográficos determinan las condiciones de empleo; así, cuando el número de trabajadores disponibles escasea, los salarios tienden a subir y el desempleo se reduce, pero cuando los trabajadores abundan ocurre lo contrario. Los datos indican que en las últimas décadas este “equilibrio demográfico” se ha roto en España:

- Por un lado, se ha producido un brusco aumento de la población residente en España, lo que equivale a un gran número de personas buscando trabajo: la abundancia de trabajadores genera desempleo y caída de salarios.
- Por otro lado, la economía española ha experimentado un importante aumento de la productividad debido a mejoras tecnológicas y de eficiencia de procesos. Eso quiere decir que las empresas españolas necesitan cada vez menos horas de trabajo humano para mantener o aumentar la producción. Esta menor demanda de empleo también podría estar generando desempleo y una caída de los salarios.
- Este aumento de la población ha producido un fuerte crecimiento económico por la subida del consumo de esta población en aumento, pero esta economía cada vez más eficiente y tecnológica no ha absorbido el aumento de mano de obra.

Los datos que se expondrán a continuación mostrarán que la integración masiva de la mujer en el trabajo fuera del hogar en España se ha hecho en un contexto demográfico especialmente adverso y que dificulta avanzar en la igualdad de oportunidades. Examinemos las afirmaciones hechas anteriormente. ¿Tanto ha aumentado la población española? El análisis de los censos muestra que la población española ha crecido en estos últimos 45 años un 47% más del doble que cualquiera la de los grandes países de la UE:

Año	Población (mill. personas)									
	España		Francia		Italia		UK		Alemania	
	16 a 64 años	Total población	16 a 64 años	Total población	16 a 64 años	Total población	16 a 64 años	Total población	16 a 64 años	Total población
1970	20,7	34,0	34,0	51,0	34,0	54,0	34,2	55,8	48,1	78,1
2001	27,5	40,8	38,4	60,2	37,7	57,0	37,6	58,8	52,1	81,5
(*) 2015	30,4	46,4	41,0	66,4	38,6	60,8	41,1	64,9	52,6	81,2
Balance 1970-2001	32%	20%	13%	18%	11%	6%	10%	5%	8%	4%
Balance 2001-2015	11%	14%	7%	10%	3%	7%	9%	10%	1%	0%
Balance 1970-2015	47%	37%	21%	30%	14%	13%	20%	16%	9%	4%

Gráfico 1: Evolución de la población de 16 a 64 años - Comparativa 1975-2015.
Fuente: Eurostat - Censos de Población y estimación intercensal a 01/01

Un aumento tan brusco de la población residente en España viene explicado por la combinación de un *baby boom* tardío que se prolongó hasta 1976 y una entrada masiva de inmigrantes desde la última década del siglo pasado. El siguiente gráfico muestra estos dos efectos en el ritmo de crecimiento de la población española en los últimos 40 años:

- La línea azul clara del gráfico corresponde al *saldo vegetativo de la población*, que es la diferencia entre nacimientos y defunciones de los que ya residían en España; si en España nacen más personas de las que mueren, la población crece de forma *vegetativa*. Además, la población puede crecer por las migraciones.
- La línea azul oscura del gráfico representa el ritmo total al que ha

crecido la población española entre 1975 y 2015 y recoge los dos efectos: el crecimiento vegetativo (nacen más personas de las que mueren) también las migraciones (llegan más personas del exterior de las que se van fuera de España):

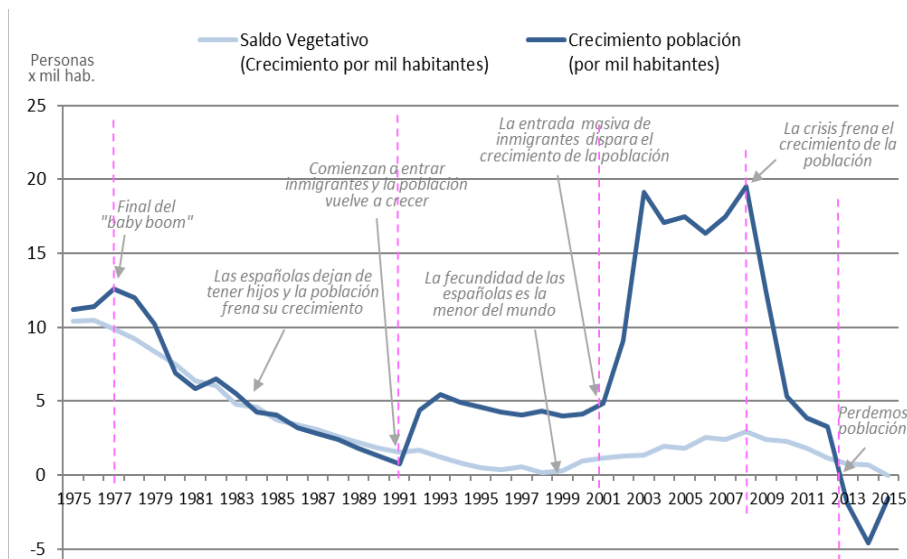


Gráfico 2: Evolución del saldo vegetativo Vs. saldo global de la población española - 1975-2015.

Fuente: Elaboración propia sobre datos INE - Estimaciones intercensales a 01/01 año en curso.

En 1975, España vivía la fase final del *baby boom*; con muchas mujeres en edad fértil y una alta fecundidad, la población española crecía vigorosamente. En la España de esta época no era sorprendente convivir con familias numerosas y ver bandadas de niños en vecindarios y patios de juego. La llegada de la *Transición* cambia radicalmente este escenario: las mujeres españolas dejan de tener hijos y su fecundidad desciende hasta convertirse en la más baja del mundo a mediados de los noventa. El crecimiento vegetativo de la población aún se mantuvo unos años porque había muchas mujeres en edad fértil, pero al final del siglo pasado el crecimiento vegetativo de la población era prácticamente nulo. No obstante, la población residente siguió creciendo vigorosamente por efecto de la inmigración. Basten algunos datos para indicar este cambio: en 1980 los inmigrantes censados en España eran menos de 300.000, en el censo de 2011 superaban los 5 millones (4,5 millones en 2016). Los inmigrantes han incrementado la población en edad de trabajar en casi 3,5 millones de personas, en su mayoría cubren puestos de baja cualificación

relacionados con la construcción, el servicio doméstico, etc.

La incorporación masiva de las mujeres al trabajo fuera del hogar multiplicó la presión demográfica sobre el mercado laboral. Los cambios en la legislación y los anticonceptivos hicieron posible que las mujeres se incorporaran al trabajo fuera del hogar y lo hicieron de forma masiva aunque el entorno era adverso porque la población había aumentado y ya había muchas personas buscando empleo. En el siguiente gráfico podemos ver estos dos efectos: el aumento de la población en edad de trabajar y la incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar: En 1970 la EPA recoge 2,1 millones de mujeres activas, la práctica totalidad trabajando fuera del hogar frente a 9 millones de hombres, también casi todos trabajando. En 2002 la situación se ha equilibrado bastante: 7,4 millones de mujeres frente a 11,1 millones de hombres y en 2016 la actividad de hombres y mujeres es casi equiparable: 10,5 millones de mujeres activas frente a 12,2 millones de hombres. En 2016 el peso del trabajo femenino se acerca mucho al masculino: las mujeres representan el 46% de los ocupados en personas y el 41% en horas trabajadas.

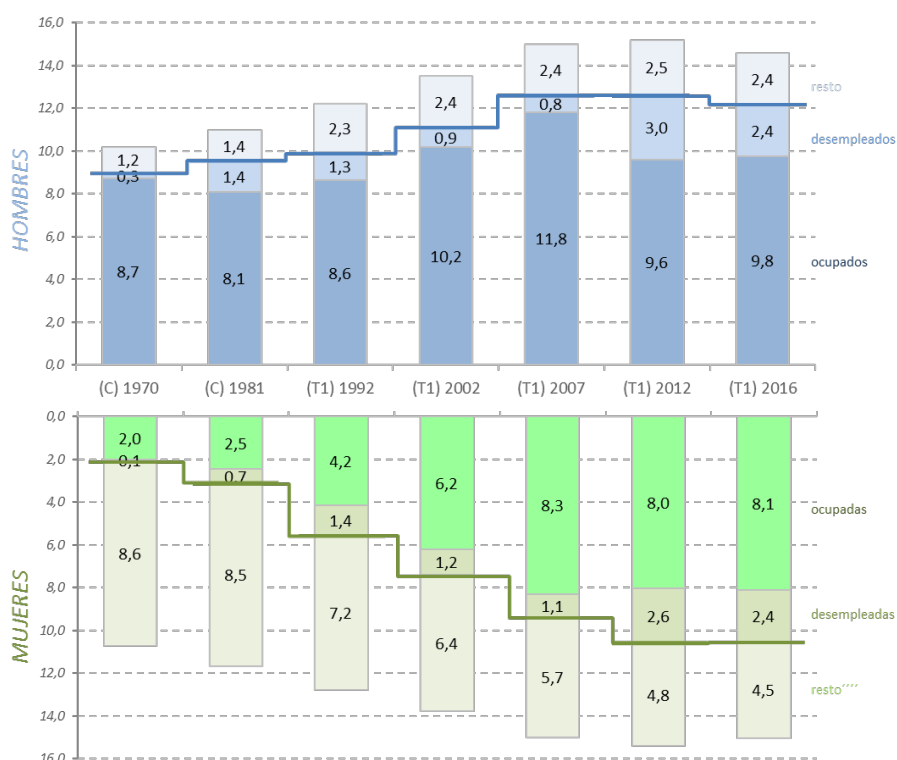


Gráfico 3: Evolución de la población activa en España comparativa hombres mujeres - Fuente: INE – EPA.

El efecto de empeoramiento de desempleo, condiciones laborales y salarios producido por la presión demográfica se ha hecho aún más fuerte por la incorporación de tecnología y mejora de procesos; en una economía más productiva se puede producir más bienes y servicios empleando menos horas de trabajo humano y eso hace que aumente el paro y disminuyan los salarios. ¿Tanto ha aumentado la productividad de los trabajadores españoles? El gráfico 4 permite comparar el aumento del PIB per cápita desde 1995 y el aumento de las horas trabajadas per cápita en el mismo periodo.



Gráfico 4: Evolución del PIB per cápita y del total de horas trabajadas per cápita en España

Fuente: INE - Contabilidad Nacional.

Nuestra producción (PIB per cápita) ha crecido un 34% en los últimos 20 años mientras que las horas trabajadas sólo han aumentado un 11%. En terminos globales, esa mayor eficiencia podría implicar desempleo porque

cada año necesitamos menos horas de trabajo para producir los mismos bienes y servicios que el año anterior. O, dicho en otros términos, crear empleo requiere altas tasas de crecimiento económico porque hace falta que la producción aumente un 3% para que las horas trabajadas se eleven un 1%.

El resultado total del aumento de población es que la economía española ha crecido, pero acumula en los últimos 30 años elevadas tasas de desempleo y de subempleo. El empleador tiene muchos trabajadores donde elegir y las diferentes reformas laborales van en el sentido de darle aún mayor poder de negociación, lo que ha generado una mayor cantidad de empleo precario y mal pagado. La integración de la mujer en el trabajo fuera del hogar se ha hecho en este contexto especialmente adverso.

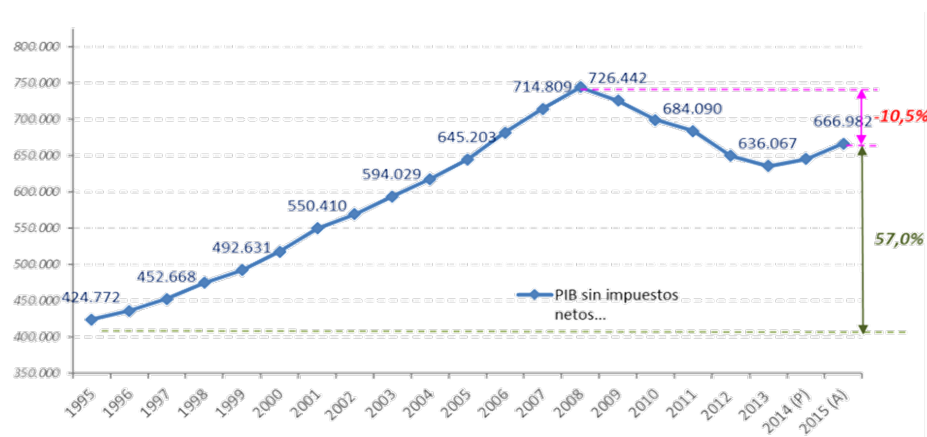


Gráfico 5: Evolución del PIB en España - PIB deflactado (mill. euros)
Fuente: INE.

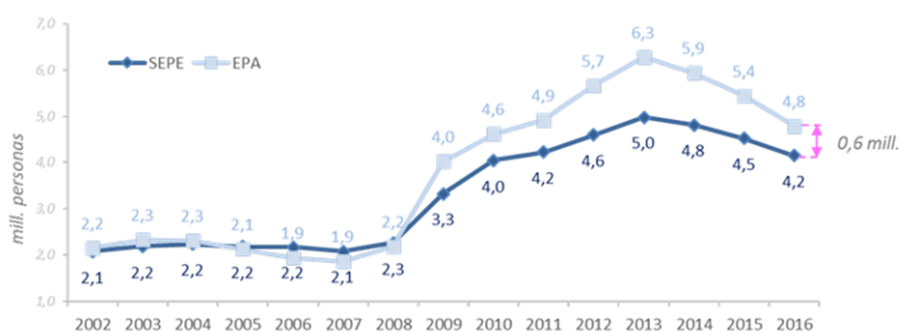


Gráfico 6: Millones de parados Fuente: SEPE e INE datos a enero del año en curso.
Fuente: INE y SEPE.

En un mercado laboral tan duro, las mujeres se han visto especialmente

penalizadas:

- 1) Porque los últimos en llegar al mercado laboral (mujeres, jóvenes e inmigrantes) se han abierto camino aceptando los peores empleos y las peores condiciones laborales.
- 2) Porque las mujeres siguen asumiendo el grueso de las labores domésticas y eso reduce su disponibilidad en un entorno laboral que exige la máxima “flexibilidad” del trabajador.
- 3) Porque en un contexto de empobrecimiento generalizado de las familias, muchas mujeres han adoptado una estrategia de “complemento de ingresos” de la unidad familiar. Asumen que hay que preservar los salarios más altos del hogar (a menudo los de los hombres) y se muestran abiertas a situaciones de empleo parcial o precario a condición de poder compaginar esos trabajos con las labores domésticas.
- 4) Porque las oportunidades laborales de muchas mujeres pasan por un servicio doméstico barato y con derechos mermados. En cierta medida, la desigualdad de las mujeres locales se transfiere a las mujeres inmigrantes.

En un entorno laboral tan duro, parece difícil avanzar en la igualdad de oportunidades, lo que nos lleva a la primera gran conclusión: no se puede desligar la problemática de igualdad de oportunidades de la del trabajo digno. Parece claro que ningún empleador va a hacer esfuerzos por cuidar a su personal en un entorno donde sobra mano de obra y eso va a penalizar a cualquier persona en situación de vulnerabilidad, ya sean jóvenes, mujeres o inmigrantes. Los objetivos de trabajo digno e igualdad entre hombres y mujeres corren en paralelo.

2. El reto del trabajo no remunerado: absorber y redistribuir el trabajo de las antiguas amas de casa a tiempo completo

Los cambios sociodemográficos que ha experimentado la sociedad española también han afectado al trabajo dentro del hogar y al modelo de atención a dependientes (niños, ancianos y enfermos), que siguen estando en buena medida en el radio de acción de las mujeres, ya sea como profesionales externas (ej: servicio doméstico) o como trabajo no remunerado pero que absorbe recursos del hogar. Haremos un breve repaso de dichos cambios.

El primero cambio relevante es el envejecimiento de la población española: En 1970, 3 de cada 10 españoles (29,4%) eran menores de 16 años, mientras que en 2016 los menores de 16 son poco más del 16%.

Con los mayores de 65 años ocurre lo contrario: en 1970 suponían menos del 10% de la población y en 2015 más del 20%.

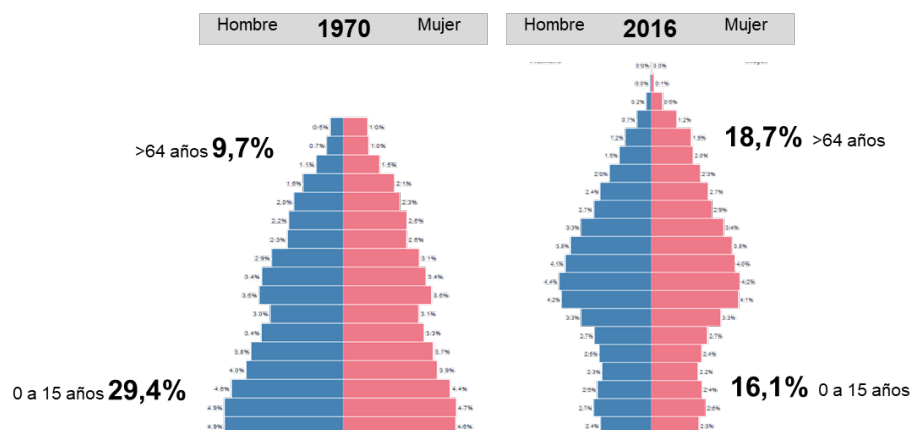


Gráfico 7: Pirámide de población y % <16 años y >64 en el global de la población española.

Fuente: INE - Censos de Población y Estimaciones intercensales 01/01/2016.

Una población más vieja y más longeva implica menos dependientes infantiles y más dependientes seniles. Avanzar en la igualdad de oportunidades supone que el esfuerzo público en la atención a niños debe complementarse con la atención a ancianos y dependientes adultos.

El segundo cambio de envergadura es la reducción del número de miembros del hogar, con un aumento significativo de los hogares unipersonales. Cuando los niños del *baby boom* se independizaron, el número de hogares aumentó, pero esas nuevas familias tenían menos hijos. La llegada masiva de inmigrantes actuó en el mismo sentido: más hogares y hogares más pequeños porque los recién llegados sufrieron todo tipo de trabas administrativas para la reagrupación familiar. El Padrón de 1970 recogía 8,9 millones de hogares en España (con una media de 3,8 personas por hogar); 40 años más tarde (Padrón de 2011) el número de hogares se había duplicado (18,1 millones) y la media de personas por hogar había caído sustancialmente (2,6 personas por hogar). Otro de los cambios relevantes en los últimos años ha sido el aumento de personas que viven solas (25% de hogares unipersonales).

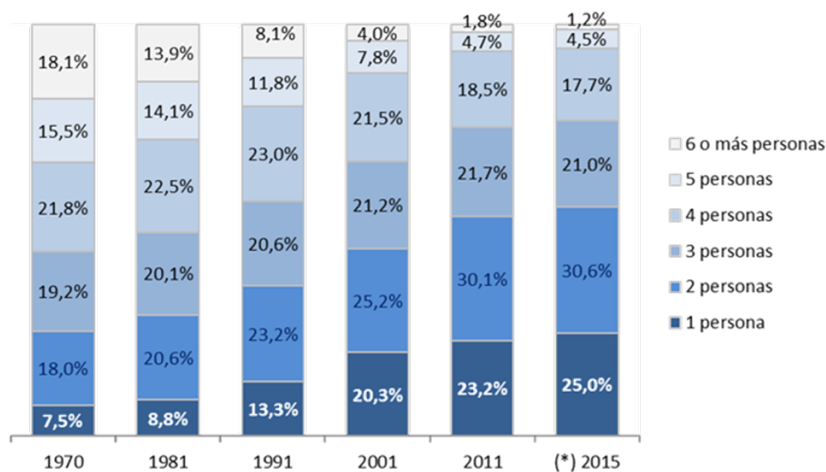


Gráfico 8: Evolución del tamaño de los hogares - Comparativa 1991-2015.

Fuente: INE - Cifras de Población y censos demográficos.

Estos hogares más pequeños han reducido el peso del trabajo doméstico (no es lo mismo encargarse de uno o dos niños que de cuatro o cinco) pero también han acentuado la problemática de la dependencia porque ahora hay más individuos solos que no cuentan con el apoyo potencial de un adulto joven que conviva con ellos. En una población más vieja y más longeva, esta problemática afecta a un mayor número de familias y también al Estado, que debe pagar las pensiones o proveer de asistencia médica a estos dependientes.

El tercer gran cambio ha sido la desaparición de las amas de casa *profesionales*. Mientras que en 1970 3 de cada 4 mujeres declaraban que su ocupación principal era ser amas de casa, en 2016 menos del 16% se definían como amas de casa a tiempo completo. Este dato debe ser matizado porque el Estudio de uso del tiempo del INE 2010 muestra que las mujeres paradas son “funcionalmente” amas de casa; emplean en labores del hogar casi tanto tiempo como las amas de casa “profesionales” (5,4 horas al día frente a 6,3). La suma de las amas de casa “funcionales” (mujeres que ejercen de amas de casa porque están paradas) y “vocacionales” (las que se declaran amas de casa en la EPA) arroja un dato más fiable: 30% de amas de casa en España:

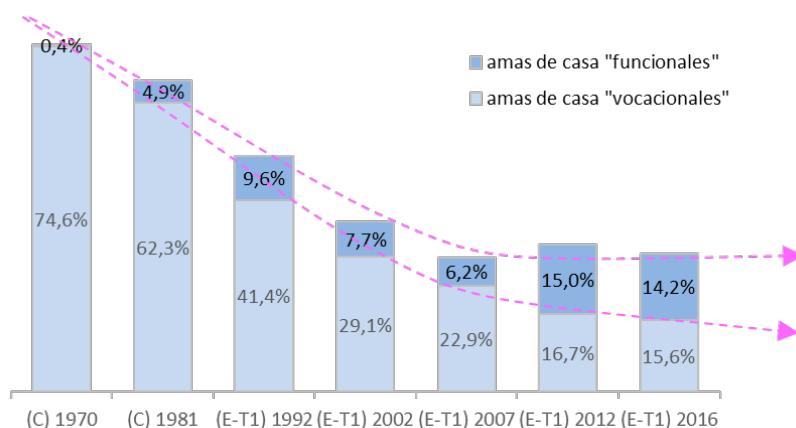


Gráfico 6: porcentaje amas de casa *vocacionales* y *funcionales* sobre las mujeres de 16 a 64 años sin incapacidad.

Fuente: Elaboración propia a partir de EPA al 1er trimestre año en curso (E-T1) y Encuesta de empleo del tiempo 2009-2010.

Este éxodo de las amas de casa ha producido una profunda redistribución del trabajo no remunerado dentro del hogar; hay que atender a hogares con menos componentes que en el pasado en los que hombres y mujeres pueden trabajar fuera del hogar y dentro del hogar, con la posible ayuda de jubilados, servicio doméstico y servicios externos. Las tareas no han cambiado, hay que seguir fregando los platos, planchando la ropa o haciendo la comida, pero intervienen más personas y de distinta manera. Para dimensionar estos cambios se han utilizado diversas fuentes como la propia Encuesta de Empleo del Tiempo de 2010, el módulo dedicado al servicio doméstico de la Encuesta de Presupuestos Familiares de 2009, la Encuesta sobre el Gasto de los Hogares en Educación de 2012 y la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia realizada por el INE en 2008. El resultado final resume el reparto de las labores del hogar en España al final de la primera década del siglo XXI:

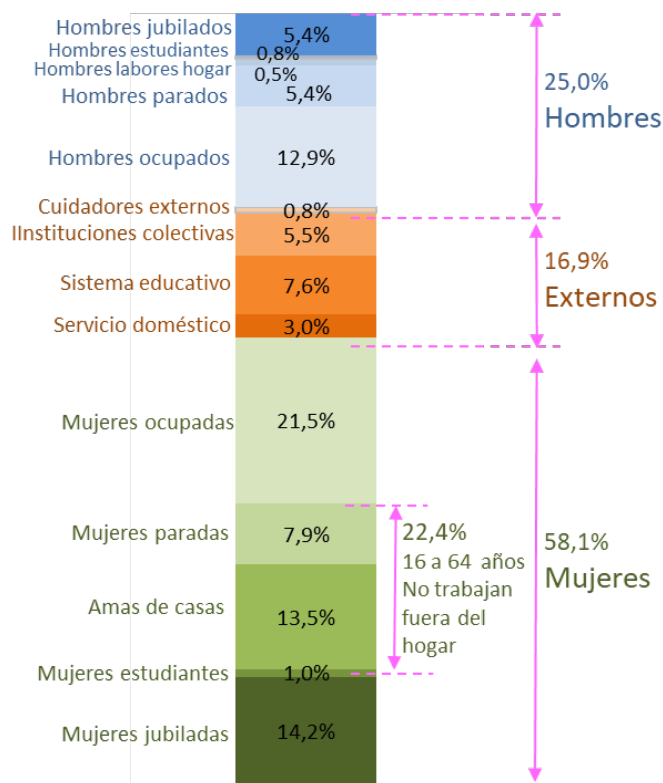


Gráfico 7: Reparto de las labores del hogar 2009-2010.

Fuente: Elaboración propia sobre datos INE - Censos, EPA y Encuesta Presupuestos Familiares.

El análisis precedente permite obtener dos grandes conclusiones: La primera de ellas es que, aunque la aportación de los hombres a las tareas del hogar ha aumentado, lo cierto es que las mujeres siguen soportando más de la mitad de las tareas domésticas. La segunda es que la incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar, que parece haberse estancado con la crisis; desde 2007 el % de amas de casa se sitúa en el 30% porque muchas mujeres paradas retoman su rol de amas de casa a tiempo completo.

Todos los hechos mencionados en los epígrafes anteriores están interrelacionados entre sí y explican, en parte, la evolución del mercado laboral en España: la salida de la mujer del hogar provocó desempleo en el corto plazo (mayor número de demandantes) y creó una necesidad de ayuda externa en el hogar que fue cubierta por la primera oleada de inmigrantes. Asimismo, el mayor número de hogares aumentó la demanda

de viviendas y ese auge de la construcción también provocó una llegada masiva de inmigrantes. Con la llegada de la crisis estos inmigrantes quedaron en situación precaria cuando una parte de las mujeres desempleadas volvieron al hogar y la construcción redujo su actividad. Por otro lado, una población más envejecida y más longeva y viviendo separados de sus familias plantea nuevas necesidades y nuevos retos a una sociedad que tendrá que asumir el coste social del cuidado de estas personas dependientes. La “salida del hogar” de las mujeres también ha abierto oportunidades de empleo porque alguna de las necesidades que eran asumidas por las amas de casa tradicionales ahora son cubiertas por personal doméstico, enseñantes, restauradores colectivos o cuidadores de dependientes. Desde un punto de vista de derechos del trabajador, es posible que este balance sea positivo en la medida en que un ama de casa sin derechos ni horario ni reconocimiento ha sido reemplazada por trabajadores externos con un estatuto jurídico más claro, pero desde un punto de vista del empleo, la consecuencia a corto plazo es un aumento del paro porque la labor “artesanal” de las amas de casa ha sido sustituida por un servicio “industrial”. Por ejemplo: en una guardería un par de cuidadores atienden a 20 niños de los que antes se ocupaban de 12 a 15 madres que ahora trabajan fuera del hogar o están en paro. En términos de inversión, el esfuerzo necesario para dotar de posibilidades de empleo a las nuevas demandantes ha debido ser importante. Por ejemplo: el cuidado y educación de los niños por parte de sus madres apenas requiere ningún equipamiento, mientras que una adecuada estructura de guarderías, colegios, comedores infantiles, transporte escolar o guarda de los niños fuera de horas lectivas ha requerido importantes dotaciones presupuestarias.

3. Algunas reflexiones y conclusiones que relacionan cambios socio-demográficos e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

Los datos del INE muestran que ha habido avances importantes hacia la igualdad de género: en 2016 las mujeres representan el 46% de los ocupados en personas y el 41% en horas trabajadas; por otro lado, los varones españoles asumen casi 1/3 de las labores del hogar. No obstante, aún estamos lejos de la plena igualdad en el trabajo fuera del hogar. El mejor indicador de lo que nos resta por recorrer son las estadísticas de salarios. La encuesta de estructura salarial de 2014 recoge la ganancia media por trabajador y sexo y puede comprobarse que las mujeres siempre

ganan menos que los hombres; tanto las que son directivas como las que son trabajadoras sin cualificación. La misma conclusión se obtiene de estadística de deciles de salario de la EPA que divide a los asalariados en 10 tramos de salario idénticos (cada tramo agrupa al 10% de la población). En el tramo de salarios más bajos (decil 1) 3 de cada 4 son mujeres, mientras que en el tramo de salarios más altos (decil 10) tan solo uno de cada tres son mujeres. Es cierto que esas diferencias se van reduciendo poco a poco, pero aún hay terreno que recuperar. El análisis de los factores socio-demográficos realizado anteriormente también nos lleva a algunas grandes conclusiones:

- 1) En un entorno laboral tan duro, es difícil avanzar en la igualdad de oportunidades de las mujeres. Ningún empleador va a “cuidar a su personal” cuando sobra la mano de obra; ni la multinacional que contrata a una ejecutiva y ni el hogar que emplea a una limpiadora. A esta presión del mercado se suma la presión de la reforma laboral, que ha aumentado el poder de negociación del empleador en detrimento del trabajador; el empleador puede elegir e imponer condiciones en mayor medida que el trabajador.
- 2) No se puede desligar la problemática de igualdad de oportunidades de las mujeres de la cuestión del trabajo digno para todos. Sin salarios más altos, jornada laboral más corta y limitaciones a la disponibilidad horaria (o su compensación en dinero) es difícil que las familias puedan plantear una dinámica de igualdad de género. Lo normal es que las mujeres en paro vuelvan a asumir su rol de amas de casa y que la estrategia de muchas de ellas sea la de “complemento de ingresos”. La situación actual nos lleva a una sociedad dual, la de aquellas mujeres (y familias) que pueden aspirar a un desarrollo pleno profesional y familiar y la de quienes no pueden hacerlo. No basta con la presión legal para avanzar en la igualdad de oportunidades.
- 3) Una población más vieja y más longeva requerirá un cambio en el modelo asistencial y esto afecta especialmente a las mujeres, que siguen soportando más de la mitad del esfuerzo doméstico. En las pasadas décadas se ha hecho un importante esfuerzo público en la atención de los niños; educación pública obligatoria a partir de los tres años, comedores escolares, guarderías... Este esfuerzo ha mejorado la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero la sociedad española se enfrenta a un importante aumento de ancianos y dependientes adultos. Avanzar en la igualdad de oportunidades implicará que se complemente el esfuerzo de atención infantil con el esfuerzo en atención senil y del dependiente adulto.
- 4) Avanzar en la igualdad de oportunidades implica que las tareas del

hogar tengan un estatuto laboral con derechos al 100%: En España hay un 30% de amas de casa en situación alegal. Es fácil entender por qué las mujeres españolas acudieron masivamente al trabajo fuera del hogar; el ama de casa a tiempo completo no goza de los derechos básicos del trabajador por cuenta ajena: no tiene un salario ni un horario ni vacaciones. El ama de casa a tiempo completo no paga impuestos, así que depende en todo punto de su marido para disfrutar de sanidad pública o de una pensión de jubilación. No es de extrañar que un trabajo duro, sin reconocimiento social y con un estatuto jurídico tan poco claro fuese relegado por buena parte de nuestras mujeres. En cualquier caso, un 15,6% de las mujeres españolas siguen siendo amas de casa a tiempo completo y otro tanto lo son “funcionalmente”; se trata de un colectivo importante y parece deseable que se le dote un estatus laboral más claro. Asimismo, se dará un paso importante en 2019 equiparando el régimen de jubilación del servicio doméstico con el resto de trabajadores.

- 5) Es conveniente integrar los roles tradicionales del ama de casa dentro de la lucha por la igualdad de oportunidades. Algunos sectores consideran que el argumentario de la igualdad de oportunidades ha “denostado” en cierta medida el rol del ama de casa tradicional ¿Son “menos” aquellas mujeres (u hombres) que han decidido asumir ese rol como ocupación principal? Por otro lado, queda por determinar el grado de externalización de las tareas del ama de casa tradicional ¿La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres implica externalizar mayoritariamente la responsabilidad y la ejecución de esas tareas, como ha ocurrido con la educación de niños en colegios o con la atención de ancianos en residencias?
- 6) En cualquier caso, pasamos de un mundo de familias a un mundo de individuos. Hemos reducido drásticamente el número de hijos y ha aumentado el de personas que viven solas. Hemos externalizado casi completamente la educación de los hijos y la atención de muchos enfermos y dependientes. Para llegar a este mundo de individuos en igualdad de oportunidades será preciso que dichos individuos puedan llevar una vida plena y completa sin el apoyo de la familia; este apoyo deberá pasar a la colectividad.

4. Bibliografía

- Ajenjo Cosp, M., García Román, J., “El tiempo productivo, reproductivo y de ocio en las parejas de doble ingreso”. *Papers. Revista de Sociologia*, vol. 96, n. 3, 2011.
- Alberdi, I., *La nueva familia española*, Santillana, Madrid, 1999.
- Aliaga, C., “How is the time of women and men distributed in Europe?”, *Eurostat Statistics in Focus*, n. 4, 2006.
- Aliaga, C., Winqvist, K., “How women and men spend their time. Results from 13 European countries”, *Eurostat Statistics in focus*, n. 3, 2003.
- Arulampalam, W., Booth, A.L., Bryan, M.L., “Is there a glass ceiling over Europe? Exploring the gender pay gap across the wages distribution”, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 60, n. 2, 2007, pp. 121-144.
- Balcells, L., “Analyzing the division of household labor within spanish families”, *Revista Internacional de Sociología*, vol. 67, n. 1, 2009, pp. 83-105.
- Borràs, V., Torns, T., Moreno, S., “Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo”. *Papers. Revista de Sociologia*, vol. 83, 2007.
- Callejo, J., Prieto, C., Ramos, R., “Cambios generales en el tiempo del trabajo profesional y de cuidados”, en Prieto, C., Ramos, R., Callejo, J. (Coords.), *Nuevos tiempos del trabajo: Entre la flexibilidad competitiva de las empresas y las relaciones de género*, Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 2008.
- Costain, J., Jimeno, J.F., Thomas, C., “El funcionamiento del mercado de trabajo y el aumento del paro en España”, *Boletín Económico del Banco de España*, julio-agosto, 2009, pp. 97-115.
- De la Rica, S., Dolado, J.J., Llorens, V., “Ceilings or floors? Gender wage gaps by education in Spain”, *Journal of Population Economics*, vol. 21, n. 3, 2008, pp. 1432-1475.
- Dema, S., “Entre la tradición y la modernidad: Las parejas españolas de doble ingreso”, *Papers. Revista de Sociologia*, vol. 77, 2005, pp. 135-155.
- Dolado, J.L., Felgueroso, F., Jimeno, J.F., “Female Employment and Occupational Changes in the 1990s: How Is the EU Performing Relative to the US?”, *European Economic Review*, 15th Annual Congress of the European Economic Association, vol. 45, n. 4, 2001, pp. 875–89.
- Durán, M.A., “El valor del tiempo ¿Cuántas horas te faltan al día?”, Espasa Calpe, Madrid, 2007.

- Fagan, C., “Working-time preferences and work-life balance in the EU: some policy considerations for enhancing the quality of life”, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, Dublín, 2003.
- Franco, A., Winqvist, K., “Women and men reconciling work and family life”. *Eurostat Statistics in Focus*, n. 3, 2002.
- García Díez, S., *Análisis socioeconómico de la estructura productiva de los hogares: La experiencia española en la última década del siglo XX*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.
- Garrido, L., *Las dos biografías de la mujer en España*, Serie Estudios, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, n. 33, 1992.
- González, M.J., Jurado-Guerrero, T., “¿Cuándo se implican los hombres en las tareas domésticas?: Un análisis de la Encuesta de Empleo del Tiempo”, *Panorama Social*, n. 10, 2009, pp. 65-81.
- Larrañaga, I., Arregi, B., Arpal, J., “El trabajo reproductivo o doméstico”. *Gaceta Sanitaria*, vol. 18, n. 1, 2004, pp. 31-37.
- MacInnes, J., “Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar “, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 23, n. 1, 2005, pp. 35-71.
- Méda, D., “El tiempo de las mujeres: Conciliación entre vida familiar y profesional de hombres y mujeres”, Narcea, Madrid, 2002.
- Parella, S., “Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación”, Antrophos, Barcelona, 2003.
- Raldúa, E., “Comparación internacional de los empleos del tiempo de mujeres y hombres”, *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 94, 2001, pp. 105-126.

Objetivos del Desarrollo Sostenible e igualdad de género: una perspectiva laboral

Elisa SIERRA HERNÁIZ*

RESUMEN: La igualdad de género forma parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 aprobada por la ONU en el año 2015. Para lograrlo es necesario erradicar la discriminación y pobreza de las mujeres en la sociedad y en el mercado laboral si se quiere lograr un verdadero cambio global que garantice un trabajo decente para todos y todas e integre las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la medioambiental.

Palabras clave: Desarrollo sostenible, igualdad de género, trabajo decente.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Políticas de igualdad de género y desarrollo sostenible. 2.1. Breve referencia al concepto de trabajo decente. 2.2. La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. 2.3. La Organización Internacional del Trabajo. 2.4. La Unión Europea y los objetivos del desarrollo sostenible. 3. Desarrollo sostenible e igualdad de género en el mercado laboral. 3.1. Participación en el mercado de trabajo. 3.2. Protección social. 4. Propuestas de actuación para lograr los objetivos del desarrollo sostenible desde la perspectiva de la igualdad de género. 5. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra.

Sustainable development and gender equality: a work perspective

ABSTRACT: Gender equality is one of the sustainable development goals of the 2030 Agenda approved by the UN in 2015. To achieve it is necessary to eradicate women's discrimination and poverty in society and in the labor market to get a true global change and decent work that integrates the three dimensions of sustainable development: economic, social and environmental.

Key Words: Sustainable development, gender equality, decent work.

1. Introducción

En el año 2015 la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó, como continuación de los objetivos de desarrollo del Milenio, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible¹. Tal y como se señala en la propia Agenda:

“Los ODS tienen hoy una importancia particular, tanto como agenda política para la cooperación mundial como por tratarse de un conjunto de metas específicas con plazos determinados que subrayan la necesidad urgente de llevar a cabo acciones conjuntas”.

Pues bien, de entre los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) uno de ellos, el 5, está dedicado específicamente a la consecución de la igualdad de género como un pilar fundamental para conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible. En el propio texto se señala que, a pesar de los avances logrados gracias a los objetivos de desarrollo del milenio, las mujeres siguen siendo discriminadas y sufriendo violencia en el mundo. Pues bien, como ODS, si se garantiza, entre otras medidas, un trabajo decente para las mujeres se conseguirá una sociedad más justa e igualitaria desde el punto de vista del género².

2. Políticas de igualdad de género y desarrollo sostenible

2.1. Breve referencia al concepto de trabajo decente

Para conseguir la igualdad de género como objetivo del desarrollo sostenible es necesario que, en el ámbito de las relaciones laborales, se garantice a las mujeres un trabajo decente. El origen de este concepto hay que situarlo en los diversos instrumentos normativos aprobados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuya finalidad es conseguir una justicia social en un mundo globalizado³. Como tal puede ser definido

¹ ONU, *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

² ONU, *Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

³ Gil y Gil, J.L., “Trabajo decente y reformas laborales”, *Revista Derecho Social y empresa*, n. 7, 2017, p. 3. Sobre el papel de la OIT para la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible desde la perspectiva del trabajo decente véase, del mismo autor, “La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, 2017, p. 3 y ss. Respecto a la integración del concepto de trabajo decente en la normativa y políticas comunitarias

como: “un trabajo productivo en el cual se protegen los derechos lo cual genera ingresos adecuados con una protección social apropiada”⁴. De hecho, en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 se fijan los cuatro pilares fundamentales del trabajo decente⁵:

- 1) Promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible.
- 2) Adoptar y ampliar medidas de protección social -seguridad social y protección de los trabajadores- que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales.
- 3) Promover el diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados para adaptarse a las circunstancias de cada país.
- 4) Respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos.

En relación a la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, el Objetivo 8 Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos recoge los principios del trabajo decente. En referencia al trabajo femenino, en la Meta 8.5 se menciona la necesidad de garantizar un trabajo decente para hombres y mujeres y la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y, en la Meta 8.8, se recuerda la necesidad de proteger los derechos laborales y de la salud laboral en particular de las mujeres inmigrantes⁶.

europas véase: Morán Blanco, S., “El trabajo decente en la UE: políticas y normas”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 206, 2018, p. 30 y ss.

⁴ Lousada Arochena, J.F., Ron Latas, R.P. “La integración del trabajo decente en la Organización Internacional del Trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 211, 2018, p. 116, nota 6. En general, sobre el concepto de trabajo decente en todos los ámbitos de la relación laboral, tanto individual como colectiva, y de protección social, véase la obra colectiva: Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández J., De Val Tena, A.L. (Dir.), López Insua, B. (Coord.), *El trabajo decente*. Comares, Granada, 2018.

⁵ OIT. *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, p. 9 y ss.

⁶ Lousada Arochena, J.F., Ron Latas, R.P. *op. cit.*, pp. 132-133.

2.2. La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible

La Agenda 2030 de las Naciones Unidas, aprobada en 2015, fija las bases para el logro del desarrollo sostenible, estableciendo 17 objetivos. Con su aprobación, la ONU muestra su compromiso para erradicar a nivel mundial la pobreza mediante el desarrollo sostenible. Respecto a la igualdad de género se señala: “la Agenda 2030 no deja lugar a dudas: el desarrollo solo será sostenible si los beneficios favorecen por igual a mujeres y hombres, y los derechos de las mujeres solo serán una realidad si forman parte de esfuerzos mayores por proteger el planeta y garantizar que todas las personas puedan vivir con dignidad y respeto”⁷.

En concreto, la Agenda 2030 parte de que, a pesar de los avances en educación a todos los niveles, las desigualdades entre los géneros en el mercado laboral persisten. Muestra de ello es que las diferencias salariales casi son del 23% a escala mundial y que las mujeres dedican 2.6 veces más tiempo al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado que los hombres. Para superar estas desigualdades, identifica tres dimensiones transversales de todos los ODS que se tienen que interrelacionar con la igualdad de género, esto es: “su origen en los derechos humanos, bajo el entendido de que estos son indivisibles; su aplicación universal y su compromiso de no dejar a nadie atrás y, por último, su potencial como herramienta para exigir la rendición de cuentas a los gobiernos y otras partes interesadas”, lo que supone la necesidad de adoptar un enfoque integral a la hora de poner en marcha medidas concretas para implantar los ODS⁸.

En cuanto a qué estrategias son clave para lograr que la igualdad de género sea una realidad en la puesta en marcha de los ODS de la Agenda 2030 se señalan las siguientes⁹:

⁷ ONU:

<http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-summary-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=3530>, p. 1.

⁸ ONU:

<http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-summary-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=3530>, p. 2.

⁹ ONU:

<http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-summary-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=3530>

- 1) Mejorar los datos, las estadísticas y el análisis de género para dar seguimiento a los avances de las mujeres y niñas de manera eficaz en todos los objetivos y metas.
- 2) Priorizar las inversiones, las políticas y los programas sensibles al género para garantizar que las acciones respondan a los principios, valores y aspiraciones de la Agenda 2030.
- 3) Fortalecer la rendición de cuentas mediante procesos e instituciones sensibles al género para garantizar un enfoque integrado en su implementación, seguimiento y examen, otorgando un lugar central a la igualdad de género.

En cuanto a qué objetivos específicos para la consecución de la igualdad entre los sexos en el mercado laboral es necesario poner en marca se indica la necesidad de eliminar la discriminación contra las mujeres; visibilizar el trabajo no remunerado, asalariado y de seguridad social y garantizar la participación plena e igualdad de oportunidades de la mujer a todos los niveles de la sociedad, tanto en el sector público como en el sector privado¹⁰.

[es.pdf?la=es&vs=3530](#), pp. 10 y ss.

¹⁰ Los ODS generales del punto 5 Lograr la igualdad entre géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas son: “5.1 Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo. 5.2 Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación. 5.3 Eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina. 5.4 Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país. 5.5 Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública. 5.6 Asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen. 5.a Emprender reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales. 5.b Mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres. 5.c Aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles”. Véase: ONU, *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 2018 <http://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2018/2/gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018>, p. 86 y ss.

2.3. La Organización Internacional del Trabajo

En relación con el objetivo de desarrollo sostenible la Organización Internacional del Trabajo señala la importancia de las políticas públicas para conseguir la aplicación en la práctica de los ODS en igualdad de género desde una perspectiva amplia e integradora. Su finalidad es conseguir un empleo de calidad para las mujeres para lograr un mercado laboral más justo e inclusivo¹¹.

El punto de partida es el avance de la igualdad de género en el mercado laboral y la sociedad en general. Sin embargo, aún es necesario acabar con la pobreza femenina, impulsando el desarrollo económico de las mujeres y actuando sobre los elementos culturales origen de la segregación de la mujer en el mercado de trabajo basada en estereotipos sociales, causa última de la discriminación estructural de la mujer en la sociedad¹².

Para ello es necesario adoptar medidas eficaces que erradiquen el origen de la discriminación laboral de las mujeres, que radica principalmente en la creencia social de que ellas son las encargadas de las tareas domésticas y del cuidado y atención a la familia y a los hijos, lo que condiciona su acceso al mercado laboral, los trabajos que ocupan, la duración de sus contratos de trabajo y, en general, sus condiciones laborales y de protección social. Se trata, pues, de acabar con la segregación laboral femenina, horizontal y vertical, en el mercado laboral que impide el acceso y permanencia de las mujeres en verdaderas condiciones de igualdad, incidiendo no solo en la legislación laboral sino también en la educación que reciben las mujeres y las niñas¹³.

¹¹ OIT. *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2018/WCMS_619603/lang-es/index.htm, p. 2 y ss.

¹² Sobre la importancia de delimitar el concepto de discriminación como un fenómeno social y múltiple véase: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Fernández López, M.F., “Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres”, en AA.VV., *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro Homenaje a la Profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, p. 30 y ss.

¹³ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 14.

2.4. La Unión Europea y los Objetivos del Desarrollo Sostenible

La Comisión Europea aprobó un documento COM “Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad” con la finalidad de dar cumplimiento a la Agenda 2030¹⁴. Para la Unión Europea¹⁵: “el desarrollo sostenible pretende satisfacer las necesidades de las generaciones actuales sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las suyas propias. Ofrece un enfoque completo que aúna consideraciones económicas, sociales y medioambientales, de forma que se refuercen mutuamente”.

De hecho, se afirma que¹⁶: “la UE, como proyecto basado en los valores fundamentales y la equidad, adopta la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible como una oportunidad única para un futuro mejor”.

Es por ello que la UE ha incorporado los objetivos del desarrollo sostenible en diez prioridades, estableciendo las acciones para la aplicación de la Agenda 2030 que principalmente pasan por¹⁷:

- Incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea.
- Presentar informes periódicos de los avances de la UE a partir de 2017.
- Impulsar la aplicación de la Agenda 2030 junto con los gobiernos de la UE, el Parlamento Europeo, las demás instituciones europeas, las organizaciones internacionales, las organizaciones de la sociedad civil, los ciudadanos y otras partes interesadas.
- Poner en marcha una plataforma multilateral de alto nivel¹⁸ que apoye el intercambio de las mejores prácticas en materia de aplicación entre los distintos sectores a escala nacional y de la UE.

Para la UE los ODS pueden ayudar a preservar el modelo social europeo

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible Acción europea para la sostenibilidad* {(2016) 390 final}. COM (2016) 739 final.

¹⁵ Comisión Europea. *Sustainable development*: http://ec.europa.eu/environment/sustainable-development/index_en.htm

¹⁶ COM, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷ COM, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸ https://ec.europa.eu/info/strategy/international-strategies/global-topics/sustainable-development-goals/sustainable-development-goals-sdgs-multi-stakeholder-platform_es

y la cohesión social entre sus países miembros, abordando las desigualdades sociales que impiden el desarrollo social de sus ciudadanos y ciudadanas. De hecho, el desarrollo sostenible es uno de los principios recogidos en los Tratados fundacionales de la Unión Europea. Para conseguirlo, la Comisión se compromete, entre otras medidas, a integrar los objetivos de desarrollo sostenible mediante instrumentos de mejora de la legislación social¹⁹.

A su vez, los ODS forman parte de la Estrategia Europea 2020 para garantizar la consecución de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador²⁰. En concreto, dentro del crecimiento integrador se fija como objetivo lograr: “una economía con un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y territorial”, señalando la necesidad de adoptar medidas que promuevan la igualdad entre los sexos para lograr aumentar la participación laboral de las mujeres y promover el equilibrio de la vida laboral y familiar²¹.

Respecto a la igualdad entre sexos, en la prioridad 7, que pretende dar cumplimiento al ODS 5, se resalta como es necesario seguir avanzando en las políticas activas para aprovechar el talento de las mujeres y aumentar su participación en el mercado laboral. La Comisión parte de los avances

¹⁹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2016/C 202/01, DOUE, de 7 de junio de 2016. Así en el Preámbulo tiene en cuenta el principio del desarrollo sostenible para “la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente”. A su vez, en el artículo 3.3 fija que: “la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”. Respecto de la política exterior el artículo 21.2.d) se fija que “el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza”. Finalmente, en el artículo 37 se establece que: “protección del medio ambiente En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

²⁰ Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM (2010) 2020 final. Así, las tres prioridades de la Estrategia 2020 son un: “Crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible: promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva y un Crecimiento integrador: fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial”, p. 20.

²¹ COM, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, *op. cit.*, pp. 14, 22 y 24.

logrados, la tasa de empleo más alta jamás registrada para las mujeres (65,3 % en el segundo trimestre de 2016, frente al 62,8 % en 2008), a pesar de que continúa existiendo una brecha de género en el empleo, o el aumento de la proporción de mujeres en los consejos de administración de las grandes empresas que cotizan en bolsa, que aumento del 8,5 % al 23 %- e incide en la persistencia de la brecha salarial y de pensiones -en el año 2014 seguían recibiendo un salario 16,7 % inferior al de los hombres por hora de trabajo y una pensión de jubilación de un 40 % inferior a la de los hombres en término medio²². De hecho, para conseguir estos objetivos, se aprobó el Compromiso Estratégico para la igualdad de género 2016-2019²³.

3. Desarrollo sostenible e igualdad de género en el mercado laboral

3.1. Participación en el mercado de trabajo

Uno de los objetivos del desarrollo sostenible es conseguir unas tasas altas de participación laboral de la mujer, evitando que la misma decrezca, especialmente en los países emergentes y en vía de desarrollo, ya que las mujeres tienen menos posibilidades de participar en el mercado laboral que los hombres, debido a los estereotipos sociales sobre su rol familiar. De hecho, en el año 2018 la tasa mundial de participación femenina en el mercado laboral es del 48,5 por ciento, 26,5 puntos porcentuales más baja que la de los hombres²⁴.

²² COM, *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible Acción europea para la sostenibilidad*, *op. cit.*, p. 13.

²³ Comisión de la Unión Europea, *Compromiso estratégico para la igualdad entre hombres y mujeres 2016-2019*. http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45147

²⁴ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2018. https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2018/WCMS_619603/lang-es/index.htm, p. 6 y ss. La OIT señala como desde 1990 la brecha en la participación laboral de las mujeres se ha reducido en 2 puntos porcentuales, constatándose el mayor descenso en los años anteriores a 2009. Según sus previsiones, el índice de mejora se detendrá en el periodo 2018-2021, pudiendo incluso retroceder, poniendo en peligro las mejoras obtenidas en el último decenio en materia de igualdad de género en el acceso al mercado de trabajo. La OIT incide en como en los países emergentes aún es mayor, lo que supone un impedimento real para que las mujeres encuentren trabajos. “Por detrás de esta tendencia mundial hay diferencias considerables en cuanto al acceso de la mujer al mercado laboral según el nivel de desarrollo de los países. La brecha de las tasas de participación entre mujeres y hombres está reduciéndose en los países en desarrollo y desarrollados, pero

En cuanto a las tasas de desempleo, en el año 2018 la tasa de desocupación femenina supera a la masculina en unos 0.8 puntos porcentuales a nivel mundial, siendo la relación entre las tasas de desocupación hombre-mujer de un 1.2%. En relación con estos datos, hay que tener en cuenta que la tasa de desempleo se puede convertir en un factor de identificación del empleo decente, puesto que detrás de la misma pueden quedar oculto el empleo informal que tanto lastra la calidad del trabajo femenino²⁵.

Desde esta perspectiva, para alcanzar los ODS de igualdad de género, sería necesaria emprender acciones que fomenten la tasa de empleo femenina pero también hay que adoptar políticas públicas que acaben con el empleo informal, mayoritariamente femenino, actuando para ello sobre los factores socioeconómicos y pautas sociales que desincentivan el acceso de la mujer al trabajo remunerado. De nuevo, las diferencias están relacionadas con la carga desproporcionada que las mujeres desempeñan en la atención y cuidado de la familia, de carácter no remunerado, que no solo afectan a expectativas profesionales sino también a sus oportunidades académicas que, a su vez, redundan en su capacidad de participar en el mercado laboral y sus oportunidades de trabajo²⁶.

En relación con el empleo informal hace que el empleo femenino sea más vulnerable, ya que existe una mayor proporción de mujeres que de hombres en trabajos familiares auxiliares. De hecho: “la proporción de

continúa ensanchándose en los países emergentes, donde desde 2009 ha trepado 0,5 puntos porcentuales hasta situarse en 30,5 puntos porcentuales en 2018”.

²⁵ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 8. Tal y como se recoge en el Informe: “según las proyecciones, en 2021 esta relación permanecerá estable en los países en desarrollo y emergentes, reflejando un deterioro de la posición relativa de las mujeres en términos de desempleo observada en el mundo en el último decenio. Los países en desarrollo presentan la relación más elevada de las tasas de desocupación hombre-mujer en todos los grupos de ingreso: 1,3 en 2018. En gran medida, esto refleja que las tasas de desocupación masculina en estos países son bajas según las normas internacionales, mientras que las de desocupación femenina son solo ligeramente superiores a la media mundial”.

²⁶ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 7. “En cambio, las mujeres de los países desarrollados se acercan a la paridad con los hombres por lo que respecta a las tasas de desocupación; la relación entre ambas tasas de desocupación en 2018 es de 1,1, y no se esperan variaciones significativas en el futuro cercano. En algunas regiones, tales como Europa Oriental y América del Norte, las mujeres registran tasas de desocupación incluso inferiores a las de los hombres. Ello refleja los esfuerzos sustanciales para lograr la paridad de género en los logros académicos y las competencias, pero la consecución de la paridad de la tasa de desocupación es también atribuible a los efectos negativos prolongados de la crisis económica de 2008, que han afectado a algunos sectores de predominio masculino - como la construcción- con más fuerza que al resto de la economía”.

trabajo masculino por cuenta propia, del 36,2 por ciento en 2018, supera en 10 puntos porcentuales a la de trabajo femenino a nivel mundial. En cambio, en comparación con los hombres, las mujeres tienen dos veces más probabilidades de ser trabajadoras familiares auxiliares²⁷.

Unido al empleo informal, en la economía informal también se detecta una mayor concentración de mano de obra femenina en el trabajo por cuenta propia y trabajos familiares, en el sector informal y también son mayoría entre los trabajadores con un empleo informal en una empresa del sector formal²⁸.

Por lo que se refiere al trabajo por cuenta propia, tampoco los datos son más optimistas, fundamentalmente por los riesgos específicos que dicha forma de trabajo puede conllevar para las trabajadoras. En este sentido: “la probabilidad de que las trabajadoras por cuenta propia amplíen sus actividades y se conviertan en empleadoras es escasa. A nivel mundial, las mujeres empleadoras -es decir, las trabajadoras por cuenta propia con empleados- representan solo el 1,7 por ciento del empleo femenino total en 2018 (un aumento marginal desde el 1,5 por ciento desde 1990), frente al 4 por ciento entre los hombres. Incluso en los países desarrollados, donde esta proporción es mayor (2,2 por ciento en 2018), las mujeres continúan tropezando con obstáculos en el mercado laboral cuando tratan de acceder a cargos empresariales y directivos”²⁹.

Finalmente, se constata que tener un empleo remunerado no es suficiente para no sufrir pobreza laboral, situación que incide especialmente en las mujeres.

“También sigue habiendo disparidades entre los géneros con respecto al salario medio. En una muestra de países desarrollados, emergentes y en desarrollo, por ejemplo, se observa que las mujeres ganan, en promedio, el 20 por ciento menos que los hombres (OIT, 2017c). Un porcentaje significativo de esta brecha obedece a la presencia excesiva de mujeres en sectores y ocupaciones con mayor incidencia de salarios bajos. Además, la persistente desigualdad salarial entre mujeres y hombres también se debe, en parte, a las deficiencias o la ausencia de políticas e instituciones del mercado de trabajo eficaces, tales como la negociación colectiva y el salario mínimo (*ibid.*)”³⁰.

²⁷ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 8.

²⁸ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 11.

²⁹ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 10.

³⁰ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p.

3.2. Protección social

Uno de los pilares de la igualdad de género en los ODS es el acceso a los sistemas de protección social de las mujeres. Ya la propia OIT, en lo que ha sido denominado Piso de protección social, ha resaltado el carácter esencial de establecer³¹: “conjuntos de garantías básicas de seguridad social que deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional”.

La idea que subyace detrás de esta iniciativa de la OIT es garantizar a todos los ciudadanos el acceso a un conjunto básico de prestaciones de salud, que asegure un seguro de ingresos mínimos, incluidas las pensiones de jubilación y discapacidad, para evitar incurrir en situaciones de pobreza de los colectivos sociales más vulnerables. Con ello se trata de que los Estados garanticen el acceso a una protección social cuya finalidad última es evitar las situaciones de pobreza. Para cumplir con este objetivo, se aprobó la Recomendación 202 de la OIT sobre los pisos de protección social cuya finalidad es, entre otras, garantizar la igualdad de oportunidades y de género³².

Pues bien, las desigualdades de género en el mercado laboral, entre ellas el acceso a los sistemas de protección social por el empleo informal, dificultan la consecución de los ODS³³.

“Sin embargo, la combinación de las brechas entre los géneros en los resultados del mercado laboral y la mayor propensión de las mujeres a trabajar en formas atípicas de empleo (con horas irregulares y una trayectoria laboral con interrupciones) provocan disparidades de protección social entre mujeres y hombres. Esta situación está muy bien documentada por lo que respecta al acceso a las pensiones de vejez (OIT, 2016 y 2017b). El menor nivel de participación femenina en la fuerza de trabajo con respecto a la masculina, las considerables diferencias de remuneración entre los géneros, la mayor probabilidad de una carrera más

12.

³¹ OIT, <https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/policy-development-and-applied-research/social-protection-floor/lang-es/index.htm>

³² Lousada Arochena, J.F., Ron Latas, R.P., *op. cit.*, pp. 121 y ss.

³³ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, *op. cit.*, pp. 12-13.

breve o con interrupciones, y la presencia excesiva de mujeres en el trabajo informal y vulnerable inciden negativamente en su capacidad de consolidar derechos jubilatorios en el régimen contributivo de pensiones. De hecho, estos factores contribuyen a reducir las tasas de cobertura previsional de las mujeres y el nivel de su pensión, y en última instancia aumentan más el nivel de pobreza de las mujeres en la vejez con respecto a los hombres.

En consecuencia, es de fundamental importancia aplicar medidas centradas en compensar las desigualdades de género y en subsanar las diferencias entre las pensiones de mujeres y hombres, por ejemplo el reconocimiento por parte de algunos sistemas públicos de pensiones de los periodos no trabajados para cuidar de alguien. Además, las pensiones no contributivas (financiadas con cargo a impuestos) cumplen un papel fundamental para que la mujer tenga acceso al menos a una pensión básica; no obstante, como los niveles de las prestaciones suelen ser bajos e insuficientes para compensar la falta de prestaciones contributivas, por lo general no bastan para asegurar los ingresos en la vejez (OIT, 2017b). Por lo tanto, para asegurar la protección social adecuada de las mujeres es determinante subsanar las disparidades entre los géneros en el mercado de trabajo y en el empleo”.

4. Propuestas de actuación para lograr los objetivos del desarrollo sostenible desde la perspectiva de la igualdad de género

Si se quiere ver cumplidos los objetivos del desarrollo sostenible fijados en la Agenda 2030 y conseguir, a su vez, la meta del trabajo decente para todos y todas desde el punto de vista de la igualdad de género, es necesario emprender acciones concretas, adecuadas a la realidad de cada país, con un enfoque transversal e integrador, donde cada una de las medidas forme parte de un todo, evitando las regulaciones en compartimentos estancos y comprendiendo todas las facetas del trabajo remunerado.

La premisa de partida debería de ser que sin igualdad de género en la sociedad y en el mercado laboral no se podrá alcanzar la meta del desarrollo sostenible³⁴. A su vez, con estas medidas se trata de combatir la

³⁴ “La desigualdad perjudica a todos: es una amenaza para la estabilidad social y política, un obstáculo para el crecimiento económico, una barrera para el avance en la erradicación de la pobreza y, desde un punto de vista más general, para la materialización de los derechos humanos”. ONU, <http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report->

pobreza laboral para garantizar una vida digna a todos los niveles, personal pero también social³⁵.

Las propuestas de actuación tienen en cuenta la realidad de nuestro entorno jurídico y social, ya que la situación de los países emergente y en vías de desarrollo es distinta porque su realidad socioeconómica lo es³⁶. Con todo, existen elementos comunes como es el empleo vulnerable y el empleo informal, que implican situaciones de precariedad, con independencia del país y su contexto socioeconómico, que son un obstáculo real para la igualdad de género en los ODS. En este contexto es fundamental iniciativas del poder público ya que no se puede dejar la puesta en marcha de los ODS únicamente a los agentes sociales, por lo que es necesario un compromiso global e íntegro de los Estados para la puesta en marcha y seguimiento de los ODS³⁷.

A modo de ejemplo las propuestas de actuación para el cumplimiento de los ODS en igualdad de género son:

- 1) Acabar con la situación de discriminación de la mujer en la sociedad en general y en el mercado laboral en particular. Para ello es necesario actuar sobre los factores estructurales y de tipo socio cultural que se manifiestan fundamentalmente en la segregación laboral, horizontal y vertical, basada en estándares sociales acerca del rol de la mujer en la

[summary-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=3530](#)

³⁵ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 13. “Así pues, para reducir las brechas entre los géneros en el mercado laboral se habrán de adoptar medidas integrales formuladas específicamente para las mujeres (en reconocimiento de sus muy diversas circunstancias), que en última instancia contribuirán al bienestar de la sociedad (OIT, 2016 y 2017a). Promover la diversificación de la economía, tanto en las actividades agrícolas como no agrícolas, contribuirá a lograr un mayor nivel de formalización y al mismo tiempo reducirá la incidencia de la pobreza laboral gracias a la diversificación de los ingresos. Papel fundamental de la educación; las políticas públicas de asistencia a la familia mediante la ampliación de la cobertura de servicios relacionados con la infancia y el fomento de un reparto más parejo de las responsabilidades familiares entre los miembros de la familia”.

³⁶ Para datos en estos países, en general, consúltese el informe OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit.

³⁷ “Es fundamental que todos los agentes sociales trabajen por la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible aplicando medidas que fomenten el empleo femenino de calidad para la mujer, reduzcan los estereotipos de género y la discriminación, tanto en la enseñanza como en el lugar de trabajo, y que reconozcan, reduzcan y redistribuyan la carga desproporcionada de responsabilidades familiares y asistenciales que asumen las mujeres en la actualidad. Hacer las promesas realidad: la igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible”. ONU, <http://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2018/2/gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018>, pp., 86 y ss.

- sociedad.
- 2) Además es necesario actuar sobre contextos específicos, teniendo en cuenta cada realidad concreta, para lograr un desarrollo sostenible desde la perspectiva de género, como puedan ser considerar: “la variación de las desventajas de género por región, clase socioeconómica, origen étnico y edad”³⁸.
 - 3) Incidir sobre factores de desigualdad concretos, como son la tasa de participación laboral femenina, así como su tasa de desocupación; el empleo informal y la pobreza laboral, por el riesgo que suponen estos factores de dejar excluidas a las mujeres de la legislación laboral y de seguridad social.
 - 4) Es necesario garantizar la participación de las mujeres en el mercado laboral especialmente en tiempos de crisis. Para ello es primordial la educación y formación de las mujeres, equipando su formación a la de los hombres en nuevos focos de empleo y evitando su formación para actividades tradicionalmente femeninas³⁹. También son fundamentales las políticas públicas eficaces de conciliación de la vida laboral y familiar.
 - 5) Hay que eliminar la brecha salarial de género si se quiere conseguir un desarrollo sostenible desde un punto de vista del género, brecha que afecta no solo a las retribuciones en la época laboral activa sino también al acceso de las prestaciones de la seguridad social, fundamentalmente a la pensión de viudedad. Se trata de conseguir la independencia económica de las mujeres, tanto en salarios como en pensiones, para eliminar la pobreza laboral femenina.
 - 6) Si se quiere alcanzar un mercado laboral inclusivo desde la perspectiva de género hay que fomentar el acceso de las mujeres a cargos directivos⁴⁰.

³⁸ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 4: “allí donde persisten los problemas y obstáculos que impiden la participación de la mujer en igualdad de condiciones, la sociedad tendrá menos capacidad para trazar una vía hacia el crecimiento económico acompañado de desarrollo social. En consecuencia, la comunidad mundial tiene ante sí uno de los retos sociales y del mercado laboral más acuciantes: subsanar las brechas entre los géneros en el mundo del trabajo”.

³⁹ Quintero Lima, M.G., “Las nuevas necesidades formativas en el marco de la digitalización y demás avatares 4.0 (La Agenda 2030 y los objetivos del desarrollo sostenible como herramientas docentes)”, *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, n. Extra 37, 2017, p. 13 y ss.

⁴⁰ OIT, *Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018*, op. cit., p. 10. “Si bien hoy las mujeres tienen mayor presencia en cargos de dirección intermedia y superior que hace dos decenios, muy pocas llegan a ocupar un puesto ejecutivo, en especial en las grandes empresas (OIT, 2015). Según las estimaciones más recientes, las

- 7) Respecto a emprender acciones concretas en la empresa, la responsabilidad social corporativa puede ser un instrumento fundamental para el ODS de igualdad de género, ya que puede integrar la situación de la mujer en el contexto de la política empresarial y sitúa, al mismo tiempo, esta cuestión en el núcleo del poder de organización y dirección de la empresa, lo que permite que el logro de la igualdad de género sea percibido, identificado y diagnosticado en todos los niveles de actuación de la empresa⁴¹.
- 8) Hay que idear y establecer indicadores específicos que permitan evaluar los logros obtenidos e identificar las carencias en la implantación de la ODS. Por ello es muy importante generar estadísticas de género a todos los niveles. En concreto, la Agenda 2030 propone las siguientes acciones⁴²:
- Respalda la inclusión de indicadores específicos de género en los 17 ODS para el año 2020.
 - Trabaja a favor de la recopilación periódica de datos para los indicadores específicos de género garantizando la calidad y la comparabilidad.
 - Desarrolla estrategias mundiales, regionales y nacionales para identificar a los grupos que se estén dejando atrás.
 - Promover y ceñirse a los estándares de calidad, a las normas de los derechos humanos y a los principios fundamentales de las estadísticas oficiales.
 - Acelera la elaboración de normas mundiales para los indicadores de nivel 3 específicos de género.

mujeres representan menos de una tercera parte de los cargos de dirección intermedia y superior en la mayoría de los países desarrollados, y menos del 5 por ciento de los cargos de dirección general de las empresas que cotizan en bolsa”.

⁴¹ Pedrosa Alquézar, S.I., “Responsabilidad social empresarial como instrumento para la aplicación de la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres” en Sierra Hernáiz, E. (Directora), *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 189-190.

⁴²

<http://www.unwomen.org/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-summary-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=3530>, p. 12. Pérez Del Prado, D., “Una aproximación a los indicadores de cumplimiento de los ODS desde la perspectiva de género”, *Revista de Información Laboral*, n. 7, 2018, p. 3 y ss.

4. Bibliografía

Gil y Gil, J.L., “Trabajo decente y reformas laborales”, *Revista Derecho Social y empresa*, n. 7, 2017.

- “La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, 2017, pp. 3-54.

Lousada Arochena, J.F., Ron Latas, R.P., “La integración del trabajo decente en la Organización Internacional del Trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 211, 2018, pp. 113-139.

Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández J., De Val Tena, A.L. (Dirs.); López Insua, B. (Coord.), *El trabajo decente*. Comares, Granada, 2018.

Morán Blanco, S., “El trabajo decente en la UE: políticas y normas”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 206, 2018, pp. 27-61.

Pedrosa Alquézar, S.I., “Responsabilidad social empresarial como instrumento para la aplicación de la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres” en Sierra Hernáiz, E. (Directora), *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 181-199.

Pérez Del Prado, D. “Una aproximación a los indicadores de cumplimiento de los ODS desde la perspectiva de género”, *Revista de Información Laboral*, n. 7, 2018, pp. 1-9.

Quintero Lima, M.G., “Las nuevas necesidades formativas en el marco de la digitalización y demás avatares 4.0 (La Agenda 2030 y los objetivos del desarrollo sostenible como herramientas docentes)”, *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, n. Extra 37, 2017, pp. 128-149.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Fernández López, M.F., “Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres” en AA.VV., *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro Homenaje a la Profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pp. 31-39.

Web sites

Unión Europea

Comisión Europea. *Sustainable development*.
http://ec.europa.eu/environment/sustainable-development/index_en.htm

Comisión de la Unión Europea. *Compromiso estratégico para la igualdad entre hombres y mujeres* 2016-2019.
http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45147

Organización de las Naciones Unidas

Agenda 2030 para el desarrollo sostenible.
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

Hacer las promesas realidad: la igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. <http://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2018/2/gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018>

[http://www.unwomen.org/
/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-summary-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=3530](http://www.unwomen.org/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-summary-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=3530)

ONU, *Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

Organización Internacional del Trabajo

Perspectivas sociales empleo mundo. Mujeres. Tendencias del empleo femenino 2018. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2018.
https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2018/WCMS_619603/lang-es/index.htm

Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008.

Iniciativa del Piso de Protección Social. <https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/policy-development-and-applied-research/social-protection-floor/lang-es/index.htm>

Mujer y acceso al mercado trabajo

Cristina ARAGÓN GÓMEZ*

RESUMEN: Aunque el mercado laboral se ha caracterizado, en los últimos años, por la creciente incorporación de la mujer al trabajo, su situación dista mucho de ser equiparable a la del hombre y se constatan importantes discriminaciones, directas e indirectas, en el momento de acceso. En este trabajo, se estudia la prohibición de discriminación por razón de sexo como límite a la libertad de contratación del empresario y se analiza el papel que está teniendo el Estado y los agentes sociales en la consecución de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Palabras clave: Acceso al trabajo, discriminación por razón de sexo, igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

SUMARIO: 1. La situación de la mujer en el mercado de trabajo. 2. El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. 2.1. Reconocimiento jurídico y alcance. 2.2. La prohibición de discriminación por razón de sexo como límite a la libertad de contratación del empresario. 3. La tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo. 4. La necesaria intervención del Estado para garantizar el principio de igualdad. 4.1. Del principio de igualdad de trato al principio de igualdad de oportunidades. 4.2. Reserva de puestos de trabajo y preferencias en el empleo. 4.3. Incentivos a la contratación de mujeres a través de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social. 5. La intervención de los agentes sociales. 6. Bibliografía.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Women and access to the labour market

ABSTRACT: Although the labor market has been characterized, in recent years, by the increasing incorporation of women into work, its situation is far from being comparable to that of men and there are significant direct and indirect discriminations at the time of access. In this work, the prohibition of discrimination based on sex as a limit to the employer's freedom of hiring is analyzed and the role of the State and social agents in achieving equality of opportunities between women and men is analyzed.

Key Words: Access to work, discrimination based on sex, equal opportunities between women and men.

1. La situación de la mujer en el mercado de trabajo

El mercado de trabajo se ha caracterizado por una creciente incorporación de las mujeres. En los últimos cuarenta años, la población activa femenina ha aumentado en España casi 7 millones, incrementando su tasa de actividad en 24,5 puntos desde 1976. Pese a esta evolución, los datos evidencian que queda mucho por hacer, pues la situación de la mujer en el mercado de trabajo es todavía, cuantitativa y cualitativamente, peor que la de los hombres.

En efecto, la participación laboral de las mujeres sigue siendo significativamente más baja: su tasa de actividad es once puntos inferior (53,29% frente a 64,62%)¹ y la tasa de empleo femenina es igualmente menor, pues se concreta en un 43,11%, cuando la de los hombres es del 54,60%². Y a este respecto, resulta especialmente elocuente la influencia que las responsabilidades familiares tienen en los niveles de ocupación: En el caso de los hombres, la tasa de empleo de aquellos que tienen entre 25 y 49 años de edad e hijos menores de 12 años (88%) es superior a la tasa de empleo de aquellos que no tienen hijos en ese mismo tramo de edad (83%). Cuando, en el caso de las mujeres, el resultado es cabalmente el contrario, pues la tasa de empleo se reduce cuatro puntos con el primer hijo, en seis puntos y medio con el segundo y en veintidós puntos con el tercero y siguientes³.

Además, las mujeres también han tenido y tienen tasas de temporalidad superiores a los hombres (27,77% frente al 25,91%)⁴, por lo que pueden estar sometidas a niveles de rotación mayores y más expuestas a períodos de no empleo⁵. Y esta precariedad laboral se manifiesta también en un mayor peso de la mujer en la contratación a tiempo parcial: Del total de ocupados que prestan servicios con una jornada parcial, el 74,76% son mujeres⁶. Y del total de mujeres ocupadas, un 24,5% lo hace a tiempo

¹ INE, *Encuesta de Población Activa. Tasas de actividad por sexo y grupo de edad*. Datos a 2T 2018.

² INE, *Encuesta de Población Activa. Tasas de empleo por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma*. Datos a 2017.

³ INE, *Tasa de empleo de las personas de 25 a 49 años sin hijos/con hijos menores de 12 años según periodo*. Datos a 2017.

⁴ Datos que se desprenden del INE. *Encuesta de Población Activa. Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada*. Datos 2T 2018.

⁵ Cebrián López, I., y Moreno Raymundo, G., “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 33, n. 2, 2015, p. 317.

⁶ INE. *Encuesta de Población Activa. Ocupados por tipo de jornada, sexo y sector económico*. 1T 2018.

parcial. Esto provoca que, en la práctica, las mujeres trabajen a la semana seis horas menos que los hombres por término medio⁷. En síntesis, la mujer no sólo se incorpora al mercado laboral en menor medida que los hombres, sino que cuando lo hace trabaja menos horas y durante menos años. Y gran parte de estas interrupciones en su carrera profesional se encuentran motivadas por la asunción de responsabilidades familiares.

De otro lado, se constata una concentración de mujeres en determinadas ramas de actividad. Concretamente, cerca del 60% de las mujeres ocupadas prestan servicios en tan solo seis sectores de actividad: comercio al por menor, hostelería, educación, actividades administrativas, sanitarias y de servicios sociales y actividades en el hogar⁸. Y el 52,8% de las mujeres se concentran en tan solo diez ocupaciones de las casi setenta que recoge la Encuesta de Población Activa⁹. Unas ocupaciones que se caracterizan, en general, por ser puestos que requieren bajo nivel de cualificación y que suelen estar peor remuneradas, por la peor valoración social y, en consecuencia, económica de los trabajos tradicionalmente feminizados.

2. El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo

2.1. Reconocimiento jurídico y alcance

La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental del Derecho de la Unión Europea (art. 3.3 Tratado). La Directiva 76/207/CEE, de 9-2-1976¹⁰, ya reconocía la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo. Pero esta norma fue modificada de forma sustancial y, ante ello,

⁷ INE, *Encuesta de Población Activa*. Número medio de horas efectivas semanales trabajadas por todos los ocupados (hayan o no trabajado en la semana) por situación profesional, sexo y rama de actividad (empleo principal). Datos 1T 2018.

⁸ INE. *Encuesta de población activa*. Ocupados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo. Datos 1T 2018.

⁹ Dependientes en tiendas y almacenes (6,9%), profesionales de la enseñanza infantil, primaria, secundaria y postsecundaria (6,6%), personal de limpieza (6,4%), profesionales de la salud (5,5%), empleados administrativos con tareas de atención al público (5,5%), empleados domésticos (5,3%), trabajadores en servicios de restauración (4,9%), trabajadores de los cuidados de las personas en servicios de salud (4,2%), empleados administrativos sin tareas de atención al público (4%) y otros trabajadores de los cuidados a las personas (3,5%). INE. Encuesta de población activa. Ocupados por sexo y ocupación. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo. Datos 1T 2018.

¹⁰ DOCE 14-2-1976, n. L39/40.

la Directiva 2006/54¹¹ refundió en un único texto las disposiciones existentes en materia de igualdad, incorporando además la doctrina derivada del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el Ordenamiento español, la Constitución proclama la igualdad: a) como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); b) como un mandato de optimización, que impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva (art. 9.2 CE); y c) como un derecho fundamental, que goza de una protección y una tutela reforzada¹². Concretamente, el art. 14 CE establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Se trata de un artículo que comprende varios derechos que han de ser diferenciados: El inciso inicial del precepto se refiere al derecho a la igualdad ante la ley, que se concreta en la prohibición de aquellas diferencias de trato carentes de justificación o que, estando justificadas, produzcan consecuencias desproporcionadas. Ese mismo inciso reconoce a su vez el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que trata de evitar la arbitrariedad judicial, prohibiendo que un órgano aplique decisiones distintas ante casos sustancialmente iguales sin motivar el cambio de criterio. Por último, el artículo reconoce el derecho a la no discriminación, tendiendo a su eliminación, por cuanto implica una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. La discriminación se caracteriza porque el factor de diferenciación toma en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas. Y precisamente por ello, merece especial rechazo y provoca una reacción más amplia del ordenamiento jurídico. Así, no basta con que la diferencia de trato se encuentre justificada, sino que es necesario que esta diferenciación se someta a un canon más estricto de legitimidad constitucional y un mayor rigor en cuanto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 3/2007).

De otro lado, el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación difieren también con respecto a su alcance. El reconocimiento del derecho a la igualdad supone un límite a la actuación de los poderes públicos,

¹¹ DOCE 26-7-2006, n. L204/23.

¹² *In extenso*: Nogueira Guastavino, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, *Lan Harremanak*, n. 25, 2012, pp. 19 a 52.

responsables de dictar las leyes y de aplicarlas. Sin embargo, en el marco de las relaciones laborales, no se impone un principio absoluto de igualdad de trato, por cuanto esta exigencia debe armonizarse con el principio de libertad de empresa (art. 38 CE). El derecho a la igualdad deja así un margen a la libertad del empresario, pero esta libertad no es plena, pues la prohibición de discriminación sí se extiende al ámbito de las relaciones privadas. Por tanto, la decisión de la empresa no puede tener un móvil discriminatorio, tomando como criterio de diferenciación alguna de las causas relacionadas en el art. 14 CE o en el art. 17 ET.

Pues bien, el art. 14 CE identifica el sexo como una de las razones de discriminación prohibidas y el art. 35 de este mismo texto reconoce el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Y este derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo tiene desarrollo específico en la Ley 3/2007¹³ y se reconoce en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET, en relación al contrato de trabajo. Concretamente, el art. 3 Ley 3/2007 consagra el principio de igualdad entre hombres y mujeres, que define como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, por razones derivadas de la maternidad, de la asunción de obligaciones familiares y del estado civil. Por su parte, el art. 6 de esta misma norma precisa el alcance de los términos discriminación directa y discriminación indirecta y el art. 8 califica sin ambages como discriminación directa por razón de sexo “todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad”.

2.2. La prohibición de discriminación por razón de sexo como límite a la libertad de contratación del empresario

El art. 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, dentro de cuyo contenido encontraría encaje la libertad de contratación (STC 147/1986). Y resulta de interés contrastar este precepto con el art. 103.2 de este mismo cuerpo normativo, que señala que el acceso a la función pública será de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Pues bien, en opinión de la Audiencia Nacional, de la literalidad de estos dos artículos se desprende “que el acceso a los puestos de trabajo de la empresa privada no está sujetos al corsé del rigorismo de

¹³ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3-2007, n. 71).

la total imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración” (SAN 24-3-1999, R° 52/1998). El empresario goza así de una cierta discrecionalidad para seleccionar a sus empleados. No obstante, es obvio que no estamos ante una libertad absoluta, pues ya hemos visto que la prohibición de discriminar sí alcanza las relaciones entre particulares. En palabras del propio Tribunal Constitucional, la prohibición de discriminación por razón de sexo “constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo” (STC 41/1999).

De hecho, una de las manifestaciones más claras de discriminación por razón de sexo se produce en la fase de acceso al trabajo. En ocasiones, la razón radica en una visión paternalista que tiende a la protección de la mujer por considerarla naturalmente inferior al hombre y, por tanto, merecedora de una mayor tutela. En otras ocasiones, el motivo obedece a la existencia de prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa o a la reticencia empresarial a contratar mujeres por la creencia de que éstas priorizarán su vida privada en el momento que tengan responsabilidades familiares o, incluso, al efecto boomerang que pueden tener algunas normas protectoras. Precisamente por ello, el hecho de que dos candidatos de distinto sexo acrediten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades de empleo. En efecto, si comparamos hombres y mujeres desempleadas con las mismas características de edad, educación, estado civil y nacionalidad, se observa que “las mujeres se enfrentan a una probabilidad de encontrar un empleo que es un 30% menor al de sus homólogos varones”¹⁴.

A mayor abundamiento, el momento de acceso al empleo coloca al candidato en una situación de especial vulnerabilidad (ante la necesidad de conseguir el trabajo y el elevado número de aspirantes al mismo), lo que favorece que la mujer sea víctima de claras intromisiones en su vida privada: preguntas relativas a su estado civil, al número de hijos, a la intención de ampliar la familia, al uso de métodos anticonceptivos, incluso el sometimiento a test de embarazo.

Consciente de esta realidad, la Directiva 2006/54/CE garantiza la aplicación del principio de igualdad en lo que se refiere al “acceso al empleo, incluida la promoción y a la formación profesional” (art. 1.a) y prohíbe la discriminación, directa o indirecta, en las condiciones de acceso al trabajo y en la delimitación de los criterios de selección [art. 14.1.a)]. No

¹⁴ FEDEA, *Observatorio Laboral de la Crisis*, octubre-diciembre 2013.

obstante, el apartado segundo de este artículo 14 advierte que los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Y en términos muy similares se pronuncia tanto el art. 5 LO 3/2012, como el art. 35.2 Ley de Empleo¹⁵ que expresamente considera discriminatorias las ofertas de trabajo referidas a uno solo de los sexos, “salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar”. Y añade: “En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”.

Pues bien, en la medida en que la prohibición de discriminación por razón de sexo constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, el empleador debe utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer –en el caso de discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno u otro sexo –en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas (STC 173/1994). Y a este respecto es importante destacar que lo determinante es el efecto peyorativo (el hecho de situar a determinados individuos en una situación de inferioridad), resultando irrelevante si concurre o no intención de perjudicar (STSJ Andalucía 22-2-2012, Rº 2880/2011).

Además, aunque es cierto que la Directiva 2006/54/CE aclara que la prohibición de discriminación por razón de sexo se entiende sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer (art. 28), esta especial tutela no puede predicarse frente a riesgos que afectan por igual a ambos sexos, sino exclusivamente con respecto a contingencias específicas del sexo femenino, tales como el embarazo o la maternidad (STJCE 15-5-1986, asunto Johnson). Precisamente por ello, aunque se ha admitido la prohibición de emplear mujeres como vigilantes de prisiones de hombres (STJCE 30-6-1988, Comisión contra Francia) y la negativa a contratar mujeres como cocineras en los Royal Marines¹⁶ (STJCE 26-10-

¹⁵ Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE 24-10-2015, n. 255).

¹⁶ Según el Tribunal, la exclusión de mujeres podría estar justificada por cuanto en este concreto cuerpo de infantería de marina, cualquier soldado -con independencia de su especialidad- debía ser capaz de combatir en comando.

1999, asunto *Sirdar*), el Tribunal de Luxemburgo ha considerado discriminatorio prohibir a las mujeres su intervención como policías en situaciones de disturbios (STJCE 15-5-1986, caso Johnston), impedir su acceso a puestos militares con posibilidad de empleo de armas¹⁷ (STJCE 11-1-2000, caso *Kreil*) o excluirlas de la realización de trabajos en medio hiperbárico o trabajos de buceo (STJCE 1-2-2005, asunto Comisión contra Austria). Además, con base en esta misma lógica, se ha considerado contraria a la normativa comunitaria prohibir que las mujeres presten servicios en horario nocturno (STJCE 25-7-1991, asunto *Stoeckel*; STJCE 13-3-1997, Comisión contra Francia; STJCE 4-12-1997, Comisión contra Italia), por cuanto no parece que, salvo en caso de embarazo, los riesgos a los que se exponen las mujeres trabajando de noche sean diferentes a los que se exponen los hombres.

Bajo esta misma lógica, en nuestro ordenamiento interno, la STC 216/1991 consideró contraria al art. 14 CE la inadmisión de una mujer a las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire y la STC 229/1992 declaró inconstitucional el art. 1 D. 26-7-1957¹⁸ por el que se prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas. Por su parte, la STC 38/1986 declaró que el art. 2 Decreto Ley 15-8-1927¹⁹ era contrario al art. 14 CE, por cuanto establecía en favor de las mujeres un descanso nocturno mínimo y continuado de doce horas.

De otro lado, la negativa de la empresa a contratar a una mujer por el hecho de estar embarazada constituye una evidente discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que sólo puede oponerse a las mujeres (art. 2.2 Directiva 2006/54 y art. 8 LO 3/2007²⁰). Y este rechazo no puede justificarse por motivos basados en un perjuicio económico, ya sea porque la empresa tiene que asumir el importe de la prestación durante el período de descanso por maternidad (STJCE 9-11-1990, asunto *Dekker*) o porque tiene que costear la instalación de baños para mujeres (STSJ Canarias 22-12-2008, R° 980/2007). Es más, cuando estamos ante un contrato de trabajo de carácter indefinido, la negativa a contratar a una mujer embarazada ni siquiera podría fundarse en la incompatibilidad entre las funciones del puesto de trabajo y la gestación, pues el impedimento es meramente temporal y se proyectaría únicamente durante un período

¹⁷ Pues únicamente se les permitía ser reclutadas en unidades sanitarias o en formaciones de música militar.

¹⁸ Decreto de 26 de julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres (BOE 26-8-1957, n. 217).

¹⁹ Real Decreto de 6 de septiembre de 1927 por el que se aprueba el reglamento sobre descanso nocturno de la mujer (Gaceta de Madrid 13-9-1929, n. 256).

²⁰ STSJ Castilla La Mancha 27-12-2013, R° 863/2013.

limitado en relación con la duración total del contrato (STJCE 5-5-1994, asunto *Habermann-Beltermann* y STJCE 3-2-2000, caso *Mahlburg*).

De otro lado, las ofertas de empleo también pueden provocar discriminaciones indirectas. Sabemos que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (art. 6.2 LO 3/2007).

En la fase de acceso al empleo, se ha considerado discriminación indirecta el exigir experiencia previa cuando no es estrictamente necesaria para el puesto y dificulta el acceso de las mujeres a un sector de actividad en el que se encuentran infrarrepresentadas²¹ o el requerir un título formación desproporcionado que afecta mucho más restrictivamente a las mujeres que a los hombres²² o el imponer a ambos sexos una misma altura (presumiendo que, de ella, se desprende necesariamente una determinada capacidad física). A este respecto, es interesante traer a colación el diálogo entre nuestra doctrina judicial y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A nivel nacional, la SAN (CA) 16-7-2008, R° 352/2007 no apreció discriminación alguna por razón de sexo por el hecho de exigirse una talla mínima de 1,60 para el acceso a la escala de oficiales del cuerpo militar de sanidad, pues el hecho notorio de que las mujeres sean, con carácter general, de menor estatura que los hombres “no es causa suficiente para amparar la exigencia de una medida de discriminación positiva consistente en el establecimiento de una talla inferior para aquéllas”. Y, por su parte, la STSJ Madrid (CA) 7-3-2011, R° 690/2006, consideró razonable que se exigiera a hombres y mujeres una misma talla mínima para acceder al cuerpo de bomberos, pues las especiales funciones que desempeñan los integrantes de este cuerpo “justifica que se exijan unas determinadas condiciones físicas, entre ellas la altura”.

Sin embargo, la STJUE 18-10-2017, asunto *Kalliri*, cuestiona la validez de este criterio de selección a la luz del principio de igualdad de oportunidades. En este concreto supuesto, el Gobierno griego exigía, a

²¹ A este respecto, la STSJ País Vasco 30-1-2001, R° 3009/2000, consideró que la política de contratación de una empresa dedicada a la limpieza viaria vulneraba el principio de no discriminación por razón de sexo, por cuanto contrataba preferentemente a quienes ya hubiesen prestado este tipo de servicios con carácter previo. Y muestra del impacto adverso de este criterio de contratación era que la empresa no contaba con ninguna mujer en plantilla.

²² STS 4-5-2000, R° 3708/1999, STSJ Cantabria 14-11-2005, R° 905/2005 y STSJ Cantabria 23-5-2007, R° 417/2007.

quienes querían acceder al cuerpo de policía, que acreditaran una estatura mínima de 1,70; una exigencia que resultaba aplicable tanto a hombres como a mujeres. La señora *Kalliri* presentó una solicitud de participación en el concurso, que fue rechazada porque solo medía 1,68. Ante la reclamación de la trabajadora, el Estado heleno se defendió argumentando que la posesión de determinadas aptitudes físicas particulares (como una estatura mínima) constituía un requisito necesario y adecuado para permitir el cumplimiento efectivo de la misión de la policía. Sin embargo, el TJUE consideró que la decisión del gobierno griego vulneraba el Derecho de la Unión por los siguientes motivos: Primero, porque algunas funciones de la policía, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan un esfuerzo físico elevado. Y segundo, porque la aptitud física no está necesariamente relacionada con la posesión de una estatura mínima. No se puede partir así de la presunción de que las personas con una estatura inferior al 1,70 carecen naturalmente de dicha aptitud, por lo que deviene necesario la realización de un proceso de selección basado en pruebas específicas que evidencien las concretas capacidades físicas de los candidatos.

Sí podría justificarse, sin embargo, la exigencia de una altura mínima cuando este requerimiento tenga por móvil la seguridad en el trabajo. En un supuesto enjuiciado por la STSJ Cataluña 22-9-2010, R° 1024/2010 se analizaba si la empresa había cometido una discriminación por razón de sexo al exigir a sus trabajadores una estatura por encima de 1,50 metros y por debajo de los 2 metros para prestar servicios como conductor de autobuses. Pues bien, en opinión del Tribunal, tal requerimiento estaría justificado, pues por debajo y por encima de estas alturas existen problemas para el propio conductor, por las posturas de debe adoptar y para la seguridad del tráfico, en la medida en que la talla influye en la capacidad de visión, así como en el alcance de los elementos necesarios para una conducción correcta y segura del vehículo (se trataba, en este caso, de un autobús urbano de suelo bajo).

Con respecto a la exigencia de pruebas físicas iguales para hombres y mujeres, resulta de interés traer a colación la STSJ Madrid (CA) 3-10-2016, R° 72/2016. En este concreto supuesto, se impugnaron las pruebas selectivas para el acceso al cuerpo de bomberos del Ayuntamiento de Madrid, por considerar que suponían una barrera para el acceso de las mujeres, por cuanto las pruebas físicas exigidas eran iguales para hombres y mujeres y los partícipes que no lograsen los objetivos marcados como mínimos eran descartados del proceso. Sin embargo, según el Tribunal, no habría existido discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo: el servicio de extinción de incendios tiene una altísima exigencia física y las

medidas de acción positiva encuentran como límite que estas acciones no supongan el acceso al puesto de trabajo de personas que no tengan la capacidad física precisa para desarrollarlo.

3. La tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo

De acuerdo con la Directiva 2006/54/CE (que, a estos efectos, se pronuncia en los mismos términos que el art. 6 Directiva 76/207, en la redacción dada por la Directiva 2002/73), los Estados miembros deben introducir las medidas que sean necesarias para garantizar la reparación del daño sufrido por la víctima de una discriminación por razón de sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio (art 18). Además, deben establecer un régimen de sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la directiva (art. 25).

Según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, este precepto no impone a los Estados miembros el establecimiento de una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino que les deja la posibilidad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para alcanzar el objetivo. A este respecto, el Tribunal aclara que la norma comunitaria no exige a los Estados que una discriminación por razón de sexo, en el acceso al empleo, deba sancionarse imponiendo al empresario la obligación de celebrar un contrato de trabajo con el candidato discriminado (STJCE 10-4-1984, asunto *Colson y Kamann*). Y precisa, además, que el efecto disuasorio al que alude el precepto no implica necesariamente la concesión a la víctima de una indemnización en concepto de daños punitivos, que vaya más allá de la reparación íntegra del daño efectivamente sufrido (STJUE 17-12-2015, asunto *Arjona Camacho*).

A nivel nacional, el art. 10 Ley 3/2007 advierte que “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto”. Y esa misma consecuencia es la establecida en el art. 17.1 ET con respecto a los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a discriminaciones por razón de sexo en contexto del contrato de trabajo.

Esta pretensión de nulidad puede canalizarse a través del procedimiento preferente y sumario garantizado en el art. 53.2 CE para la protección de los derechos fundamentales. Un procedimiento que, en el orden

jurisdiccional social²³, se encuentra regulado en los arts. 177 a 184 LJS y cuyo régimen jurídico no sólo dota al proceso de preferencia y sumariedad, sino que además le atribuye otras peculiaridades con las que se refuerza la protección de los derechos fundamentales por encima de ese mínimo fijado por el constituyente: Se aligera la carga probatoria del demandante (art. 96.1 LJS), se atribuye legitimación activa a sujetos colectivos para la tutela de intereses difusos (art. 7.3 LOPJ y art. 11.bis.2 LEC), se reconoce al juez la posibilidad de recabar dictamen de los organismos públicos competentes cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo (art. 95.3 LJS), se atribuye a un sujeto público (la Autoridad Laboral) la tutela de un interés privado [art. 148.c) LJS]²⁴, se exige la intervención del Ministerio Fiscal (art. 177.3 LJS) y se otorga el afectado una cuádruple tutela en el caso de que su demanda sea estimada (art. 182 LJS). En efecto, el art. 182.1 LJS advierte que el fallo de la sentencia deberá: a) declarar si existe vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (tutela declarativa); b) ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales (tutela inhibitoria); c) reponer la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (tutela restitutoria); y d) reparar las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (tutela resarcitoria).

Hemos apuntado que una de las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales es la aligeración de la carga probatoria. Pues bien, en el acceso al empleo, esta garantía se traduce en que, si se constatan indicios de discriminación por razón de sexo, se impone al empresario la exigencia de hacer transparentes los criterios de selección utilizados, así como de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de las pruebas selectivas. Igualmente, se impondría al empresario la obligación de demostrar que la decisión adoptada es absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Y, a este respecto, resulta de especial interés traer a colación la STJUE 19-4-2012, asunto *Meister*, de conformidad con la cual el Derecho de la Unión no reconoce al candidato de un proceso de selección (que no ha sido contratado a pesar de reunir las condiciones enunciadas en la oferta de empleo) el derecho a

²³ Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. Y tal competencia se extiende no sólo a las incidencias que se produzcan una vez vigente ya la relación laboral, sino incluso con anterioridad (STSJ Cataluña 22-9-2010, R° 1024/2010).

²⁴ STSJ Islas Canarias 7-4-2014, R° 923/2012.

saber cuál ha sido el candidato finalmente contratado y su concreto expediente. No obstante, el Tribunal advierte que, ante la existencia de indicios de discriminación, es necesario garantizar que no se frustren los objetivos pretendidos por la Directiva. Y entiende que la negativa total de la empresa a dar información puede constituir un factor a tener en cuenta a la hora de acreditar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación.

De otro lado, en la fase de acceso al empleo, los tribunales han concretado la tutela restitutoria en el reconocimiento de alguno de los siguientes efectos, en función del momento en el que se haya producido la lesión del derecho fundamental: a) repetir el proceso de selección tomando en consideración los candidatos inicialmente descartados²⁵; b) reconocer al candidato discriminado un derecho preferente a ser contratado en las siguientes vacantes que surjan en la empresa²⁶, c) o, incluso, contratar al candidato víctima de la discriminación²⁷. Y, precisamente por ello, deviene necesario convocar al proceso a los trabajadores contratados en el proceso de selección impugnado, por cuando pueden verse afectados por el fallo judicial.

Al margen de la tutela restitutoria, el art. 182 LJS reconoce al demandante el derecho a que se le reparen las consecuencias derivadas de la lesión del derecho fundamental. Pues bien, con respecto a esta tutela resarcitoria, tradicionalmente se ha entendido que el daño no se presume y que, por tanto, debe ser probado (incumbiendo la prueba a quien pretenda obtener la reparación). No obstante, cuando estamos ante un daño moral, puede resultar difícil su estimación detallada y de ahí que el art. 183.2 LJS haya instaurado una presunción de existencia de daño moral en todo caso de violación de un derecho fundamental y la automaticidad de la condena²⁸. En palabras del propio Tribunal Supremo, la indemnización prevista en el art. 183 LJS tiene una finalidad doble: resarcir a la víctima y contribuir a la prevención del daño. Y, de esta forma, aunque el daño no pudiera ser acreditado, restaría la satisfacción del otro aspecto (STS 16-2-2017, R° 90/2016).

Pero esta tutela antidiscriminatoria no se limita a declarar prohibidas las conductas contrarias al art. 14 CE y a negarles ningún efecto práctico, sino que incluye también la represión del infractor. En efecto, el art. 16.1.c)

²⁵ STSJ Andalucía (CA) 16-11-2015, R° 316/2015.

²⁶ STSJ Cantabria 14-11-2005, R° 905/2005 y STSJ Cantabria 23-5-2007, R° 417/2007.

²⁷ STSJ Islas Canarias 22-12-2008, R° 980/2007.

²⁸ Así lo ha entendido también Folguera Crespo, J.A., en Folguera Crespo, J.A., Salinas Molina, F., Segoviano Astaburuaga, M.L., Agustí Julià, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 689.

LISOS, tipifica como infracción muy grave en materia de empleo, “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo”. Una infracción que lleva aneja las siguientes consecuencias: una multa económica cuya cuantía oscila entre los 6.251 € (en su grado mínimo) y los 187.515 € (en su grado máximo) y dos medidas accesorias: a) la pérdida automática de los beneficios derivados de los programas de empleo con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción; y b) la posible exclusión del acceso a los mismos durante un período de seis meses a dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción (art. 46.bis LISOS)²⁹.

Por último, debemos de tener en cuenta que si un empresario es requerido o sancionado administrativamente por aplicar medidas discriminatorias en el empleo por razón de sexo y no restablece la situación de igualdad, reparando los daños económicos que se hubieran derivado de su conducta, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o con multa de doce a veinticuatro meses (art. 314 CP).

4. La necesaria intervención del Estado para garantizar el principio de igualdad

4.1. Del principio de igualdad de trato al principio de igualdad de oportunidades

La tutela antidiscriminatoria, que se concreta como hemos visto en una reacción represiva por parte del Estado contra actos aislados contrarios al art. 14 CE, resulta por sí sola ineficaz para luchar contra una discriminación de carácter social, pues sirve únicamente para reparar los efectos de las discriminaciones acaecidas en el pasado, sin asegurar su remoción definitiva de cara al futuro, ni solucionar los efectos de conductas discriminatorias omisivas. La tutela antidiscriminatoria no es, en efecto, válida para reaccionar frente a fenómenos colectivos de discriminación, que hacen referencia a una situación generalizada existente en una sociedad, producto de prácticas, estereotipos, prejuicios, usos sociales, etc. No podemos pretender que dos corredores lleguen al mismo

²⁹ Si bien, estas sanciones accesorias pueden ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la Autoridad Laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

tiempo a la meta cuando, teniendo idéntica capacidad, uno corre los cien metros lisos y otro, los cien metros vallas. Cuando la discriminación es social, no bastan las tradicionales medidas antidiscriminatorias; hacen falta medidas que garanticen la igualdad de oportunidades, medidas que remuevan los obstáculos (las vallas) a los que uno de esos corredores se enfrenta en la pista.

En definitiva, la igualdad que el art. 1.1 CE proclama no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la igualdad sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. El actual concepto de no discriminación supera así la prohibición de tratamientos diferenciados para contemplar la necesidad de atender la situación de determinados individuos o colectivos con el fin de hacer posible la igualdad sustancial de los mismos en la sociedad. Mientras la igualdad formal, propia del pensamiento liberal y fruto de la reacción frente a una sociedad estamental, parte de que todos somos iguales y, en consecuencia, hemos de recibir un mismo trato, la igualdad material se funda en la premisa contraria: la realidad muestra que no somos iguales y deviene necesaria la introducción de desigualdades con el propósito, precisamente, de serlo. Ante esta desigualdad de partida, el poder público no puede adoptar una actitud pasiva, de no injerencia, de no intervención, de dejar hacer a las propias reglas del mercado. Es necesario que adopte una actitud positiva, que no permanece ajena al problema, sino que asume un papel protagonista e interviene activamente para corregir el rumbo natural que se derivaría de la estricta aplicación de tales reglas. En consecuencia, la vertiente material del principio de igualdad nos lleva a admitir la legitimidad de un derecho desigual igualatorio (STC 229/1992), conformado por medidas de acción positiva correctoras y compensadoras de la desigualdad real, lo que implica la adopción por parte del Estado de una actividad promocional, tanto positiva (promoción de condiciones que aseguren una igualdad material y no meramente formal), como negativa (remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud) .

Respondiendo a esta necesidad, el art. 30 Ley de Empleo (en los mismos términos que lo había hecho previamente la Ley 56/2003³⁰) identifica a las mujeres como uno de los colectivos con especiales dificultades de integración laboral e impone al Gobierno y a las Comunidades

³⁰ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE 17-12-2003, n. 301).

Autónomas la obligación de adoptar programas específicos destinados a fomentar su empleo. Por su parte, la Ley 3/2007 obliga a los poderes públicos a adoptar medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho, e incluso faculta a las personas físicas y jurídicas privadas para adoptar este tipo de medidas (art. 11).

Pero, ¿qué ha de entenderse por una medida de acción positiva? Aunque la Ley 3/2007 no contiene una definición formal, de su articulado podemos deducir que constituye una intervención concreta del Estado en favor de un determinado colectivo que se encuentra, en la práctica, en una situación de desventaja, al objeto de contrarrestar esta desigualdad de partida y lograr una equiparación plena. No estamos ante un mecanismo de carácter neutro que beneficia, en la práctica, a la mujer en mayor medida que al hombre, sino que representa un instrumento que utiliza el sexo como criterio de diferenciación, favoreciendo a un colectivo en detrimento de otro. Por tanto, este trato de favor en beneficio de un colectivo implica un correlativo trato de desfavor con respecto al colectivo aventajado. Y de ahí la excepcionalidad de este tipo de mecanismos de corrección y la necesidad de que su aplicación se encuentre plenamente justificada.

La premisa en que se funda toda medida de acción positiva es la existencia de una situación fáctica de desigualdad, pues sin la concurrencia de este requisito, esta intervención se convertiría, simple y llanamente, en una discriminación con respecto al colectivo al que se exige un sacrificio en beneficio de la sociedad. Y por otro lado, estamos ante una medida de carácter absolutamente excepcional cuya adopción sólo es admisible cuando no se pueda lograr la equiparación entre los sexos mediante un sistema que no implique un trato desigual. Las medidas de acción positiva, en cuanto pueden entrañar un perjuicio para quienes no se benefician de ellas o entrar en conflicto con otros bienes constitucionalmente protegidos, deben superar el examen de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, deben ser idóneas y adecuadas a la finalidad propuesta, deben ser necesarias para conseguir el propósito parificador y no deben resultar desproporcionadas en el sentido de provocar unos resultados indeseables. Precisamente por ello, la medida de acción positiva ha de tener un carácter necesariamente temporal. Dado que la justificación de este tipo de mecanismos correctores se encuentra en la desigualdad de partida, en el momento en el que se logre un equilibrio entre los colectivos afectados, la medida ha de desaparecer necesariamente si no queremos provocar una discriminación inversa. Y, de hecho, el mismo art. 11 Ley 3/2007 advierte que las medidas en favor de las mujeres serán aplicables mientras subsista

la situación de desigualdad de hecho y la DT3ª Ley de Empleo aclara que estas políticas se mantendrán “en tanto subsistan las actuales tasas de ocupación y de paro respecto de la población activa femenina”.

La acción positiva, al presentar una naturaleza esencialmente colectiva, busca el equilibrio de magnitudes estadísticas y, en consecuencia, sí supone una respuesta a las situaciones de discriminación social o colectiva. Su objeto no es la lucha contra actos individuales, ni tampoco contra una suma de los mismos, sino que ataca discriminaciones que no tienen una especificación concreta a nivel individual. Precisamente por ello, la finalidad correctora pretendida por toda medida de acción positiva se concreta no tanto en una igualdad de oportunidades, como en una igualdad de resultados.

4.2. Reserva de puestos de trabajo y preferencias en el empleo

Las medidas de acción positiva en el empleo se pueden concretar en reservas o en preferencias en el acceso al mercado de trabajo. Cuando hablamos de reserva, nos referimos a un derecho subjetivo a ocupar un determinado puesto de trabajo. La preferencia, por su parte, confiere al beneficiario un derecho de prelación frente a otros candidatos respecto a un concreto puesto. Pues bien, es importante advertir que el legislador ha renunciado a establecer directamente cuotas de reserva o preferencias en el acceso al empleo dirigidas a las mujeres³¹ y se ha limitado a autorizar a los agentes sociales para que adopten este tipo de medidas; por lo que la virtualidad de esta previsión legal dependerá de la actitud que libremente asuman los interlocutores sociales, en ningún caso compelidos por el legislador en este punto³².

En efecto, ya vimos que el art. 11 Ley 3/2007 admite la adopción de medidas de acción positiva en la esfera privada, pero condiciona esta facultad “a los términos establecidos en la presente ley”. Por su parte, el art. 43 de este mismo cuerpo normativo permite que mediante la negociación colectiva se introduzcan medidas que favorezcan el acceso al empleo de las mujeres y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trabajo, “de acuerdo con lo establecido legalmente”. Pues bien, de

³¹ Las únicas medidas aprobadas en esta línea se orientan, no a la mujer, sino a las personas con discapacidad.

³² Escudero Rodríguez, R., “El complejo juego entre la ley y la negociación colectiva en la nueva ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 2007, pp. 991-1010.

conformidad con el art. 17.4 ET, sólo a través de la negociación colectiva se pueden establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación, por lo que no cabe que tengan su origen en un acuerdo individual o en una decisión unilateral del empresario³³.

Por lo que respecta al contenido de estas medidas, el art. 17.4 ET advierte que la negociación colectiva puede establecer “reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate”. Pues bien, aun cuando el legislador se refiere tanto a las reservas como a las preferencias en el empleo, compartimos la opinión de quien sostiene que por parte de los agentes sociales únicamente cabe acordar, en favor del sexo menos representado, un derecho preferente al ingreso en la empresa y en la promoción interna y, en ningún caso, un derecho automático a un puesto de trabajo. Y ello por cuanto el propio precepto permite la adopción de estas medidas cuando un hombre y una mujer se encuentren en condiciones de idoneidad³⁴; requisito que entra en contradicción con una técnica, como la reserva, que se define precisamente por su carácter no competitivo. Si el trato de favor sólo cabe cuando hombres y mujeres se encuentren en condiciones de idoneidad es que estamos ante una concurrencia competitiva, por lo que es obvio que la única medida que cabe es conceder una preferencia en el empleo al sexo menos representado. Las cuotas, por tanto, están prohibidas y no cabría la reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas a favor de las mujeres. Precisamente por ello, la STSJ Asturias 20-12-2010, R° 2655/2010, consideró desproporcionada la preferencia de una mujer sobre un varón para cubrir un determinado puesto de trabajo, en un concreto supuesto en el que la primera tenía menos méritos que el segundo.

Con la interpelación contenida en el art. 17.4 ET a los agentes sociales, se pretende aumentar la tasa de empleo de la mujer y reducir la segregación laboral. La duda que se suscita inmediatamente al respecto es a qué colectivo se pueden dirigir estas medidas. De conformidad con el precepto citado, el legislador otorga esta facultad a la negociación colectiva con el propósito de favorecer el acceso de las mujeres a todas las

³³ Cavas Martínez, F.; Sánchez Trigueros, C., “Art. 43. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva”, en AAVV., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra, 2008, p. 303; Gómez Abelleira, F.J., “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AA.VV., *Comentarios Laborales a la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 190.

³⁴ Gómez Abelleira, F.J., *op. cit.*, p. 204.

profesiones, de lo que parece deducirse que han de ser éstas las beneficiarias. No obstante lo anterior, el mismo precepto matiza que tales intervenciones se pueden concretar en otorgar preferencia para ser contratadas a “las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”, por lo que cabría que los beneficiarios directos de estas medidas de acción positiva fuesen los hombres, favoreciendo su incorporación a sectores de actividad esencialmente feminizados y contribuyendo a configurar un mercado laboral más igualitario y menos teñido de estereotipos.

En sede comunitaria, la STJCE 17-10-1995, asunto *Kalanke*, consideró que la preferencia automática de la mujer sobre el hombre en un sector en el que la mujer se encontraba infrarrepresentada y ambos candidatos concurrían con la misma capacitación, contrariaba el principio de igualdad de trato, lo que generó bastantes dudas con respecto a la compatibilidad de estas de medidas de acción positiva con el Derecho comunitario. Pero a partir de la STJCE 11-11-1997, asunto *Marschall*, parece claro que este tipo de acciones son admisibles siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que la preferencia se otorgue en un sector en el que la mujer se encuentra infrarrepresentada; b) que se aplique entre candidatos de igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales; c) que se garantice una valoración objetiva de las candidaturas, teniendo en cuenta todas las circunstancias personales de los candidatos e ignorando la preferencia concedida a las mujeres cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor de un candidato varón; y d) que tales criterios de valoración no discriminen a las candidatas femeninas. Una tesis que el Tribunal reiteró poco después en la STJCE 28-3-2000, asunto *Badeck* y en la STJCE 6-7-2000, asunto *Abrahamsson* (en un supuesto en el que Suecia había sobrepasado los límites de la acción positiva y había generado un desequilibrio a favor de las mujeres).

4.3. Incentivos a la contratación de mujeres a través de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social

Otra de las medidas públicas para fomentar el empleo de la mujer consiste en rebajar los costes laborales, introduciendo bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social. Ya entre el elenco de medidas previstas en la Ley 22/1992³⁵ (considerado como el primer programa de fomento

³⁵ Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre el fomento del empleo y

del empleo) se incluían bonificaciones especialmente dirigidas a las mujeres, como colectivo desventajado necesitado de una especial tutela, pero siempre y cuando llevaran un año inscritas como demandantes de empleo y fueran contratadas en aquellas profesiones u oficios en los que el colectivo femenino se hallaba subrepresentado. Y este tipo de incentivos se ha mantenido en los programas de empleo de los años siguientes; si bien, en esta evolución legislativa se identifican dos hitos especialmente significativos.

El primer hito lo representa la Ley 43/2006³⁶ que incluyó, por vez primera, una bonificación por la contratación de mujeres en general, sin la concurrencia de ningún requisito adicional. Resultaba así indiferente la edad de la candidata, el período de tiempo durante el cual había permanecido en situación de inactividad, si accedía a un puesto en un sector feminizado o masculinizado, etc. El segundo hito lo representa la Ley 35/2010³⁷, de acuerdo a la cual el colectivo de mujeres pierde su autonomía anterior y el sexo se configura como una variable agravante de la situación de desventaja, que únicamente justifica una bonificación de mayor cuantía.

Pues bien, la lógica de la Ley 35/2010 se ha mantenido hasta nuestras fechas³⁸ y, teniendo en cuenta que el mayor y principal obstáculo de las mujeres para su plena incorporación en el mercado laboral es la asunción de responsabilidades familiares, sorprende que el vigente programa de fomento del empleo no haya previsto incentivo alguno por la contratación de mujeres de 30 a 45 años y que se hayan suprimido las bonificaciones por la incorporación de mujeres en los veinticuatro meses siguientes a la maternidad o tras cinco años de inactividad laboral; y que, sin embargo, se confiera un plus de protección por la contratación de mujeres menores de 30 cuando, en ese tramo de edad, la menor tasa de actividad y de paro de las mujeres no parece significativa. Es cierto que se mantienen otras bonificaciones vinculadas a la maternidad (concretamente, las reconocidas en el art. 1 RD-Ley 11/1998 y en la DA 2ª Ley 12/2001) pero no podemos perder de vista que éstas pretenden el mantenimiento en el empleo de la mujer y no su ingreso en el mercado de trabajo.

Al margen de lo anterior, no parece que sean las bonificaciones en las

protección por desempleo (BOE 4-8-1992, n. 186).

³⁶ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 30-12-2006, n. 312).

³⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (18-9-2010, n. 227).

³⁸ Art. 4.5 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-2012, n. 162)

cuotas a la Seguridad Social, la mejor herramienta que favorezca la incorporación de la mujer al trabajo, pues estos incentivos al empleo suponen un coste muy elevado y presentan importantes ineficacias con respecto a los objetivos perseguidos: En primer lugar, los incentivos a la contratación no se han evidenciado como instrumentos aptos para la creación de empleo. Una empresa no contrata a quien no necesita por el hecho de que le bonifiquen, sino que la decisión de contratar viene determinada por la necesidad de fuerza de trabajo en atención a la evolución de la actividad económica y, muy marginalmente, condicionada a los incentivos que puedan ofrecerle los poderes públicos³⁹. Este tipo de intervenciones, por tanto, lleva aparejado un importante peso muerto, en tanto que se reducen los costes laborales por contrataciones que, en cualquier caso, se hubieran celebrado. En lo único que estas medidas sí podrían determinar al empresario es en la elección del candidato más adecuado y en la inclinación hacia una u otra modalidad contractual. El problema -y aquí se encontraría la segunda disfunción- es que la escasa cuantía en la que se materializa la tutela dirigida a las mujeres (200 € anuales de diferencia con respecto a la contratación de varones, en el mejor de los casos), resta fuerza persuasiva a la medida de fomento del empleo para orientar la decisión empresarial hacia el candidato femenino⁴⁰.

5. La intervención de los agentes sociales

El papel de los agentes sociales está siendo especialmente importante en la prevención de las situaciones de discriminación en el acceso al empleo. Del análisis de los más recientes planes de igualdad, se pueden identificar las siguientes medidas dirigidas a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al trabajo:

a) eliminar el lenguaje sexista de las ofertas de empleo⁴¹;

³⁹ Cruz Villalón, J., Gómez Gordillo, R., “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico”, *Temas Laborales*, n. 61, 2001, p. 89.

⁴⁰ En sentido contrario: Polo Sánchez, C., “Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, n. 22, 2008, p. 18, que considera que la concesión de bonificaciones en las cotizaciones, orientadas a la contratación de trabajadores en aquellos sectores en los que se encuentran menos representadas, “se revele como una de las mejores prácticas para el logro de la igualdad de oportunidades”.

⁴¹ Plan de igualdad de Urbaser, SA (BOE 1-2-2018, n. 29), Plan de igualdad de Paradores de Turismo de España, SA (BOE 8-6-2018, n. 138), Plan de igualdad de Servicios

- b) suprimir las imágenes estereotipadas de las ofertas de trabajo⁴² o que pudieran denotar preferencia hacia uno u otro sexo⁴³;
- c) utilizar canales de comunicación adecuados para que la oferta de empleo llegue a candidatos de ambos sexos⁴⁴;
- d) protocolizar el proceso de selección en base a criterios neutros:
- suprimir de los formularios de solicitud de empleo cualquier referencia relacionada con la vida personal⁴⁵,
 - valorar las competencias adquiridas no sólo en el ámbito profesional, sino también en el trabajo voluntario o en el trabajo doméstico⁴⁶,
 - objetivar el contenido de la entrevista para centrarla en cuestiones relacionadas directamente con el puesto de trabajo, de forma que no quepan preguntas referidas a condiciones personales de los candidatos⁴⁷,
 - exigir requisitos de acceso que se correspondan con las funciones del puesto de trabajo⁴⁸, evitando que la disponibilidad horaria o la experiencia previa se valoren en las pruebas de selección cuando no sean estrictamente necesarias⁴⁹.
- e) incorporar medidas de acción positiva: bien otorgando preferencia al sexo menos representado en condiciones equivalentes de idoneidad⁵⁰, bien garantizando que en la última prueba del proceso de selección esté, entre los candidatos finalistas, una persona del género subrepresentado⁵¹;
- f) promover una composición equilibrada de hombres y mujeres en los equipos de selección⁵² o garantizar, al menos, la presencia de una mujer en

Securitas SA (BOE 12-4-2018, n. 89).

⁴² Plan de igualdad de Paradores de Turismo de España, SA (BOE 8-6-2018, n. 138), Plan de igualdad Socamex (BOE 1-2-2018, n. 29), Plan de igualdad Extel Contact Center (BOE 5-1-2018, n. 5).

⁴³ Plan de igualdad Enviser Servicios Medioambientales (BOE 1-2-2018, n. 29).

⁴⁴ Plan de igualdad Socamex (BOE 1-2-2018, n. 29)

⁴⁵ Plan de igualdad Socamex (BOE 1-2-2018, n. 29), Plan de igualdad Enviser Servicios Medioambientales (BOE 1-2-2018, n. 29).

⁴⁶ Plan de igualdad de Urbaser, SA (BOE 1-2-2018, n. 29).

⁴⁷ Plan de igualdad Thyssenkrupp Elevadores España SLU (BOE 19-8-2014, n. 201), Plan de igualdad Sidenor Aceros (BOE 10-5-2018, n. 114), Plan de igualdad Socamex (BOE 1-2-2018, n. 29), Plan de igualdad Banco Sabadell SA (BOE 11-8-2017, n. 191).

⁴⁸ Plan de igualdad Martín Casillas SLU (BOE 12-7-2018, n. 168).

⁴⁹ Plan de igualdad de Actren Mantenimiento Ferroviario (BOE 11-4-2017, n. 86).

⁵⁰ Plan de igualdad de Paradores de Turismo de España, SA (BOE 8-6-2018, n. 138), Plan de igualdad de Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Casa de la Moneda (BOE 10-5-2018, n. 114), Plan de igualdad de Fnac España SA (BOE 27-2-2013, n. 50).

⁵¹ Plan de igualdad Grupo Asegurador Reale (BOE 1-2-2018, n. 29).

⁵² Plan de igualdad de Innova Coptalia SAU (BOE 28-7-2018, n. 182), Plan de igualdad

- el tribunal encargado del proceso⁵³;
- g) formar y sensibilizar en materia de igualdad a las personas que participan en los procesos de selección⁵⁴;
- h) transmitir a las consultoras de selección, a las agencias de colocación y a las ETTs el compromiso de la empresa con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres⁵⁵;
- i) disponer de información estadística desagregada por sexo de los procesos de selección para las diferentes áreas funcionales (número de personas inscritas, preseleccionadas, entrevistadas) y su resultado (número de personas contratadas) para su traslado a la comisión de seguimiento del plan⁵⁶.
- j) negociar acuerdos con escuelas de formación profesional y universidades para favorecer la entrada de mujeres con formación técnica⁵⁷
- k) colaborar con asociaciones y fundaciones de mujeres en riesgo de exclusión⁵⁸.

6. Bibliografía

Alameda Castillo, M.T., *Estudios previos al contrato de trabajo y no discriminación*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

Alzaga Ruíz, I., “Discriminación de la mujer en el acceso al empleo en la Unión Europea”, *Revista Jurídica Jalisciense*, n. 48, 2013, pp. 13-42.

Socamex (BOE 1-2-2018, n. 29), Plan de igualdad Enviser Servicios Medioambientales (BOE 1-2-2018, n. 29).

⁵³ Plan de igualdad de Telefónica Audiovisual Digital SLU (BOE 30-5-2017, n. 128).

⁵⁴ Plan de igualdad de Cementos Cosmos, SA (BOE 28-7-2018, n. 182), Plan de igualdad Martín Casillas SLU (BOE 12-7-2018, n. 168), Plan de igualdad de AstraZeneca Farmacéutica SA (BOE 13-2-2018, n. 39).

⁵⁵ Plan de igualdad de Iberia LAE SA-Operadora SU (BOE 25-5-2018, n. 127), Plan de igualdad de Kiabi España Ksce SA (20-11-2014, n. 281), Plan de igualdad de Fnac España SA (BOE 27-2-2013, n. 50), Plan de igualdad de Telefónica Audiovisual Digital SLU (BOE 30-5-2017, n. 128).

⁵⁶ Plan de igualdad el Grupo Vips (BOE 10-6-2016, n. 140), Plan de igualdad de Decathlon España, SAU (BOE 22-1-2014, n. 19), Plan de igualdad Setex Aparaki SA (BOE 11-4-2017, n. 86).

⁵⁷ Plan de igualdad Thyssenkrupp Elevadores España SLU (BOE 19-8-2014, n. 201), Plan de igualdad de Actren Mantenimiento Ferroviario (BOE 11-4-2017, n. 86).

⁵⁸ Plan de igualdad Grupo Asegurador Reale (BOE 1-2-2018, n. 29).

- De la Casa Quesada, S., “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. STSJ Santa Cruz de Tenerife 7 abril 2014”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 173, 2015, pp. 341-350.
- Cavas Martínez, F., Sánchez Trigueros, C., “Art. 43. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva”, en AAVV., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- Cebrián López, I. Moreno Raymundo, G., “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 33, n. 2, 2015.
- Cruz Villalón, J., Gómez Gordillo, R., “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico”, *Temas Laborales*, n. 61, 2001, pp. 87-123.
- Escudero Rodríguez, R., “El complejo juego entre la ley y la negociación colectiva en la nueva ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 2007, pp. 991-1010.
- Folguera Crespo, J.A., en AAVV, *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- Gómez Abelleira, F.J., “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” en AA.VV., *Comentarios Laborales a la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 175-215.
- Nogueira Guartavino, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, *Lan Harremanak*, n. 25, 2012, pp. 19-52.
- Polo Sánchez, C., “Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, n. 22, 2008, pp. 16-23.
- Purcalla Bonilla, M.A., “Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal. Comentario a la STSJ Cantabria de 14 de noviembre de 2005”, *Aranzadi Social*, n. 5, 2005, pp. 703-713.
- Rodríguez Escanciano, S., *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras*, Cedecs, Barcelona, 2001.

Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos

Patricia NIETO ROJAS*

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar los mecanismos legalmente previstos para conciliar la prestación laboral y los mayores cuidados que requiere la atención de un hijo enfermo, con discapacidad y enfermedad crónica, señalando las ineficacias del marco vigente y planteando propuestas de reformulación normativa. Con un claro enfoque propositivo se analizará también el impacto que podría tener la aprobación de propuesta de Directiva de permisos parentales tanto en relación a la corresponsabilidad de los varones en el cuidado de los dependientes como en relación al mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo, pues tomando como fuente Eurostat, la principal causa para la inactividad femenina es el cuidado de las personas dependientes.

Palabras clave: igualdad; propuesta de Directiva; conciliación; mujeres; Seguridad Social.

SUMARIO: 1. A modo de introducción: la conciliación laboral y los efectos en la trayectoria laboral de las mujeres. 2. Los mecanismos de conciliación extraordinarios previstos en la legislación estatutaria. 2.1. La reducción de jornada para el cuidado de un hijo enfermo o prematuro. 2.1.1. Supuesto protegido y ejercicio del derecho. 2.1.2. La situación habilitante: la acreditación de la enfermedad y la necesidad de cuidado directo y continuo por parte del progenitor. 2.1.3. Su particularidad para los trabajadores a tiempo parcial. 2.2. La reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de 12 años o de mayor edad si no puede valerse por sí mismo. 3. Excedencias por cuidado de hijos cuando el sujeto causante tiene una enfermedad crónica, una discapacidad o una

* Profesora Ayudante Doctora. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento Derecho Social e Internacional Privado. Calle Madrid, 126, 28903, Getafe (Madrid). Este trabajo forma parte del proyecto dirigido por la profesora Blázquez Agudo “Los ODS como punto de partida para la igualdad del empleo femenino” dependiente del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Presidencia. patricia.nieto@uc3m.es.

dependencia. 3.1 La duración de las excedencias y la posibilidad de fraccionar su ejercicio. 3.2. La compatibilidad de la situación de excedencia con el trabajo. 4. Los permisos por enfermedad grave y hospitalización de un familiar del trabajador. 4.1. Reconocimiento legal del permiso para cuidadores: elementos configuradores y propuestas de reforma. 4.2. El reconocimiento convencional. 5. Medidas adoptadas en el ámbito de la Seguridad Social para paliar las peores trayectorias laborales de las mujeres con responsabilidades familiares. 6. Bibliografía.

Family responsibilities, labor law and gender effects

ABSTRACT: The main of this paper is focused in work–life balance because workers reported difficulty balancing work and family, especially for women. Due to social norms, surrounding genders, and how the organization views its ideal worker, men and women handle the work–life balance differently. This article analyzes the answer of Spanish labor law and Social Security System to these contingences and wonder the effects of the promulgation of the Parental Leave Directive to encourage a better work–life balance. According to Eurostat, the main reason for women in Europe for not to work is that they must look after their children or relatives with long-term illnesses. Studies show that women in Europe spend twice as long on domestic chores than men – even if the men are unemployed and the women are in work.

Key Words: gender equality; draft work/life balance Directive; women; Social Security.

1. A modo de introducción: la conciliación laboral y los efectos en las trayectorias laborales de las mujeres

A pesar de las referencias a la no penalización en las trayectorias laborales de la normativa en materia de conciliación, los datos no solo evidencian la feminización de los cuidados sino la expulsión de muchas mujeres del mercado de trabajo por este cuidado¹. Este efecto no ha sido mitigado por la normativa sobre conciliación de la vida laboral y familiar, pues aunque el art. 2 Convenio 165 OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares² refiere que “con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, cada estado miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”, lo cierto es que buena parte de la inactividad femenina obedece a la asunción de responsabilidades familiares, correlación que se incrementa en el caso de los menores con discapacidad, dependientes o con una enfermedad crónica. A este respecto, la Encuesta de Población Activa recuerda que “las personas que se han retirado del mercado laboral por no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de personas con discapacidad han aumentado durante los últimos cinco años en un 44 por ciento, al pasar de 74.300 inactivos en 2012 a 107.100 en 2017. En total, representan en la actualidad el 19,9 por ciento de inactivos por cuidado de personas dependientes, frente al 14,1 por ciento de 2012. Si se tuviese que hacer un perfil tipo de este cuidado, en el caso de las personas dependientes sería el de una mujer (86,3%) mayor de 45 años (88%)”³. El objetivo de este artículo es analizar los mecanismos de conciliación previstos en la legislación laboral, estableciendo, en su caso, propuestas para su modificación y se sistematizarán también las medidas adoptadas en el ámbito de la Seguridad Social para mitigar la brecha prestacional de las mujeres con responsabilidades familiares.

¹ ILO, *Care work and care jobs for the future of decent work*, ILO, Ginebra, 2018.

² Hasta su promulgación la Recomendación número 163 solo circunscribía este problema a “mujeres con responsabilidades familiares”, Dilla Catalá, M.J., “Derechos y políticas de conciliación en los cuidados de personas dependientes”, en Molero Marañón, M. L. (Ed.) *Dependencia (Long Term Care) y empleo en el Estado del Bienestar*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 478.

³ Fundación Adecco; Previsora Bilbaíno Seguros, *Informe Discapacidad y Familia*, 2018.

2. Los mecanismos de conciliación extraordinarios previstos en la legislación estatutaria

En materia de conciliación, el texto estatutario ha sido reformado en dos ocasiones, y seguramente en el futuro se detectarán otras situaciones merecedoras de atención legislativa, para dar cobertura a necesidades extraordinarias derivadas de acontecimientos familiares de extrema gravedad que no quedaban adecuadamente cubiertos con los derechos de conciliación pensados para necesidades ordinarias de cuidado de hijos y parientes cercanos. Ambas vicisitudes se han categorizado como derechos de conciliación extraordinaria y se dirigen a las siguientes situaciones: nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; y menores afectados por un cáncer u otra enfermedad grave⁴.

2.1. La reducción de jornada para el cuidado de un hijo enfermo o prematuro

La primera contingencia se activa ante el nacimiento de un hijo nacido prematuramente o que, por cualquier otra razón, hubiese de ser hospitalizado tras el parto. Para ello, el art. 37.5 ET prevé un derecho de los progenitores a ausentarse del trabajo durante una hora o a reducir en dos horas su jornada diaria hasta un máximo de trece semanas, y aunque el precepto referido exige que el ingreso se produzca “a continuación del parto”, esta indicación debe interpretarse de manera flexible, de manera que no se exige una inmediatez total y absoluta entre el parto y la hospitalización⁵. La extensión temporal de este permiso adolece de cierta indeterminación, dada la naturaleza de la coyuntura protegida. Respecto a su inicio, la ubicación temporal no presenta dificultades, pues el trabajador comenzará a disfrutar del derecho en el momento del ingreso mientras que el *dies ad quem* no puede concretarse a priori pues el permiso se vincula al tiempo que el neonato permanezca hospitalizado, de modo que resultará imposible determinar con precisión su finalización.

Como se podrá intuir, las razones que justifican este especial tratamiento

⁴ Ridaura López, M.M., *La eficacia de los derechos de conciliación que afectan a la jornada de trabajo*, Universidad de Córdoba. ETEA, 2015, p. 99.

⁵ Basterra Hernández, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de derecho social*, n. 78, 2017, p. 111; García Testal, E., López Balaguer, M., *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Abdón Pedrajas, Valencia, 2012, p. 56.

son la mayor necesidad de atención que precisan estos menores, permitiendo a sus progenitores ampliar el periodo de suspensión de la actividad laboral, y, por tanto, el derecho al subsidio en el número de días en que estos permanezcan hospitalizados, con un máximo de trece semanas, y este beneficio es concurrente con la posibilidad de interrumpir el periodo de suspensión de la actividad y de percepción del correspondiente subsidio en los casos de internamiento hospitalario del recién nacido. La finalidad de ambas normas es permitir que los padres suspendan su contrato por maternidad o paternidad cuando se produzca el alta hospitalaria del niño y, mientras la hospitalización continúe, disfruten de los correspondientes descansos para las visitas al hospital.

Para garantizar esta atención, el legislador reconoce a los progenitores el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora al día, así como la posibilidad de reducir la jornada laboral hasta un máximo de dos horas diarias con reducción proporcional del salario. Como no podía ser de otro modo, el ET reconoce estos derechos indistintamente al padre y a la madre de modo que no es preciso que la madre sea trabajadora por cuenta ajena para que el padre pueda disfrutar del derecho.

Respecto a la segunda contingencia, se activa cuando el menor esté afectado por una enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud en los términos regulados en el RD 1148/2011, de 29 de julio. En relación al ejercicio del derecho, esta reducción opera de manera totalmente autónoma de la reducción de jornada llamémosla ordinaria, esto es, de la reducción contemplada en los dos primeros párrafos del apartado 6 del artículo 37 del ET que reconoce al trabajador el derecho del trabajador a reducir la jornada diaria entre un octavo y la mitad de su duración cuando, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo a un menor de doce años. Como es de sobra conocido, el RD 1148/2011 pretende compensar la pérdida de ingresos que sufren los progenitores que tienen que reducir su jornada por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y/o tratamiento continuado de la enfermedad⁶; razón que justifica que la duración de la reducción quede condicionada al tiempo de permanencia del menor en el centro hospitalario o, estando fuera de este, a la necesidad acreditada de cuidados.

⁶ Cristóbal Roncero, R., “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017, p. 128.

El derecho se contempla, única y exclusivamente, para los menores de dieciocho años, de manera que, si, una vez ya se estuviese disfrutando dicha reducción, el causante alcanzase esta edad, el derecho se extinguiría de manera automática. No parece peregrino sostener que, en tales casos, esta coyuntura podría pasar vehicularse a través del segundo supuesto de reducción de jornada previsto en este mismo art. 37.6 ET, es decir, el del cuidado directo de un familiar⁷.

Con la aprobación de esta norma reglamentaria se dio respuesta a una necesidad, no considerada hasta este momento, por el sistema público de Seguridad Social. En España se diagnostican cada año aproximadamente mil trescientos casos de cáncer entre niños⁸, y su atención⁹ se solventaba mediante diferentes subterfugios, los cuales generaban, en demasiadas ocasiones, una penalización en la trayectoria laboral de las madres. Entre otras soluciones, se acudía a la incapacidad temporal, tratando de sortear así las dificultades económicas que la excedencia o la reducción suponía. Para ello, se alegaban patologías de etología común (como ansiedad, depresión o estrés), cuyo diagnóstico, además de ser algo artificioso, permitía a los progenitores disponer del tiempo suficiente para cuidar al menor sin que ello implicara una retribución menor¹⁰.

2.1.1. Supuesto protegido y ejercicio del derecho

Con la aprobación de este RD, se crea un subsidio que podrá ser solicitado por las “personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo del RD” aunque, con una interpretación muy tuitiva para los padres, una reciente Sentencia del Juzgado de lo Social de Albacete¹¹ ha reconocido el derecho a esta prestación a un trabajador aunque la madre no trabajaba. Señala la sentencia que debido a la discapacidad que padece la madre que “no le

⁷ Basterra Hernández, M., *op. cit.*, p. 116.

⁸ Kahale Carrillo, D., “La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Temas Laborales*, n. 112, 2011, p. 367.

⁹ Nogueira Ferreiro, L., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Una valoración de las primeras decisiones judiciales”, en Mella Méndez, L. (Ed.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 303.

¹⁰ *Ibid.*, p. 304.

¹¹ SJS número 3 Albacete 18.4.2018 (Autos 719/2017).

permite realizar ningún trabajo”, tampoco puede “cuidar de su hijo menor afectado por cáncer”, de modo que, atendiendo a estas especiales circunstancias, se reconoce la prestación solicitada al padre. Sin embargo, la STS 12.6.2018¹² confirmó la legalidad de la actuación de una mutua que extinguió el derecho a percibir el subsidio reconocido una madre, pues el padre había causado baja en la seguridad social, considerando que seguir reconociendo el subsidio a la madre sería contrario “al interés prevalente del menor, pues no fomenta su integración con el progenitor no custodio que es además quien al no trabajar o haber dejado de hacerlo está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa, sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de la actividad laboral”. En los supuestos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la persona determinada de común acuerdo; a falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si esta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. De igual manera, se aplicará lo anterior en aquellos casos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal.

De la regulación referida, se deduce que la misma no contempla que el subsidio sea para dos personas, independientemente del supuesto que se presente. Ahora bien, el legislador, aplicando el principio de igualdad, señala que mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora¹³.

Respecto a su duración, no está sometido a plazo predeterminado, aunque se extinguirá, en todo caso, cuando el menor cumpla 18 años, aunque todavía exista la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente. Durante todo el tiempo que alcance la reducción, el legislador extiende la ficción legal en materia de cotización lo que plantea una diferencia con la reducción de jornada ordinaria en los términos que analizaremos en el epígrafe quinto del presente artículo. El porcentaje de reducción de jornada será de, al menos, del 50% y este elevado porcentaje parece reflejar una voluntad restrictiva por parte del legislador que limita el

¹² R° 1470/2017.

¹³ Kahale Carrillo, D., *op. cit.*, p. 379.

ejercicio de este derecho a aquellos casos en los que las circunstancias concurrentes sean realmente graves y requieran una profunda readaptación del tiempo de trabajo. No obstante, no existiría problema alguno en que, ya fuese a nivel individual o colectivo, se permitiese al trabajador reducir su jornada por cuidado de menores enfermos a partir de coeficientes inferiores al cincuenta por ciento¹⁴.

2.1.2. La situación habilitante: la acreditación de la enfermedad y la necesidad de cuidado directo y continuo por parte del progenitor

La acreditación de que el menor padece una enfermedad grave así como la necesidad de cuidado se efectuará mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público que acredite la necesidad de cuidado continuo y permanente aunque conviene recordar que el TS¹⁵ ha señalado que el anterior requerimiento no supone la atención al mismo durante 24 horas al día. Dos argumentos refuerzan esta interpretación: en primer lugar, porque la propia regulación contempla que la jornada se reduzca, al menos, un 50% lo que supone que el solicitante no va a dedicar la totalidad de la jornada al cuidado del menor sino que una parte del tiempo lo dedicará a la realización de su trabajo¹⁶ y, en segundo lugar, porque, en determinados supuestos, la asistencia a un centro educativo puede suponer una “ayuda específica o tiempo de descanso para los padres”¹⁷.

En relación al listado de enfermedades contenidas en el Anexo I del RD se ha planteado su modificación¹⁸, pues lo relevante en cuanto a la concesión de la prestación no es tanto la inclusión del nombre exacto de la enfermedad en el listado sino si esa enfermedad es en verdad grave o invalidante. Se ha de tener en cuenta que en el mundo existen entre 7.000 y 9.000 enfermedades raras, de las cuales se considera que una mayoría de ellas cursan con necesidad de cuidado directo continuo y permanente, y “no puede pretenderse un listado que recoja miles de patologías”. La

¹⁴ Basterra Hernández, M., *op. cit.*, p. 116.

¹⁵ STS 28.6.2016 (R° 80/2015).

¹⁶ Aguilera Izquierdo, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017, p. 328.

¹⁷ STSJ Aragón 30.10.2013 (R° 436/2013).

¹⁸ Se ha planteado una Proposición de Ley a este respecto que puede consultarse en el siguiente enlace:

<https://drive.google.com/file/d/1esodXTFhqOPFT7LD9wO70R2GggpEDpFE/view>

propia DF 3ª RD ya contemplaba que mediante OM se pudiesen incluir nuevas patologías, compartiendo en este artículo la necesidad de ampliar el subsidio ante enfermedades graves (p. ej. trastornos alimentarios) que, aun no requiriendo hospitalización sí que necesitan tratamiento y la atención continua, directa y permanente del progenitor¹⁹. La mejor solución sería establecer, a modo de cierre, una cláusula general que pudiera determinar la inclusión de enfermedades graves e invalidantes, incuestionables a la vista de los informes pediátricos, evitando la posible interpretación de la lista como *numerus clausus*.

2.1.3. Su particularidad para los trabajadores a tiempo parcial

Respecto a los trabajadores a tiempo parcial, señala el art. 4.7 RD que “cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25% de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio. No obstante, si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite”. Como ya se ha referido, en la práctica, la reducción para el cuidado de los hijos enfermos se está articulando casi de manera generalizada como una suspensión, pues se opta por una reducción del 99% de la jornada. Partiendo de esta práctica, no parece que tenga sentido que se deniegue este sentido a quien tiene una ocupación del 25%²⁰, pues este límite es una diferencia injustificada²¹ que perjudica a los trabajadores a tiempo parcial²².

¹⁹ Nogueira Ferreiro, L., *op. cit.*, p. 306.

²⁰ Mella Méndez, L., “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, en Cabeza Pereiro, J. (Ed.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 213.

²¹ *Ibid.*; Nogueira Ferreiro, L., *op. cit.*, p. 308.

²² Aunque el RD hace una llamada a los convenios colectivos para que estos establezcan las condiciones y supuestos en los que esta reducción podrá acumularse en jornadas completas o para prever diferentes módulos de reducción, no es un requerimiento que esté siendo atendido por los agentes sociales, Velasco Portero, T., “El tiempo de trabajo y su organización”, en Sánchez Trigueros, C. (Ed.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 244.

2.2. La reducción de jornada ordinaria

Los dos primeros párrafos del apartado sexto del artículo 37 del ET reconocen el derecho del trabajador a reducir la jornada diaria entre un octavo y la mitad de su duración cuando, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo a un menor de doce años. El concepto de “guarda legal” engloba, desde luego, la guardia y custodia de los progenitores y la tutela, pero también el acogimiento familiar. Ahora bien, la noción de guarda legal es más reducida que la definida por la legislación común (art. 215 CC), toda vez que el régimen legal de la curatela (arts. 286 y ss. CC.) difícilmente puede aplicarse a los sujetos causantes del derecho a la reducción, sino que solo quienes ejerzan la patria potestad sobre un menor de doce años (los padres biológicos y los adoptivos), o la tutela sobre un menor de dicha edad podrán ejercitar el derecho reconocido por el art. 37.5 ET. Que se emplee el término “guarda legal” merece una valoración crítica pues esta exigencia implica la negación del derecho a quienes actúen guardado de hecho a un menor (como puede ocurrir con los abuelos o con la pareja de hecho) por mucho que se ocupen efectivamente del cuidado del niño, motivo por el cual la expresión guarda legal debería sustituirse por guardia de facto²³. Cualquier otra interpretación podría llevar a la “equivoca conclusión de que el derecho a la reducción de jornada solo incumbe a aquellos trabajadores que estén jurídicamente vinculados al menor mediante la correspondiente institución de guarda legal, y más en concreto, a través de la tutela”²⁴. Sentado lo anterior, el tenor literal del precepto excluye de la posibilidad de disfrutar de una jornada reducida a quienes tengan que ocuparse directamente del cuidado de un menor sobre el que tengan la guarda de hecho, y aunque no parece muy probable que la finalidad última del precepto pretendiese impedir esta circunstancia, lo cierto es que la norma debiese ser modificada para englobar en su seno el cuidado directo de un menor de edad o una persona con discapacidad sin condicionar el derecho a título jurídicamente habilitante sino a la acreditación del cuidado de facto.

En otro orden de consideraciones, es evidente que cabría solicitar la reducción de jornada para encargarse del cuidado directo de un hijo mayor de doce años, siempre que este no pueda valerse por sí mismo y no

²³ Rodríguez Escanciano, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 43.

²⁴ Dans Sotomayor, L., “Tras el paréntesis de las obligaciones familiares: instrumentos jurídico-laborales tendentes a asegurar la permanencia de la mujer en el empleo”, en *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 261.

desempeñe una actividad retribuida²⁵, aunque este menor sí que podrá devengar ingresos derivados de una pensión o rentas patrimoniales²⁶. Compartiendo que sería conveniente que se eliminase del redactado de la ley la imposibilidad de realizar una actividad retribuida por el sujeto causante²⁷, es obvio que la percepción de una prestación bien de la ley de dependencia, bien del sistema público de Seguridad Social, no puede equipararse, en ningún caso, a la realización de una actividad retribuida. Es más, que el ET condicione el derecho a la reducción a que las personas con discapacidad no desempeñen actividad retribuida implica que “el legislador olvida la situación de necesidad que la familia está atendiendo”²⁸ al tiempo que dificulta el derecho de inserción laboral de las personas con discapacidad lo cual no deja de resultar paradójico, sobre todo si se tiene en cuenta la preocupación del legislador español para favorecer y facilitar la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo²⁹. Respecto a cómo se ha de acreditar la necesidad de cuidado, se ha de partir de la siguiente consideración: el ET no exige que la persona tenga que presentar un grado mínimo de discapacidad, sino que ha optado por una interpretación amplia del concepto, entendiendo a estos efectos a la persona que padezca cualquier tipo de dolencia o enfermedad, médicamente constatadas, que altere notoriamente su salud. Dado que la norma no exige nada al respecto, ha de entenderse que concurre esta circunstancia tanto en los casos en que existe una declaración formal de discapacidad o dependencia, pero también cuando, de hecho, el familiar no puede desenvolverse sin ayuda de un tercero en alguna de las parcelas vitales. En este último caso, será el trabajador quien deba probar la concurrencia de tales circunstancias³⁰ a través de cualquier medio válido en derecho sin que pueda exigirse una situación de extrema gravedad³¹.

²⁵ A favor de subsumir a los menores de edad, mayores de doce años, en la reducción de jornada siempre que concurra alguna circunstancia específica, singularmente la discapacidad Bastera Hernández, M., *op. cit.*, p. 115; López Terrada, E., “Permisos parentales y conciliación”, en Ballester Pastor, A. (Ed.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 155; Núñez Contreras, P., “La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial”, *Temas Laborales*, n. 129, 2015, p. 108.

²⁶ García Testal, E.; López Balaguer, M., *op. cit.*, p. 112.

²⁷ Núñez Contreras, P., *op. cit.*, p. 111.

²⁸ Rodríguez Escanciano, S., *op. cit.*, p. 42.

²⁹ Dans Sotomayor, L., *op. cit.*, p. 260.

³⁰ STSJ La Rioja 2.6.2005 (R° 119/2005). El hecho de tener una edad avanzada no presupone por sí mismo la necesidad de cuidado que habilite el derecho a la reducción, sino que esta circunstancia ha de ser probada. García Testal, E.; López Balaguer, M., *Los op. cit.*, p. 116.

³¹ Bastera Hernández, M., *op. cit.*, p. 114.

3. Excedencias por cuidado de hijos cuando el sujeto causante tiene una enfermedad crónica, una discapacidad o una dependencia

La excedencia ha jugado, en sus diferentes modalidades, un papel fundamental como instrumento de conciliación³². El art. 46.3 ET señala que “los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida. Como se observa, la duración es distinta según la causa que la haya suscitado. Así, la excedencia por cuidado de hijos tendrá una duración “no superior a tres años”, computables desde el momento del nacimiento, en caso de maternidad/paternidad natural, o desde la fecha de la resolución administrativa o judicial por la que se constituye el acogimiento o la adopción y la excedencia por cuidado de familiares tiene una duración “no superior al año”, permitiéndose expresamente el disfrute sucesivo de varias excedencias por esta causa, estableciendo que “cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando” (art. 46.3 p.4 ET). El elemento más controvertido en el uso de esta última excedencia es si cabe solicitarla para el cuidado de un menor de edad, mayor de tres años, subsumiendo dicha petición en el supuesto previsto en el párrafo segundo del citado artículo. Pues bien, aunque la doctrina científica³³ admite de manera mayoritaria esta posibilidad, la doctrina judicial se ha posicionado en contra, señalando que el art. 46.3 ET establece dos supuestos diferentes: uno para

³² Charro Baena, P., “Excedencia por motivos familiares y excedencia voluntaria”, en Sánchez Trigueros, C. (Ed.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 285.

³³ García Testal, E.; López Balaguer, M., *op. cit.*, p. 149; Gil Plana, J., “La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017, p. 239.

el cuidado de un familiar menor de tres años y otro “para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida”. De manera aislada, alguna sentencia en suplicación³⁴ ha entendido que, “aun cuando una primera lectura del precepto podría hacernos pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos: el hijo recién nacido (menor de tres años), adoptado o acogido, en la excedencia regulada en el párrafo primero, y otro familiar, enfermo o desvalido, en el segundo, (...) una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo. Avala esta interpretación la propia Directiva 96/34/CE cuando prevé la concesión de un permiso parental para ocuparse del cuidado de hijos hasta ocho años”. Frente a esta tesis, la SAN 13.11.2017³⁵ recuerda que de la configuración normativa prevista en el art. 46 ET se deriva que los sujetos causantes de una y otra excedencia no son los mismos. Esta interpretación (que, por otra parte, ya era la tesis mayoritaria en la doctrina judicial), ha sido nuevamente utilizada en la STS, 3ª, 4.5.2018³⁶ que entiende que “no procede la excedencia por cuidado de hijos mayores de tres años y menores de edad (de 6 años pretendía la magistrada, ligando dicha edad al acceso a la educación básica) al no estar prevista en la normativa en vigor, que respecto de los hijos (o menores acogidos) fija el tope máximo en el cumplimiento de los tres años de edad, sin que en la previsión genérica de excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos, pueda incluirse a los hijos mayores de tres años y menores de edad”. La interpretación sistemática de ambos

³⁴ STSJ de Navarra de 23 de febrero de 2006R. 25/2006. La doctrina judicial dominante es, sin embargo, la contraria. Así se han pronunciado, entre otras, las SS. de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 1.3.2017 (Rº 226/201) y de 2.5.2007 (Rº 424/2007) relativas al precepto del convenio colectivo del sector de Contact Center de cuya interpretación se trata, cuya redacción no se ha modificado en los sucesivos convenios y las SS. de la Sala de lo Social del STSJ de Madrid de 17.11.2014 (Rº 596/2014) y 08/10/2007 (Rº 2717/2007) y STSJ Aragón de 14.10.2009 (Rº 7372009).

³⁵ Procedimiento n. 290/2017.

³⁶ Rº 133/2017.

apartados excluye que los hijos mayores de tres años y menores de edad puedan incluirse entre los familiares, toda vez que el legislador ha fijado por una razón puramente convencional un tope máximo en el cumplimiento de los tres años de edad, coincidiendo con la segunda etapa de escolarización en educación infantil, cuyas tasas superan el 95%³⁷, sin que quepa utilizar el supuesto previsto en el segundo párrafo del art. 46.3 ET para eludir el límite etario del primer párrafo. La propia EM de la Ley 39/1999 señalaba que esta excedencia tiene por objeto “ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población”.

Para que quepa la utilización de la excedencia de familiares para atender a un menor de edad, mayor de tres años, han de cumplirse los siguientes presupuestos: en primer lugar, la necesidad de cuidado bien “por edad, enfermedad o discapacidad” y, en segundo lugar, que el familiar no desempeñe “actividad retribuida”. Respecto a cómo se ha de entender esta doble exigencia, el desvalimiento no puede exigirse en grado máximo, es decir, no será necesario que el menor requiera ayuda para la realización de actos vitales y también debe descartarse que pueda vincularse a los conceptos de incapacidad manejados en el ámbito de la Seguridad Social³⁸, discapacidad en el RD Leg. 1/2013 o de dependencia en la Ley 39/2006, pues son situaciones jurídicas mucho más amplias que podrían dejar sin cobertura a una serie de situaciones que, no encajando, en aquellos conceptos, sí que podrían ser habilitadores para la solicitud de esta excedencia³⁹ en los términos exigidos por el ET. Aunque es habitual que los convenios exijan la certificación del grado de discapacidad y el documento que acredite el parentesco (libro de familia)⁴⁰, el ET no exige que el familiar tenga reconocido ningún grado de discapacidad, de ahí que se consideren inadecuadas las previsiones convencionales que exigen requisitos adicionales, bastando cualquier circunstancia que impida al familiar cuidarse por sí mismo, algo que casi que se presupone en los menores de edad con una discapacidad o una enfermedad crónica. O dicho de otro modo, no será exigible ninguna resolución administrativa sino que bastará con que el menor “presente una deficiencia permanente que le impide su plena y efectiva participación en sociedad”⁴¹ sin hacer

³⁷ MECD, Estadísticas de la Educación. <https://www.mecd.gob.es/inee/.../2015-e2.1-escolarizacion-educacion-infantil.pdf>

³⁸ Jurado Segovia, A., “La excedencia por razones familiares (art. 46.3 ET): puntos críticos (1)”, *Actualidad laboral*, 2012, n. 5, p. 4, del ejemplar electrónico.

³⁹ Gil Plana, J., *op. cit.*, p. 242.

⁴⁰ Charro Baena, P., *op. cit.*, p. 300.

⁴¹ Gil Plana, J., *op. cit.*, p. 243.

penden esta excedencia de la acreditación de un grado mínimo de discapacidad. En relación a cómo debe ser interpretada la no realización de actividad retribuida, se mantienen las mismas disfunciones que las referidas respecto a la reducción de jornada.

3.1. La duración de las excedencias y la posibilidad de fraccionar su ejercicio

El legislador contempla que la excedencia para el cuidado del menor pueda extenderse hasta que el sujeto causante cumpla tres años mientras que fija en dos años la duración de la excedencia causada por el cuidado de un familiar salvo que establezca una duración mayor la negociación colectiva. A la luz de la feminización en el uso de las excedencias, cabría plantearse si esta duración es correcta. Entendemos que esta limitación temporal ha de considerarse una medida positiva, pues una duración mayor puede ocasionar un alejamiento del mundo laboral de las madres que son las que mayoritariamente hacen uso de la excedencia⁴²; es más, se aboga por avanzar en la corresponsabilidad, de modo que parece plausible introducir una cuota de reserva de un año a favor del padre⁴³.

El amplio lapso de tiempo durante el que cabe el recurso a esta institución puede ser un obstáculo real para la integración y mantenimiento en el mercado de trabajo (de las mujeres) así como su para su capacitación profesional, puesto que cuanto prolongada sea su ausencia más posibilidades hay que no se vuelva a incorporar el puesto de trabajo o pierda capacitación profesional que la sitúe en situación de desventaja con otros trabajadores⁴⁴. Otro sector doctrinal⁴⁵ no se muestra favorable a la reducción de la duración de esta institución, fundamentando su negativa en dos razones: en primer lugar, porque tal y como está regulada, la duración es máxima, pero el solicitante puede agotarla o no y en la medida que está previsto el fraccionamiento se reducen los peligros referidos, y, en segundo lugar, porque una reducción de la duración, y con ella las garantías anudadas a su ejercicio, no parece asegurar que los hombres vayan a ejercer más este derecho y, en cambio, se puede traducir en una

⁴² Rodríguez Rodríguez, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 127.

⁴³ Gil Plana, J., *op. cit.*, p. 245.

⁴⁴ Cabeza Pereiro, J., “¿En qué debe cambiar el derecho español para adaptarse el acuerdo marco revisado sobre el marco parental?”, *Aranzadi Social*, n. 6, 2010, pp. 9-10, del ejemplar electrónico.

⁴⁵ Gil Plana, J., *op. cit.*, p. 245.

imposibilidad de atender a sus responsabilidades familiares⁴⁶. En el objeto de análisis de este artículo, parece que lo más conveniente es dejar esta duración máxima y que sean los progenitores quienes decidan hacer uso de ella o no.

Sentado lo anterior, no parece cohonestar muy bien con la finalidad última de esta institución el diferente tratamiento que tienen estas excedencias en relación a los derechos que asisten a los trabajadores, pues sea la excedencia por cuidado de hijos, sea por cuidado de familiares, el derecho de reserva solo es garantizado en el texto estatutario durante el primer año de excedencia, ampliándose esta reserva a los quince o a los dieciocho meses, respectivamente, si se tiene la condición de familia numerosa de categoría general o especial⁴⁷ en la definición contenida en el art. 2.2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas⁴⁸. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría equivalente lo que supone que, aun estando la empresa obligada al reingreso, esta tiene una mayor capacidad de respuesta. Como buena práctica negocial, algún convenio reconoce la reserva del mismo puesto hasta los tres años de duración si la excedencia se ha solicitado para atender al cuidado de un hijo con discapacidad psíquica o física⁴⁹, tratamiento que podría inspirar una reforma normativa en este sentido.

3.2. La compatibilidad de la situación de excedencia con el trabajo

Otro de los aspectos que mayor interés suscitan es si durante la excedencia cabe trabajar en otra empresa o por cuenta propia y en qué medida esta actividad puede suponer una competencia desleal, debatiéndose la doctrina judicial en dos tesis antagónicas: La primera que pasa por considerar causa lícita de despido la prestación de servicios en otra empresa cuando se disfruta de una excedencia por cuidado de hijos, pues como todo derecho, el mismo debe utilizarse para la finalidad que lo justifica⁵⁰, habiéndose considerado incumplido el deber de buena fe cuando la excedencia se utiliza para trabajar en una empresa de la

⁴⁶ Jurado Segovia, A., *op. cit.*, p. 8, del ejemplar electrónico.

⁴⁷ Dans Sotomayor, L., *op. cit.*, p. 243.

⁴⁸ BOE 19.11.2003.

⁴⁹ CC Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 25.4.2012); CC Reale Seguros (BOE 13.6.2017).

⁵⁰ STSJ Castilla y León 8.4.2013 (Rec. 378/2013).

competencia⁵¹. Y una segunda, que admite la compatibilidad entre la excedencia y el trabajo por cuenta propia o ajena⁵² si se trata de un empleo que permite conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares⁵³. Lo determinante para esta última línea interpretativa es si el nuevo puesto facilita el cumplimiento de ambas finalidades, en cuyo caso, no cabe duda de que se estará respetando el objetivo de la institución. Para realizar esta constatación se habrá que comprobar, de manera individualizada, si las condiciones pactadas en el nuevo trabajo facilitan la tarea de atención familiar que justifica el peculiar régimen jurídico de la excedencia solicitada. De algún modo, la diferencia entre la excedencia por cuidado de hijo y la voluntaria no causal también ha de centrarse en el alcance del deber de buena fe⁵⁴, el cual “ha de actuar como causa de limitación de un derecho subjetivo cuando contravenga en cada ocasión las consideraciones que, dentro de la relación jurídica, una de las partes está obligada a adoptar respecto de la otra”⁵⁵. Desde esta perspectiva, la prohibición de competencia desleal no puede quedar circunscrita solo a los supuestos en los cuales están plenamente activas las obligaciones principales del contrato, sino que habrá de proyectarse durante toda su vigencia. En relación a la recepción de la negociación colectiva de esta posibilidad, lo cierto es que apenas encontramos referencias en la regulación paccionada⁵⁶. Algún convenio contundentemente señala que «la utilización de estas situaciones de excedencia [por razones familiares y voluntaria], con una finalidad distinta a la que motivó su concesión, determinará la pérdida del derecho de reingreso, no pudiendo solicitarse para prestar servicios en otras entidades» y a fin de acreditar tal extremo se exige que a la finalización de la excedencia el trabajador presente “inexcusablemente justificante de la vida laboral expedida por la Seguridad Social”⁵⁷. Otros⁵⁸ sancionan la realización de trabajos remunerados por

⁵¹ STSJ País Vasco 26.2.2008 (Rec. 3076/2007). En contra, STSJ Madrid 14.4.2009 (Rec. 1290/2009) y STSJ Andalucía 22.2.2012 (Rec. 1279/2011) o calificándolo como nulo STSJ Castilla y León 17.10.2012 (Rec. 1468/2012).

⁵² Analizando esta doctrina judicial, Padín Prieto, P., “Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena y competencia desleal”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2015, n. 391, pp. 105-112.

⁵³ Puebla Pinilla, A., “Art. 46”, en AAVV. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4ª, Lex Nova, Valladolid, 2016, p. 593.

⁵⁴ García Testal, E.; López Balaguer, M., *op. cit.*, p. 158.

⁵⁵ Fernández Domínguez, J. J., “Excedencia voluntaria y competencia desleal (un debate arduo en los Tribunales)”, *Trabajo y Derecho*, n. 2, 2015, p. 5.

⁵⁶ Charro Baena, P., *op. cit.*, p. 305.

⁵⁷ BOE 12.9.2013.

cuenta ajena o cuenta propia mientras que otros⁵⁹ compensan esta limitación al trabajo con el abono de una cantidad económica aunque la misma sea claramente insuficiente: cien euros mensuales hasta que el hijo menor cumpla los tres años. Por su parte, la doctrina judicial⁶⁰ ha sostenido la compatibilidad del disfrute de la excedencia por cuidado de hijos y el desempeño de otra actividad si la nueva prestación permite cumplir la finalidad que originó la concesión de la excedencia, máxime cuando “en el contrato de trabajo no se contenía pauta alguna de exclusividad (y su inherente) compensación económica tendente a retribuir la renuncia al real o potencial beneficio susceptible de obtenerse del desarrollo de otras actividades profesionales, así como a retribuir la limitación del derecho a la libertad del trabajo”.

A nuestro juicio, la pervivencia del vínculo jurídico durante la excedencia determina que su ejercicio⁶¹ haya de respetar el límite impuesto en el art. 5.d) ET que, como se ha referido, no precisa ni de cláusula contractual ni convencional para operar⁶². En un supuesto tan especial como el que da origen a este artículo, con más razón si cabe, el parámetro que debiese utilizarse como canon interpretativo es si el nuevo trabajo permite una mejor conciliación, siendo el excedente el único facultado para acreditar que esta nueva ocupación le proporciona una ventaja para su necesidad de conciliación⁶³.

4. Los permisos por enfermedad grave y hospitalización de un familiar del trabajador

En la Carta Europea de los Niños Hospitalizados⁶⁴ ya se proclamaba el derecho de los niños a “la hospitalización diurna, sin que ello suponga una carga adicional a los padres”. Por su parte, 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, exige a los Estados miembros que

⁵⁸ Véanse las referencias contenidas en la nota 35 del artículo de PADÍN PRIETO, P., “Excedencia por cuidado de hijos y familiares”, cit., p. 109. CC Altcam Automóviles (BOP Tarragona 19.3.2014); CC Ara Vinc (BOP Barcelona 3.2.2014); CC Metal Valencia (BOP Valencia 22.5.2013); CC Empresas Comercio productos químicos (BOE 15.12.2011) o CC Bosal España (BOE 28.7.2010).

⁵⁹ CC Telefónica Móviles España (BOE 19.6.2013).

⁶⁰ STSJ Castilla y León 17.10.2002 (Rec. 1468/2012).

⁶¹ STSJ Madrid 21.1.2003 (Rec. 4347/2002).

⁶² STSJ País Vasco 1.3.2001 (Rec. 278/2011).

⁶³ Gil Plana, J., *op. cit.*, p. 252.

⁶⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 13 de mayo de 1986 (DOCE 13.5.1986).

pongan en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha regulación. Tanto la Carta como la Directiva, actualmente en trámite de ser modificada⁶⁵, fueron un catalizador para un cambio positivo en relación a la conciliación pues ambas sentaron unas bases comunes para permitir la mejor atención de los menores hospitalizados.

4.1. Reconocimiento legal del permiso para cuidadores: elementos configuradores y propuestas de reforma

En el propio texto de la Directiva se recuerda la importancia de tener en cuenta las necesidades especiales, y seguramente sobrevenidas, de quienes tienen hijos con discapacidad o con enfermedad prolongada. Para ello, los “Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Tal y como está configurado en el texto de la Directiva, estamos ante el derecho que tiene el trabajador a ausentarse del trabajo para los casos de enfermedad o accidente graves de familiares que hagan indispensable su presencia (cláusula 3, apartado 1).

Este permiso de fuerza mayor es más amplio que las previsiones contenidas en el ET, pues en el ordenamiento jurídico nacional no existe ningún permiso que permita la ausencia siempre que se requiera la presencia inmediata del trabajador, sino que el art. 37.3 b) ET exige la gravedad. Se ha de tener en cuenta que el objetivo perseguido por la norma española no es que el trabajador se haga cargo de su familiar durante todo el proceso sino permitirle que, aunque sea durante un periodo de tiempo breve, pueda acompañarle en esta contingencia, con la dificultad añadida de determinar cuando el accidente o enfermedad reviste la requerida gravedad. Pues bien, es evidente que la gravedad es independiente de la hospitalización, no solo porque dentro del elenco de situaciones previstas por el propio 37.3 b) ET se sistematiza la enfermedad y la hospitalización como dos contingencias diferentes, sino porque es obvio que no puede supeditarse la apreciación de la gravedad a

⁶⁵ Cuyas líneas maestras se contienen en el documento: COM (2017) 252 final. Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Bruselas 26.4.2017.

que el accidente o la enfermedad impliquen peligro para la vida⁶⁶.

El permiso tampoco se extingue con el alta hospitalaria si la misma no va acompañada del alta médica. El TS⁶⁷ ha considerado que el alta hospitalaria no hace desaparecer la razón última del permiso; la interpretación teleológica del precepto sitúa la solución del problema en la necesidad de atención y cuidado por lo que el permiso ha de ser concedido cuando concurren el resto de requisitos con independencia de que el familiar siga o no hospitalizado; esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que usualmente el alta hospitalaria no va acompañada del alta médica sino que casi siempre se da con la recomendación facultativa de reposo que, si es domiciliario, de por sí es causa independiente del permiso retribuido. De no seguirse esta tesis, podía llegarse a la contradicción de que un mismo hecho, el reposo domiciliario, pudiera dar lugar a la vez a la extinción (si sigue al alta hospitalaria) y al nacimiento del permiso retribuido (si no va precedida de hospitalización).

Con un alcance mayor, la propuesta de Directiva actualmente en tramitación introduce un permiso para cuidadores, cuya aprobación supondría que la legislación comunitaria reconociese al trabajador el derecho a ausentar durante cinco días laborables al año para atender un problema médico en los términos contenidos en el art. 3 de la Directiva, esto es “el trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia de un familiar”, entendiendo como familiar solo a aquel que lo sea por afinidad, es decir, solo la dependencia generada por el cónyuge o su familia directa (padres o hijos) da lugar al derecho, no contemplándolo para el cuidado de familiares del cónyuge. Obviamente los Estados podrán extender este derecho a los familiares, pero la limitación a los familiares propios ha de considerarse muy positiva pues evita que sean las mujeres las que asuman de manera casi exclusiva estos cuidados.

Valorando esta propuesta, el CESE⁶⁸ recuerda que la ausencia de permisos adecuados contribuye a la distribución desigual de las responsabilidades de atención familiar, pues con frecuencia esta función recae exclusivamente en las mujeres, de ahí que solo pueda “acogerse con satisfacción la

⁶⁶ Basterra Hernández, M., “Los permisos retribuidos del art. 37.3 ET: un análisis aplicativo”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 195, 2017, p. 7, del ejemplar multicopiado.

⁶⁷ STS 18.6.2018 (R^o 128/2017).

⁶⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “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”, DOUE 12.4.2018.

propuesta de establecer unas condiciones mínimas a nivel europeo mediante la introducción de un derecho individual a un permiso para cuidadores de, al menos, cinco días al año y remunerado al nivel de la baja por enfermedad”. Por su parte, el Comité de las Regiones también se ha mostrado satisfecho con la propuesta pues ella permite legitimar y apoyar a las personas que se ocupan de forma espontánea e informal de familiares dependientes. Ahora bien, “hay que seguir realizando esfuerzos para garantizar que haya suficientes estructuras de acogida de larga duración a fin de responder a las necesidades crecientes y que se prevean fondos europeos para crear servicios de cuidados de larga duración. Ambos aspectos son indispensables para ayudar a los Estados miembros a gestionar las actuales tendencias demográficas en Europa”⁶⁹.

4.2. El reconocimiento convencional

Respecto al tratamiento de los convenios colectivos a estas contingencias⁷⁰, la mayoría se caracterizan por la parquedad a pesar de que la autonomía colectiva habría de jugar un rol importante en materia de conciliación y corresponsabilidad, singularmente a través de la flexibilización de jornadas y horarios⁷¹. El presente epígrafe se centrará, no obstante, en aquellos convenios que sí que avanzan algo en esta materia. La práctica más habitual es que la regulación convencional establezca una graduación de las dolencias que dan derecho a la ausencia, de modo que la duración varía en función de la gravedad de la patología. Especial interés presentan los convenios que regulan ausencias para afrontar casos muy emparentados con los del art. 37.3 b) ET, pero que solo de manera muy forzada podrían subsumirse en tal precepto. Quizá el supuesto paradigmático es el permiso para el acompañamiento a consultas médicas de hijos pues aunque es evidente que esta contingencia suele hacer surgir preocupación, se hallan alejadas del supuesto delineado por el legislador⁷². Los condicionantes introducidos en la negociación colectiva para el

⁶⁹ Dictamen del Comité Europeo de las Regiones “La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores” (2018/C 164/11), DOUE 8.5.2018.

⁷⁰ Sánchez Trigueros, C., “Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017, pp. 166-170. Un abundante elenco de cláusulas convencionales puede consultarse en Lahera Forteza, J., García Quiñones, J.C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 102-106.

⁷¹ Rodríguez Escanciano, S., *op. cit.*, p. 109.

⁷² Véase los convenios citados en la nota 153, Sánchez Trigueros, C., *op. cit.*, p. 167.

disfrute de este permiso son muy variados, pudiéndose citar entre los más habituales: que el médico de que se trate sea de la sanidad pública, que no sea posible acudir en periodos de descanso o que se aporte volante u otras justificaciones⁷³. En esta línea flexibilizadora, algún convenio contempla la ampliación de esta ausencia, pero transformándola en una causa habilitante para una suspensión contractual, carente de retribución⁷⁴.

Con un alcance subjetivo más limitado, algún convenio reconoce “el tiempo necesario para acompañar a familiares de primer grado con discapacidad física o psíquica y así resulte acreditado”, exigiendo que “el uso de este permiso o licencia deberá ser preavisado al empresario con la suficiente antelación, salvo razones de fuerza mayor o de urgencia”⁷⁵. En otros se contempla un permiso retribuido para los trabajadores con hijos con discapacidad y aunque no se “especifica su duración (se ha sobrentendido que es por el tiempo necesario⁷⁶) para asistir a reuniones de coordinación ordinaria con finalidades psicopedagógicas con el centro de educación especial o de atención precoz, donde reciba tratamiento el hijo o hija, o bien para acompañarlo si ha de recibir soporte adicional en el ámbito sanitario que haya de efectuarse dentro de su jornada laboral⁷⁷. Finalmente, algún convenio⁷⁸, con un tratamiento muy adecuado en la materia, contempla permisos para la atención de familiares hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con reconocimiento de algún grado de dependencia o discapacidad. En otros convenios se prevé que “en el caso de trabajadores o trabajadoras con hijos o cónyuge con un grado de discapacidad superior al 65%, el permiso será de cuarenta y ocho horas anuales”⁷⁹. En esta misma línea, algún convenio prevé que “en el caso de enfermedad muy grave de un familiar de hasta segundo grado, la persona trabajadora podrá solicitar a la empresa, a través de la comisión paritaria de igualdad, la concesión de un permiso especial retribuido para el cuidado y atención de dicho familiar, de duración máxima de un mes al año, que podrá ser prorrogable en caso necesario. La comisión podrá

⁷³ Núñez Contreras, P., “Eficacia de los «permisos por acontecimientos familiares» desde la perspectiva de las personas trabajadoras: una propuesta de mejora normativa”, *Temas Laborales*, n. 132, 2016, p. 171.

⁷⁴ STSJ Comunidad Valenciana 7.10.2008 (R° 2331/2008)

⁷⁵ Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, BOE 28.8.2013.

⁷⁶ Véase nota 48, Núñez Contreras, P., “Eficacia de los «permisos por acontecimientos familiares» desde la perspectiva de las personas trabajadoras”, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁷ BOE 2.1.2017.

⁷⁸ CC Reale Seguros (BOE 13.6.2017).

⁷⁹ CC Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Aranda de Duero (Burgos), Valladolid, Almería, Seseña (Toledo), Subirats (Barcelona) y Burgos (BOE 11.2.2016).

requerir a la persona solicitante las justificaciones documentales necesarias que acrediten la situación causante del permiso⁸⁰. También, dentro de estas licencias sin sueldo, algún convenio prevé que “los trabajadores podrán disfrutar anualmente de un permiso no retribuido de hasta un mes de duración, para el cuidado de un hijo menor de 8 años o de un ascendiente, que conviva con el trabajador, no desempeñe ninguna actividad retribuida y sufra de un grado severo de dependencia⁸¹”.

Tanto el procedimiento para su ejercicio, el tiempo de preaviso, la posibilidad de prestar servicios por cuenta ajena o propia durante el permiso, la posibilidad de reincorporarse antes de su finalización o los supuestos para los que se puede solicitar serán determinados en el pacto que crea estos permisos. Llegados a este punto, cabe plantearse cuál es la solución si existe una continuidad de los procesos patológicos, pues esta reiteración “hace surgir la lógica pregunta acerca de si el permiso se agota por su utilización única o puede reproducirse y, en su caso, con qué límites. En patologías graves y persistentes, esta duda posee enormes repercusiones prácticas; los intereses de trabajador y empresa son seguramente difíciles de conciliar, pero la norma tampoco ha dado pautas interpretativas⁸²”. La tesis más proteccionista es la que sostiene que el permiso se disfruta cada vez que surge la patología lo que lleva aparejada una segunda cuestión, la de determinar si estamos ante un mismo proceso patológico o uno distinto. Parece que habrá que estar a la circunstancia concreta que dé origen al permiso para plantear si es un mismo hecho causante o uno distinto. Algún convenio⁸³ prevé a este respecto que en el caso de que por las circunstancias relativas a los supuestos anteriormente citados, el trabajador/a necesitará añadir algún día más a los establecidos, la empresa podrá facilitar esos días, debiendo el trabajador/a recuperar los mismos de la manera en que le indique la empresa. En otros convenios también se contempla la ampliación de los permisos a los días adicionales que necesite el trabajador/a, aunque estos serán recuperables⁸⁴, y finalmente algún convenio⁸⁵ contempla que el trabajador tendrá derecho a un segundo permiso, por el mismo periodo, si han pasado treinta días naturales desde el acaecimiento de la primera contingencia. En cuanto a los límites a la negociación colectiva, cabe preguntarse si los agentes

⁸⁰ Califica de muy interesante esta iniciativa, Velasco Portero, T., *op. cit.*, p. 249.

⁸¹ CC Empresas Mediación (BOE 2.1.2017).

⁸² Sánchez Trigueros, C., *op. cit.*, p. 170.

⁸³ Art. 45.1.b) del Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 23.9.2013.

⁸⁴ BOE 20.12.2016.

⁸⁵ Véase el convenio citado en la nota 172, Sánchez Trigueros, C., *op. cit.*, p. 170.

sociales pueden pactar el momento inicial y el cómputo de disfrute de estos permisos, máxime cuando el TS⁸⁶, en una tesis muy tuitiva para los intereses de los trabajadores, ha entendido que el disfrute ha de iniciarse en día laborable. Pues bien, parece razonable sostener que los convenios podrán establecer el inicio del disfrute pero respetando a la interpretación dada por el Alto Tribunal⁸⁷.

5. Medidas adoptadas en el ámbito de la Seguridad Social para paliar las peores trayectorias laborales de las mujeres con responsabilidades familiares

Tras identificar los factores causantes de discriminación de las mujeres sobre los hombres en el mercado de trabajo, entre los que se han de señalar la diferencia salarial, la existencia mayores períodos de interrupción por cuidado de hijo o familiares o el mayor uso de las instituciones de conciliación, la DA 5ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, encargó al Gobierno que elaborase un estudio con propuestas de actuación en relación con la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo que, como es de sobra conocido, ya abogaba por la aprobación de medidas en el ámbito de la Seguridad Social que permitiese a las mujeres generar derechos propios. Concretamente reclamaba el impulso de mecanismos que incorporasen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización⁸⁸. Este mandato fue parcialmente atendido en el Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 octubre, pues dentro del Capítulo XV del Título II, rubricado “Protección a la familia” y estructurado en 3 artículos (arts. 235–237), agrupa una serie de medidas, cuyo denominador común es que con su activación se asimila a tiempo cotizado determinados periodos dedicados al cuidado de hijos o familiares dependientes⁸⁹. Esta decisión, coherente con las líneas de

⁸⁶ Véase el comentario del profesor Rojo Torrecilla a esta sentencia en:

<https://elderecho.com/computo-de-las-fechas-de-disfrute-de-permisos-retribuidos-desde-el-primer-dia-laborable>

⁸⁷ STS 13.2.2018 (Rº 266/2016). Analiza esta sentencia, Gordo González, L., “La necesaria concreción temporal de los permisos por la negociación colectiva”, *Información Laboral*, n. 6, 2018.

⁸⁸ García Romero, B., “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional”, *Revista de derecho social*, n. 74, 2016, p. 123.

⁸⁹ Aragón Gómez, C., “El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV. (Ed.), *Protección a la familia y Seguridad Social*.

actuación aprobadas en el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011–2020) y con la ya referida recomendación del Pacto de Toledo, relativa a “Mujer y protección social”, parte de la necesidad de valorar la dimensión de género en materia de pensiones.

Para mitigar las peores trayectorias laborales de las mujeres con responsabilidades familiares, el legislador adopta una batería de medidas, partiendo de la consideración social hacia la maternidad. A los efectos de este artículo, centrado en las instituciones de conciliación y el tiempo de trabajo, se ha de reseñar el artículo 236 LGSS, el cual prevé que “computará como periodo cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. El período computable como cotizado será como máximo de doscientos setenta días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre”. Pues bien, si iniciáramos este trabajo refiriendo la tasa de mujeres inactivas que declaran que esta situación obedece al cuidado de un menor enfermo, la aplicación de este beneficio trata de compensar esta circunstancia en la trayectoria personal de las cuidadoras. Sentado lo anterior, la aplicación de estos beneficios no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 237.1 LGSS, esto es, los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 ET, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, los cuales “tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”. En relación a la ficción de cotización en las excedencias, de acuerdo con el art. 237 LGSS, pueden ser beneficiarios de esta prestación no económica todos los trabajadores que disfruten del período de

Hacia un nuevo modelo de protección social, Laborum, Murcia, 2018, pp. 128-133.

excedencia laboral para el cuidado de cada hijo, de menor acogido o de otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida. La medida consiste en considerar como efectivamente cotizados a efectos de futuras prestaciones de la Seguridad Social los periodos de excedencia laboral aunque en el caso de la excedencia laboral por cuidado de hijo o menor acogido, la consideración de periodo de cotización efectiva alcanza a los tres años de excedencia mientras que en el caso de excedencia por cuidado de otros familiares la asimilación se reduce al primer año de los dos que se contempla la excedencia este motivo⁹⁰. Esta diferencia en la protección dispensada según el sujeto que genere el derecho implica un tratamiento “injusto y discriminatorio”⁹¹ que debiera ser resuelto, pues, una vez más, las principales perjudicadas son las mujeres⁹².

Se ha de tener en cuenta que esta misma diferencia de trato se preveía en los supuestos reducción de jornada en función del sujeto causante⁹³. Con buen criterio, la Ley 3/2017, de 27 de junio, modificó mediante la DA 30ª -apartado cuarto- esta previsión, de modo que las cotizaciones, tanto en el supuesto de reducción de jornada se computaran incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal. Finalmente señala el art. 237.4 LGSS que cuando la excedencia hubiera estado precedida por una reducción de jornada, a efectos de la consideración como cotizados de los periodos que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. Aunque parece poco edificante sostener que para los periodos de reducción de jornada en los que las cotizaciones no se computen incrementadas hasta el 100%, la solución pueda ser la suscripción de un convenio especial (habida cuenta del coste económico que lleva aparejado⁹⁴), no puede obviarse que, dentro de los supuestos en

⁹⁰ García Romero, B., *op. cit.*, p. 126.

⁹¹ Dilla Catalá, M. J., *op. cit.*, p. 483.

⁹² Muñoz Molina, J., “La mujer en el ordenamiento de Seguridad Social”, en Sáez Lara, C. (Ed.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, Murcia, 2016, p. 171.

⁹³ Aguilera Izquierdo, R., *op. cit.*, p. 336.

⁹⁴ Como buena práctica negociada, algún convenio se compromete a reembolsar al trabajador el 50% de la cuota que debe pagar a la seguridad social en el caso de que

los que cabe su utilización, el art. 21 de la Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social⁹⁵, posibilita su utilización en estos supuestos. Lamentablemente, en las estadísticas elaboradas por la Seguridad Social⁹⁶ no se incorporan los convenios especiales sino que “los datos sobre afiliación que se ofrecen en estas estadísticas se refieren a situaciones de alta laboral de los trabajadores, Quedan excluidas de ellas, y por lo tanto de estas estadísticas, los trabajadores que han suscrito un convenio especial”, de modo que no es posible saber el uso de esta institución.

Para concluir, y aun valorando positivamente la ficción de cotización prevista en la legislación, “la ampliación hasta los 12 años del período de reducción de jornada por cuidado de hijos debería de haber venido acompañada de un incremento del número de años de cómputo al 100% de las cotizaciones”⁹⁷, especialmente si, como se ha defendido en este trabajo, la reducción de jornada es una figura más conveniente que la excedencia, pues la misma, lejos de promover el abandono del trabajo para asumir tareas de cuidado, permite el mantenimiento de los vínculos y fomenta el reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres⁹⁸. A la espera de esta modificación, solo se puede terminar este epígrafe aplaudiendo estas medidas, pues las mismas ponen en valor una función social tan importante como es el cuidado e implica una materialización de la obligación constitucional de asegurar la protección de la familia por los poderes públicos⁹⁹.

suscriba convenio especial (CC Philips Ibérica SAU); también el CC de la empresa NEC Unified Solutions España, SA regula esta compensación en idénticos términos. Convenios citados en Velasco Portero, T., *op. cit.*, p. 242.

⁹⁵ BOE 14.9.2007.

⁹⁶<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/>

⁹⁷ Muñoz Molina, J., *op. cit.*, p. 174.

⁹⁸ Grau Pineda, C.; Rodríguez González, S., “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones”, *Documentación laboral*, n. 103, 2015.

⁹⁹ Blázquez Agudo, E., Barrios Baudor, G., *Prestaciones familiares*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 174.

6. Bibliografía

- Aguilera Izquierdo, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017.
- Aragón Gómez, C., “El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV. (Ed.), *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección social*, Laborum, Murcia, 2018.
- Basterra Hernández, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de derecho social*, n. 78, 2017, pp. 97-126.
- Basterra Hernández, M., “Los permisos retribuidos del art. 37.3 ET: un análisis aplicativo”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 195, 2017, pp. 33-63.
- Blázquez Agudo, E., Barrios Baudor, G., *Prestaciones familiares*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- Cabeza Pereiro, J., “¿En qué debe cambiar el derecho español para adaptarse el acuerdo marco revisado sobre el marco parental?”, *Aranzadi Social*, n. 6, 2010.
- Charro Baena, P., “Excedencia por motivos familiares y excedencia voluntaria”, en Sánchez Trigueros, C. (Ed.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- Cristóbal Roncero, R., “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017.
- Dans Sotomayor, L., “Tras el paréntesis de las obligaciones familiares: instrumentos jurídico-laborales tendentes a asegurar la permanencia de la mujer en el empleo”, en *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Dilla Catalá, M. J., “Derechos y políticas de conciliación en los cuidados de personas dependientes”, en Molero Marañón, M. L. (Ed.), *Dependencia (Long Term Care) y empleo en el Estado del Bienestar*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- Fernández Domínguez, J. J., “Excedencia voluntaria y competencia desleal (un debate arduo en los Tribunales)”, *Trabajo y Derecho*, n. 2, 2015.
- Fundación Adecco, Previsora Bilbaíno Seguros, Informe Discapacidad y Familia, 2018.
- García Romero, B., “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad,

- conciliación e igualdad de género prestacional”, *Revista de derecho social*, n. 74, 2016, pp. 113-138.
- García Testal, E.; López Balaguer, M., *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Abdón Pedrajas, Valencia, 2012.
- Gil Plana, J., “La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017.
- Gordo González, L., “La necesaria concreción temporal de los permisos por la negociación colectiva”, *Información Laboral*, n. 6, 2018.
- Grau Pineda, C.; Rodríguez González, S., “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones”, *Documentación laboral*, n. 103, 2015, pp. 145-171.
- ILO, *Care work and care jobs for the future of decent work*, ILO, Ginebra, 2018.
- Jurado Segovia, A., “La excedencia por razones familiares (art. 46.3 ET): puntos críticos (1)”, *Actualidad laboral*, 2012, n. 5, p. 2.
- Kahale Carrillo, D., “La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Temas Laborales*, n. 112, 2011.
- Lahera Forteza, J., García Quiñones, J.C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- López Terrada, E., “Permisos parentales y conciliación”, en Ballester Pastor, A. (Ed.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 17-75.
- Mella Méndez, L., “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, en Cabeza Pereiro, J. (Ed.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 201-222.
- Muñoz Molina, J., “La mujer en el ordenamiento de Seguridad Social”, en Sáez Lara, C. (Ed.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, Murcia, 2016.
- Nogueira Ferreiro, L., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Una valoración de las primeras decisiones judiciales”, en Mella Méndez, L. (Ed.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, pp. 5-26.

- Núñez Contreras, P., “Eficacia de los «permisos por acontecimientos familiares» desde la perspectiva de las personas trabajadoras: una propuesta de mejora normativa”, *Temas Laborales*, n. 132, 2016, pp. 153-189.
- Núñez Contreras, P., “La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial”, *Temas Laborales*, n. 129, 2015, pp. 107-131.
- Padín Prieto, P., “Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena y competencia desleal”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, 2015, n. 391, pp. 101-134.
- Puebla Pinilla, A., “Art. 46”, en AAVV. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4a, Lex Nova, Valladolid, 2016.
- Ridaura López, M. M., *La eficacia de los derechos de conciliación que afectan a la jornada de trabajo*, Universidad de Córdoba. ETEA, 2015.
- Rodríguez Escanciano, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- Rodríguez Rodríguez, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, Albacete, 2010.
- Sánchez Trigueros, C., “Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 133, 2017.
- Velasco Portero, T., “El tiempo de trabajo y su organización”, en Sánchez Trigueros, C. (Ed.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.

Autoempleo decente: las mujeres autónomas y el acceso a los recursos. Un estudio en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible marcados por la Agenda 2030 de la ONU*

Maravillas ESPÍN SÁEZ**

RESUMEN: En el año 2015 se lanzó la Agenda 2030 de la ONU, que contiene 17 objetivos para alcanzar un desarrollo sostenible. Entre esos objetivos, la consecución de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres se contempla como un mecanismo imprescindible para lograr el progreso sostenible. En este estudio se analiza la compleja realidad del autoempleo en femenino en España, como ámbito en el que ha de estar presente la igualdad y el empoderamiento. Ello pasa por garantizar la igualdad en el acceso a los recursos, en la formación y en la toma de decisiones. Se trata de una actividad que posee, en sí misma, un enorme potencial para avanzar en la lucha contra la pobreza y promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible.

Palabras clave: Autoempleo; trabajo decente; objetivos de desarrollo sostenible; trabajadora por cuenta propia; colaboradora familiar; brecha de género; recurso; formación; financiación; gestión del tiempo; igualdad; discriminación indirecta.

* Este artículo es producto de la investigación desarrollada en el marco de las actividades del grupo de investigación dirigido por la Profesora Eva M^a Blázquez Agudo “Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino”, que ha sido financiado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Resolución de 13 de diciembre de 2017, del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, por la que se conceden subvenciones destinadas a la realización de postgrados de estudios de género y actividades del ámbito universitario relacionadas con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, para el año 2017).

** Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: 1.El trabajo autónomo en femenino en el contexto de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de la ONU. 2. Perfiles del autoempleo femenino en España: indicios para una brecha de género en el acceso a los recursos. 2.1. El autoempleo como categoría general. 2.2. El autoempleo voluntario y el autoempleo “por necesidad”: otra cara de la precariedad. 2.3. El autoempleo que da empleo y el autoempleo para generar el propio empleo: condicionantes para el acceso a los recursos. 2.4. El autoempleo colectivo y el autoempleo individual: las trabajadoras por cuenta propia y las colaboradoras familiares. 2.5. Ahora sí: el perfil general de la mujer autoempleada en España y los sectores en los que desarrolla su actividad 3. Brecha de género en el acceso de la trabajadora autónoma a los recursos ¿qué recursos? 3.1. Acceso a los recursos durante la vida activa de la trabajadora autónoma. 3.2. Acceso a los recursos desde la posición pasiva de la trabajadora autónoma. 4. La lenta filtración de la perspectiva de género en la normativa que regula y promueve el trabajo autónomo: la necesidad de dirigirse hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Decent self-employment: autonomous women and the access to resources

ABSTRACT: In 2015, the UN 2030 Agenda was launched. This Agenda contains 17 objectives to achieve sustainable development. Among these objectives, the achievement of gender equality and the empowerment of women is seen as an essential mechanism to achieve sustainable progress. This study analyzes the complex reality of women self-employment in Spain, as an area in which equality and empowerment must be present. This means ensuring equality in access to resources, in training and in decision-making. It is an activity that has, in itself, enormous potential to advance in the fight against poverty and promote sustained, inclusive and sustainable economic growth.

Key Words: Self-employment, decent work, sustainable development goals, self-employed woman, family collaborator, gender gap, resource, training, financing, time management, equality, indirect discrimination.

1. El trabajo autónomo en femenino en el contexto de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de la ONU

En el año 2015 se lanzó la Agenda de la ONU 2030 para el Desarrollo sostenible y los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS)¹. Desde 2016, estos objetivos reemplazaron los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y se convirtieron en los hitos que deben guiar el trabajo de Naciones Unidas hasta el año 2030.

La Resolución de la Asamblea General de la ONU por la que se aprobaba la Agenda 2030 constituye una declaración política en la que se proclama como centro de la acción de Naciones Unidas a las personas, el planeta y la prosperidad. Asimismo, se reconoce que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, “es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible”.

La perspectiva de género se proyecta de forma sistemática a lo largo de toda la Agenda. En este marco, la consecución de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres se contempla como un mecanismo imprescindible para alcanzar el progreso y el desarrollo sostenibles. La igualdad efectiva supone, en esta sede, el derecho a acceder con las mismas oportunidades que los hombres a una educación de calidad, a los recursos económicos, a la participación política y, de manera más concreta, al empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones en todos los niveles.

Por su parte, el crecimiento económico sostenido requiere, asimismo, combatir la desigualdad de ingresos y favorecer el empoderamiento económico de las mujeres, para garantizar la efectividad de la noción “empleo decente”².

El empleo autónomo constituye un ámbito económico complejo en su análisis, por la heterogénea realidad que recoge y de la que se deriva una enorme dificultad para la elaboración de datos estadísticos y, en

¹ El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución el documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, titulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, <https://undocs.org/es/A/RES/70/1> (última consulta el 18 de octubre de 2018).

² En particular, la OIT define el trabajo decente como la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres (www.oit.org - última consulta el 18 de octubre de 2018).

consecuencia, de evidencias de las que extraer conclusiones generales³. Sin embargo, se trata de una dimensión en la que se depositan enormes esperanzas para el futuro, como fuente generadora de empleo -para el propio autoempleado y para las personas a las que pueda emplear para llevar a cabo su actividad-. Sin duda, se trata de un ingrediente fundamental para garantizar el crecimiento económico sostenido. Desde la perspectiva de género, es un ámbito en el que se debe garantizar la igualdad efectiva, que pasa por garantizar la igualdad en el acceso a los recursos económicos, la formación y en la toma de decisiones.

Esta perspectiva es la que se adopta en el presente trabajo para abordar la realidad del autoempleo femenino en España y, en particular, el acceso a los recursos de las mujeres que se autoemplean.

Entre los diecisiete objetivos contenidos en la Agenda 2030, al menos tres de ellos deben ser tomados en consideración a fin de evaluar la situación de las mujeres que trabajan por cuenta propia en España: el Objetivo 1 -poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo-; el Objetivo 5 -lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas-; y el Objetivo 8 -promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos-. Estos objetivos permiten enfocar y situar las necesidades de este colectivo y plantear algunas propuestas imprescindibles para poder hablar de autoempleo femenino como empleo decente y en condiciones de igualdad.

La promoción del trabajo por cuenta propia ha acompañado a la crisis del empleo por cuenta ajena desde hace décadas. Sin embargo, el análisis de los datos muestra que el acceso a esta fórmula de trabajo es muy desigual en términos de género. De hecho, al final del año 2017 en España había 3,1 millones de trabajadores por cuenta propia, de los que sólo un 33,5 por 100 eran mujeres⁴.

Dedicaré parte de los contenidos de este trabajo a analizar los datos que permiten identificar la realidad del autoempleo femenino, aportando una

³ El propio Consejo Económico y Social hace una crítica general a la dificultad de acceder a datos fiables y claros en materia de generación de empresas y de generación de empleo desde una perspectiva de género Consejo Económico y Social, *Informe 3/2016, sobre la creación de empresas y su impacto en el empleo*, aprobado el 19 de octubre de 2016. <http://www.ces.es/documents/10180/3557409/Inf0316.pdf>. La necesidad de incorporar nuevas directrices en el análisis estadístico de la realidad del trabajo, ha hecho que la OIT impulse un nuevo modelo en su 20.ª Conferencia Internacional de Estadísticas de Trabajo. Entre estas directrices, la aplicación transversal de la perspectiva de género. <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

⁴ Encuesta de Población Activa (EPA), *Módulo sobre la actividad por cuenta propia del año 2017*. https://www.ine.es/prensa/epa_2017_m.pdf

clasificación de la heterogeneidad de manifestaciones que integra. Esta clasificación, me permitirá, igualmente, hacer una aproximación a las causas de esta brecha de género en el acceso al autoempleo. Al mismo tiempo, podré aportar algunos indicios acerca de otras brechas presentes en el autoempleo desde una perspectiva de género, como las referidas al acceso a los recursos en su más amplia expresión -acceso a la financiación, a la formación, a los ingresos, a las pensiones, etc-.

Por otro lado, y proyectando esta misma perspectiva de género, se observa un ritmo ralentizado del proceso de filtración del principio de igualdad en la normativa que regula y promociona el autoempleo. Esta velocidad reducida se percibe ya en las normas que desde la Unión Europea tratan de impulsar la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo autónomo (desde el art. 157.3 TFUE; pasando por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social⁵; la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro⁶; la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁷; o la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma⁸) y se ahonda en la normativa española, tal y como mostraré más adelante.

A pesar del contexto, es esencial no perder de vista que el empleo por cuenta propia constituye una herramienta con mucho potencial para el empoderamiento⁹ y el acceso a los recursos en condiciones de igualdad entre mujeres y hombres. Con la implementación de las reformas adecuadas, que partan de un diagnóstico todavía no realizado, el empleo autónomo presenta la capacidad de neutralizar los efectos de fenómenos más propios del trabajo por cuenta ajena como el techo de cristal; las

⁵ DOL n. L 006, de 10 de enero.

⁶ DOL n. 373, de 21 de diciembre.

⁷ DOL n. 204, de 27 de julio.

⁸ DOL n. 180, de 15 de julio.

⁹ Comparto la noción de empoderamiento definido como la capacidad de las mujeres para hacerse escuchar y para tener un papel determinante en la elección del rumbo de sus vidas, mantenido por la Asociación Red GEM (Global Entrepreneurship Monitor) en su Informe sobre el desarrollo mundial 2012, <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTRESEARCH>

dificultades de reincorporación en la etapa de la primera infancia de los hijos, etc.); es un camino hacia la emancipación; implica empoderamiento económico; conlleva un cambio de rol en la familia; tiene trascendencia social; encuentra un nicho de desarrollo gracias a las nuevas tecnologías.

Bajo la perspectiva de los ODS, la trabajadora por cuenta propia no sólo debe ser contemplada como objeto de protección sino como agente que promueve los propios objetivos de desarrollo sostenible, como mujer emprendedora de confianza, cuya actividad es más resistente a las dificultades.

2. Perfiles del autoempleo femenino en España: indicios para una brecha de género en el acceso a los recursos

2.1. El autoempleo como categoría general

El peso del desempleo en España ha dado un progresivo protagonismo al autoempleo como alternativa. Se trata de una actividad económica caracterizada por la autonomía de quienes la llevan a cabo, la capacidad para organizar el trabajo en la forma, horario y condiciones que la persona considere oportuno. Como ya he indicado, también se caracteriza por la heterogeneidad de los sujetos que la llevan a cabo.

El autoempleo es un concepto general en el que cabe el autoempleo individual y el colectivo, el autoempleo sin trabajadores y el empleador; el autoempleo voluntario y el involuntario. En su enorme diversidad y dado su potencial para la recuperación económica, se ha convertido en una herramienta en manos de las políticas de promoción del empleo de los poderes públicos. Precisamente de la adecuación y eficacia real de estas políticas depende que tal potencial se realice.

En efecto, existe una enorme distancia entre el ideal de autoempleo generador de empleo perseguido y la realidad del autoempleo en España, y esa distancia es aún más grande cuando hablamos de mujeres. Así, el porcentaje de la población española de 18-64 años involucrada en iniciativas emprendedoras en el año 2017 era del 6,2%, del cual el 5,6% eran mujeres y el 6,8% eran hombres¹⁰.

Por su parte, en el análisis de los datos publicados por el INE sobre el trabajo autónomo en el año 2017, se recoge que el 73,87% de los trabajadores por cuenta propia tuvo más de nueve clientes en los 12 meses

¹⁰ Red GEM España, *Informe GEM España 2017-2018*, Universidad de Cantabria, 2018, p. 33.

anteriores a la realización de la entrevista; el 13,66% entre dos y nueve clientes y el 7,52% menos de dos. Estos números revelan, con independencia de la cuantía de ingresos que representen los clientes, la falta de dinamicidad del mercado y las dificultades que afrontan los trabajadores por cuenta propia. En este mismo informe se recoge que, según los propios encuestados, los períodos sin clientes, sin tener ningún pedido o proyecto en el que trabajar y el retraso de pago de los clientes, constituyen los mayores inconvenientes de su actividad¹¹. Estos factores, sin duda, condicionan la pervivencia de sus proyectos de negocio y, con ello, el acceso a los recursos evaluado desde la perspectiva de los ODS.

2.2. El autoempleo voluntario y el autoempleo “por necesidad”: otra cara de la precariedad

Son numerosos los estudios que evidencian que la precariedad tiene cara de mujer¹². Un análisis de los datos disponibles sobre el empleo autónomo permite obtener indicios de que, en función de la composición y la motivación de las mujeres que conforman un tipo u otro de autoempleo, la precariedad está presente en una parte importante del autoempleo femenino.

Así, tomando como criterio la voluntariedad en las mujeres que inician un negocio, podemos distinguir entre autoempleo voluntario o autoempleo en sentido estricto, y autoempleo a la fuerza o autoempleo por necesidad. En el primer supuesto, se encuentran las mujeres cuya primera opción es emprender o iniciar una actividad por cuenta propia. Bajo la noción de autoempleadas a la fuerza o por necesidad, están todas aquellas mujeres que no contemplaban el trabajo autónomo como primera opción, pero que han recurrido al autoempleo como salida de emergencia ante la falta de empleo por cuenta ajena. En este segundo grupo, la precariedad está más presente. En muchas ocasiones, se arrastra desde la situación previa al acceso al autoempleo y condiciona, sin duda, el modo en que una mujer se

¹¹ https://www.ine.es/prensa/epa_2017_m.pdf.

¹² Sirvan de muestra, Amestoy, I., “La precariedad en femenino”, *Emakunde*, n. 77, 2005, pp. 22-25; Carrasco Bengoa, C., “Mujeres y trabajo: entre la invisibilidad y la precariedad”, *Estudios de derecho judicial*, n. 131, 2007, pp. 141-164 y Baylos Grau, A.P., “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, en AA.VV., *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, España, 2015, pp. 87-102. Con una perspectiva general véase Álvarez Cuesta, H., *La precariedad laboral*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2000.

adentra en el proyecto de empleo por cuenta propia.

Sólo un ejemplo en el que apoyar esta última afirmación. La capitalización de la prestación por desempleo (art. 296.3 RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, en adelante LGSS, en relación con el art. 36 RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, en adelante LE y el objetivo estructural-Eje 5 del RD 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020) se define como una ayuda para el autoempleo. El acceso a esta ayuda está condicionado por el hecho de ser titular de una prestación por desempleo en su modalidad contributiva. Si tenemos en cuenta que la tasa de cobertura media de la prestación por desempleo en el año 2017 fue para los hombres un 61,6% y para las mujeres un 51,7%, encontraremos un nuevo indicio que confirma la brecha en el acceso a los recursos entre trabajadoras y trabajadores autoempleados¹³. A ello habría que sumar los datos sobre la cuantía media de las prestaciones y la opción efectiva por esta solución de financiación del proyecto de empleo por cuenta propia.

2.3. El autoempleo que da empleo y el autoempleo para generar el propio empleo: condicionantes para el acceso a los recursos

El acceso al autoempleo, individual o colectivo, por las mujeres, constituye una vía de acceso a los recursos, tanto durante su vida activa, como durante su vida pasiva, como receptoras de pensiones.

La distinción entre autoempleo en forma de empleador y autoempleo en forma de trabajo por cuenta propia tiene repercusiones en el acceso a estos recursos. En particular, una fuente de recursos para financiar un factor importante en la actividad empresarial está en las ayudas públicas a la contratación, percibidas sólo por quienes pueden arriesgar los proyectos más complejos. Pues bien, también en este punto, existe una clara brecha de género en el acceso a los recursos a través del autoempleo o el trabajo autónomo.

La Encuesta de Población Activa de 2017 muestra que, entre los empleadores los hombres representaban el 32,6% del total de 960 mil, y las mujeres el 27,7%, una brecha de cerca del 5%. Además, los porcentajes

¹³https://sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/prestacion_es/tasa-cobertura-prestaciones.html (última consulta 21.10. 2018)

de autoempleo voluntario son más altos entre los empresarios con asalariados que entre los autónomos que generan su propio empleo¹⁴.

2.4. El autoempleo colectivo y el autoempleo individual: las trabajadoras por cuenta propia y las colaboradoras familiares.

De nuevo en este punto se muestra cómo la terminología condiciona el análisis y el estudio del acceso a los recursos por parte de las mujeres que trabajan por cuenta propia no es una excepción. Como he señalado anteriormente, las mujeres autoempleadas constituyen un colectivo cuya actividad, por definición, se caracteriza por la autonomía en la toma de decisiones, pero un colectivo en el que caben multitud de manifestaciones. En este caso, los datos examinados permiten distinguir entre autoempleo colectivo, ejercido por la mujer en asociación con otras u otros; y el autoempleo individual, ejercido por la mujer por cuenta propia. En este último grupo, se puede distinguir a las trabajadoras por cuenta propia en sentido estricto y a las colaboradoras familiares, una categoría feminizada en la que se puede poner en duda el rasgo de autonomía característico del autoempleo.

Cada una de estas expresiones del autoempleo femenino presenta particularidades en el acceso a los recursos económicos. Así, las mujeres que participan en proyectos colectivos de autoempleo tienen más posibilidades de acceder a la financiación; más opciones de generar empleo y, con ello, más vías de acceso a nuevas fuentes de financiación en el empleo y después del empleo. Por ejemplo, las mujeres que participan como socias en una iniciativa empresarial constituida en forma de cooperativa de trabajo asociado, participará de la cobertura de una regulación pensada en la generación de autoempleo indefinido, con un régimen de prestación de servicios y de cotización a la seguridad social caracterizado por la certidumbre legal¹⁵.

Sin embargo, el autoempleo colectivo no representa más que en torno al 32% del autoempleo en España. De hecho, el trabajo autónomo como

¹⁴ Según los datos extraídos de la EPA 2017 sólo el 7,35% de los empresarios con asalariados inició su actividad porque no consiguió encontrar un trabajo por cuenta ajena. En contraste, entre los trabajadores independientes un 15,02% alegó esta razón principal para empezar a trabajar por su cuenta. En este caso, los datos no aparecen desagregados por sexo. https://www.ine.es/prensa/epa_2017_m.pdf.

¹⁵ Régimen contemplado en la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas, y las normas autonómicas que regulan esta forma empresarial en cada una de las Comunidades Autónomas (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-15681>).

miembro de una cooperativa sólo representaba en 2017 un 0,8% del total, siendo equilibrada la participación de hombres y mujeres en ese porcentaje.

La mayor parte del autoempleo en femenino se expresa a través del trabajo independiente (65% del autoempleo, tomando en consideración a ambos sexos; de este porcentaje, el 67% son mujeres y el 64,8% son hombres) y colaboradores familiares (2,8% del total del autoempleo; de cuyo porcentaje los hombres participan en un 1,9% y las mujeres en un 4,5%)¹⁶.

Es en este segmento del autoempleo en el que se encuentran mayores riesgos y evidencias de precariedad. Entre ellos se cuentan las personas que prestan servicios por cuenta propia por necesidad; esto es, involuntariamente, como consecuencia de la falta de opciones en el ámbito asalariado; y quienes padecen los mayores inconvenientes del empleo por cuenta propia -falta de control en la fijación del precio de su propio trabajo; falta de financiación para su negocio; retrasos o falta de pago de los clientes; un nivel inadecuado de carga administrativa; falta de ingresos en caso de enfermedad; periodos sin clientes ni pedidos; etc-. No obstante, el análisis de estos datos no puede ser más concreto por la ausencia de una segregación de los mismos por razón de género¹⁷. En todo caso, la participación de las mujeres en porcentajes superiores a los de los hombres en esta categoría del autoempleo, muestra la feminización de la parte más precaria del mismo.

Así pues, las mayores dificultades en el acceso a los recursos las tienen las trabajadoras por cuenta propia, definidas como personas físicas que realicen de forma habitual (sic), personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta propia, ya realicen su actividad a tiempo completo o a tiempo parcial (art. 1.1. Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en adelante LETA)¹⁸.

La ayuda en la empresa, en términos estadísticos, o el colaborador familiar, en términos de sujeto protegido por la Seguridad Social, es una expresión de la condición de autónomo referida a los familiares del titular del negocio que trabajen en el mismo y no tengan la condición de trabajadores asalariados conforme a lo dispuesto en el art. 1.3.e RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto

¹⁶ https://www.ine.es/prensa/epa_2017_m.pdf

¹⁷ https://www.ine.es/prensa/epa_2017_m.pdf

¹⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-200713409&tn=1&p=20180704#a1>

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). No hay que olvidar que el art. 1.3.e ET contiene una presunción *iuris tantum* de no laboralidad en las prestaciones familiares hasta el segundo grado de parentesco, siempre que concurra convivencia con el titular del negocio. Dentro de esta categoría estarán tanto los cónyuges como las parejas de hecho. De nuevo cabe extraer conclusiones del papel subordinado de las mujeres en este segmento de la actividad, y las consecuencias sobre el acceso a los recursos económicos y a la toma de decisiones; en consecuencia, al empoderamiento presente en los ODS.

2.5. Ahora sí: el perfil general de la mujer autoempleada en España y los sectores en los que desarrolla su actividad

Con carácter general, el perfil de la autoempleada en España en la actualidad viene referido a mujeres con una medida de edad de 38,83 años, con nivel de estudios universitario (43%) o en programas profesionales (20%). En su mayoría optan por el autoempleo individual, sin adoptar forma jurídica alguna. Son microempresarias que o bien no ocupan a ningún trabajador o, como mucho, ocupan a la franja de plantilla compuesta por entre 1 y 9 trabajadores¹⁹. En consecuencia, se concentran en las categorías -previamente delimitadas- afectadas por mayores dificultades para acceder a los recursos.

¿En qué sectores desarrollan su actividad? Responder a esta pregunta aportará más datos sobre las causas de la brecha de género en el autoempleo. Según la Encuesta de Población Activa de 2017, los sectores con mayor representación de mujeres autónomas son el Comercio al por mayor y al por menor; la Hostelería; las actividades profesionales, científicas y técnicas²⁰ y la Agricultura y la ganadería. Los sectores económicos con menor representación de mujeres autónomas son los de actividades financieras y de seguros; información y comunicación; transporte y almacenamiento y construcción²¹.

¹⁹ http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2018/2TRIM/RESUMEN_DE_RESULTADOS_junio_2018.pdf (últ. consulta 18 de octubre de 2018).

²⁰ De forma monográfica, véase AA.VV., *Científicas en cifras 2015. Estadísticas e indicadores de la (des)igualdad de género en la formación y profesión científica*, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Madrid, 2016. Más reciente, CSIC, *Informe Mujeres Investigadoras 2017*, Comisión Asesora de presidencia “Mujeres y Ciencia”, 2017.

²¹ Véase el análisis de estos datos llevado a cabo por Cueto, B., “El empleo autónomo de las mujeres en España”, *Panorama Social*, n. 27, primer semestre 2018, pp. 89-103, en particular, p. 98 y ss.

Llama la atención que el mayor número de colaboradoras familiares, con sus particularidades en cuanto a la adopción de decisiones sobre su propia actividad, se concentra precisamente en los sectores del comercio y hostelería. También los datos de participación de la mujer en el sector agrario y ganadero (hasta un 40% de mujeres autónomas dentro del total en Asturias y Galicia) indican en qué condiciones acceden las mujeres autónomas a los recursos²², pues todas estas ramas de actividad se sitúan en los tramos inferiores de cotización, con las consecuencias que ello trae en el acceso y cuantía a las prestaciones de la Seguridad Social.

Dejo fuera de este apartado el análisis de las zonas menos iluminadas del autoempleo o del trabajo asalariado -el de la presencia de las mujeres en el fenómeno del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente y en el de los falsos autónomos-²³. Sin duda, todas ellas presentan enormes dificultades de acceso a los recursos e importantes índices de precariedad. Sin embargo, la ausencia de datos y las particularidades de estos fenómenos aconsejan un estudio específico de los mismos desde una perspectiva de género.

3. Brecha de género en el acceso de la trabajadora autónoma a los recursos ¿a qué recursos?

3.1. Acceso a los recursos durante la vida activa de la trabajadora autónoma

Por recurso se entiende “el medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende” o, en sentido similar,

²² Se reconoce la necesidad de visibilizar el trabajo de las mujeres en el ámbito rural, equiparando legalmente a la mujer y al hombre en la administración responsable de las explotaciones agrarias de las que sea cotitular. Es la forma en que se puede facilitar su participación en los derechos y obligaciones, tanto jurídicas como económicas. Consejo Económico y Social, *Informe 4/2011, 27 de abril, sobre el anteproyecto de ley sobre Titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, CES, Madrid, 2011. Sobre la proyección del principio de igualdad a este concreto ámbito véase, el Reglamento CE 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, sobre ayuda al desarrollo rural a través del FEADER.

²³ Enorme interés el estudio publicado por la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos sobre esta cuestión en España y en otros países europeos http://solosdigital.com/upta.es/wp-content/uploads/2016/08/trade_final_esp.pdf. En este punto, ha de ser objeto de estudio la cobertura dispensada a las TRADE por los acuerdos de interés profesional. Al respecto, véase de Nieto, P., “Los acuerdos de interés profesional. Balance tras diez años del estatuto del trabajo autónomo”, *Revista de Información Laboral*, n. 3, 2018.

que no idéntico, los “bienes, medios de subsistencia”²⁴. En el contexto de este trabajo, considero que los recursos se refieren a los medios de los que disponen las trabajadoras autónomas durante su vida activa para conseguir llevar a cabo su proyecto de negocio con éxito, y por éxito entiendo, con garantía de obtener su medio de subsistencia.

Pues bien, entre los recursos a los que una trabajadora autónoma debe tener acceso para llevar con éxito su actividad en el mercado, se cuenta una formación adecuada; financiación y gestión del tiempo²⁵.

En primer término, el acceso a la formación no sólo viene referido a la formación académica (en este sentido, los datos muestran que la formación media del 63% de las trabajadoras autónomas en España se sitúa en el de formación profesional -grado medio o superior- y en el universitario). De forma específica ha de centrarse en las fórmulas de emprendimiento y en los trámites necesarios para integrarse en el tejido productivo. Esta formación de dimensión más práctica puede ayudar a neutralizar uno de los factores que causan la menor participación femenina en el autoempleo: la menor confianza de las mujeres en sus habilidades emprendedoras²⁶.

El impulso del acceso a este recurso constituye un medio imprescindible para alcanzar los ODS de la Agenda 2030. En la actualidad existen pocas iniciativas de las administraciones públicas españolas que abunden en este impulso. No obstante, destacaré la labor del Instituto de la Mujer con dos programas específicos: “Desafío mujer rural”, que apoya el emprendimiento femenino en el mundo rural y el más amplio Programa de Apoyo Empresarial a las Mujeres (PAEM)²⁷. En el marco de estos programas, se contemplan actuaciones de contenido formativo y asesoramiento técnico, así como de mentorización en diferentes ámbitos, así como programas de coaching para acompañar y entrenar a las mujeres y mejorar sus capacidades emprendedoras. En particular, dentro del

²⁴ Definición del término recurso contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua www.rae.es

²⁵ En este mismo sentido, véase, Aguilar Martín, M.C., “Factores externos e internos que condicionan la igualdad en el emprendimiento de las mujeres europeas. Especial referencial acaso de España”, Comunicación al XXII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS), sobre *Transformaciones del trabajo: desafíos para los sistemas nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. http://www.islssltorino2018.org/2018/07/03/aguilar-martn-m-carmen_factores-externos-e-internos-que-condicionan-la-igualdad-en-el-emprendimiento-de-las-mujeres-europeas-especial-referencia-al-caso-de-esp%C2%A7a/

²⁶ Cueto, B., “El empleo autónomo...”, *op. cit.*, p. 90.

²⁷

<https://www.mscbs.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/emprendimiento.htm>

PAEM se ha puesto en marcha la página web www.e-empresarias.net, con recursos de información y ejemplos de empresas puestas en marcha por mujeres con éxito.

Igualmente, es importante destacar el trabajo de asistencia y formación de instituciones no formales como las distintas asociaciones de trabajadoras autónomas y mujeres empresarias, que generan una red de apoyo de la mayor relevancia para el desarrollo de iniciativas empresariales por mujeres²⁸. Este movimiento asociativo recibe el apoyo de la Unión Europea, a través de herramientas como WEgate una pasarela cuyo objetivo es fomentar el espíritu empresarial femenino en Europa, financiada por la Comisión Europea.

Por su parte, las dificultades en el acceso a la financiación de sus proyectos, constituye uno de los factores determinantes para explicar la menor participación de las mujeres en la actividad por cuenta propia. Resulta revelador el dato mundial de la disparidad por sexos respecto a la posesión de una cuenta bancaria: en 2011 el 47% de las mujeres disponía de cuenta bancaria mientras el 54% de los hombres era titular de una cuenta; en 2014 el dato asciende en el caso de las mujeres al 58% frente al porcentaje de hombres, situado en el 65%²⁹.

En particular, en España, la principal fuente de financiación de los emprendedores nacientes en 2017 fueron sus ahorros personales o capital propio (52,2% de los encuestados); en segundo lugar, las instituciones financieras (21,9% de los encuestados) y en tercer término, la familia (14%). El resto del denominado “capital semilla” proviene de diversos inversores, y en una medida muy pequeña de programas públicos como subvenciones o ayudas del gobierno (2,9%)³⁰.

En este ámbito están impulsándose nuevas fórmulas de financiación, que se ajustan al perfil de las trabajadoras autónomas en España. Así, dentro del PAEM se contiene un programa de microcréditos con el objeto de facilitar el acceso al crédito de hasta 25.000 euros a mujeres emprendedoras que no tienen acceso al mercado financiero tradicional. El Instituto de la Mujer negocia las condiciones económicas de devolución, pactando plazos de amortización de hasta 6 años, tipo de interés del

²⁸ Sin ánimo exhaustivo, a nivel nacional: Asociación Nacional de Mujeres Emprendedoras y Autónomas (ANMEYA); Asociación Española de Mujeres Empresarias (ASEME) o UATAE Mujer. Todas ellas, contemplan entre sus actividades propuestas formativas, de asesoramiento técnico y seguimiento de los proyectos de autoempleo.

²⁹ Informe Global Findex del GBM. <http://www.worldbank.org/en/programs/globalfindex>

³⁰ Red GEM España, *op. cit.*, p. 79.

6,25%, sin necesidad de aval³¹.

Otras formas novedosas de financiación son los denominados “business Angel” o inversores de proximidad, fórmula de origen anglosajón en la que un inversor facilita capital a una empresa emergente a cambio de una participación en sus acciones. Su aportación puede consistir no sólo en capital sino también en conocimientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la empresa que inicia su andadura³².

La gestión del tiempo se ha convertido en uno de los principales motivos de fracaso de las iniciativas empresariales de mujeres. En este punto se pone de manifiesto una contradicción profunda entre uno de los atractivos para las mujeres del trabajo por cuenta propia -la posibilidad de autoorganizar el tiempo de dedicación al trabajo y a la familia- y la realidad reflejada en los datos más recientes (el 10,59% de los trabajadores por cuenta propia tuvieron que adecuar su horario de trabajo por la influencia de sus clientes en 2017)³³.

Con independencia de la subrayar la necesidad de formación específica en esta materia, hay que señalar que en este aspecto es donde se han concentrado las acciones del legislador para mejorar la conciliación de la vida profesional y familiar en el ámbito del trabajo autónomo (derecho individual reconocido en el art. 4.3.g LETA)³⁴.

Así, las reformas más recientes y ajustadas a los contenidos de la Directiva 2010/41/UE, de 10 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, recogidas en los arts. 30 y 38 LETA. La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, dio nueva redacción del art. 30, que contempla el derecho de los trabajadores incluidos en el RETA, por un plazo de 12 meses, a una bonificación del 100% de la cuota de autónomos en los casos de cuidado de menores de doce años que tengan a su cargo; de tener a cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada; o en el caso de tener a su cargo un familiar con determinadas situaciones de discapacidad. Se trata de una bonificación

³¹ <https://www.msbs.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/emprendimiento.htm>

³² www.e-empresarias.net

³³ Encuesta de Población Activa (EPA), *Módulo sobre la actividad por cuenta propia del año 2017*. https://www.ine.es/prensa/epa_2017_m.pdf

³⁴ En esta materia resulta obligada la lectura de Alameda Castillo, M.T., “Emprendimiento en femenino. Dificultades en materia de conciliación trabajo-familia y autoempleo (avances y retrocesos)”, en Blázquez Agudo, E.M. (Coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, pp. 142-161.

condicionada a la contratación y mantenimiento del empleo de un trabajador, a tiempo completo o parcial.

De otro lado, el art. 38 LETA contempla otra bonificación del 100% de las cuotas al RETA para los trabajadores autónomos durante el descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

3.2. Acceso a los recursos desde la posición pasiva de la trabajadora autónoma

Con carácter general, y sin que en las fuentes consultadas se faciliten los datos desagregados por sexo, el 85,6% de los autónomos no supera la base mínima de cotización. La regulación de la protección social de las y los trabajadores autónomos propicia que en los primeros años de cotización el 90% de ellos se encuentre por debajo de la base mínima de cotización. A partir de los 55 años de edad, sólo el 28,9% cotiza por una base superior a la mínima en previsión de la proximidad a la edad de jubilación.

La pensión media de jubilación de los trabajadores autónomos se situaba en 737,79 euros al mes el 1 de septiembre de 2018³⁵.

Si ponemos en relación estos datos generales, con los indicios extraídos de la clasificación de trabajadoras autónomas y con el perfil de la trabajadora autónoma media, es posible afirmar que la brecha de género presente en el periodo activo de las trabajadoras autónomas se traslada igualmente, como también sucede en el caso de las trabajadoras asalariadas, al periodo en el que pasan a la posición de pasivas.

4. La lenta filtración de la perspectiva de género a la normativa que regula y promueve el trabajo autónomo: la necesidad de dirigirse hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030

El principio de igualdad y no discriminación proyecta su sombra de forma tibia en el ámbito del autoempleo. Sin duda, se halla presente, al menos de forma declarativa, en las principales normas que componen el ordenamiento español de esta actividad económica. Sin embargo, el paso

³⁵ <http://prensa.mitramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3367>

de las declaraciones y aspiraciones políticas hacia la aplicación efectiva de este principio todavía no se ha producido.

Cierto es que desde la Unión Europea se lanzan iniciativas de apoyo a la iniciativa empresarial femenina y de fomento de la igualdad en el emprendimiento. En 2009 la Comisión Europea creó la Red Europea de Embajadoras del Espíritu Empresarial y dos años después, la Red Europea de Mentores para las mujeres Empresarias.

Sin embargo, en las consideraciones previas al articulado de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, se precisa la falta de eficacia de su predecesora, la Directiva 86/613/CEE, recordando que “la discriminación por razón de sexo y el acoso también se producen al margen del trabajo asalariado”. A pesar de las declaraciones políticas del Parlamento y de la propia Comisión en distintas resoluciones, la necesaria tarea de actualización de la normativa europea para mejorar la gobernanza en relación con la igualdad de género se fue posponiendo desde el año 2005 y hasta el 2010. En ese momento, se declara con contundencia, la aplicación del principio de igualdad a las relaciones entre el trabajador autónomo y cualquier tercero, aunque no a las relaciones entre el trabajador autónomo y su cónyuge o pareja de hecho. De esta manera, quedan fuera de su amparo situaciones como las de las colaboradoras familiares identificadas en el ámbito español.

A partir de aquí, nuevas declaraciones contenidas en resoluciones como la del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre factores externos que representan obstáculos para el emprendimiento de las mujeres europeas (2015/2111 (INI))(2018/C 011/04), en las que se insta a los estados miembros a fomentar el emprendimiento de las mujeres a través de estrategias concretas para fomentar su cultura emprendedora; buscar el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada, buscando la distribución equitativa de responsabilidades familiares; facilitar la información y apoyar las redes entre mujeres emprendedoras y empresarias y hacer más accesible la financiación.

En la legislación española no se encuentra presente el necesario diagnóstico para la eficaz aplicación de la perspectiva de género en el ámbito del autoempleo. Buena muestra de ello la ofrece el Dictamen CES 6/2013, 10 de junio, sobre el Anteproyecto de Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización (posteriormente, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su innovación), en que se manifiesta la “falta disposiciones de índole social que tengan en cuenta las dificultades de partida de las mujeres para iniciar actividades empresariales o discriminar positivamente a discapacitados y, en general,

que fomenten la economía social, no dedica tampoco especial atención al emprendimiento de las actividades empresariales con base tecnológica, las start-ups y el emprendimiento en el medio rural”.

La ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, carece de esta perspectiva de género; la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la financiación empresarial se refiere permanentemente a la iniciativa empresarial, sin introducir las necesarias distinciones.

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, sí se refiere al principio de igualdad en el trabajo autónomo para apoyar la nueva redacción del art. 30 LETA, que regula la bonificación por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación, a la que me refería con anterioridad. Lo mismo sucede, con la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que modifica el art. 38 LETA, que regula la bonificación en caso de maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y la lactancia, sin que la palabra igualdad aparezca una sola vez en su articulado.

La ausencia de un tratamiento desde la perspectiva de género, de manera fundamental en el acceso al crédito, y a otros recursos (por ejemplo, en materia de pensiones) da lugar a situaciones como las descritas más arriba, que podrían ser calificadas de discriminación indirecta.

5. Conclusiones

- 1) El empleo autónomo constituye un ámbito económico complejo, de contenido enormemente heterogéneo. Sin embargo, su análisis en el marco de los ODS demuestra que se hace necesaria la adopción de medidas que garanticen la igualdad efectiva entre trabajadoras y trabajadores autónomos, a través de la igualdad en el acceso a los recursos económicos, la formación y la toma de decisiones. De este modo, se podrá realizar su potencial como mecanismo para alcanzar el crecimiento económico sostenible que se persigue con la Agenda 2030.
- 2) Bajo la perspectiva de los ODS la trabajadora por cuenta propia se contempla como objeto de protección, pues el empleo autónomo presenta la capacidad de neutralizar los efectos de fenómenos más propios del trabajo por cuenta ajena, como el techo de cristal; permite desarrollar habilidades para la emancipación e implica empoderamiento

económico. Al mismo tiempo, la trabajadora por cuenta propia ha de ser contemplada como agente que promueve los propios objetivos de desarrollo sostenible, como mujer emprendedora de confianza, cuya actividad es más resistente a las dificultades.

- 3) Existe una enorme distancia entre el ideal de autoempleo generador de empleo que se promueve desde las instituciones y la realidad del autoempleo en España, y esa distancia es aún más grande cuando hablamos de mujeres. Se trata de una realidad que padece la falta de dinamicidad del mercado económico y los inconvenientes derivados de la falta de pago; de la ausencia de clientes durante determinados periodos de tiempo; los cambios de horarios para adaptarlos a los de los clientes, etc.
- 4) Se constata una falta de perspectiva de género en la elaboración de las estadísticas, ya de por sí oscuras, del autoempleo. Sin embargo, los datos disponibles han permitido obtener criterios de clasificación de los que extraer indicios para concluir una brecha de género en el acceso a los recursos en este ámbito.
- 5) De la distinción entre autoempleadas voluntarias y autoempleadas a la fuerza o por necesidad, cabe concluir que en la segunda categoría, en la que se integran todas aquellas mujeres que han recurrido al autoempleo como salida de emergencia ante la falta de empleo por cuenta ajena, la precariedad está más presente. En muchas ocasiones, se arrastra desde la situación previa al acceso al autoempleo y condiciona, sin duda, el modo en que una mujer se adentra en el proyecto de empleo por cuenta propia.
- 6) La distinción entre autoempleo en forma de empleador y autoempleo en forma de trabajo por cuenta propia también tiene repercusiones en el acceso a los recursos económicos, en particular, a las ayudas públicas a la contratación, percibidas sólo por quienes pueden arriesgar los proyectos más complejos. La presencia de mayores porcentajes de mujeres en la segunda categoría conduce a extraer un nuevo indicio de la existencia de una brecha de género en el acceso a los recursos de las trabajadoras autónomas.
- 7) La delimitación del autoempleo colectivo y el autoempleo individual también ha permitido situar las formas más precarias de autoempleo femenino en la segunda categoría. En el autoempleo individual hay más involuntariedad y se experimentan de forma más intensa los inconvenientes del ejercicio de esta actividad. Dentro del autoempleo individual se incardinan las colaboradoras familiares o apoyos familiares, en las que concurre un papel subordinado del titular de la actividad principal, con inevitables efectos negativos en el acceso a los

- recursos económicos y en la toma de decisiones.
- 8) El perfil medio de la trabajadora autónoma participa de las categorías que presentan mayores indicios de vulnerabilidad en el acceso a los recursos. Además, su actividad se desarrolla en sectores como el Comercio, la hostelería y la agricultura y ganadería; ramas económicas en los que hay una fuerte presencia de colaboradoras familiares y que se sitúan en los tramos inferiores de cotización, con las consecuencias que ello trae en el acceso a los recursos durante la vida activa y en la cuantía de las prestaciones de la Seguridad Social.
 - 9) Factores informales y formales dan origen a una brecha de género en el acceso a los recursos; de manera fundamental, en el acceso a la formación e información; a la financiación y a la gestión del tiempo. Las medidas legislativas adoptadas se han centrado en el ámbito de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar. Sin embargo, en materia de formación e información y de financiación, no existen estrategias sólidas más allá de concretas iniciativas institucionales y asociativas. La ausencia de un tratamiento adecuado desde la perspectiva de género da lugar a situaciones que podrían ser calificadas de discriminación indirecta.
 - 10) Si ponemos en relación estos datos generales, con los indicios extraídos de la clasificación de trabajadoras autónomas y con el perfil de la trabajadora autónoma media, es posible afirmar que la brecha de género presente en el periodo activo de las trabajadoras autónomas se traslada igualmente al periodo en el que pasan a la situación de pasivas, tal y como sucede en el caso de las trabajadoras asalariadas.

6. Bibliografía

- AA.VV., *Científicas en cifras 2015. Estadísticas e indicadores de la (des)igualdad de género en la formación y profesión científica*, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Madrid, 2016.
- Aguilar Martín, M.C., “Factores externos e internos que condicionan la igualdad en el emprendimiento de las mujeres europeas. Especial referencial acaso de España”, Comunicación al XXII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SID'TSS), sobre *Transformaciones del trabajo: desafíos para los sistemas nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- Alameda Castillo, M.T., “Emprendimiento en femenino. Dificultades en materia de conciliación trabajo-familia y autoempleo (avances y retrocesos)”, en Blázquez Agudo, E.M. (Coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la*

- implantación efectiva de medidas de igualdad*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, pp. 142-161.
- Álvarez Cuesta, H., *La precariedad laboral*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2000.
- Amestoy, I., “La precariedad en femenino”, *Emakunde*, n. 77, 2005, pp. 22-25.
- Barrios Baudor, G.L., Pérez Campos, A.I., *La conciliación en el trabajo autónomo: estado de la cuestión y propuestas de reforma*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- Baylos Grau, A.P., “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, en AA.VV., *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, España, 2015, pp. 87-102.
- CSIC, *Informe Mujeres Investigadoras 2017*, Comisión Asesora de presidencia “Mujeres y Ciencia”, 2017.
- Carrasco Bengoa, C., “Mujeres y trabajo: entre la invisibilidad y la precariedad”, *Estudios de derecho judicial*, n. 131, 2007, pp. 141-164.
- Cueto, B., “El empleo autónomo de las mujeres en España”, *Panorama Social*, n. 27, primer semestre 2018, pp. 89-103.
- Morgado Panadero, P., *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- Consejo Económico y Social, *Informe 3/2016, sobre la creación de empresas y su impacto en el empleo, aprobado el 19 de octubre de 2016*, Madrid, CES, 2016.
- Consejo Económico y Social, *Informe 4/2011, 27 de abril, sobre el anteproyecto de ley sobre Titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, Madrid, CES, 2011.
- Nieto, P., “Los acuerdos de interés profesional. Balance tras diez años del estatuto del trabajo autónomo”, *Revista de Información Laboral*, n. 3, 2018.
- Red GEM España, *Informe GEM España 2017-2018*, Universidad de Cantabria, 2018.

Web sites

www.boe.es

www.ces.es

<https://empresarias.camara.es>

<https://ec.europa.eu/eurostat>

www.gem-spain

www.inmujer.gob.es

www.mitramiss.gob.es

www.oit.org

www.sepe.es

www.un.org

<https://upta.es/>

<https://www.womensworldbanking.org/>

<http://www.worldbank.org>

Las propuestas de Renta Básica y Empleo Garantizado desde una perspectiva de género: una aproximación sumaria

María Gema QUINTERO LIMA*

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es simplemente el de realizar un análisis muy sumario acerca de posibles líneas de reflexión ulterior en torno al impacto del establecimiento de un esquema de renta básica universal o alternativamente de Empleo Garantizado desde una perspectiva de género. A partir de la constatación de que podría neutralizar los efectos de vulnerabilidad de género el empleo en ciertos colectivos de trabajadoras mujeres. Pero, al mismo tiempo, en abstracto, una nueva forma de protección social en términos de renta básica universal podría provocar efectos colaterales también desde la perspectiva de género.

Palabras clave: Renta Básica, colectivos vulnerables, género, Empleo Garantizado.

SUMARIO: 1. La vulnerabilidad económica. 2. La vulnerabilidad desde una perspectiva de género. 2.1. Las condiciones personales. 2.2. Las circunstancias laborales. 2.2.1. Las condiciones contractuales. 2.2.2. Las condiciones de salud. 2.2.3. Las condiciones de protección del Sistema de Seguridad Social. 2.2.4. El caso concreto: la vulnerabilidad del trabajo autónomo. 3. Diagnóstico de síntesis. 4. Síntesis de Soluciones: ¿la RBU versus EG?. 5. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid.

The proposals of Basic Income and Guaranteed Work in a gender perspective: a summary approach

ABSTRACT: The objective is just to carry out a very summary analysis of possible lines of further thoughts about the impact of the statement of a universal basic income scheme or alternately Guaranteed Works Schemes, from a gender perspective. Based on the observation that it could neutralize the effects of employment vulnerability of certain groups of female workers. But at the same time, in an abstract way, a new form of social protection in terms of universal basic income could provoke collateral negative effects from a gender perspective.

Key Words: Basic income, vulnerable groups, gender, guaranteed work.

Desde hace varios años, se han ido desplegando líneas de reflexión diversas en torno a la idea de la Renta Básica Universal¹. La diversidad se refiere tanto a las distintas disciplinas que la han abordado (Filosofía y Ciencia Política, Economía, Derecho), pero también a las opciones ideológicas que las sustentan. De suerte que se ha convertido en un concepto mutable que si bien se pergeña desde planteamientos liberales y neoliberales se ha trasladado al debate público actual por ideologías del extremo opuesto ((extrema) izquierda).

Desde un punto de vista jurídico, la renta básica universal, no tiene una traducción plausible única, sino que es muy permeable a los condicionantes ideológico-políticos filosóficos que la sustentan, de una parte, y de otras a las posibilidades jurídicas de cada ordenamiento concreto. A lo anterior se une que la Idea misma de Renta Básica Universal ha encontrado un concepto antagónico con el que compite (no necesariamente de un modo formal) en el debate interdisciplinar actual, como es el del Trabajo o Empleo Garantizado². Y, en el fondo de sendas ideas, subyace una reformulación profunda del Estado Social, y de los derechos sociales en sus formulaciones del siglo XX.

La complejidad de dicho debate se manifiesta, a mayor abundamiento, en que se puede realizar desde la abstracción máxima, pero se puede -y así se está pretendiendo- aterrizar a los distintos ordenamientos jurídicos³ (nacionales, pero también internacionales⁴).

Todas esas complejidades, y otras que se podrían ir esbozando, no permiten realizar sino una aproximación sumaria en una contribución como la que se pretende hacer aquí.; porque lo contrario, profundizar hasta donde permitirían los debates, requeriría otros formatos. Pues bien, Ese acto de “meramente asomarse” a la dicotomía Renta Básica Universal - Empleo Garantizado, se hace partiendo de que sendos conceptos se tornan de interés como posibles soluciones jurídicas a una realidad concreta, la de los colectivos vulnerables desde una perspectiva de género. O dicho de modo inverso, la existencia de colectivos vulnerables, eminentemente mujeres con ciertas características, hace necesario testar

¹ Por todos, véase, Van Parijs, P., Vanderborght, Y., *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, Grano de Sal, Ciudad de México, 2017.

² Por todos, Guamán, A., Garzón, A. (Coords.), *El trabajo Garantizado, una propuesta necesaria frente al desempleo y la precarización*, Akal, Madrid, 2017.

³ Véase, por todo, Carrizosa Prieto, E., “La renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español. Una propuesta desde el ámbito jurídico”, *Ética & Política*, vol. XIX, n. 1, 2017, pp. 169-192.

⁴ El Consejo de Europa se ha pronunciado a favor, por ejemplo de una renta básica ligada a la protección de las personas en situación de desempleo.

las bondades e inconvenientes de estos tipos de propuestas. Comprobación que, no puede ser aquí más que sucinta y aproximativa.

Esto pasa, en primer lugar, por señalar una idea: si bien había múltiples manifestaciones de la vulnerabilidad moderna, una de ellas, la que interesa aquí, es la vulnerabilidad económica que se explica en términos de debilidad de ingresos que guarda una relación directa con el empleo de cada sujeto individualmente considerado. Pero que conduce a situaciones de vulnerabilidad social (pobreza y desigualdad).

Es necesario, entonces, primero analizar si la falta de empleo (por pérdida o por problemas de inserción laboral), o los empleos con condiciones de precariedad laboral, conducen a una situación de vulnerabilidad económica, y segundo verificar si esa vulnerabilidad se modula, se explica y/o se retroalimenta mediante condicionantes subjetivos ligados al género, eminentemente.

Esas constataciones permitirían valorar si, desde una perspectiva de género, la opción de la Renta Universal es una solución; o si lo es también, o lo es como alternativa la opción del Empleo Garantizado.

1. La vulnerabilidad económica

Es preciso dilucidar si el empleo, (qué empleo y qué condiciones de empleo en sentido lato) o su ausencia, conducen a situaciones de vulnerabilidad. Y si hay connotaciones de género en ese escenario. De esta suerte, habría que descomponer los elementos jurídicolaborales, con incidencia socio-económica, pueden tener incidencia en la vulnerabilidad desde una perspectiva de género.

Se va a asumir aquí, como punto de partida el enfoque de la -denominada⁵- vulnerabilidad en el empleo. Y este tipo de vulnerabilidad tendría dos esferas de manifestación, la del no-empleo (vulnerabilidad de/por la inactividad), de una parte, y la de la precariedad laboral o la vulnerabilidad en el empleo en sentido estricto.

En ambas, como trasfondo se presume una perspectiva de vulnerabilidad en términos económicos, en las que el trabajo constituiría en términos ideales una fuente de ingresos que preservaría al individuo de las situaciones de necesidad más o menos puras en las que se traduce la idea

⁵ En este sentido se asumen instrumentalmente, por su solvencia, y porque no es el objetivo aquí realizar aportaciones técnicas nuevas, los conceptos y enfoques ligados a la vulnerabilidad ante el empleo que se encuentran glosados y descritos en Felgueroso, F., Millán, A., Torres, M., “Población especialmente vulnerable ante el empleo en España”. *Estudios sobre la Economía Española*, n.7, 2017, p. 8 y ss.

de debilidad/desprotección que aquí se asume que conforma el marco de la vulnerabilidad⁶.

Desde una perspectiva individual, se considera población especialmente vulnerable en el empleo a las personas que viven en hogares de bajos ingresos o de baja intensidad laboral y que están: a) en situación de inactividad⁷, b) en situación de desempleo⁸, o c) en situación de precariedad laboral⁹. Esta precariedad laboral puede manifestarse en una vertiente puramente cuantitativa (el nivel de ingresos salariales) pero también en una vertiente más cualitativa, la de las condiciones de trabajo en sí mismas consideradas (modalidad contractual, tipo de jornada, sistema retributivo, lugar de trabajo, tipos de funciones...) y sus efectos colaterales (gastos secundarios, ligados al desplazamiento al trabajo, a

⁶ La falta de empleo caracteriza tanto a las personas inactivas que desean trabajar aunque no buscan activamente empleo, cuanto a las personas en paro en términos de la EPA. Junto a ellas, las personas que se encuentran en situación de precariedad laboral, las tres categorías, conforman un colectivo denominado de “personas potencialmente vulnerables” (PPV). La potencialidad radica en que se adopta una perspectiva individual, la del sujeto inactivo o que activo mantiene condiciones laborales precarias. Pero la vulnerabilidad se acciona, y deja de ser potencial cuando se opta por una visión colectiva. Entonces, cuando este grupo que se encuentra en riesgo de permanecer sin empleo o en riesgo de pobreza, además se insertan a) en hogares de bajos ingresos laborales o, b) en hogares de baja intensidad laboral, constituyen indubitablemente “personas en situación de especial vulnerabilidad en el empleo” (EVAE). (Felgueroso, F., Millán, A., Torres, M., *op. cit.*, pp. 8-10). Al incluir al sujeto en un grupo -el hogar-, se corre el riesgo de dejar de prestar atención prioritaria a los condicionantes personales, por cuanto están mediatizados por el grupo. Esta opción, en términos de género, tiene un efecto claro: desdibujaría la vulnerabilidad femenina cuando en el hogar familiar hay un trabajador (varón) estándar con ingreso laborales medios e intensidad media. Y solo la hace visible cuando en el hogar se replica una situación de vulnerabilidad extrema de los demás miembros que lo componen. Situación esta en la que la vulnerabilidad femenina sería máxima.

⁷ Las personas inactivas, a pesar de desear trabajar no buscan empleo porque creen que no lo van a encontrar o porque se encuentran en ciertas situaciones que no les permiten estar disponibles para el desempeño de una actividad laboral.

⁸ En lo que se refiere al colectivo de desempleados, se aglutinarían ahí tanto las personas que pierden su empleo y permanecen paradas en búsqueda activa de empleo durante un período corto de tiempo, pero también las personas paradas de larga duración (más de 24 meses).

⁹ Hay un colectivo de sujetos (que se podrían incluir en el colectivo de trabajadores pobres) que como consecuencia de una situación de precariedad laboral, también serían sujetos en especial situación de vulnerabilidad. En este sentido, la precariedad laboral se proyecta en un elenco de elementos configuradores de la relación jurídico-laboral. El tipo de contrato, la duración del contrato, el encuadramiento profesional, el tipo de jornada o el tipo de sector productivo en el que se desempeña la prestación profesional en régimen de ajeneidad pueden ser condicionantes objetivos de la precariedad laboral.

cubrir gastos de cuidado de personas a cargo, por señalar los más obvios), estado de salud (ligado al tipo de trabajo en sí mismo, o a los contextos sociales y familiares, con traducción en sobrecarga mental, o fatiga), relaciones familiares y sociales (déficits de tiempo de ocio, dificultades de conciliación básica...).

En los dos primeros grupos -a) y b)- podría formularse como hipótesis la de que la falta de empleo sea una de las causas esenciales de vulnerabilidad económica y social. Porque se entienda que la vulnerabilidad esencial es la económica, la de la carencia de un nivel suficientes de recursos.

Sin embargo, como una paradoja difícil de resolver, en el caso del colectivo de personas trabajadoras precarias, es el propio trabajo, las condiciones laborales, las que provocan una vulnerabilidad relativa, y además enervan el potencial redentor del trabajo como eje de superación del riesgo de pobreza. En efecto, paradójicamente, las condiciones de trabajo precarias, alejadas de los estándares de trabajo decente, generan situaciones de vulnerabilidad no solo económica, sino física o psicológica, y social.

Si bien ahora no se había mencionado expresamente, la vulnerabilidad económica tiene una traducción inquietante como sinónimo de pobreza o de riesgo de pobreza y, por ende, como sinónimo de riesgo de exclusión. En este sentido, emerge un concepto ancilar: el de situación de necesidad¹⁰, como detonante de eventuales mecanismos de protección social, pero también como elemento polimorfo, que pretende diseñar sendas de políticas sociales diversas de atención a la vulnerabilidad.

La vulnerabilidad (en el empleo) también puede presentarse elevada a una segunda potencia, y se manifiesta como un efecto derivado o secundario de situaciones de empleo precaria (y obviamente de no empleo). En esta esfera, la vulnerabilidad está provocada por el hecho de que el empleo/el trabajo no conduce a una situación de protección efectiva desde los sistemas públicos de protección social. Y no lo hace porque la situación laboral del sujeto no se coherente con los esquemas protectores estandarizados. Los elementos de contributividad, de profesionalidad, que se asientan sobre requisitos prestacionales referidos a situaciones laborales, perjudican a las personas cuyo perfil no se corresponde con el paradigma legal de sujeto protegido de un sistema de Seguridad Social de corte continental.

En consecuencia, entre otras posibles, respecto de los tres tipos colectivos

¹⁰ De nuevo aquí, a pesar de ser conceptos eminentemente de las ciencias sociales (la sociología, la economía), se pretenden emplear aquí de un modo instrumental, para poder enmarcar un análisis más jurídico del fenómeno de la vulnerabilidad y de la pobreza en el trabajo.

mencionados más arriba, entonces, tanto la Renta Básica Universal (RBU en adelante), cuanto el Empleo Garantizado (EG), podrían constituir eventuales soluciones para garantizar la inclusión social, desde una perspectiva individual, o como ejemplos de individualización de derechos. Se insiste en ese extremo porque en los sistemas de protección social suele emplearse una perspectiva colectiva. En ésta, al sujeto se le vincula a una unidad familiar de convivencia. Si se observa, la vulnerabilidad económica se ha referenciado, junto a elementos individuales, a otros dos colectivos. Y al especial vulnerabilidad en el empleo se vincula inherentemente a la pertenencia a determinados tipos de hogares, a saber: a) hogares de bajos ingresos, y b') hogares de baja intensidad laboral¹¹.

A *contrario*, cuando un sujeto pertenece a un hogar de ingresos medios o altos, o a hogares de intensidad laboral media o estándar, se puede presumir que se desliga de la condición de persona especialmente vulnerable en el empleo. En términos más globales se trata de una tendencia razonable, dado que, en clave de rentas globales disponibles, las rentas del trabajo de la persona vulnerable por estar inactiva, desempleada o en situación de precariedad laboral devienen irrelevantes porque se absorben por umbrales de rentas medias o altas de otros componentes del hogar familiar. O en otros términos, se presume que ese sujeto no se encontrará en situación de vulnerabilidad económica (bajos niveles de rentas), dado que se socializan las rentas que perciben los restantes miembros del hogar. Desde una perspectiva de género, esa presunción tiene efectos manifiestos. Porque si se presupone que la vulnerabilidad de la mujer se absorbe o compensa *ad intra* del hogar, se está inhibiendo la hipótesis de que dentro de ese núcleo familiar se produzcan asimetrías de poder entre la mujer trabajadora /desempleada y los demás miembros de la familia. De suerte que la pertenencia a hogares estandarizados no siempre permitiría descartar una situación de vulnerabilidad -económica y social- efectiva real. Sino que, antes al contrario, la circunstancia de monomarentalidad (atendiendo al número y edad de descendientes o ascendientes dependientes a cargo), o las situaciones de violencia de género, o de hegemonía marital, supondrían, en realidad otros potenciales

¹¹ En el primer caso se trata de hogares en los que ningún miembro está empleado o aquel cuyos ingresos laborales por consumo son inferiores al 60% de la media de la distribución de ingresos laborales de todos los hogares. Y en el caso de los hogares de baja intensidad laboral, se entiende que estos se definen como aquellos cuya ratio de intensidad laboral (cociente entre el número de horas semanales trabajadas y el número de horas potenciales que podrían trabajar todos los miembros del hogar, de 18 a 59 años., si lo hicieran a tiempo completo) es inferior a 0,2. Véase, Felgueroso, F., Millán, A., Torres, M., *op. cit.*, p. 8.

acelerantes de vulnerabilidad.

O de otro modo dicho, esa presunción es una opción estadístico-metodológica, pero también ideológica, en la que hay un condicionamiento de género claro. Se presume la socialización de los ingresos como si hubiera una realidad indiscutible de sociedad de gananciales en las que hay *breadwinners* que mantienen a los demás miembros de la familia. Pero esa es una realidad *líquida*¹² en la medida en que no siempre hay hogares que reproducen esos esquemas, y sí comienzan a generalizarse otros tipos de hogares, como los hogares unipersonales, y los hogares monoparentales/monomarentales, con hijos menores (que pueden no encontrarse en edad de trabajar) o con ascendientes (mayores o menores de cierta edad activa, pero incapacitados para trabajar).

De esta forma, esa perspectiva colectiva adolece de una cierta miopía, porque, presume la socialización de ingresos en el hogar para excluir de la vulnerabilidad a ciertos colectivos de sujetos (que serán eminentemente mujeres).

Pero, de otra parte, se deja de dar relevancia, como factor exponencial de vulnerabilidad añadida a las personas que se encuentran en hogares que no podrían ser técnicamente descritos en estos parámetros de laboralidad (porque no cabe medir ni los niveles de ingreso, ni de intensidad laboral porque los otros sujetos no tienen capacidad para trabajar, por ser menores de edad, discapacitados, o mayores dependientes, si se señalan las hipótesis más obvias.). Todo lo anterior sin perjuicio de que haya hogares que puedan estar compuestos incluso por una multiplicidad de personas vulnerables en otros sentidos.

2. La vulnerabilidad desde una perspectiva de género

2.1. Las condiciones personales

En los planteamientos precedentes, es habitual que la vulnerabilidad se presente, con las coordenadas explicitadas, enmarcada en ciertos condicionantes personales. De modo que las cuestiones de permanencia en el empleo, y las eventuales transiciones desde el empleo al no empleo, desde el no empleo al empleo precario, o desde el empleo no precario/ordinario al empleo precario, se contextualizan en determinados

¹² Retomando la idea de *liquidez* de Baumann, Z., Leoncini, T., *Generación líquida. Transformaciones en la era 3.0*, Editorial Paidós, Barcelona, 2018.

parámetros de edad, género, nivel formativo, región, Comunidad Autónoma, zona rural, urbana o periurbana de residencia, por señalar los ejemplos más claros. Y algo semejante sucede en los análisis que se hace de la población en riesgo de pobreza en el trabajo.

De esta forma, se establecen variables de control independientes que pueden determinar las distintas transiciones. No obstante, y aquí se produce una falla relevante, lo habitual es que el género se tome como una variable más. Y se obvia partir de una hipótesis de trabajo: “el género es una condición presente en las situaciones de vulnerabilidad en el mercado laboral y, a la vez, es la base de otros exponentes de vulnerabilidad, tanto desde una perspectiva puramente individual, cuanto colectiva”.

Así, la edad, la discapacidad/incapacidad inicial o sobrevenida, la nacionalidad, el lugar de residencia, la ruralidad, el sector productivo predominante, son condiciones de vulnerabilidad en las que el género actúa como “condicionante acelerante”.¹³

Junto a lo anterior, sin embargo, en un sentido inverso, sí ha habido ejemplos en los que se han detectado situaciones de vulnerabilidad femenina conceptualmente muy potentes y visibles, pero que, en cierto modo, responden a una idea de vulnerabilidad muy reduccionista, que visibiliza situaciones muy extremas y marginales, como pudieran ser las ligadas, por señalar los objetos más claros, a la violencia de género, al trabajo forzoso y a las situaciones de trata con fines de explotación sexual o laboral, pero también a condiciones personales ligadas a las situaciones administrativas de inmigración irregular, a situaciones de reclusión en centros penitenciarios o análogos; o a, condiciones étnicas, o de salud (VIH u otras enfermedades de análoga consideración).

Pero al lado de este tipo de vulnerabilidad indiscutida socialmente, menos mediática/extrema, pero con mayor tasa de incidencia, sí cabría vislumbrar una vulnerabilidad económica y social, vinculada al trabajo/empleo, o a su ausencia, en la que el género no es una condición personal más, sino el aglutinante de las demás condiciones. Algunas de las cuales, incluso se hacen especialmente relevantes únicamente para las trabajadoras mujeres. La asunción de responsabilidades familiares es uno de los claros exponentes. Porque la existencia de cargas familiares (ascendientes o descendientes) adquiere especial trascendencia en el

¹³ Y no necesariamente porque se produzcan situaciones de discriminación múltiple, aunque sería también una posibilidad. Sobre este concepto, que aquí no cabe tratar, aunque sí dejar apuntado, véase, Jiménez Rodríguez, M.L., “El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, n. 3, 2018, p. 196 y ss.

acceso, salida y mantenimiento en el empleo respecto de mujeres, en un contexto de oportunidades de conciliación discutidas.

No es el objeto de este trabajo el de hacer un estudio estadístico de ese efecto acelerante del género en la determinación de las tasas de especial vulnerabilidad en el empleo, sino, más bien, de señalar los extremos jurídico-laborales que actúan como potenciales generadores de espacios potenciales de mayor vulnerabilidad.

2.2. Las circunstancias laborales

La especial vulnerabilidad en el empleo, es causa, pero también consecuencia de la concurrencia de determinadas circunstancias laborales. Y es aquí donde adquiere cierto valor la parametrización de elementos jurídico-laborales que, presentes/predominantes en ciertos colectivos, explicarían la situación de especial vulnerabilidad.

2.2.1. Las condiciones contractuales

En la tipología de contratos, habrían de destacarse como categorías con potencial incidencia, los contratos de duración determinada, o los contratos fijos-discontinuos. Pero no aisladamente considerados, porque resulta esencial tanto la duración de contrato (número de días), cuando el tipo de jornada pactada (tiempo completo o tiempo parcial, y, en este caso, el número de horas). Un sumatorio de todos estos parámetros podría conducir a una situación extrema de precariedad laboral; pero habría ciertas zonas grises (contratos indefinidos a tiempo parcial, contratos de duración determinada con cierta proyección en el tiempo, y a tiempo completo, por presentar algunas de las combinaciones menos precarizantes).

Los contratos de duración determinada, su temporalidad en realidad, generan situaciones económicas expectantes. Tanto más cuanto más breve sea la duración. Como consecuencia de las dinámicas del mercado de trabajo español, no solo es relevante la tasa de temporalidad, sino también la duración media de los contratos y, por ende, el número de contratos celebrados por una misma persona al año. La temporalidad, en abstracto se puede traducir en un ingreso constante, al mismo tiempo que perentorio, al mercado de trabajo. Que en paralelo constituye una expulsión constante del mismo. Expulsión que no siempre es necesariamente igual de perentoria, sino que se puede prologar durante

periodos diversos de inactividad subsidiada o no.

De esta suerte se pone de manifiesto un tipo de vulnerabilidad-maleabilidad de la condición de persona asalariada. Que repercute en el nivel de ingreso que pueda recibir la persona trabajadora temporal, atendiendo al salario/día.

Ligado a lo anterior, la jornada que se haya pactado resulta ser también un elemento de especial vulnerabilidad potencial. En efecto, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET) posibilita no solo la realización de un número de horas de trabajo inferior (aunque aproximado en ocasiones) al trabajador a tiempo completo comparable, en el arco de referencia diario, o en la dimensión horizontal; pero también permite su realización en de un modo extremadamente flexible. El número de horas de trabajo tendrá un reflejo salarial desigual (atendiendo al número de horas efectivamente realizadas), pero cuantificable. No tienen, sin embargo una traducción cuantitativa tan cabal, elementos jurídicos como el régimen de organización efectiva de la jornada a lo largo de la semana, por ejemplo, o del mes, ni tampoco lo tendrán las condiciones/coordenadas temporales en las que se presten efectivamente los servicios profesionales asalariados (nocturnidad, turnicidad, trabajo en festivos no remunerados...). La dimensión económico-salarial puede reflejar una situación de vulnerabilidad económica determinada (cantidades recibidas), sin embargo, la otra dimensión de las condiciones de trabajo ligadas a horarios y régimen de organización de la jornada, por su consideración más cualitativa, no tiene un reflejo tan obvio, a pesar de ser susceptible de ahondar en la situación de vulnerabilidad económica desde otras facetas (psicológica, sociológica...) porque tenga incidencia en otros extremos más allá del nivel de ingresos salariales (estado de salud física o mental, atención al cuidado de otros miembros de la familia...).

El género tiene aquí un efecto relativamente directo como consecuencia de que a esos elementos jurídicos generales se sumarían ciertos condicionantes subjetivos. Así, los déficits de formación suelen provocar que el empleo femenino (en determinadas cohortes de edad sobre todo y en ciertas regiones) se concentre en sectores intensivos en trabajo, sin alta cualificación, de una parte. Y de otra, las cargas familiares asumidas eminentemente por las mujeres trabajadoras, modulan las posibilidades de empleo, así como las condiciones contractuales ligadas a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar¹⁴.

¹⁴ En suma, la posición de las mujeres en el mercado de trabajo es desigual, por edad y nivel de formación, sobre todo, pero ofrece un panorama de desigualdad manifiesta respecto a los trabajadores varones. Véase, Consejo Económico y Social, *La participación laboral de las mujeres en España*, CES, Madrid, 2016, 157 págs.; Observatorio de las

Concomitante a lo anterior, y por lo tanto, susceptible de generar efectos acumulador, es relevante el tipo de sector productivo en el que se desarrolla la actividad laboral. Porque eso indica, de una parte, el tipo de tejido empresarial¹⁵ y, de otra, el grado de cobertura convencional¹⁶.

Los sectores productivos presentan distintas características según se trate de sectores masculinizados o feminizados, pero también según se trate de sectores estratégicos en el plano nacional, regional o local, así como según se trate de sectores en crisis o en procesos de transición.

A este respecto, como factores de vulnerabilidad sobrevenidos, la robotización y la digitalización emergen para ser posibles causantes de nuevas tasas de desempleo en algunos sectores. El género se presenta aquí, como un condicionante personal significativo porque aglutina condiciones de empleabilidad desiguales. Con niveles formativos profesionales y de competencias digitales reducidas en determinadas cohortes de edad, la implementación de nuevos procesos productivos en sectores feminizados, hace emerger situaciones manifiestas de vulnerabilidad. Que están muy relacionadas en suma, con condiciones reales de empleabilidad femenina.

Los elementos *macro* (sector y tipo de tejido empresarial predominante) son los que van a poder predeterminar en ocasiones, por otra parte, los condicionantes contractuales *micro* de las personas trabajadoras empleadas. De ahí que, a efecto de la superación de las situaciones de vulnerabilidad femenina en el empleo se abran dos posibles vías: la de reconducir a otros sectores (a través de procesos de recualificación profesional, por ejemplo), o la de mejora de las condiciones de los distintos sectores concretos como objetivo de género o genérico, de política pública de empleo.

Conviene insistir en que estos elementos jurídico-laborales que se han

ocupaciones, *Informe del mercado de trabajo de las mujeres estatal*, SEPE, Madrid, 2017, 103 págs.; Secretaría de Empleo, *Situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, Ministerio de Empleo, Madrid, 2017, 85 págs.

¹⁵ El empleo en las pequeñas empresas no tiene las mismas características que el empleo en grandes empresas, especialmente desde el punto de vista organizativo, y de manifestación de derechos colectivos representativos de tutela de condiciones laborales. De forma que la flexibilidad y la informalidad son susceptibles de ahondar en situaciones de vulnerabilidad de partida.

¹⁶ Por su parte, el grado de cobertura convencional se refiere no solo al número/tipo de convenios existentes (de empresa, sectorial...), sino también a los niveles de exigencia de los mismos. Los convenios colectivos de empresas multiservicios, hostelería, textil, *call center*, limpieza o atención socio-sanitaria, no alcanzan los niveles salariales, por ejemplo, de los convenios de sectores industriales. Ni tampoco son asimilables en lo referido al tipo de derechos reconocidos o al grado de desarrollo jurídico suplementario de los derechos legales.

apuntado, tienen efectos más allá de los aspectos salariales, que son los que vienen a definir de modo inmediato la situación de vulnerabilidad, la económica. Una actividad profesional-laboral de baja intensidad, o a tiempo parcial con jornadas reducidas o muy reducidas (10 horas/semana) se traduce en percepciones salariales reducidas. Y sí, en efecto, la vulnerabilidad económica es relativamente sencilla de ser medida en términos de rentas salariales recibidas. Pero no son tan cuantificables en términos de ingresos los otros factores inherentes al empleo, que generan vulnerabilidad económica, pero también de otro tipo.

2.2.2. Las condiciones de salud.

En este sentido, ligado a lo anterior, ciertas condiciones laborales (rotaciones en el empleo, condiciones laborales precarizadas), imbricadas con condicionantes extralaborales ligados al género, puede tener también efecto en otros ámbitos. Sirva detenerse en dos. El primero, el nivel de salud, laboral o no. El segundo, la tasa de cobertura por los esquemas de protección social (contributivo-profesionales pero no solo), del que tratará más adelante.

Cuando se mide la vulnerabilidad en el empleo de las personas trabajadoras (o inactivas con deseo de acceder al mercado), no se analiza apenas¹⁷ uno de los extremos ligados al trabajo, y al no-trabajo, como es el estado de salud de las personas vulnerables. Este estado de salud inherente a la persona puede ser función, de varios condicionantes subjetivos. La edad, la eventual discapacidad o el género son claros. Y se insertan de un modo fotográfico, en un análisis estático de situación. Sin embargo, habría una vertiente dinámica, de revisión de procesos vitales-profesionales, en los que el estado de salud se puede analizar a partir de trayectorias vitales (carreras profesionales previas, lugares previos de residencia (lo rural y lo urbano), nacionalidad y condición de personas migrante desde otros Estados...). De forma que sería posible identificar un estado de salud previo al análisis de la situación de vulnerabilidad, y un estado posterior.

El enfoque previo-posterior permitiría analizar si la vulnerabilidad relativa a la salud, es posible que pueda tener una incidencia directa en el acceso o

¹⁷ Esto se excepciona, obviamente, cuando se trata de una persona afecta de un grado de discapacidad. En estos casos la discapacidad, sin embargo también se analiza de modo incompleto, por cuanto no se tiene en cuenta si tiene o no origen profesional, ni tampoco qué grado de incidencia laboral tiene respecto del perfil profesional concreto del sujeto.

en la salida del mercado de trabajo, cuando tiene efectos incapacitantes en algún grado.

Cabría dibujar algunas hipótesis en las que, a) como consecuencia del estado previo de salud (con incidencias desiguales según la edad, y otras condiciones subjetivas) la persona en situación de vulnerabilidad no pueda acceder a ciertos empleos que presentan requerimientos incompatibles con sus posibilidades físicas/psíquicas¹⁸. O, b) en las que la alteración de la salud durante el desarrollo de la prestación laboral conduce a la interrupción de ésta, con dificultades ulteriores para retomarla. Tanto más, cuanto menor sea la estabilidad contractual (contratos temporales de corta duración que extinguen por el cumplimiento del término o condición establecido), por traer algunos de los parámetros de los que se hablara más arriba.

A su vez, el estado de salud personal debería interrelacionarse con las condiciones de salud laboral en las que se desarrolla eventualmente el empleo. O dicho de otro modo, las características preventivas y de salud en el trabajo pueden constituir condicionantes de incremento o disminución de las situaciones de vulnerabilidad en la medida en que conformen parte de la precariedad laboral del sujeto.

Determinados empleos en los que los riesgos físicos, mecánicos, químicos o psicosociales, por señalar algunos, no están debidamente identificados ni protegidos, son susceptibles de empeorar el estado de salud de la persona trabajadora¹⁹.

En este marco, la falta de vigilancia de la salud, como aglutinante, o la falta de formación e información, podrían ser potenciadores de vulnerabilidad desde una perspectiva de género. En la medida en que la edad, los niveles formativos, junto con el estado de salud previo de la trabajadora, pueden explicar que ciertos empleos generen alteraciones de la salud física y mental individualmente consideradas con trascendencia ulterior en el empleo mismo.

Y la salud, su alteración ofrece, de nuevo, un ejemplo para completar el marco de definición de cómo la situación de vulnerabilidad en el empleo tiene efectos más allá del ámbito puramente laboral.

Por un lado, el estado de salud (general o ligado a la vertiente preventiva) puede ser condicionante de ciertos tipos de empleo, y pero puede ser un

¹⁸ Limitaciones de movimiento e imposibilidad de manipular determinadas cargas en tareas de limpieza de edificios, por ejemplo.

¹⁹ Ha habido un ejemplo de este escenario respecto de las camareras de pisos y la consideración sobrevenida de que ciertas patologías constituyen enfermedades del trabajo y no meras enfermedades comunes con mayor incidencia en mujeres trabajadoras.

causante de mayor precariedad/vulnerabilidad exponencial; como sucede cuando hay una alteración significativa sobrevenida al empleo del estado de salud o cuando se agrava un estado de salud ya alterado previamente. Para estos casos los sistemas de seguridad social suelen prevenir mecanismos prestacionales reparadores y sustitutivos de rentas profesionales dejadas de percibir.

2.2.3. Las condiciones de protección del Sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, es posible que la vulnerabilidad en el empleo pueda dificultar el acceso a los mecanismos públicos de protección social ligados a la actividad profesional. De suerte que haya un efecto acumulado de intensificación de la vulnerabilidad de sujetos especialmente vulnerables en el empleo. Paradójicamente el empleo vulnerable no tiene capacidad de accionar mecanismos de protección suficiente en situaciones de necesidad. Ahora se emplea la alteración de la salud como foco de la intersección, pero puede haber otros focos. Sin embargo, el de la salud es paradigmático como se acaba de ver. Porque es muy plausible que un sujeto inactivo, o en situación de empleo precario, cuando sufre una alteración de la salud (inicial o de agravación sobrevenida de otras previas) pueda quedar fuera del ámbito de protección de los esquemas contributivos del sistema de la Seguridad Social. Las trayectorias de cotización son aquí relevantes, porque presentan incidencia en el cumplimiento de requisito de acceso a las prestaciones (carencias), y también en las reglas de cálculo de las prestaciones que ofrecen rentas sustitutivas.

Más allá de ese elemento cuantitativo (cotizaciones vertidas al sistema proporcionales a las remuneraciones laborales), las alteraciones temporal o permanente son ámbitos distinguibles (tanto por los periodos previos de cotización exigidos como por el tipo de prestación vinculada y sus reglas de cálculo), pero en ambos casos la situación de salud previa (que puede ser consecuencia de la vulnerabilidad económica) y la situación sobrevenida pueden verse confundidas en orden a la calificación como contingencia común o profesional que genera la incapacidad laboral temporal o permanente; porque cabe que haya dificultades para identificar la causa misma de la alteración de la salud actual²⁰.

²⁰ Artrosis previa que se agrava como consecuencia de tareas con movimientos repetitivos y manipulaciones de pesos inadecuadas.

En suma, las situaciones de vulnerabilidad en el empleo potencialmente van a generar situaciones de vulnerabilidad en el acceso a la protección de los esquemas contributivos profesionales²¹. Y por ende, una perpetuación de las situaciones de vulnerabilidad, que los esquemas protectores no consiguen resolver. Cuando ha habido periodos prolongados o muy prolongados de inactividad, o cuando se atesoran periodos de cotización reducidos, irregulares, con numerosas interrupciones y además con aportaciones contributivas de cuantía mínima, cabe que sea muy difícil o imposible el acceso a la condición de beneficiario de prestaciones, de todo tipo.

Por varias razones:

1) Porque se exige situación de alta o situación asimilada al alta. Y la inactividad prolongada no subsidiada, o la situación de desempleo, subsidiado o no en un contexto de contratación temporal discontinua no favorecen el cumplimiento del requisito.

2) La concatenación de contratos temporales de corta duración y la parcialidad de la jornada contratada, así como los periodos de lagunas de cotización, tienen efectos directos en el sumatorio de periodos cotizados para cumplir cabalmente con los requisitos de carencia genérica o específica.

3) La conexión profesional de los hechos generadores de las prestaciones no es obvia cuando hay intermitencia laboral.

En las prestaciones ligadas a la salud es especialmente obvio. Cuando hay intersecciones con procesos relevantes de accidente o enfermedad previas o concomitantes al trabajo, pero que son función de situaciones de vulnerabilidad económica o social²². En esos casos la determinación del origen pura, estricta, eminentemente profesional no es una cuestión sencilla, y se haría necesaria una labor de deconstrucción de las patologías. Algo que, obviamente no está previsto por los sistemas de determinación de las contingencias y que, además pivota sobre la no presunción del origen laboral de las enfermedades.

4) En ciertas ocasiones, desde otros esquemas de protección social no contributivos o asistenciales sí cabe que las personas en situación de

²¹ Ligados al género, no han sido inhabituales los estudios en torno a la pensión de jubilación. Véase Cebrián, I., "Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones diferencias por género al final de la vida laboral", *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 33, n. 2, 2015, pp. 311-328.

²² La pobreza energética, ciertos hábitos no saludables (tabaquismo, alcoholismo...), déficits alimentarios, o desatención a tratamientos farmacológicos, como consecuencia de restricciones económicas en los presupuestos familiares, son condicionantes no siempre visibilizados.

especial vulnerabilidad en el empleo reciban algún tipo de cobertura. En este ámbito, de nuevo la suficiencia de la protección no tiene los efectos precisos para enervar la situación de vulnerabilidad misma, sino que la puede perpetuar incluso. Especialmente cuando esos esquemas prestacionales atienden, como condición legal de acceso, a los niveles de rentas familiares. En estos supuestos, aflora de nuevo la falta de la perspectiva de género como herramienta de análisis teleológico.

5) En los distintos tipos de sistemas de protección social en España, nacionales, regionales, locales, se mantienen algunas ineficiencias que podrían contribuir a la minoración de la vulnerabilidad en el empleo de ciertas categorías de personas trabajadoras. Mayoritariamente de mujeres de ciertas cohortes de edad, con ciertos niveles formativos previos, y con determinadas situaciones familiares, por señalar algunos de los condicionantes subjetivos con mayor incidencia. Estas ineficiencias se proyectan en niveles desiguales de servicios sociales (de atención a la infancia, o a la dependencia), pero también en desiguales diseños de políticas formativas.

La oferta de soluciones públicas que compensen ciertas situaciones familiares de personas vulnerables (con dificultades de acceso al mercado, de permanencia en él, y en régimen jurídico de no precariedad), posibilita un incremento de su empleabilidad última. Porque desconecta las limitaciones familiares al acceso a ciertos tipos de trabajos, con ciertas jornadas y horarios, en un caso, por ejemplo; y, en otro, resuelve las inaptitudes profesionales sobrevenidos y los déficits formativos que permitiría la versatilidad profesional en distintos sectores productivos, como muestra.

A falta de remedios, con la actualización múltiples de los condicionantes y parámetros jurídico-laborales y sociales, la consecuencia última, sería entonces, que la vulnerabilidad deja de ser una categoría de pobreza en potencia, y puede conllevar a la actualización de situaciones de pobreza efectiva y real. En la mayoría de las ocasiones, multidimensional²³, y con

²³ Este tipo de pobreza se define a partir de su medidor, el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), creado en el marco del Programa para el Desarrollo de Naciones Unidas. El IPM “identifica múltiples carencias a nivel de los hogares y las personas en los ámbitos de la salud, la educación y el nivel de vida. Utiliza microdatos de encuestas de hogares, y, al contrario que el Índice de Desarrollo Humano ajustado por la Desigualdad, todos los indicadores necesarios para calcularlo deben extraerse de la misma encuesta. Cada miembro de una familia es clasificado como pobre o no pobre en función del número de carencias que experimente su hogar. Estos datos se agregan (por ejemplo a nivel nacional) para conformar el indicador de la pobreza multidimensional. El IPM refleja tanto la prevalencia de las carencias multidimensionales como su intensidad, es decir, cuántas carencias sufren las personas al mismo tiempo. También se puede

mayor incidencia en mujeres²⁴.

2.2.4. El caso concreto: la vulnerabilidad del trabajo autónomo

Más allá, también incluso, con las obvias modulaciones, a idéntica situación de precariedad económico-profesional puede conducir el modo en el que las personas trabajadoras autónomas realizan prestaciones por cuenta propia.

En este último punto, sí habría elementos jurídicos que podrían conformar el marco plausible de precariedad laboral. En efecto, el trabajo autónomo tradicionalmente reglado por contraposición al trabajo asalariado, definía una realidad empresarial predominantemente unipersonal, en la que no había visos de ajeneidad o subordinación alguna. Un sujeto realizaba una actividad de emprendimiento empresarial, como manifestación de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad privada constitucionalmente reconocidos.

Sin embargo, a lo largo del siglo XXI, como consecuencia de los procesos de crisis económica y financiera y los primeros procesos de nuevas reestructuraciones del trabajo, ha surgido un nuevo concepto, el de trabajador autónomo económicamente dependiente (art 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo). Que al ser una figura *tertium genus* comparte características (realmente más formales que materiales) del trabajo autónomo puro, y del trabajo asalariado.

En esta categoría de trabajadores autónomos, la dependencia económica, al cabo, en ocasiones, es un factor de vulnerabilidad potencial. En tanto, el asumir los riesgos de la actividad empresarial en régimen de autonomía, unido al hecho de depender económicamente de una o varias empresas en un volumen relevante de ingresos, tiene como consecuencia el ubicar al sujeto en una indeterminación intensa de sus recursos presentes y futuros disponibles.

utilizar para hacerse una idea general del número de personas que viven en la pobreza, y permite realizar comparaciones tanto entre los niveles nacional, regional y mundial como dentro de los países, comparando grupos étnicos, zonas rurales o urbanas, así como otras características relevantes de los hogares y las comunidades (...) ofrece un valioso complemento a las herramientas de medición de la pobreza basadas en los ingresos". (<http://hdr.undp.org/en/node/2515>).

²⁴ Algo que se ha venido poniendo de manifiesto en ocasiones. Véase, Cantó Sánchez, O., *et al.*, "Crisis y brecha de riesgo de pobreza por género", *Estudios de economía aplicada*, vol. 34, n. 1, 2016, pp. 179-204.

A lo anterior se suma que, dado que este colectivo de trabajadores está excluido de la regulación jurídico-laboral, no cuenta con parámetros jurídicos-laborales que acoten su actividad profesional. Sino que la determinación de la jornada y demás condiciones en las que se presta la actividad profesional autónoma queda sujeta a su autodeterminación, y, por ende, cabe la “autoprecarización” de la actividad autónoma misma (régimen de trabajo, horarios, jornadas y descansos, prevención de riesgos laborales...). Algo especialmente relevante cuando, además, se trata de trabajadoras autónomas económicamente dependientes, en las que confluyen, como potenciales condicionantes subjetivos los ya señalados antes para las trabajadoras asalariadas.

Desde la perspectiva de la protección social, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se encuentra aún, a pesar de los procesos de unificación que se han venido realizando, pendiente de resolver ciertas ineficiencias e ineficacias protectoras. Tanto más respecto de las nuevas realidades ligadas al trabajo autónomo económicamente dependiente. Pues bien, la vulnerabilidad que se infiltraba desde la vertiente profesional que ya fue apuntada respecto del trabajo por cuenta ajena a la vulnerabilidad secundaria/prestacional (que pivotaba sobre los ingresos y situaciones administrativas de vinculación administrativa al sistema de Seguridad Social, cuantías, y periodos de cotización y requisitos prestaciones contributivos exigidos por dicho sistema para accionar las dinámicas prestacionales), también se puede producir respecto de ciertas categorías de trabajadores autónomos. Respecto de estos, entonces, se hace preciso una línea de reflexión paralela, puesto que la ausencia del sujeto “empresario” como contraparte, no permite ciertas acciones de protección del sujeto para frenar la vulnerabilidad en el empleo en todas las manifestaciones.

3. Diagnóstico de síntesis

Sin entrar en la vertiente cuantitativa, pero como eventual marco para un estudio estadístico futuro, se ha podido intuir que la vulnerabilidad ligada al género (de igual modo que la vulnerabilidad genérica, claro está) puede tener distintos grados, por cuanto se manifiesta en tres vertientes laborales claras:

- a) en el acceso al mercado,
- b) en el mantenimiento en el empleo y,
- c) en el disfrute de condiciones laborales no precarias.

En los tres niveles, la existencia de un trabajo decente (un empleo, que se

mantiene, y que se caracteriza por condiciones laborales no precarizadas) puede ser una de las soluciones inmediatas, que puedan resolver la situación de vulnerabilidad en todas sus facetas. Y en esa misma dirección, cabría detectar un grado de vulnerabilidad “extrapotencial”. Porque, en efecto, hay situaciones de estandarización laboral (contratación indefinida, y/o a tiempo completo; y/ o en sectores neutros o no, etc.) en la que el empleo (los niveles de ingresos, la pertenencia efectiva al campo de protección efectiva de los sistemas contributivos de seguridad social y de asistencia social y sanitaria) tiene un valor profiláctico contra la vulnerabilidad potencial que puede generar algunas de las condiciones subjetivas del sujeto, al margen del género, y /o ligadas al género. La edad (trabajadoras maduras), el estado de salud incapacitante o no (la discapacidad previa o sobrevenida femenina), las responsabilidades familiares (monomarentalidad o la tenencia a cargo de una o varias personas dependientes), la falta de competencias digitales y/o de versatilidad profesional, todas, son condiciones que pueden, en el marco de relaciones laborales actuales existentes en España especialmente tras la reforma laboral operada por la Ley 3/2012 (de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) conducir a una salida del mercado (extinciones objetivas), o de una transición a condiciones precarizadas (jornadas y horarios excesivamente flexibles, polivalencia funcional, movilidades geográficas).

Esta idea unida a las anteriores, por derivación, requiere proponer una nueva óptica ginecéntrica en el análisis de la vulnerabilidad y las políticas públicas destinadas a su superación. Nueva óptica que se proyectaría de un modo plausible en:

- a) el modo de analizar las cuestiones de permanencia en el empleo. O lo que es lo mismo, analizar y cuantificar la trascendencia de la formación profesional, de la disponibilidad por contraposición a las necesidades de cuidado de las personas a su cargo, del estado de salud;
- b) el modo de diseñar eventuales transiciones desde el no empleo al empleo. Para trazar trayectorias formativas ajustadas a las necesidades del mercado, según sectores productivos y zonas geográficas, atendiendo a elementos de diversidad ligadas a la edad y la discapacidad;
- c) el modo de planificar planes formativos dentro de las empresas para prevenir posibles salidas del mercado (como consecuencia de pérdida de empleabilidad, dificultades personales ligadas a mecanismos de conciliación insuficientes...);
- d) el modo de desarrollar el dialogo social, el tripartito y puramente convencional, en torno a la rigidez/flexibilidad de estándares laborales mínimos referidos a esos parámetros jurídico-laborales que se señalaron

como especialmente sensibles a la generación de vulnerabilidad o provocación de su agravamiento.

4. Síntesis de Soluciones: ¿la RBU versus EG?

En la aproximación precedente a la vulnerabilidad social, se han puesto de relieve que hay dos núdulos de significado centrífugo: el binomio ingreso-empleo, por un lado; y el binomio empleo-sistema de seguridad/protección social, de otro. Que se decoran con un palpito, el de que la vulnerabilidad socioeconómica femenina pueda ser causa y consecuencia de la pobreza y la situación de desigualdad de las mujeres. En España, por ejemplo.

Por eso, pueda ser interesante que sean los colectivos vulnerables de los que se ha tratado aquí los que sirvan para comprobar (de un modo superficial en esta ocasión, sin perjuicio de ulteriores desarrollos) las bondades y deficiencias de las los instituciones novedosas que emergen en el marco de dos escenarios de discursos internacionales²⁵, como son la

²⁵ De una parte, la Agenda 2030, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1); y de otras, las líneas de trabajo ligadas a la *Iniciativa sobre el Futuro del Trabajo*, de la Organización Internacional del Trabajo (https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/104/reports/reports-to-the-conference/WCMS_370408/lang-es/index.htm). En la intersección de sendos debates, hay una idea fuerza: el trabajo decente. Y en ese escenario, se propone que el Trabajo Decente, en los términos que desde la Organización Internacional del Trabajo permiten dotar de contenidos potentes al Octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible (Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos) pueda servir de catalizador de otros eventuales Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS en adelante) E Idéntico papel habría de darse al ODS 5 (Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas). En efecto, la vulnerabilidad tiene una manifestación inicial automática en términos económicos en formas de pobreza (multidimensional), cuya desaparición o amortiguación constituye el primer ODS (Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo) de la Agenda 2030.

Pero la pobreza puede ser generadora de otras formas de vulnerabilidad (ligada a la salud/enfermedad, a la desigualdad). Y puede ser la consecuencia de esas mismas situaciones. De ahí que la promoción de la salud (ODS 3, Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades) se convierta en un objetivo anejo al de la eliminación de la pobreza. Y ese mismo esquema causa efecto se replica respecto a los niveles formativos. De suerte que la educación de calidad (ODS 4, Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos) puede contribuir a la remisión de situaciones de pobreza.

En este esquema, entonces, los ODS 5 y 8 centralizan la dinámica de imbricación de

RBU y el EG.

Desde una perspectiva jurídica (y dejando a un lado desde el punto de vista analítico los planteamientos metajurídicos, así como aquellos aspectos candentes ligados a la financiación, por ejemplo) la RBU presenta similitudes con algunas instituciones ya existentes en el ámbito de la protección social española; a saber: las Rentas Mínimas de Inserción de una parte, y con algunos tipos de subsidios asistenciales familiares y de desempleo. Los parecidos, en realidad son solo apariencias, en la medida en que estas prestaciones no son universales, y si bien comparten la finalidad de prevenir la exclusión social (que ni siquiera la pobreza relativa), no tienen potencial para la consecución de las demás finalidades que se predica debe perseguir la RBU.

Las rentas autonómicas de inserción se vinculan a una finalidad condicionada. De modo que la prestación se condiciona a no tener otros ingresos (en cómputo familiar) que sitúen al sujeto por encima del considerado umbral de pobreza legal; así como a participar de eventuales acciones de orientación e inserción laboral.

Estos dos condicionantes alejan a las rentas mínimas de las RBU, que no solo se proyecta universalmente, como derecho de ciudadanía, sino que no guarda relación alguna con la situación de empleo del eventual sujeto beneficiario.

Desde una perspectiva de género, las mujeres vulnerables en los términos apuntados más arriba es posible que no puedan acceder a las rentas mínimas de inserción cuando se les apliquen las presunciones de recursos por pertenencia a un hogar familiar con rentas superiores a las fijadas legalmente como requisito de acceso, o cuando perciban algún otro tipo de rentas a título individual, que, aunque exiguas, flexen el requisito de umbral de recurso. Y tampoco cuando no puedan acceder a actividades de orientación e inserción como consecuencia de condiciones personales (edad, cargas familiares, formación previa, etc.).

Respecto de estos colectivos de mujeres en situación de vulnerabilidad, la RBU perfilada como ingreso mínimo universal incondicionado puede tener efectos positivos, *a priori*. Al menos para prevenir las situaciones de pobreza. O al menos la individual. Pero no la pobreza del núcleo dependiente de ella. Porque no se cuantifican factores de dependencia de otros respecto de la renta femenina.

Algo que, sin embargo sí tratan de hacer los esquemas jurídicos de

acciones en torno a la mayor y mejor empleabilidad de las mujeres a partir de condiciones de salud y formativas óptimas y optimizadas. Pero sin perder de vista que, en el centro habría de situarse el diseño de marcos conceptuales de trabajo decente y no precario con perspectiva de género.

concesión de ciertas prestaciones asistenciales. Sirvan de ejemplo las prestaciones familiares, y las prestaciones asistenciales por desempleo, en las que sí se computan las cargas familiares en orden a reconocer el derecho prestacional.

En las primeras, especialmente en los supuestos de monoparentalidad, las reglas de concesión de la prestación analizan los umbrales de rentas condicionantes al número de miembros del hogar (como también se hace en las rentas mínimas de inserción, por otro lado). Desde esta óptica, la vertiente colectiva de la vulnerabilidad tiene un reflejo prestacional, para cuantificar la situación de necesidad. La RBU no realiza ese cálculo. En realidad porque no tiene finalidad alguna de resolver situaciones de necesidad, sino promover situaciones de equidad social, facilitar la igualdad de oportunidades a partir de un ingreso mínimo, para permitir una participación social, e incluso laboral en términos más ventajosos.

En las prestaciones familiares, además, se mantienen las líneas generales, presentes en los sistemas de protección social española (sistema estatal de seguridad social, y sistemas autonómicos de asistencia social y servicios sociales) y que traducen una regla *bismarckiana* de la incompatibilidad general de las prestaciones económicas y el trabajo.

Para el colectivo de mujeres vulnerables, la compatibilidad general entre RBU y trabajo podría suponer una característica muy positiva. Al mismo tiempo que poco realista; puesto que desde una perspectiva de género, para el colectivo de mujeres en situación de vulnerabilidad económica y social no es obvio que con la RBU se garantice con proyección en el tiempo la igualación de oportunidades en el ejercicio de los derechos sociales y de los demás. Porque las transferencias monetarias quizás no puedan resolver automáticamente las situaciones laborales y subjetivas condicionantes de partida.

Por eso, cabría, también de un modo superficial, traer aquí la opción desde el EG. Que permite plantear esquemas de protección social ligados a la actividad laboral-profesional que, aunque sean condicionales, garantizan el cumplimiento del requisito de empleo. Al mismo tiempo, cuando la institución contempla elementos de empleabilidad, posibilita la inserción paulatina de personas sin formación (y por tanto de mujeres vulnerables en esas circunstancias). Los ingresos ya no son incondicionados o universales, sino derivados del trabajo, lo que traslada la suficiencia de los recursos personales a la esfera individual (el trabajo personal), cuando, al contrario, en la RBU, la suficiencia se garantiza colectivamente desde la sociedad.

La solución, quizás, no se encuentre en ninguna de esas dos alternativas;

sino en la revisión de los esquemas ya existentes²⁶, a los que habría de insuflar ingresos públicos de entidad superlativa.

Condiciones laborales decentes, sistemas de protección más completos (con niveles contributivos y asistenciales imbricados) eficientes y eficaces, planes de empleo eficaces, sistemas públicos de servicios sociales que resuelvan las necesidades sociales e individuales ligadas a las tareas de cuidado, pueden ser ingredientes de una fórmula renovada. Algo, por otro lado, complicado desde la óptica de la distribución constitucional de competencias, en las que el art. 149.1.1ª no ha podido demostrar mucho recorrido exitoso.

Obviamente cabría profundizar en muchos de los aspectos aquí sumariamente apuntados, pero habrá de ser en otro momento, y en otro lugar.

5. Bibliografía

- Cantó Sánchez, O., et al., “Crisis y brecha de riesgo de pobreza por género”, *Estudios de economía aplicada*, vol. 34, n. 1, 2016, pp. 179-204.
- Carrizosa Prieto, E., “La renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español. Una propuesta desde el ámbito jurídico”, *Ética & Política*, vol. XIX, n. 1, 2017, pp. 169-192.
- Cebrián, I., “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones diferencias por género al final de la vida laboral”, *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 33, n. 2, 2015, pp. 311-328.
- Consejo Económico y Social, *La participación laboral de las mujeres en España*, CES, Madrid, 2016.
- Felgueroso, F., Millán, A., Torres, M., “Población especialmente vulnerable ante el empleo en España”, *Estudios sobre la Economía Española*, n. 7, 2017.
- Guamán, A., Garzón, A. (Coords.), *El trabajo Garantizado, una propuesta necesaria frente al desempleo y la precarización*, Akal, Madrid, 2017.
- Jiménez Rodríguez, M.L., “El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, n. 3, 2018, p. 196 y ss.

²⁶ Un ejemplo lo ofrecerían el *Plan Director por un Trabajo Digno* (Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020., del que se desgajan planes específicos, como el *Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (2018-2020)*.

- Observatorio de las Ocupaciones, *Informe del mercado de trabajo de las mujeres estatal*, SEPE, Madrid, 2017.
- Secretaría de Empleo, *Situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, Ministerio de Empleo, Madrid, 2017.
- Van Parijs, P., Vanderborght, Y., *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, Grano de Sal, Ciudad de México, 2017.

Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes

Amanda MORENO SOLANA*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la salud laboral de la mujer trabajadora partiendo de los datos actuales sobre las características del trabajo de la mujer. Posteriormente el estudio se centra en las cuestiones más actuales a destacar por la jurisprudencia en la interpretación de la regulación legal existente sobre la protección de la seguridad y salud de la mujer en su situación de maternidad.

Palabras clave: Salud laboral, mujer trabajadora, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, evaluación de riesgos específica.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La importancia de la salud laboral en la mujer trabajadora. datos para la reflexión. 3. Cuestiones actuales resueltas por los tribunales en materia de salud laboral y mujer trabajadora. 3.1. Protección de la trabajadora en situación de maternidad. 3.2. Evaluación específica de los riesgos laborales. 3.3. Trabajo nocturno. 3.4. Situación protegida en el riesgo para la lactancia natural. 4. Conclusiones. 5. Anexo: Procedimiento para la determinación de la existencia de RDE o RDL y la concesión de las prestaciones de SS correspondientes.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Carlos III de Madrid.

Occupational health and working woman: current issues

ABSTRACT: The objective of this work is to study the occupational health of working women based on current data on the characteristics of women's work. Subsequently, the study focuses on the most current issues to be highlighted by the jurisprudence in the interpretation of the legal regulation on the protection of the safety and health of women in their maternity situation.

Key Words: Occupational health, working woman, risk during pregnancy and during lactation, specific risk assessment.

1. Introducción

El trabajo decente se ha convertido en un objetivo a lograr tanto en los países desarrollados como en los países que están por desarrollar. El empleo productivo y el trabajo decente son factores clave para alcanzar una globalización justa y reducir la pobreza. Durante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre 2015, el trabajo decente y los cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente (creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social) se convirtieron en elementos centrales de la nueva Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. El Objetivo de desarrollo sostenible 8 de la Agenda 2030 insta a promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo productivo y el trabajo decente, y será un ámbito de actuación fundamental para la OIT y sus mandantes. Además, otros aspectos clave del trabajo decente están ampliamente presentes en las metas de muchos de los otros 16 objetivos de la nueva visión de desarrollo de las Naciones Unidas.

Las declaraciones de los líderes y los planes de acción del G20, el G7, la Unión Europea, la Unión Africana y otros organismos regionales y multilaterales también confirman la importancia del trabajo decente para salir de la crisis y el desarrollo sostenible. En este contexto debemos preguntarnos ¿por qué es importante la prevención de riesgos laborales para conseguir el trabajo decente?. Como hemos dicho los objetivos de desarrollo sostenible se interrelacionan, por lo que el SDG 8 habrá que ponerlo en conexión con el SDG 3: “garantizar una vida sana y proteger el bienestar para todos en todas las edades”. Y no solamente con éste, sino con el SDG 5: “poner fin a todas las formas de discriminación contra las mujeres y niñas no es solo un derecho humano básico, sino que además es crucial para acelerar el desarrollo sostenible. Empoderar a las mujeres y niñas tiene un efecto multiplicador y ayuda a promover el crecimiento económico y el desarrollo a nivel mundial”. Por tanto, aquello que afecte negativamente a la salud de las mujeres como consecuencia de su trabajo, supondrá un problema para el desarrollo y el crecimiento de las empresas y para la mejora y crecimiento de un país.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar las cuestiones más actuales derivadas de la regulación española y la jurisprudencia sobre la protección de la trabajadora en materia de salud laboral. Pero las cuestiones de prevención de riesgos laborales de las mujeres trabajadoras se deben estudiar en el contexto actual en el que se desarrolla el trabajo de las mujeres. En este sentido, el Informe “Hacer las promesas realidad: la

igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible”¹ ha recogido, entre otros datos que, 303.000 mujeres murieron en 2015 debido a causas relacionadas con el embarazo; que la tasa de actividad de las mujeres en el grupo de edad de máximo rendimiento (de 25 a 54 años) se sitúa en el 63%, frente al 94% de sus homólogos de sexo masculino. La diferencia salarial está en el 23% a nivel mundial y la participación de las mujeres en cargos políticos es del 23,7%; y por último que la tasa de actividad de este grupo de mujeres en Europa y América del Norte asciende al 79%, por lo que es superior a la media mundial, aunque sigue siendo 12 puntos porcentuales inferior a la de los hombres de ese mismo grupo de edad (91%).

Si nos centramos en España, los datos no son mucho mejores. La tasa de empleo femenina se concreta en un 43,11% en el caso de las mujeres, cuando la de los hombres es del 54,60%². Las mujeres también han tenido y tienen tasas de temporalidad superiores a los hombres (27,18% frente al 25,13%)³. Del total de ocupados que prestan servicios con una jornada parcial, el 74,76% son mujeres. Según la encuesta anual de estructura salarial, la brecha salarial se situó en un 22,34%⁴.

A esto se añade que existe una fuerte segregación ocupacional horizontal y vertical por razón de sexo. En efecto, de un lado, se constata una concentración de mujeres en determinadas ramas de actividad. Concretamente, cerca del 60% de las mujeres ocupadas prestan servicios en tan solo seis sectores: en el sector del comercio al por menor (13,3%), en la hostelería (9,6%), en actividades administrativas (5,8%), en educación (10,4), en actividades sanitarias y servicios sociales (14,4%) y en actividades de los hogares (6,6%). De otro lado, el 52,8% de las mujeres se concentran en tan solo diez ocupaciones de las casi setenta ocupaciones que recoge la Encuesta de Población Activa: dependientes en tiendas y almacenes, profesionales de la enseñanza infantil, primaria, secundaria y postsecundaria, personal de limpieza, profesionales de la salud, empleados administrativos con tareas de atención al público, empleados domésticos, trabajadores en servicios de restauración, trabajadores de los cuidados de las personas en servicios de salud, empleados administrativos sin tareas de atención al público y otros trabajadores de los cuidados a las personas⁵. A

¹ Informe elaborado por ONU Mujeres, 2018, en línea: <http://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2018/2/gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018>

² INE, *Encuesta de Población Activa*. Datos a 2017.

³ INE, *Encuesta de Población Activa*. Datos Primer Trimestre de 2018.

⁴ INE, *Encuesta de Población Activa*. Datos Primer Trimestre de 2018.

⁵ INE, *Encuesta de Población Activa*. Datos Primer Trimestre de 2018.

lo anterior se añade que las mujeres ocupan en menor medida puestos directivos y de responsabilidad. Tan solo el 24% de las mujeres que trabajan son Directoras de empresas grandes o medianas, el 34 % son Directoras de pequeñas empresas y el 38% son mandos intermedios⁶.

2. La importancia de la salud laboral en la mujer trabajadora. datos para la reflexión

Si nos centramos aún más en la cuestión objeto del análisis de este trabajo resulta relevante destacar algunos datos más concretos sobre salud laboral y mujer en España⁷. Según un estudio que se deriva de una encuesta el 56.30% de mujeres frente a 43.70% de hombres, afirman que no se les ofreció la posibilidad de realizarse el reconocimiento médico. El 52,80% de mujeres que afirman que si se les ofreció el reconocimiento médico, no se lo llegaron a hacer. El 51.70 % de mujeres, frente a un 48.30% de hombres, afirman que no se les realizó la evaluación de riesgos en el puesto de trabajo. El 56.10% de mujeres, frente a un 43.90% de hombres, afirman considerarse mal informados sobre los riesgos de su puesto de trabajo. En el análisis final que hicieron las autoras, sobre los factores que entendieron más relacionados con la menor accesibilidad a las actividades de prevención de riesgos laborales, determinaron que el ser mujer, el tener un contrato laboral temporal, la ausencia del delegado de prevención y el ser trabajador extranjero, eran elementos directamente relacionados con una menor gestión y efectividad de la seguridad y salud laboral.

Estas cuestiones, unidas a la situación general laboral de la mujer, que mencionamos en anteriormente, nos lleva necesariamente a un replanteamiento de las cuestiones de seguridad y salud. Las mujeres son contratadas a tiempo parcial más a menudo que los hombres, y los hombres suelen trabajar más horas. Existe una fuerte segregación horizontal del mercado de trabajo. Por ejemplo, la presencia femenina es mayor en el sector público, el sector servicios, el sector de ventas y en trabajos administrativos. Los hombres suelen ocupar trabajos técnicos y en sectores tales como la artesanía, la construcción, el transporte o la industria extractiva. En los hombres predominan en trabajos de gestión o asociados con máquinas o productos físicos que se consideran “duros” o «complejos». Incluso en el mismo tipo de trabajo dentro de la misma

⁶ INE, *Encuesta de Población Activa*. Datos a 2017.

⁷ Gayoso Doldan, M., Rodríguez Tupayachi, S., Fernández Felipe, M.C., De La Cruz Cantos, M.L., “Desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales”, *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, n. 61, 2015.

organización, mujeres y hombres a menudo llevan a cabo tareas distintas. Por ejemplo, la limpieza la lleva a cabo de forma mayoritaria la mujer, y las tareas de mantenimiento, el hombre. También existe una fuerte segregación vertical del mercado de trabajo, donde los hombres ocupan la mayor parte de los puestos directivos o altos cargos. A ello, le tenemos que añadir que fuera del trabajo, es mucho mayor el porcentaje de mujeres trabajadoras que cuidan de los hijos o de familiares mayores o con discapacidad, que hacen la comida y que se ocupan de las tareas domésticas, en comparación con el porcentaje de hombres. Esto se evidencia, por ejemplo en las excedencias por cuidado de familiares, donde el porcentaje de suspensiones de contrato disfrutadas por mujeres se concreta en el 83,66%. Además, concluida la suspensión del contrato, todos los hombres vuelven a una jornada de trabajo a tiempo completo. En el caso de las mujeres, sin embargo, sólo el 55% vuelve a trabajar a tiempo completo, mientras que el 35% vuelve con reducción de jornada, un 7% deja el empleo y un 3% es despedida⁸.

Así las cosas, las mujeres tienen más probabilidades de padecer problemas de salud relacionados con el trabajo que los hombres. Y los hombres, más accidentes laborales. Las mujeres tienen más probabilidades de sufrir trastornos de las extremidades superiores, estrés laboral, enfermedades infecciosas y problemas de piel. Los hombres tienen más probabilidades de padecer enfermedades cardiovasculares, problemas auditivos, respiratorios y de pulmón. Las mujeres están más expuestas a la intimidación en el lugar de trabajo, a lo que debemos añadir que muchas de las condiciones de trabajo están más estrechamente relacionadas con la posición laboral en la jerarquía o sector profesionales, que el género por sí mismo⁹. Cuestiones, todas ellas, que dan lugar, no tanto a la necesidad de una regulación legal de seguridad y salud laboral que diferencie entre hombres y mujeres, sino a la gestión de una prevención de riesgos laborales que tenga en cuenta la situación real del trabajo de las mujeres.

Por lo que se refiere a las cuestiones relativas a la protección legal que existe en materia de salud laboral y mujer derivada de su condición biológica, y antes de entrar en el análisis jurídico laboral, resulta muy interesante traer a este trabajo algunos de los datos a los que hemos podido acceder, y que nos han permitido corroborar ciertas intuiciones. En relación con el riesgo durante el embarazo, y pese a al cambio

⁸ Anuario de estadísticas laborales, *Excedencias por cuidado familiar*, según sexo del perceptor, por comunidad autónoma y provincia, 2017.

⁹ Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, Luxemburgo, 2003; OSALAN, *La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales: oportunidades de actuación de OSALAN*, 2010.

producido en 2007 con Ley Orgánica 3/2007, de igualdad entre hombres y mujeres (LOIHM), y el paso a la consideración de la contingencia como profesional, y su gestión por las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, los datos que hemos podido ver nos muestran una tendencia constante y creciente en el número de procesos iniciados de trabajadoras por cuenta ajena durante los últimos años, pasando de 29.409 procesos iniciados en 2018 a 75.456 procesos en 2017¹⁰. Así pues, este aumento constante, y su mantenimiento desde 2015 de los procesos iniciados de riesgo durante el embarazo sólo nos permite afirmar, por un lado, que la suspensión del contrato de trabajo y el recurso a la prestación de la seguridad social, sigue siendo la medida preventiva prioritaria, y ello pese a la regulación normativa, como veremos a continuación; y por otro, que pese a la necesidad de existencia de riesgo específico para declarar la situación como de riesgo, la casuística, como también veremos, supone que muchos de los riesgos genéricos, sobre todo cuando se está ante una situación de embarazo (aunque también es la tendencia en el caso de la lactancia), se convierten en riesgos específicos.

En el riesgo durante la lactancia, en cambio, se ha observado una tendencia decreciente (que probablemente cambie en los próximos años, por lo que explicaremos después), que comenzó en el año 2010, y ello pese a que la opción de las madres por lactancia natural y mixta se ha mantenido constante, o incluso en los casos de lactancia de mayor duración, ha pasado del 32,6% en 1995 al 46% en 2012¹¹. El riesgo durante la lactancia como contingencia profesional, comenzó a concederse tras la aprobación de la LOIHM, por lo que, es a partir de esa fecha cuando tenemos referencias. Puede observarse que en los primeros años, 2007, 2008, 2009 y 2010 se va produciendo un aumento progresivo de las situaciones de riesgo durante la lactancia y, por ello, de la concesión de la prestación de la seguridad social. Sin embargo, en el año 2011, las cifras dan un giro inesperado como consecuencia de las Sentencias del Tribunal Supremo que unifican doctrina al respecto y limitan el supuesto de hecho del riesgo durante la lactancia a los casos en los que haya un

¹⁰ Datos obtenidos de las estadísticas de la página de la Seguridad Social sobre riesgo durante el embarazo, en línea: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Riesgo_durante_el_embarazo2016/index.htm En 2012: 58.473 procesos; en 2016, 74.631 procesos. A la misma conclusión se llega si observamos los datos de AMAT, en línea: http://www.amat.es/cifras_y_datos/embarazo_y_lactancia.3php

¹¹ Estos datos se pueden obtener de la Asociación Española de Pediatría, *Lactancia Materna en Cifras*, estudios publicado en 2016, en línea: <https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/201602-lactancia-materna-cifras.pdf>

riesgo específico. Esto hizo que a partir del año 2011, el número de procesos iniciados y de prestaciones concedidas haya disminuido considerablemente, produciéndose una restricción clara sólo a los supuestos reales de riesgo específico durante la lactancia natural, y que no hayan podido solventarse por la aplicación de las obligaciones preventivas prioritarias del empresario de adaptación del puesto o cambio de funciones o de puesto de trabajo¹². Ahora bien, en 2017 han aumentado a 768 los procesos de riesgo durante la lactancia según los datos proporcionados por la estadísticas de la Seguridad Social. Esto, unido a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo que veremos al final de este trabajo, hace prever un cierto cambio en los datos, puesto que habrá más supuestos o situaciones que deberán ser protegidas por la norma.

3. Cuestiones actuales resueltas por los tribunales en materia de salud laboral y mujer trabajadora

El embarazo y la lactancia siguen siendo temas que plantean, desde diferentes perspectivas jurídicas, cuestiones interesantes que van resolviéndose por nuestros Tribunales y que merecen ser estudiadas cada cierto tiempo, para comprender los avances que van produciéndose.

3.1. Protección de la trabajadora en situación de maternidad

El estado biológico como elemento que determina la posible especial sensibilidad, ha llevado al legislador, tanto europeo como nacional, a proteger a las trabajadoras en estado de embarazo y de lactancia de manera general como colectivo especialmente sensible. Lo que no significa que todas las mujeres, por el hecho de estar embarazadas o en periodo de lactancia natural, ya vayan a ser trabajadoras especialmente sensibles. Así, podemos encontrar la regulación de esta concreta cuestión, por un lado, en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de

¹² Datos obtenidos de las estadísticas de la página de la Seguridad Social sobre riesgo durante la lactancia, en línea: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Riesgo_durante_la_lactancia_natural2016/index.htm. En 2010: 1.162 procesos; en 2012: 849 procesos; en 2015: 683 procesos. A la misma conclusión se llega si observamos los datos de AMAT, en línea: http://www.amat.es/cifras_y_datos/embarazo_y_lactancia.3php.

lactancia¹³; y por otro, en el art. 25.2 y el art. 26 LPRL, que aunque no hacen una delimitación clara de los sujetos protegidos, de su lectura se puede deducir quiénes son las beneficiarias de la protección. En este sentido, la Ley española ha ampliado el ámbito de aplicación subjetivo por cuanto ha querido proteger las distintas etapas del ciclo de la mujer incluyendo no sólo el embarazo y la lactancia, sino también la fase previa, la procreación¹⁴. En la actualidad, sólo estas normas de seguridad y salud establecen ciertas regulaciones concretas respecto de la mujer en su condición de madre.

Es imprescindible determinar cuando una trabajadora será trabajadora especialmente sensible y cuáles son las medidas de prevención que el empresario está obligado a adoptar en esos casos. A estos efectos, el art.

¹³ En relación con la normativa comunitaria ver: Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación al Ordenamiento Español (I) y (II)”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1991, pp. 1221-1253; González Posada Martínez, E., “El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE”, *Actualidad Laboral*, n. 3, 1991.

¹⁴ Junto a la LPRL se deben destacar algunas disposiciones reglamentarias sobre seguridad y salud laboral que hacen menciones concretas sobre la mujer embarazada. Así el RD 664/1997, de 12 de mayo, de protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, cuyo art. 4.3 f) se establece que la evaluación deberá tener especialmente en cuenta los riesgos adicionales que se puedan originar como consecuencia del estado biológico conocido del trabajador; el RD 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras, establece en el punto 17 del Anexo que las mujeres embarazadas y o las madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas; el RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra las radiaciones ionizantes, dedica un artículo completo a la protección del embarazo y la lactancia. Junto a estas disposiciones que hacen expresa referencia a esta materia, hay otras que, con ocasión de otra regulación, también se puede entender aplicable a las mujeres embarazadas o lactantes. Así, el RD 374/2001, de 6 de abril, sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, establece en su art. 6, en relación con la vigilancia de la salud la obligatoriedad de los reconocimientos médicos, en los supuestos de estado biológico conocido; el RD 487/1997, de 14 de abril sobre condiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores, en cuyo anexo, se establece la necesidad de tener en cuenta los factores individuales entre los que destaca la falta de aptitud física, cuestión ésta que se podrá traer a colación cuando se trata de mujer embarazada o lactante; o el RD 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido, cuyo art. 4.5 establece la obligatoriedad de que el empresario adapte las medidas para el supuesto de trabajadores sensibles, entre los que incluimos a las trabajadoras embarazadas.

26 LPRL, en conjunción con el art. 4 RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante, RSP), vienen a regular los deberes del empresario. Así pues, lo primero que el empresario debe tener es una evaluación de riesgos laborales en la que contemple los riesgos laborales en los casos en los que el puesto de trabajo pueda ser ocupado por un trabajador especialmente sensible, y concretamente por una trabajadora embarazada o en periodo de lactancia (art. 4.1 b) RSP). A continuación, y más allá de esta evaluación¹⁵, es imprescindible que cuando la trabajadora comunique su estado de embarazo¹⁶, el empresario realice una evaluación de riesgos específica en la que se pueda determinar los riesgos específicos que tiene el puesto de trabajo y las funciones que realiza para esa concreta trabajadora. Esta es la primera y fundamental obligación preventiva, de la que van a depender las demás, ya que la determinación de los riesgos específicos para el embarazo y la lactancia, y la concreta situación de la trabajadora, van a ser la clave para suspender el contrato de trabajo de la trabajadora y generar el derecho a la prestaciones de riesgo de la seguridad social, como después veremos.

Junto a la evaluación de riesgos específica, el acceso a estas prestaciones está condicionado al cumplimiento de una serie de pasos previos hasta alcanzar la suspensión de la relación laboral. El primero de ellos, la adaptación del puesto de trabajo, ya sea física o de las condiciones laborales, y el segundo, cuando la adaptación no es posible, el cambio a otro puesto de trabajo, ya sea del mismo grupo profesional o a otro grupo profesional diferente. Estos pasos han de ser constatados fehacientemente, convirtiéndose la prueba de ellos en un elemento determinante para proceder a la suspensión del contrato por riesgo

¹⁵ Que sólo contendrá los riesgos generales del puesto, y que no puede determinar todos los riesgos que aparecen cuando el puesto es ocupado por un TES porque las características personales o el estado biológico concreto serán también determinantes en los riesgos específicos.

¹⁶ Obligación que nace para la trabajadora correctamente informada en materia de PRL: Moreno Solana, A., *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 210-218; Fernández López, M.F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, n. 79, 2005. Hay algún ejemplo de normativa que prevé esta cuestión: La obligación de la trabajadora embarazada de comunicar su estado al empresario desde el momento que tiene conocimiento del mismo queda expresamente recogida en el RD 783/2001 que establece el reglamento sobre protección contra radiaciones ionizantes, cuyo art. 21. c) establece que: “en el caso de mujeres, la necesidad de efectuar rápidamente la declaración de embarazo y notificación de lactancia, habida cuenta de los riesgos de exposición para el feto, así como el riesgo de contaminación del lactante en caso de contaminación radiactiva corporal”.

durante el embarazo (art. 45.1 e) ET). Se necesitará probar, por una parte, la imposibilidad de cumplir las previsiones establecidas por el artículo 26 LPRL y, por otra parte, que las condiciones de trabajo son perjudiciales para la salud de la madre y del feto¹⁷.

El legislador ha querido, cuando no sea objetivamente posible o que por razones justificadas no pueda exigirse la adaptación del puesto o cambiar a la trabajadora de funciones o a otro puesto de trabajo, acompañar la suspensión del contrato con una prestación del sistema de Seguridad Social. Con esta prestación económica consistente en la percepción de un subsidio sustitutivo del salario durante el período de suspensión del contrato, no se pretende reparar o compensar un daño o una situación de necesidad ya actualizada, sino que estamos ante una prestación preventiva que busca evitar la materialización del riesgo en daño, preservando así la salud de la trabajadora y del feto o del recién nacido. Esto explica, desde una lógica estrictamente de Seguridad Social, que la prestación de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia pueda resultar difícil de comprender ya que presenta elementos más próximos al ámbito de la prevención de riesgos laborales, que al propio de Seguridad Social, lo que inevitablemente ha llevado a considerarla una contingencia profesional (con la modificación operada en la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres).

Ahora bien, hay que tener muy presente que no es suficiente el simple acto de la suspensión, para que se conceda la prestación de riesgo durante el embarazo (art. 186 y 187 LGSS)¹⁸ o durante la lactancia natural (art. 188 y 189 LGSS). Es necesario que se acredite, en primer lugar, que no se cumplieron con las otras medidas preventivas (adaptación y cambio de puesto) y que existe efectivamente un riesgo para la salud de la trabajadora y del niño. Riesgos que deben tener el carácter de específico para tratarse de la situación protegida por la norma. Este riesgo específico se da cuando un determinado puesto o actividad se convierte en riesgo para el embarazo, en cuyo caso se produce una clara conexión entre el estado de embarazo y el puesto de trabajo. La doctrina judicial viene exigiendo la existencia de un riesgo específico para que se deba dispensar la protección y especialmente en relación con la protección dada a través de la prestación de riesgo durante el embarazo. Así, el riesgo específico se

¹⁷ Así se ha determinado en la jurisprudencia de suplicación: STSJ Cataluña de 18 de noviembre de 2004 (R° 8329/2003); STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2006 (R° 1739/2006); STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2010 (R° 8214/2008); STSJ de Galicia de 26 de abril de 2012 (R° 5773/2010).

¹⁸ Se adjunta en el Anexo I el procedimiento de solicitud y concesión de la prestación de riesgo durante el embarazo o lactancia.

produce cuando un determinado agente, producto, o condición laboral puede repercutir negativamente en el embarazo de la trabajadora (STSJ País Vasco de 11 de marzo de 2014 (R° 336/2014); STSJ de Andalucía de 28 de junio de 2017 (R° 500/2017); STSJ de Navarra de 18 de octubre de 2012 (R° 318/2012)), incluyendo las ocasiones en las que el riesgo propio o intrínseco del embarazo se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios (STSJ Cataluña de 1 de junio de 2004 (R° 2219/2003); STSJ Murcia de 27 de octubre de 2008 (R° 825/2008)). A estos efectos resulta necesario acudir al RD 298/2009, de 6 de marzo, que establece unos listados (abiertos) de agentes y procedimientos y condiciones que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia o del feto o el niño, así como algunos a los cuales no podrá haber riesgo de exposición. No obstante, puede haber otros riesgos que no se recojan en los listados respecto de los que también se puede generar una situación de riesgo durante el embarazo o lactancia.

Para la determinación de la especificidad del riesgo resulta muy interesante traer a colación dos sentencias relativamente recientes. Por un lado, la STSJ de Islas Canarias de 29 de abril de 2016 (R° 121/2016), en la que la trabajadora, dependiente, había sido sometida a un tratamiento de fecundación in vitro por esterilidad femenina. Este caso resulta muy interesante, no sólo porque trata de un supuesto en que se dan la concurrencia de situaciones suspensivas del contrato de trabajo (incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo) y de la prioridad de una sobre otra, sino porque hace una interpretación integradora de la excepción prevista en el art. 31.2 RD 295/2009. Así considera que una situación de embarazo que deriva de ese diagnóstico con tratamiento de fecundación in vitro no puede, en modo alguno, quedar excluido de las prestaciones por riesgo durante el embarazo, pues es claramente un ejemplo paradigmático de la situación de necesidad que se pretende proteger mediante las citadas prestaciones, al derivar directamente por razón del estado de embarazo de la trabajadora, que nunca se hubiese visto impedida para trabajar de no ser por su estado de gestación. Es evidente que si la trabajadora se ve impedida para la prestación de servicios general, por considerar la situación de riesgo durante el embarazo, una razonable probabilidad de que las condiciones de trabajo pudieran perjudicar la salud de la trabajadora o del feto, con mayor motivo estará impedida para la prestación de sus funciones como dependiente, que exigen deambulación y bipedestación. En definitiva, que en el caso particular de la actora, su embarazo de alto riesgo no puede desvincularse de las condiciones de trabajo de su puesto, para el que

también existiría una incompatibilidad por razón de su estado de gestación, ampliando de esta manera el concepto de riesgo específico. Por otro lado, nos parece muy interesante la STSJ Galicia de 29 de febrero de 2012 (R° 2420/2009). Uno de los problemas que plantea esta sentencia es que considera tanto la Mutua, como el Juez de instancia, que la incapacidad temporal previa de la trabajadora no guarda relación directa con el trabajo, sino con sus circunstancias personales previas (dos abortos), no ajustándose su situación a las Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo, elaborados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia¹⁹, que de forma genérica establecen que la interrupción de la actividad laboral de la trabajadora debería haberse producido en unas semanas de gestación muy posteriores a las que se encontraba cuando se inició el periodo de incapacidad temporal; concretamente a partir de las 18 semanas y no la 15, momento en el que lo solicita la trabajadora. Sin embargo, el Tribunal de Suplicación entiende que cuando se dan circunstancias en las que coinciden factores de riesgo clínico y de riesgo profesional, se debe tener en cuenta la situación específica de la trabajadora y no generalizar utilizando un estándar como el referido por la Mutua, las “orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo elaborados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia”, informe de carácter científico, sin consecuencias legales, que sitúa la posibilidad de riesgo en semanas muy posteriores de gestación a las que cumplía la trabajadora. Como establece el Tribunal, este tipo de informes establecen “pautas generales que no valen para el caso concreto de la actora dados sus antecedentes personales, lo que hacen que deban extremarse y anticiparse en el tiempo las precauciones preventivas (esto es, no levantar pesos, no estar de pie, etc.) de la recurrente pero no sólo como mujer gestante, sino también como trabajadora gestante debiendo la empresa evitarle ese riesgo con mayor anticipación que la genéricamente prevista”. Estas reflexiones que hace el TSJ nos lleva a poder afirmar que la prevención de la trabajadora embarazada no se puede producir a partir de un determinado mes, que por cierto, es lo que hacen algunos convenios colectivos, porque los riesgos del trabajo pueden producirse en cualquier momento del embarazo, y en muchos casos, en los primeros meses del mismo.

¹⁹ Documento que se puede encontrar en línea: <https://previa.uclm.es/servicios/prevencion/documentacion/maternidad/Orientacion%20de%20la%20SEGO.pdf>

3.2. Evaluación específica de los riesgos laborales

Una de las obligaciones que nacen del art. 16.2 b), 25, 26 y 27 LPRL y del art. 4.1 b) y 4.2 c) RSP, es la de la realización de una evaluación de riesgos específica para el caso en el que puesto de trabajo sea o vaya a ser ocupado por un trabajador especialmente sensible. En este sentido, hay que destacar la reciente STJUE de 19 de septiembre de 2018 (Asunto C-41/17 González Castro), que recoge en este sentido, la anterior STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-531/15, Otero Ramos). Se trataba de un supuesto en el que se desestima la prestación económica por riesgo para la lactancia, presentada por una trabajadora, vigilante de una empresa de seguridad. Considera el Tribunal que, en un caso como el presente, en el que una trabajadora, a quien se había denegado la concesión del certificado médico que acreditase que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural y, por consiguiente, se le había denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia, no existiendo una evaluación de riesgos específicos que tuviera en cuenta su situación individual, se debe invertir la carga de la prueba (art. 19.1 de la Directiva 2006/54) y, debe ser la parte demandada, es decir, la empresa, quien debe probar que dicha evaluación de los riesgos contenía tal examen concreto, y que por tanto, no se había vulnerado el principio de no discriminación. Es por ello, que una falta de evaluación específica de los riesgos que conlleva un incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones de prevención, tanto de la evaluación, como de las obligaciones que se derivan de la misma, suponen una vulneración del principio de no discriminación.

El Tribunal entiende que en los casos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de embarazo y lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora (en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, 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) ya que se le niega la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos, constatados con carácter general, pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia. Por tanto, bastará con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales. Además, la sentencia europea añade que la misma distribución del gravamen probatorio habrá de aplicarse en relación con la existencia o

inexistencia de puesto adaptable y con el cambio de puesto. Así pues, será el empresario el que deberá probar a) que se hizo la evaluación específica de riesgos, b) que no se pudo llevar a cabo la adaptación del puesto o el cambio justificando las razones.

3.3. Trabajo nocturno

Junto a la cuestión de la evaluación específica de los riesgos se plantea también en la STJUE de 19 de septiembre de 2018 (Asunto C-41/17 González Castro) que la empresa no había intentado adaptar las condiciones de trabajo, ni cambiar de puesto de trabajo a la actora ya que consideraba que las funciones que ejercía y sus condiciones de trabajo no suponían un riesgo para la lactancia natural, sin que exista, como hemos visto, un examen específico que tuviera en cuenta la situación individual de la trabajadora afectada. La trabajadora venía realizando una jornada a turnos rotatorios y variables de 8 horas, sucediendo que algunos de dichos turnos los prestaba en compañía de otro compañero y otros turnos los prestaba ella sola, en horario nocturno. Se cuestiona al Tribunal si: a) un trabajo a turnos de los cuales algunos son nocturnos, queda englobado dentro del concepto de “trabajo nocturno” en el sentido del art. 7 de la Directiva 92/85²⁰; y, b) si éste supone un riesgo para la lactancia. Concluye el Tribunal que en una situación como la controvertida, en la que la trabajadora realiza un trabajo a turnos en el que sólo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno, sí que debe considerarse englobado dentro del concepto “trabajo nocturno”, y, por ende, deben desplegarse todas las obligaciones que la empresa tiene en los supuestos de trabajadoras embarazadas o en lactancia que realizan trabajo nocturno.

²⁰ Recordemos que el art. 7 de la Directiva 92/85 es bastante claro en su redacción: “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad la salud de la trabajadora afectada. 2. Con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, las medidas contempladas en el apartado 1 deberán incluir la posibilidad: a) del traslado a un trabajo diurno, o b) de una dispensa de trabajo, o de una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonable mente exigirse por motivos debidamente justificados”.

3.4. Situación protegida en el riesgo para la lactancia natural

El riesgo durante la lactancia natural, y concretamente la concesión de la prestación de riesgo durante la lactancia natural, ha sido uno de los temas más controvertidos de los últimos tiempos. En el año 2011 aparecen un elenco de sentencias del Tribunal Supremo de unificación de doctrina de fechas de 17 de marzo y de 18 de marzo en las cuales el Tribunal deja claro cuál debe ser la situación protegida y cuál no, y, por tanto, cuándo se está ante una situación de riesgo durante la lactancia y cuándo no, entendiendo que la situación protegida se da cuando estamos ante riesgos específicos que afectan a la lactancia natural. Por otro lado, encontramos otras sentencias en las que el TS termina considerando que hay riesgo durante la lactancia en situaciones que van más allá de la existencia estricta de riesgos específicos, de forma que parece que lo que se quiere proteger no es sólo a mujer y al niño en los supuestos de riesgo, sino la lactancia en sí misma considerada²¹ STS de 24 de abril de 2012 (R° 818/2011, RJ 2012\5116) y STS de 22 de noviembre de 2012 (R° 1298/2011, RJ 2013\355). La diversidad de soluciones jurisprudenciales ha dado lugar a todo tipo de sentencias en suplicación. Unas a favor de este último posicionamiento, pero otras, muy recientes, a favor del primer. Tal es el caso de las STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2018 (R° 3285/2017) y la STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2018 (R° 1147/2017).

Ahora bien, se han dictado recientemente por nuestro Tribunal Supremo tres sentencias relevantes a través del Recurso para la Unificación de Doctrina que parece resolver finalmente la cuestión. Se trata de la STS de 3 de abril de 2018 (RUD. 762/2017); STS de 26 de junio de 2018 (RUD. 1398/2016) y la STS de 11 de julio de 2018 (RUD. 396/2017). Se recogen en ellas pronunciamientos muy similares, por lo que nos referiremos a las mismas de forma conjunta. En todos los casos se trata de analizar si una trabajadora tiende derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia, siendo las tres trabajadoras de los servicios sanitarios, y con

²¹ La Organización Mundial de la Salud y UNICEF elaboran la “*Declaración De Innocenti*”, sobre la protección, promoción y apoyo de la lactancia materna que establece que la leche materna proporciona la alimentación ideal al lactante y contribuye a su crecimiento y desarrollo saludables. Reduce la incidencia y la gravedad de las enfermedades infecciosas, disminuyendo la morbilidad y mortalidad infantiles. Promueve la salud de la mujer al reducir el riesgo de cáncer de mama y ovario, y al aumentar el intervalo entre embarazos. Proporciona beneficios sociales y económicos a la familia y a la nación. Proporciona a la mayoría de las mujeres un sentimiento de satisfacción cuando se lleva a cabo con éxito. Cuestiones que después se recogen en “La estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño”.

trabajo a turnos de noche y rotatorios. En las tres ocasiones, la Seguridad Social negó la prestación, basándose en un informe de riesgos que no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de la lactancia de la trabajadora. En las dos últimas sentencias, además, la Sala revisa su doctrina y la ajusta a la STJUE, de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15, Otero Ramos), que impone al empresario el deber de determinar directamente o por medio de los servicios de prevención, la evaluación del riesgo de las trabajadoras en periodo de lactancia, lo que requiere un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si efectivamente existe riesgo para la lactancia. Si no se efectúa dicha evaluación, se está privando a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Concluye que la falta de evaluación supone un trato menos favorable a la mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación por razón de sexo.

Respecto a la relevancia del trabajo a turnos y/o nocturno, como situación protegida del riesgo durante la lactancia natural, bien es cierto que estas circunstancias no son factores de riesgos contemplados en los Anexos VII y VIII del RSP. Ahora bien, no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, “la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo” (STS de 26 de junio de 2018 (RUD. 1398/2016) y la STS de 11 de julio de 2018 (RUD. 396/2017)).

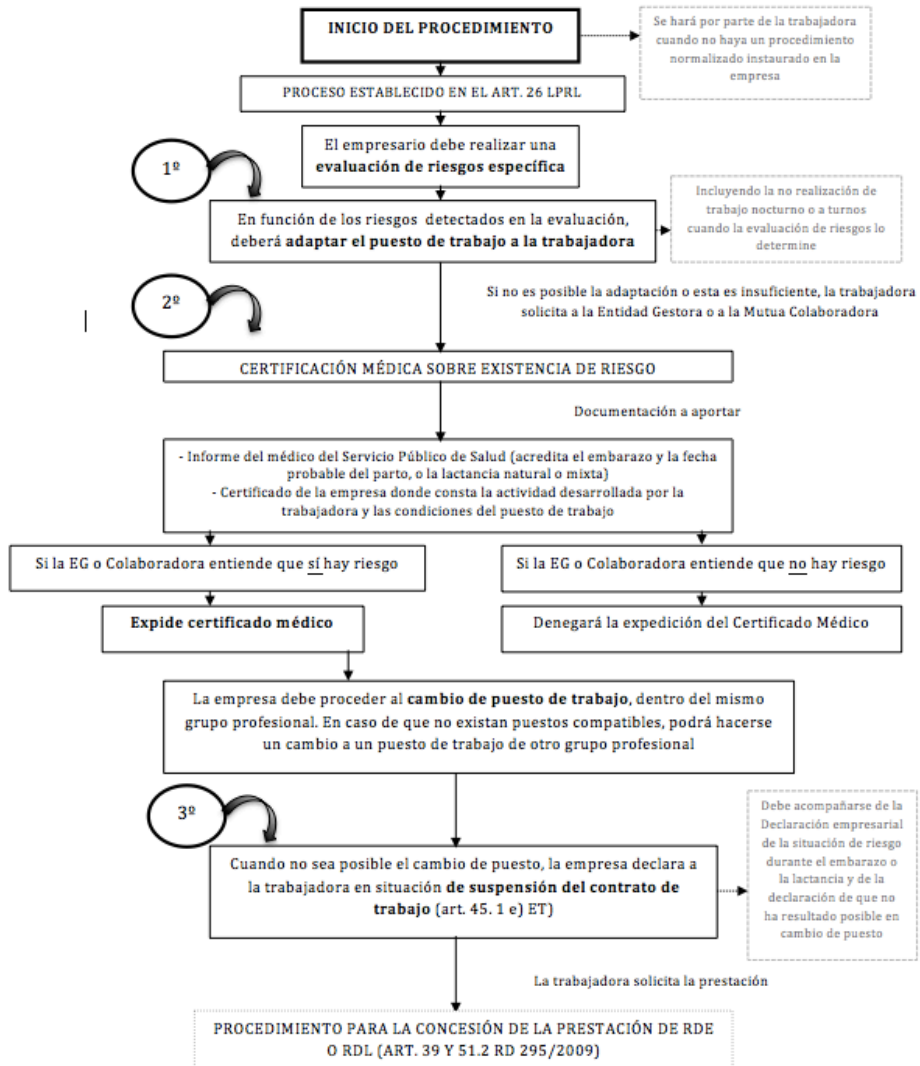
4. Conclusiones

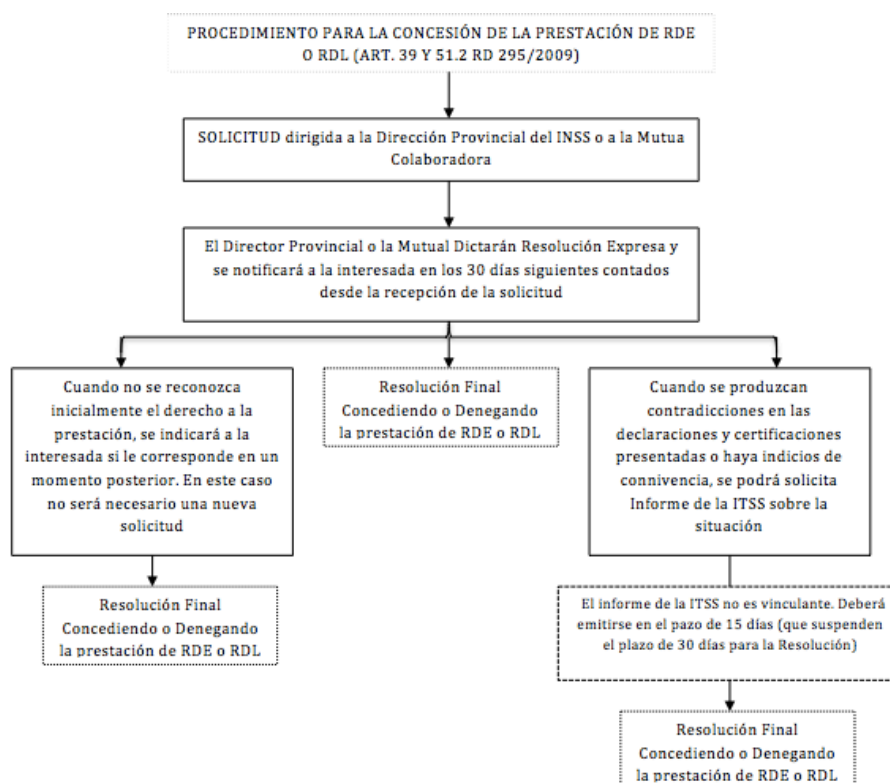
Varias son las conclusiones a las que podemos llegar tras el análisis realizado. La primera de ellas, es que el trabajo de la mujer tiene unas determinadas características, que aunque, otro tipo de medidas, con buen criterio, intentan cambiar, la realidad es que es esto es lo que tenemos y esto es lo que debemos proteger desde la perspectiva de la prevención de los riesgos laborales. Así pues, como ya dijimos, no se trata de hacer regulaciones normativas que generen diferencias entre hombres y mujeres, se trata de hacer una gestión de prevención interna en las empresas que tenga en cuenta tal realidad. En primer lugar, los Planes de Igualdad deberían tener en cuenta estas circunstancias y ello, independientemente del número de trabajadores que tenga la empresa. Deberá incluirse en tales documentos el proceso a seguir para la determinación de la aplicación del art. 26 LPRL y los riesgos que pueden afectar a los trabajadores si se trata de un sector feminizado, por ejemplo. Junto a los Planes de Igualdad, los Planes de Prevención de Riesgos laborales deben incluir una perspectiva de género donde haya un verdadero listado de puestos exentos de riesgos. Otras de las medidas que deberían llevarse a cabo es el desarrollo de una formación en prevención de riesgos laborales del puesto de trabajo cumpliendo de forma adecuada con el art. 18 y 19 LPRL que además incluya esa perspectiva de género y se forme teniendo en cuenta efectivamente los puestos de trabajo, los riesgos concretos del puesto y las personas que van a ocupar esos puestos. Por último, mejorar la participación de las mujeres en la toma de decisiones relativas a la seguridad y la salud laborales, realizar investigaciones epidemiológicas que tengan en cuenta el género, e incluir de forma rutinaria y sistemática la dimensión de género en la recopilación de datos y el control estadístico, deben ser objetivos claros de todas las políticas de igualdad y de prevención.

Por otro lado, en relación con la protección de la mujer en su condición biológica, y concretamente en relación con las obligaciones del empresario cuando la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia se encuentra en una situación de riesgo derivado del trabajo, hay que destacar, vistos los datos, que realmente se trata de dos situaciones, embarazo y lactancia, que terminan protegiéndose a través de las prestaciones del sistema y no a través de las medidas que previamente el empresario debe adoptar. En este sentido, estamos de acuerdo con la jurisprudencia de los TSJ y con la última doctrina del Tribunal Supremo cuando protege no sólo situaciones

de riesgos específicos, sino aquellas en las que el embarazo o la lactancia puede ser afectada por los riesgos del trabajo. Sin embargo, creemos que no se puede acudir a la suspensión del contrato y a la prestación de riesgo como primera opción. Debería incidirse más en el cumplimiento de las obligaciones de evaluación específica, de adaptación y de cambio o reubicación del puesto. Y ello por dos razones. No creemos que deba ser el sistema de protección pública el que se haga cargo de prevenir siempre los riesgos laborales que generan las empresas; y en segundo lugar, creemos que la aplicación de las medidas de adaptación y cambio evitan que la trabajadora salga de la empresa, y perjudique, en cierto modo, su promoción profesional (aunque ya sabemos que desde el punto de vista de la carrera de cotización, las situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia no tiene repercusiones negativas). Sabemos que habrá casos en los que será absolutamente necesario proceder a la suspensión, pero habrá muchas otras ocasiones en las que la trabajadora podría continuar trabajando lo que conllevaría una continuidad laboral, y un cambio en la mentalidad para contratar y mantener en el empleo a las mujeres.

5. Anexo: Procedimiento para la determinación de la existencia de RDE o RDL y la concesión de las prestaciones de SS correspondientes





4. Bibliografía

- Fernández López, M.F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, n. 79, 2005.
- Gayoso Doldan, M., Rodríguez Tupayachi, S., Fernández Felipe, M.C., De La Cruz Cantos, M.L., “Desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales”, *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, n. 61, 2015.
- González Posada Martínez, E., “El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE”, *Actualidad Laboral*, n. 3, 1991.
- Moreno Solana, A., *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 210-218.
- Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación al

Ordenamiento Español (I) y (II)”, *Relaciones Laborales*, n.1, 1991, pp. 1221-1253.

El concepto de Trabajo Forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tania GARCÍA SEDANO*

RESUMEN: Los Convenios sobre trabajo forzoso han sido altamente ratificados por los Estados miembros de la Comunidad Internacional. Así, más de 160 miembros han ratificado el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio n. 29 de 1930 y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso n. 105 de 1957. Por su parte, el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación n. 182 de 1999 ha sido ratificado por 150 Estados y 20 han ratificado el Protocolo de 2014 al Convenio de 1930 sobre trabajo forzoso. Desgraciadamente, la amplia ratificación de estos instrumentos no lleva pareja la implementación de políticas para terminar con esta lacra y no nos referimos, exclusivamente, a políticas de empleo y seguridad social si no también a políticas criminales, políticas de prevención y de protección de las víctimas. Consideramos que es necesario, para erradicar este fenómeno actualizar el concepto de trabajo forzoso a la luz de la jurisprudencia y constatar la manera de explicitarse en la práctica judicial.

Palabras clave: Trabajo forzoso, amenaza, voluntariedad, retribución, duración.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto de trabajo forzoso. 2.1. Elementos del concepto trabajo forzoso. 2.1.1. Trabajo o Servicio. 2.1.2. Exigido a un individuo. 2.1.3. Amenaza de una pena cualquiera. 2.1.4. Voluntariedad. 2.1.5. Remuneración. 2.1.6 Duración. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

* Doctora en Derecho, Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Madrid, Profesora Asociada en la Universidad Carlos III de Madrid y Profesora colaboradora en la Universidad Pontificia de Comillas.

The concept of Forced Labor in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

ABSTRACT: The forced labor Conventions have been highly ratified by the member States of the International Community. Thus, more than 160 members have ratified the Convention on forced or compulsory labor No. 29 of 1930 and the Convention on the Abolition of Forced Labor No. 105 of 1957. For its part, the Convention on the Prohibition of the Worst Forms of Child Labor and immediate action for its elimination No. 182 of 1999 has been ratified by 150 States and 20 have ratified the 2014 Protocol to the 1930 Convention on forced labor. Unfortunately, the wide ratification of these instruments does not take into account the implementation of policies to end this scourge and we do not refer, exclusively, to employment and social security policies but also to criminal policies, policies of prevention and protection of victims. We consider it necessary, in order to eradicate this phenomenon, to update the concept of forced labor in the light of jurisprudence and to see how it can be made explicit in judicial practice.

Key Words: Forced labor, threat, voluntariness, retribution, duration.

1. Introducción

El concepto de trabajo forzoso tiene una indudable trascendencia pese a la escasa atención que recibe por parte de los operadores jurídicos.

En nuestro país el trabajo forzoso es un concepto jurídico autónomo pero también una de las finalidades del delito de trata. Desde otro prisma, constituye una realidad a eliminar según la meta 8.7 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas.

Se hace esencial delimitar su contenido para poder diferenciarlo de figuras afines y así mismo para patentizar su existencia en la Unión Europea y, por ende, en nuestro país.

2. Concepto de trabajo forzoso

La definición que proporciona el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo relativo al trabajo forzoso u obligatorio, es la más aceptada. El artículo segundo párrafo 1 establece: “a los efectos del presente Convenio, la expresión ‘trabajo forzoso u obligatorio’ designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Por su parte, ni el Protocolo del 2014 ni el Convenio n. 105 no proporciona una definición del trabajo forzoso u obligatorio¹, legitima la definición contenida en el Convenio n. 29², si no que exige la abolición de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio los supuestos enumerados en su artículo 1.

Como establece Cavas: “la reiteración con la que aparece la proscripción del trabajo forzoso es demostrativa de la persistencia de esta horrible

¹ Plant, R., “Foreword”, en Andrees, B., Belser, P. (Eds.), *Forced Labour. Coercion and exploitation in the private economy*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, p. 9. El autor concluye, respecto del Convenio 105 de la Organización Internacional del Trabajo, que el hecho de que no defina el concepto de trabajo forzoso legitima pensar que corrobora la definición preexistente, esto es, la del Convenio 29. En relación con el Protocolo de 2014 al Convenio de 1930 sobre trabajo forzoso, el razonamiento es más sencillo pues su Preámbulo versa: “recordando que la definición de trabajo forzoso u obligatorio prevista en el artículo 2 del Convenio abarca el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas y manifestaciones, y se aplica a todos los seres humanos sin distinción”.

² Organización Internacional del Trabajo, *El trabajo forzoso*, Estudio general de 1968. Párrafo 42. Para mayor análisis sobre el ámbito de aplicación del Convenio, véanse párrafos 141 a 144.

práctica humana y de las dificultades que han debido arrostrarse para su definitiva erradicación, aún no conseguida³.

Tampoco la Declaración Universal de Derechos Humanos resulta muy útil⁴, así no proscribiera de manera explícita el trabajo forzoso si no que para deducir su prohibición debemos acudir al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio y tampoco define este concepto. Con posterioridad, la Carta Social Europea incurrió en el mismo vicio y se optó por la misma solución⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Van der Musselle* contra Bélgica⁶, al constatar que el artículo 4 párrafo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos pese a prohibir el trabajo forzoso⁷ no proporciona una definición del concepto, consideró que los *Travaux Préparatoires* no eran idóneos para esclarecerlo y tomó como punto de partida la definición contenida en la Convención n. 29 de la Organización Internacional del Trabajo. De este modo y como ya había hecho en otras ocasiones⁸ y con otros textos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó que el Convenio n. 29 es un instrumento vivo y por lo tanto debe ser interpretado de manera dinámica, a la luz de las prácticas predominantes en los Estados democráticos. Con posterioridad, en el

³ Cavas Martínez, F., “Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo”, *Aranzadi Social*, n. 5, 2001, p. 92.

⁴ Malinverni, G., “Article 4”, en Pettiti, L., Decaux, E., Imbert, P. (Dirs.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, París, 1999, p. 180 y Velu, J., Ergéc, R., *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruselas, 1990, p. 222.

⁵ Harris, D., Darcy, J., *The European Social Charter*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001. pp. 44-47 y Samuel, L., *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Ediciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 2002. pp. 18-20.

⁶ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Musselle* c. Bélgica, de fecha de 23 de noviembre de 1983. Demanda n. 8919/80. Párrafo 32: “there is in fact a striking similarity, which is not accidental, between paragraph 3 of Article 4 (art. 4-3) of the European Convention and paragraph 2 of Article 2 of Convention N. 29. Paragraph 1 of the last-mentioned Article provides that “for the purposes” of the latter Convention, the term “forced or compulsory labour” shall mean “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”. This definition can provide a starting-point for interpretation of Article 4 (art. 4) of the European Convention”.

⁷ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso, *Stummer* vs Austria, de fecha 7 de julio de 2011. Demanda n. 37452/02. Párrafo 117.

⁸ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Graziani-Weiss* contra Austria de fecha 18 de noviembre de 2011. Demanda n. 31950/06, y caso, *Stummer* vs Austria, de fecha 7 de julio de 2011, Demanda n. 37452/02. Párrafo 118.

asunto *Siliadin* contra Francia⁹, el Tribunal ratificó lo ya expuesto en *Van der Musselle*, esto es que el Convenio n. 29 de la Organización Internacional del Trabajo constituye la referencia para la construcción una definición el trabajo forzoso.

2.1. Elementos del concepto de trabajo forzoso

El concepto trabajo forzoso pivota entorno a la presencia de varios requisitos fundamentales para que pueda considerarse que concurre esa realidad.

2.1.1. Trabajo o Servicio

Por “trabajo o servicio” se entiendo todo tipo de prestación, servicio y empleo desempeñados en cualquier sector productivo con independencia de la actividad, industria o sector, incluida la actividad desarrollada en el ámbito de la economía informal¹⁰.

Como ya estableció la Comisión de Derechos Humanos¹¹ la imposición de un trabajo o servicio no puede ser equiparada a los supuestos en los que lo que se impone es la obligación de seguir una enseñanza o formación. Así,

⁹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Siliadin* vs Francia, de fecha 26 de Julio de 2005, Demanda n. 73316/01. Párrafo 116: “there is in fact a striking similarity, which is not accidental, between paragraph 3 of Article 4 of the European Convention and paragraph 2 of Article 2 of Convention N. 29. Paragraph 1 of the last-mentioned Article provides that “for the purposes” of the latter convention, the term “forced or compulsory labour” shall mean “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”.

¹⁰ European Court Of Human Rights, *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of slavery and forced labour*, Estrasburgo. 2014. Párrafo 22: “Es cierto que la palabra inglesa “trabajo” se utiliza a menudo en su sentido estricto de trabajo manual, pero también tiene el sentido amplio de la palabra francesa “trabajo” y es ésta la que debe adoptarse en el presente contexto . La Corte encuentra corroboración de esta postura en la definición incluida en el artículo 2 § 1 del Convenio n. 29 de la OIT “todo trabajo o servicio” en francés), en el artículo 4 § 3 (d) (“Cualquier trabajo o servicio”, en francés) y en el mismo nombre de la Organización Internacional del Trabajo, cuyas actividades no se limitan en modo alguno al ámbito del trabajo manual (*Van Der Musselle* c. Bélgica, § 33)”.

¹¹ Organización Internacional del Trabajo, *El trabajo forzoso*, Estudio general de 1968. Párrafo 26. Organización Internacional del Trabajo, *Abolición del trabajo forzoso*, Estudio general de 1979. Párrafo. 20.

no puede obviarse que la enseñanza obligatoria se reconoce, en diversas normas internacionales y también se contempla en los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo¹², como medio para garantizar el derecho a la educación¹³.

2.1.2. Exigido a un individuo

Pese a que pudiera parecer una obviedad, el legislador utiliza una sinécdoque por cuanto que se refiere a los individuos como seres humanos -adultos y niños, y nacionales y extranjeros, incluidos los migrantes en situación irregular-.

2.1.3. Amenaza de una pena cualquiera

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴ ha considerado que el concepto de sanción comprende desde la violencia física hasta formas más sutiles de coerción de carácter psicológico, como las amenazas de denunciar a las víctimas a la policía o a las autoridades migratorias cuando su situación laboral es ilegal. En ese sentido, el Tribunal ha perfilado que el concepto pena no debe ser interpretado como una sanción penal sino que también puede consistir en la pérdida de derechos o privilegios¹⁵.

En cuanto a la amenaza de una sanción ésta se ha concretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos casuísticamente. Así, en el asunto *Van der Musselle* c. Bélgica¹⁶, cuando el demandante, alumno defensor, corría el riesgo de que el Consejo del Ordre des avocats O rechazar su solicitud de inscripción en el registro de abogados. En el asunto *Graziani-Weiss* contra Austria¹⁷, la negativa del demandante, de

¹² Artículo 15 párrafo 2 del Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (n. 117) y artículo 19 párrafo 2 del Convenio sobre política social (territorios no metropolitanos), 1947 (n. 82).

¹³ Artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁴ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, C.N. et V. c. France, de fecha 11 octubre 2012, Demanda n. 67724/09. Párrafo 77.

¹⁵ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Chowdury* y Otros c. Grecia, de fecha 30 de marzo de 2017. Demanda n. 21884/15.

¹⁶ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Musselle* c. Bélgica, de fecha de 23 de noviembre de 1983. Demanda n. 8919/80. Párrafo 35.

¹⁷ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Graziani-Weiss* contra Austria de fecha 18 de noviembre de 2011, Demanda n. 31950/06.

profesión abogado, a actuar como tutor fue sancionado disciplinariamente. En el caso C.N. Y V. c. Francia¹⁸, se amenazó a la demandante a ser devuelta a su país de origen. Por su parte, en el caso *Fédération Internationales de Ligues des Droits del Homme* vs. Grecia¹⁹ los peticionarios alegaban que las disposiciones de un decreto legislativo que autorizaba al gobierno a ordenar la movilización de la población civil “en cualquier situación imprevista que cause una disrupción en la economía y la sociedad del país” era contraria a la prohibición de trabajo forzoso. El mismo decreto autorizaba al gobierno a mantener a oficiales militares en servicio compulsivamente por el plazo de 25 años, sin derecho a renunciar, y a aplicar sanciones penales a los trabajadores marinos que cesaran de cumplir con sus labores en casos en los que no se veían comprometidas ni la seguridad del buque ni la vida o la salud de las personas a bordo.

Para concluir, en el asunto *Siliadin* c. Francia²⁰, el Tribunal consideró que, si bien la demandante, menor de edad, no estaba amenazada por una "sanción" el efecto era equivalente en cuanto al miedo que le producía la gravedad de la amenaza de ser detenida por la policía y deportada.

La Corte ha definido el concepto “amenaza”²¹, estableciendo que el criterio para determinar si esta ha existido es de índole subjetiva, es decir aparece supeditado a la percepción de la víctima y no tanto a la existencia de una sanción.

La valoración subjetiva de la de la amenaza será particularmente relevante cuando la persona víctima de trabajo forzado sea una persona vulnerable por ser menor de edad o discapacitada o haya sido vulnerabilizada por ser mujer o por ser extranjera en situación administrativa irregular. Como afirma Josune Rodríguez nos encontramos ante una flexibilización del concepto pena²².

¹⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, C.N. et V. c. France, de fecha 11 octubre 2012, Demanda n. 67724/09. Párrafo 78.

¹⁹ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fédération Internationales de Ligues des Droits del Homme* vs. Grecia de fecha 17 de enero de 2012.

²⁰ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Siliadin* vs Francia, de fecha 26 de Julio de 2005, Demanda n. 73316/01. Párrafo 118.

²¹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Siliadin* vs Francia, de fecha 26 de Julio de 2005, Demanda n. 73316/01. Párrafo 117: “it remains to be ascertained whether there was “forced or compulsory” labour. This brings to mind the idea of physical or mental constraint. What there has to be is work “exacted (...) under the menace of any penalty” and also performed against the will of the person concerned, that is work for which he “has not offered himself voluntarily”.

²² Rodríguez, J. “Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo

Además de la coerción física o psicológica, un criterio alternativo que ha sido propuesto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para comprobar el carácter forzoso de una prestación consiste en la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta de las autoridades y la prestación de la presunta víctima. Así, en *Tremblay c. Francia*²³ la demandante denunciaba que ciertas cotizaciones exigidas en relación con su actividad económica (la de prostitución, tolerada en Francia y sujeta a impuestos) constituían un obstáculo a su reinserción y la inducían a seguir practicando la prostitución para conseguir los recursos necesarios para el pago de los mismos. La Corte, aun admitiendo que las deudas hacían más difícil la cesación de dicha actividad y la reinserción social, aceptó la tesis del gobierno francés, según el cual no había un nexo de causalidad suficiente entre la obligación de pagar las cotizaciones y la continuación de la actividad de prostitución por la demandante; ella tampoco había demostrado, a juicio de la Corte, la imposibilidad de obtener ganancias de otra manera²⁴. Por lo tanto, no se había producido ninguna vulneración de la prohibición del trabajo forzoso.

Desde una perspectiva negativa, la Comisión Europea Derechos Humanos en el asunto *Talmon c. Los Países Bajos*²⁵, en el que el

fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 48, 2018, p.390. Con cita a Andriantsimbazovina, J., “L’esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme: une échelle pertinente des formes d’exploitation de l’être humain?”, *Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, 2010, n. 52, p. 103 y Russo, D., “Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d’Europa: una riflessione a margine del caso Chowdury”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 100, n. 3, 2017, p. 840.

²³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tremblay c Francia*, 11 de septiembre de 2007. Demanda n. 37194/02. Párrafo 19: “la requérante expose qu’elle tente depuis une dizaine d’années de quitter la prostitution, et que l’obligation qui lui est faite de payer des cotisations d’allocations familiales la contraint à poursuivre cette activité afin de pouvoir faire face à ces paiements”.

²⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tremblay c Francia*, de fecha 11 de septiembre de 2007. Demanda n. 37194/02. Párrafo 33: “la Cour ne doute pas que l’obligation ainsi faite à la requérante de payer ces dettes récurrentes ait rendu malaisée la cessation de l’activité prostitutionnelle dont elle tirait ses seuls revenus et entravé son projet de réinsertion. (...) Cela ne suffit cependant pas pour convaincre la Cour que la requérante est fondée à se dire contrainte de ce fait à continuer à se prostituer. (...) aucun (...) organisme ou autorité n’ont jamais exigé d’elle qu’elle finance le paiement des cotisations et majorations réclamées par la poursuite de son activité prostitutionnelle. Ensuite, la requérante ne fournit aucun élément concret dont il ressortirait qu’elle était dans l’impossibilité de le faire par d’autres moyens”.

²⁵ Comisión Europea de los Derechos Humanos, *Talmon c. Los Países Bajos*, de fecha 26 de febrero de 1997. Decisión n. 30300/96 .

demandante solo estaba dispuesto a trabajar como un “investigador independiente o un crítico social” y argumentaba que Bélgica no tenía derecho a reducirle la prestación de desempleo por rechazar ofertas de empleo que “no eran adecuadas” para él, consideró el la pérdida de beneficios sociales sujetos a determinadas condiciones para su devengo no suponía ninguna violación del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁶.

2.1.4. Voluntariedad

La expresión “se ofrece voluntariamente” refiere al consentimiento libre e informado de los trabajadores para prestar el consentimiento en el contexto de una relación de trabajo y a su libertad para rescindir la relación laboral en cualquier momento²⁷.

Así, la presencia de una amenaza cualquiera, que constituye uno de los elementos para determinar la existencia de trabajo forzoso determina la nulidad del consentimiento prestado por una víctima de trabajo forzoso. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el adjetivo “obligatorio” no puede abarcar cualquier obligación jurídica, por ejemplo las obligaciones que derivan de la suscripción de un contrato, sino que debe tratarse de una obligación que provenga de una amenaza o pena y que, por tanto, es contraria a la voluntad del individuo²⁸.

²⁶ Comisión Europea de los Derechos Humanos, *Talmon* c. Los Países Bajos, de fecha 26 de febrero de 1997. Decisión n. 30300/96. Párrafo 1.

²⁷ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de *Rantsev* c. Chipre y Rusia, de fecha 7 de enero de 2010, Demanda n. 25965/04. Párrafo 276. Por “trabajo forzoso u obligatorio” para así, el Tribunal ha considerado que debe existir alguna limitación física o mental, así como algunas prioridades de la voluntad de la persona. En el mismo sentido, Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Mussele* c. Bélgica, de fecha de 23 de noviembre de 1983. Demanda n. 8919/80. Párrafo 34 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Siliadin* vs Francia, de fecha 26 de Julio de 2005, Demanda n. 73316/01. Párrafo 117.

²⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Mussele* c. Bélgica, demanda n. 8919/80, sentencia de fecha de 23 de noviembre de 1983. Párrafo 34: “it remains to be ascertained whether there was “forced or compulsory” labour. The first of these adjectives brings to mind the idea of physical or mental constraint, a factor that was certainly absent in the present case. As regards the second adjective, it cannot refer just to any form of legal compulsion or obligation. For example, work to be carried out in pursuance of a freely negotiated contract cannot be regarded as falling within the scope of Article 4 on the sole ground that one of the parties has undertaken with the other to do that work and will be subject to sanctions if he does not honour his promise. (...)”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que debe existir alguna limitación física o mental de la víctima de trabajo forzoso²⁹ y para ello bastaría con que la obligación del trabajador sea injusta u opresiva y signifique una privación evitable³⁰ o que el trabajo o servicio sea penoso o vejatorio³¹.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Chowdury y Otros c. Grecia*³² se juzgan unos hechos en los que la ausencia de voluntariedad es palmaria³³. Se trata de cuarenta y dos demandantes, nacionales de Bangladesh, inmigrantes en situación administrativa irregular carentes de permiso de trabajo, fueron reclutados en Atenas entre octubre de 2012 y febrero de 2013 para trabajar en una explotación de fresas en Grecia, Manolada, bajo el acuerdo cobrar 22 euros por hora de trabajo y 3 más por cada hora extraordinaria, de lo que descontaría 3 euros para alimentación. Trabajaban de 7 a 19 horas cada día recogiendo fresas “bajo la vigilancia de guardias armados” contratados por los empleadores para los que aquellos prestaban sus servicios Vivían en tiendas de cartón, nylon y bambú en los que “no había ni baños ni agua corriente y hacía tanto calor que la piel se fundía”. A pesar de que los trabajadores reclamaron sus salarios, los empleadores se negaron a pagarles por el trabajo desarrollado. Esta situación provocó la huelga de los trabajadores en tres ocasiones durante el primer cuatrimestre de 2013 en reivindicación de sus derechos económicos. Para eludir las

What there has to be is work “exacted (...) under the menace of any penalty” and also performed against the will of the person concerned, that is work for which he “has not offered himself voluntarily”.

²⁹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de *Rantsev* c. Chipre y Rusia, de fecha 7 de enero de 2010, Demanda n. 25965/04. Párrafo 276. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Musselle* c. Bélgica, de fecha de 23 de noviembre de 1983. Demanda n. 8919/80. Párrafo 34. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Siliadin* vs Francia, de fecha 26 de Julio de 2005, Demanda n. 73316/01. Párrafo 117.

³⁰ Decisión de la Comisión, caso X.v. *The Federal Republic of Germany*, de 1 de abril de 1974, Demanda n. 4653/70, Annuaire 17. Decisión de la Comisión, caso X. v. Netherlands, de fecha 3 de mayo de 1983. Demanda n. 9322/81, DR. Vo. 32, p. 186.

³¹ Resolución de la Comisión, asunto *Iversen* contra Noruega, de fecha 17 de diciembre de 1963. Req1468/62.p. 327-329. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van der Musselle* c. Bélgica, de fecha de 23 de noviembre de 1983. Demanda n. 8919/80. Párrafo 37.

³² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Chowdury* y Otros c. Grecia, de fecha 30 de marzo de 2017. Demanda n. 21884/15.

³³ Un interesante comentario a la sentencia es el realizado por Rojo Torrecilla, E., *Trabajo forzado u obligatorio. Sí existe en la Europa del siglo XXI. Notas a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2017*. Blog, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>, de fecha 9 de mayo de 2017.

consecuencias de la huelga, los empleadores en abril del año 2013 llevaron a los campos de fresas a una nueva cuadrilla trabajadores migrantes de Bangladesh. Esta circunstancia significó un fuerte enfrentamiento entre los huelguistas y sus empleadores, produciéndose un tiroteo por parte de un guardia armado contra los trabajadores.

Para concluir, no se puede obviar que será difícil probatoriamente determinar si una persona se ha ofrecido voluntariamente para trabajar o prestar un servicio. En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los tribunales deben evaluar la validez del consentimiento a la luz de todas las circunstancias concurrentes en cada caso y puede que incluso en ese caso el consentimiento sea suficiente para declarar la inexistencia de trabajo forzoso. Para que los tribunales resuelvan la existencia de trabajo forzoso, deberá concurrir por un lado, una ausencia de consentimiento a las circunstancias existentes y por otro, una ausencia de control sobre el trabajo y sus condiciones³⁴.

2.1.5. Remuneración

Si bien la existencia de una remuneración facilita la consideración del trabajo como voluntario, el carácter de forzoso del trabajo no depende del carácter retribuido o gratuito del trabajo³⁵.

En ese sentido, no se ha constatado vulneración del artículo 4 en los casos en que el trabajador no recibía remuneración por el trabajo realizado pero el trabajo se realizaba voluntariamente y el derecho al pago no era objeto de controversia³⁶.

2.1.6. Duración

Al trabajo forzoso u obligatorio se le ha asignado, generalmente, un carácter temporal u ocasional, sin que ello suponga un período de

³⁴ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Van der Musselle c. Bélgica, demanda n. 8919/80, sentencia de fecha de 23 de noviembre de 1983.

³⁵ Sarrasola Gorriti, S., “El artículo 4: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso”, en Lasagabaster Herrarte (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 84. Como refrendo, Decisión *Iversen vs Norway*. Req. n. 1468/62 (1963). *Annuaire* 6.

³⁶ European Court Of Human Rights, *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of slavery and forced labour*, Estrasburgo, 2014. Párrafo 30.

sometimiento breve³⁷.

3. Conclusiones

Es relevante definir el concepto de trabajo forzoso a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para implementar adecuadamente las obligaciones internacionales contraídas por España tras la ratificación del Protocolo de 2014 al Convenio de 1930 sobre trabajo forzoso. Nos referimos, especialmente, a la obligación de tipificación del trabajo forzoso³⁸.

4. Bibliografía

Andriantsimbazovina, J., “L’esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme: une échelle pertinente des formes d’exploitation de l’être humain?”, *Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, 2010, n. 52.

Cavas Martínez, F., “Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo”, *Aranzadi Social*, n. 5, 2001.

European Court Of Human Rights, *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of slavery and forced labour*, Estrasburgo, 2014.

Harris, D., Darcy, J., *The European Social Charter*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001, pp. 44-47 y Samuel, L., *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Ediciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 2002.

Malinverni, G. “Article 4”, en Pettiti, L., Decaux, E., Imbert, P. (Dir.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, París, 1999.

Organización Internacional Del Trabajo, *El trabajo forzoso*, Estudio general de 1968.

³⁷ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Siliadin* vs Francia, de fecha 26 de Julio de 2005, Demanda n. 73316/01. Párrafo 94.

³⁸ Artículo 1 párrafo 1: “al dar cumplimiento a sus obligaciones en virtud del Convenio de suprimir el trabajo forzoso u obligatorio, todo Miembro deberá adoptar medidas eficaces para (...) y sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio”.

- Organización Internacional Del Trabajo, *Abolición del trabajo forzoso*, Estudio general de 1979.
- Plant, R., “Foreword”, Andrees, B., Belser, P. (Eds.), *Forced Labour. Coercion and exploitation in the private economy*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.
- Rodríguez, J., “Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 48, 2018.
- Russo, D., “Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d’Europa: una riflessione a margine del caso Chowdury”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 100, n. 3, 2017.
- Sarrasola Gorriti, S., “El artículo 4: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso”, en Lasagabaster Herrarte (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Civitas, Cizur Menor, 2004.
- Velu, J., Ergéc, R., *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruselas, 1990.

Web sites

- Rojó Torrecilla, E., *Trabajo forzado u obligatorio. Sí existe en la Europa del siglo XXI. Notas a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2017*. Blog, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>, de fecha 9 de mayo de 2017.

Implicaciones laborales del techo de cristal

Eva DÍEZ-ORDÁS BERCIANO*

RESUMEN: Mucho se ha tratado en los últimos meses de la brecha salarial y de las implicaciones que para las empresas puede conllevar. Pero, ¿se está valorando en igual medida el denominado “techo de cristal”? ¿Son conscientes las empresas de las implicaciones laborales que puede tener para ellas la aplicación de políticas o medidas que favorezcan esta realidad?. El presente artículo trata de analizar las consecuencias a las que se puede enfrentar una compañía que, aun sin ser consciente de ello, esté aplicando políticas o medidas que, en la práctica, por sí solas o en conjunción con otros factores, coadyuvan a la generación de las barreras invisibles que conforman el techo de cristal.

Palabras clave: Techo de cristal, igualdad, discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La importancia de integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La técnica de juzgar desde la perspectiva de género. 3. Unas notas sobre el concepto de discriminación indirecta por razón de género. 4. Implicaciones laborales del techo de cristal. 5. Conclusión.

* *Counsel* Garrigues.

Labour implications of the glass ceiling

ABSTRACT: There has been a great deal of talk in recent months about the wage gap and the implications involved for companies. However, are “glass ceilings” being evaluated in the same way? Are companies aware of the labor implications they may be facing if their policies or measures encourage this situation?. This article attempts to analyze the consequences faced by companies, even if they are unaware of them, resulting from policies or measures that, in practice, contribute to invisible barriers that create glass ceilings, either on their own or in conjunction with other factors.

Key Words: glass ceiling, equality, discrimination

1. Introducción

La Igualdad de género es uno de los objetivos fundamentales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Una de las metas a alcanzar como parte de este Objetivo es la de “asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública”.

Esa participación plena y efectiva de la mujer en los niveles decisorios de todos los ámbitos de la sociedad está lejos de ser una realidad en España, aunque ya se vislumbran “brotes verdes” y, lo que es más importante, existe cada vez más una conciencia colectiva de que esa realidad tiene que cambiar en beneficio de todos.

Este convencimiento nos debe llevar a derribar las columnas que sustentan el denominado “techo de cristal”, esas barreras (algunas invisibles y otras, en mi opinión, no tanto) que impiden a las mujeres ascender a los puestos de responsabilidad propios de sus carreras profesionales.

La cuestión es determinar claramente cuáles son esas barreras y cómo superarlas. Se trata sin duda alguna de una cuestión compleja, que requiere un análisis profundo de todos los ámbitos de la sociedad.

Algunas de ellas son fáciles de identificar (por ejemplo, la mayor dedicación de las mujeres al cuidado del hogar y la familia, la maternidad, etc.), otras son imperceptibles a los ojos de legos como quien escribe y requieren un análisis desde la perspectiva de género para ser detectadas.

En el ámbito laboral se podría cuestionar si, por ejemplo, una política de promoción en la que prime (o “se premie”), de alguna manera, la dedicación de la persona al trabajo, genera en la práctica un obstáculo insalvable o, al menos, una ralentización de la carrera profesional de las mujeres sometidas a la misma, teniendo en cuenta que, de acuerdo con los estudios y estadísticas existentes, las mujeres dedican más tiempo que los hombres al cuidado de la familia y el hogar.

No es el objeto del presente análisis el estudio de estadísticas, ni la determinación de las barreras que fomentan la creación del techo de cristal en el ámbito laboral, sino el análisis de las implicaciones laborales que dichas barreras pueden conllevar.

Mucho se ha escrito en los últimos meses sobre de la denominada “brecha salarial” y las consecuencias laborales que tiene, por supuesto para las mujeres, pero también para las empresas.

Pero la eliminación de las barreras que conforman el techo de cristal requiere la misma atención y análisis: ¿son conscientes las empresas de las consecuencias que pueden tener para ellas la aplicación de políticas,

prácticas o disposiciones que favorezcan el techo de cristal? Es más, ¿son conscientes las empresas de que probablemente están aplicando políticas, prácticas o disposiciones que, en la práctica, limitan el ascenso de las mujeres a los puestos de dirección?

Seguramente no. Espero que este artículo encienda el espíritu crítico del lector y permita identificar o, al menos, cuestionar los sistemas de promoción, selección, etc. que habitualmente se hayan venido aplicando y que, a pesar de estar bendecidos por la empresa, los agentes sociales, el sector de actividad, etc., coadyuvan a la generación de las barreras invisibles que conforman el techo de cristal.

2. La importancia de integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La técnica de juzgar desde la perspectiva de género

Como he apuntado anteriormente no siempre las barreras que conforman el techo de cristal son fáciles de identificar. Para ello, es fundamental la interpretación y aplicación de las normas desde la perspectiva de género, esto es, lo que en el ámbito judicial se ha denominado como “la técnica de juzgar desde la perspectiva de género”.

Esta técnica viene derivada del mandato legislativo contenido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece en su artículo 4 la “integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas” (“la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”), y conlleva la necesidad y el esfuerzo de realizar un análisis previo de género para, posteriormente, teniendo en cuenta los resultados que ese análisis conlleva, aplicar la norma en el sentido que favorezca la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

La primera sentencia que se preocupó en definir esta técnica fue la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, de 7 de marzo de 2017 (Recurso de suplicación 1027/2016), dictada en un caso en el que se analizaba el derecho de una mujer que había sido víctima de violencia de género al cobro de la pensión de viudedad. La sentencia contiene afirmaciones de gran relevancia. Así, por ejemplo, se parte de la premisa de que los estereotipos de género son la base de la discriminación contra las mujeres y que su presencia en los sistemas de justicia tiene consecuencias perjudiciales para los derechos de

las mujeres. Asimismo, se afirma que dichos estereotipos deben ser erradicados en la interpretación y aplicación judicial, debiendo integrarse en la valoración de la prueba el principio de igualdad.

Pero ya antes y en la actualidad otras sentencias han aplicado esta técnica interpretativa, aunque sin definirla como tal. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar dos sentencias que son especialmente interesantes a los efectos de este artículo. En concreto, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011¹, que analiza un caso en el que la Inspección de Trabajo de Barcelona había incoado diversas actas de infracción contra una empresa por discriminación indirecta por razón de género en el sistema de promoción profesional en diversos centros de trabajo de Cataluña.

La sentencia ratifica la actuación de la Inspección en atención a los datos estadísticos existentes que mostraban una desproporción en perjuicio de las mujeres en los ascensos a técnicos, mandos y coordinadores que no tenía justificación y en el sistema de selección (libre designación y evaluación continua del superior inmediato). Asimismo, frente a la argumentación de la empresa (que alegó que para ascender a mando era requisito necesario trabajar a jornada completa y tener la jornada partida y el horario flexible, así como trabajar los domingos, lo cual impedía el ascenso de las mujeres porque, mayoritariamente, tenían contrato a tiempo parcial) el Tribunal declara que el hecho de que la actuación del empresario tenga amparo legal o convencional no le autoriza a producir resultados inconstitucionales.

Asimismo, la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 17 de septiembre de 2018 (sentencia n. 1988/2018), ha declarado que la aplicación de una disposición del convenio colectivo de la empresa conllevaba una discriminación indirecta por razón de sexo, debido a que implicaba un perjuicio económico para los trabajadores y trabajadoras que habían reducido su jornada por guarda legal, derecho que, en la práctica, se ejercita mayoritariamente por las trabajadoras, viéndose éstas perjudicadas².

¹ Recurso de casación para la unificación de doctrina 133/2010.

² “En cualquier caso, dadas las circunstancias del asunto examinado y alegaciones empresariales, debemos situarnos obligatoriamente en el terreno propio de la posible discriminación indirecta por razón de sexo, esto es, debe analizarse si una previsión convencional como la que nos ocupa, aunque esté formulada de manera neutra, perjudica a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres.

(...) es un hecho notorio que en nuestro país y en el momento actual, son mayoritariamente las mujeres las que hacen uso de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, incluyendo la reducción de jornada por atención y guarda de un menor, como es fácil de comprobar acudiendo a datos meramente estadísticos, así

Como vemos, esta técnica de juzgar e interpretar las normas jurídicas exige una formación en igualdad y un esfuerzo interpretativo adicional, para el que es posible que no todo el mundo esté preparado, dado que es necesario tener en consideración los estereotipos de género y la realidad sociológica de cada momento que favorecen la discriminación de la mujer. Quizá por ello, dentro del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2018-2020)³ se prevé la especialización funcional de inspectores de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad y el diseño de campañas específicas en materia de igualdad de género con enfoque de género.

3. Unas notas sobre el concepto de discriminación indirecta por razón de género

Tener una noción clara del concepto de discriminación indirecta por

como del análisis de la realidad social actual, resultando especialmente ilustrativos los datos contenidos en la Encuesta de Población Activa (EPA) del Instituto Nacional de Estadística, constando que el porcentaje de mujeres trabajadoras que realizan jornada reducida por atención y cuidado de menores es del 95,21 % en el año 2017, mientras que en 2007 era del 98,62%, lo que evidencia que aunque en los últimos años se ha avanzado, siquiera mínimamente, en el terreno de la corresponsabilidad, es indudable que siguen siendo las mujeres trabajadoras las que hacen uso de tales derechos, con las consiguientes repercusiones negativas sobre sus condiciones laborales y retributivas.

Así sucede en el caso analizado, puesto que el ejercicio por parte de las demandantes del derecho a reducción de jornada, ha comportado para las mismas un efecto negativo y peyorativo en sus condiciones retributivas, en la medida en que, tanto en relación con el importe del complemento *ad personam* histórico, como el complemento fijo teórico, la determinación hacia el futuro del importe final a efectos de adecuación salarial, se ha visto perjudicada por la circunstancia de tomarse como referencia el período en que las mismas se encontraban haciendo uso de la reducción de jornada, con repercusión sobre el importe de sus retribuciones variables, inferiores a las que perciben cuando prestan servicios a tiempo completo, de modo que si el período de referencia para el cálculo de dicha adecuación hubiera sido otro o se hubiera tomado en consideración el importe promedio que les correspondería en ese mismo período en caso de desempeñar jornada completa, dicho perjuicio económico no se habría producido; ese afecto adverso aparece directamente vinculado al ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, que como ha quedado expuesto, pese a ser titularidad de hombres y mujeres, se ejercitan de forma absolutamente mayoritaria por las trabajadoras femeninas, lo que permite apreciar, en los términos anteriormente expuestos, la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo³.

³ Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020 (BOE de 19 de abril de 2018).

razón de género es básico para abordar el análisis del techo de cristal en el ámbito laboral. Y ello, porque en este ámbito, las barreras que lo conforman suelen estar ocultas” en políticas o prácticas empresariales que, en origen, no pretenden discriminar a la mujer, aunque en la práctica estén lastrando las carreras profesionales de muchas de ellas.

Sin ánimo de ser exhaustiva en cuando a la generación del concepto y su evolución doctrinal, quiero hacer mención al concepto y algunos aspectos relevantes contenidos en la normativa de la Unión Europea⁴.

En concreto, en las Directivas en materia de igualdad de género se define la “discriminación indirecta” como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios (...)”.

Son de destacar las disposiciones en relación con la prueba de la concurrencia de una discriminación indirecta. Así, se declara en primer lugar que “la apreciación de los hechos de los que pueda deducirse la existencia de una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes, de conformidad con las normas del Derecho o las prácticas nacionales”. Y continua validando las estadísticas que existan en la materia como prueba para acreditar la existencia de la discriminación indirecta (“estas normas podrán determinar, en particular, que la existencia de una discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas”).

A esa prueba estadística se refiere de forma detallada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña antes referida. Pero también el Tribunal Constitucional ha hecho uso de la misma en la solución de casos en los que se analiza esta discriminación indirecta. Así, por ejemplo, podemos citar la sentencia del 24 de julio de 2000, sobre la denegación al personal interino de la posibilidad de solicitar la excedencia por guarda legal.

En la misma el Tribunal insiste en que el artículo 14 de la Constitución

⁴ Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Española no solo prohíbe la discriminación directa, sino también la indirecta, definiéndola como “aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”. Asimismo, declara que es necesario tener en consideración la incidencia de la maternidad y la lactancia en la situación laboral de la mujer y tratar de “compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística”.

Finalmente, en el análisis del caso recurre a los datos estadísticos para declarar la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, indicando que “hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos (F. 5), por lo que en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tanpreciado como es la permanencia en el mercado laboral, que afecta de hecho mayoritariamente a la mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (...)”.

La prueba estadística es, como vemos, fundamental para analizar si efectivamente concurre una discriminación indirecta por razón de género. En el ámbito de una empresa, en el análisis de los efectos que una norma, política o práctica pueda tener sobre la carrera profesional de las trabajadoras, será necesario un doble análisis: en primer lugar, deberá valorarse el efecto que, en la práctica, esa norma, política o práctica está generando en el grupo en su conjunto; y, por otra parte, deberá someterse dicha valoración al contraste con los estereotipos de género y datos estadísticos existentes en cada momento.

4. Implicaciones laborales del techo de cristal

La pregunta que pretendo contestar con este artículo es fundamentalmente qué puede esperar una empresa que se vea envuelta en un procedimiento judicial o inspector en el que se impugne una medida o política por considerarla discriminatoria contra las trabajadoras por, impedir, en la práctica, que las mismas asciendan a puestos de mayor responsabilidad.

En el ámbito judicial, dependerá del tipo de procedimiento que se inicie (conflicto colectivo, demanda individual, etc.) pero, al menos, es de

esperar una declaración de cese en la aplicación de la medida o política discriminatoria y, en el marco de procedimientos individuales, el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados.

En cuanto a las posibles actuaciones de la Inspección de Trabajo, teniendo en cuenta, por analogía, los criterios aplicados por la Inspección en otras materias considero que las posibilidades son diversas:

1) En primer lugar, deberá tenerse en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (“LISOS”), el sujeto responsable de las infracciones laborales únicamente puede ser empresario, pudiendo incurrir en responsabilidad tanto por acción como por omisión, aunque en ambos casos debe existir algún indicio de dolo o negligencia en su actuación (por ejemplo, no adaptando medidas en los casos en los que se evidencie una desproporción evidente de las promociones en perjuicio de las trabajadoras).

2) Una vez aclarado lo anterior y entrando en los preceptos que tipifican las conductas calificadas como infracciones laborales:

- El artículo 8.12 LISOS tipifica como infracción muy grave “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo (...)”.

- A su vez, el artículo 8.17 LISOS, bajo la misma gravedad, refiere el hecho de “no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley”.

En supuestos en los que no se aprecie la existencia de una infracción muy grave, sí al menos podría apreciarse la concurrencia de la infracción prevista en el artículo 7.10 LISOS: “establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 ET, salvo que proceda su calificación como muy graves (...)”.

3) En adición a lo anterior, ¿es posible que se llegue a considerar que estas situaciones trascienden al ámbito de la prevención de riesgos? Al igual que el empresario tiene que prevenir y velar porque no se produzcan situaciones de acoso, ¿no debe el empresario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, prevenir y velar porque no se produzcan actos discriminatorios?

Si se llegasen a estimar punibles en materia de prevención de riesgos laborales las conductas (u omisiones) de la empresa que favorezcan o generen el techo de cristal, los preceptos que podrían considerarse de aplicación son los siguientes:

- Infracciones por falta de prevención de los riesgos psicosociales a los que se vean expuestas las trabajadoras:

- La falta de evaluación o identificación de riesgos psicosociales, su falta de revisión o no llevar a cabo las medidas que se establezcan en las evaluaciones (artículo 12.6 LISOS).
- No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de las trabajadoras que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, cuando se han detectado riesgos psicosociales (artículo 12.2. LISOS).
- El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a las trabajadoras acerca de los riesgos del puesto de trabajo (artículo 12.8 LISOS).

- Infracciones por falta de intervención que pueden ser aplicadas por la Inspección de Trabajo son las siguientes:

- La pasividad o falta de intervención del empresario ante una evidente situación discriminatoria de las trabajadoras en las promociones a puestos de responsabilidad, puede suponer una infracción en materia de prevención de riesgos laborales que puede ser leve (artículos 11.4 LISOS), grave (artículo 12.16 LISOS) o muy grave (artículo 13.10 LISOS).
- En el caso de que el empresario conozca o sospeche que una baja por enfermedad de una trabajadora puede deberse a una situación de estrés o depresión motivada por la frustración de sus expectativas profesionales, e incumpla la obligación de realizar una investigación al respecto, esa pasividad puede ser constitutiva de una infracción grave (artículo 12.3 LISOS).

La Inspección de Trabajo dispone de pautas para solventar situaciones de concurrencia de infracciones. Como regla general, la solución en casos de concurrencia es la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

A este respecto, merece la pena recordar el importe de las sanciones previsto en el artículo 40 LISOS. Concretamente, el artículo 40.1 LISOS

establece que las infracciones en materia de relaciones laborales se sancionarán:

- Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.
- Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.
- Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

Por otro lado, el apartado 2 del referido artículo, prevé el régimen sancionador en casos de incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales:

- Las leves, en su grado mínimo, con multa de 40 a 405 euros; en su grado medio, de 406 a 815 euros; y en su grado máximo, de 816 a 2.045 euros.
- Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de 8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros.
- Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros.

Finalmente y centrándonos en las consecuencias que para la empresa puedan derivarse en esta materia, recordemos la posibilidad del inspector actuante de iniciar un procedimiento de recargo de las prestaciones de la Seguridad Social.

El recargo o aumento de prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando los mismos sean debidos a incumplimientos empresariales en materia de seguridad e higiene se encuentra actualmente establecido en el artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las

de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

Los requisitos que se consideran necesarios para la formulación de propuestas de recargo de prestaciones por parte de la Inspección de Trabajo serían los siguientes:

- En primer lugar, el requisito principal sería el inicio del procedimiento sancionador en el orden social frente a la empresa por la concurrencia de una situación discriminatoria hacia la mujer, que contemple al menos una infracción en materia de prevención de riesgos laborales.
- El segundo de los requisitos es que el inspector actuante estime que la infracción del empresario en materia de prevención de riesgos laborales haya sido la causa de la lesión sufrida por la trabajadora.

5. Conclusión

En conclusión, el alcance de las implicaciones que se pueden derivar para las empresas de la imposición de políticas o medidas que fomenten el techo de cristal no es, ni mucho menos, una cuestión clara. Sin embargo, como se ha indicado y a falta de un criterio concreto por parte de la Inspección de Trabajo, las posibles consecuencias laborales para las mismas son muchas y muy graves.

Por lo tanto, realizar una reflexión sobre la situación de cada empresa y una revisión de sus políticas de promoción y ascensos para verificar que no contienen previsiones que, en la práctica, generen una situación de discriminación de las trabajadoras en el ascenso a puestos de responsabilidad, no solo se convierte en un objetivo deseable, sino imprescindible de cara a evitar las consecuencias expuestas.

Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica

M^a Begoña BARREIRA IGUAL*

RESUMEN: Análisis de la evolución en la calificación del despido en situación de incapacidad temporal y la posibilidad de que sea calificado como nulo, por considerar que es discriminatorio, teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia comunitaria a partir de la Directiva 2000/78 del Consejo y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la que se prevé la posibilidad de que la enfermedad sea equiparada a la discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Señalaremos las principales sentencias del TJUE y la incidencia práctica de las mismas a nivel nacional.

Palabras clave: Enfermedad, discapacidad, discriminación, despido en situación de incapacidad temporal.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Encaje constitucional de la enfermedad como factor de discriminación. 2. Evolución normativa de la calificación del despido en caso de incapacidad temporal. 3. Evolución jurisprudencial. Jurisprudencia del TJUE en aplicación de la Directiva 2000/78. 4. Influencia y aplicación de la jurisprudencia comunitaria en los tribunales españoles. 5. Conclusiones.

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Universidad Europea de Madrid. Abogada.

Disability and illness in dismissal. Practical application

ABSTRACT: Analysis of the evolution of the dismissal qualification in situation of temporary disability and the possibility that this process is qualified as null, considering it as discriminatory, taking into account the Community law and jurisprudence from the Directive 2000/78 of the European Council and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in which is foreseen the possibility of a disease being equated to disability, within the meaning of that Directive. We point out the main sentences of the CJEU and their practical implications at national level.

Key Words: Illness, disability, discrimination, dismissal in a temporary disability situation.

1. Introducción

En la actualidad, la sociedad es consciente de la gran relevancia social que presenta la discapacidad, lo que se materializa en una amplia regulación sobre la materia tanto a nivel internacional y comunitario como a nivel nacional.

Se trata de un amplio colectivo que además tiende a crecer (debido a factores como el envejecimiento de la población, el aumento de enfermedades crónicas, etc.) y tal y como se recoge en informes de diversos organismos y en numerosas estadísticas realizadas, siguen existiendo importantes barreras para este colectivo en muchos ámbitos, destacando, por lo que aquí nos interesa, en el ámbito del empleo, donde existe una tasa de desempleo más alta, una remuneración inferior, una dificultad de reincorporación al mercado de trabajo, unas necesidades específicas para la protección de su estado, etc.

Dentro de este colectivo, la mujer ha sido y sigue siendo mucho más vulnerable, de modo que género y discapacidad provocan lo que en muchos foros se viene denominando una “doble discriminación” o una “discriminación múltiple”, por razón de sexo (mujer) y por razón de discapacidad, lo que hace necesario abordar su protección teniendo en cuenta ambos factores conjuntamente, el género y la condición de discapacidad.

Así pues, la discapacidad es un término que en la práctica lamentablemente sigue siendo asociado a la discriminación, a pesar de existir numerosa normativa, informes, manifiestos en favor de la no discriminación por esta condición, discriminación que si bien se produce en diversos ámbitos, aquí nos vamos a centrar en el ámbito laboral y más en concreto, en la extinción del contrato de trabajo por despido del empresario fundado en la discapacidad del trabajador, en el caso de que el mismo se encuentre de baja médica y la enfermedad se puede equiparar a discapacidad y por ello provocar la nulidad de la decisión extintiva adoptada por el empleador.

1.1. Encaje constitucional de la enfermedad como factor de discriminación

El tema que vamos a abordar, cómo debe ser calificado el despido cuando el mismo se produce estando el trabajador en situación de incapacidad temporal, no es ni mucho menos una cuestión novedosa en nuestro ordenamiento, sino que la misma ha sido continuamente abordada por la

doctrina judicial, quien, tras la modificación operada en el año 1995 a través de la Ley 11/1994¹ lo ha venido calificando de improcedente, y no nulo (a pesar de existir ciertas excepciones) por entender que no es un factor discriminatorio en el sentido que recoge el artículo 14 de la Constitución, cuyo tenor literal es el siguiente: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En dicho precepto constitucional podemos distinguir claramente dos incisos:

- a) el primero, que recoge una cláusula de igualdad de todos los españoles ante la ley,
- b) el segundo, que contiene la prohibición de una serie de motivos de discriminación, prohibiendo así unas diferencias que han situado a sectores de la población en posiciones, además de desventajosas, contrarias a la dignidad de la persona².

Dentro de dicho precepto, en el segundo inciso, en la parte final del mismo, se incluye la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” que es en la que vamos a centrar nuestra atención.

Esta expresión denota que, además de la expresa mención a factores de discriminación históricamente recogidos como tales tanto en la realidad social como en la jurídica (como la orientación sexual, la religión....) se deja abierta la posibilidad de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, dentro de la que se encuentra la posibilidad de discriminación por un factor que no está expresamente mencionado en el

¹ Ley 14/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social.

² Sentencia del TC de 26 de mayo de 2008 (EDJ 2008/81707), afirma en relación con el artículo 14 CE “dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE”.

precepto constitucional y es el estado de salud del trabajador, la enfermedad que vamos a abordar.

Una primera cuestión que se plantea es que para que un criterio de diferenciación que no está expresamente mencionado en el listado del artículo 14 CE se pueda incluir en la cláusula genérica de prohibición de discriminación (“por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), y ello no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia porque de hacerlo así, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluto.

Es la jurisprudencia constitucional³, la que ha establecido en relación con este criterio de diferenciación que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación frente al principio genérico de igualdad es “la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en el elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”, debiendo hacerse el análisis en cada caso particular, y concluyendo con que “la salud del trabajador o la enfermedad, pueden en determinadas circunstancias constituir un factor de discriminación encuadrable en dicha cláusula genérica”, así como que el despido será nulo por discriminación “cuando la enfermedad sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”.

Así pues, la prohibición de discriminación del artículo 14 CE contempla la exigencia de eliminar conductas de carácter discriminatorio a tenor del carácter especialmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/269009) recurso 4194/2006, contempla la exigencia de que “sitúe a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE”.

Según esta sentencia se precisa que se hayan constatado en la realidad circunstancias utilizadas históricamente para segregar a determinados grupos de personas, quienes simultáneamente han de tener necesidades particulares de integración social y laboral. A tenor de tal concepto se

³ Sentencia del TC de 26 de mayo de 2008 (EDJ 2008/81707).

entiende que la incapacidad para el trabajo, no integra uno de tales supuestos de discriminación, dado que pese a que implica una contingencia características de la condición humana, no resulta específica de un grupo o colectivo de personas con una proyecciones de permanencia, como sí ocurre, a nivel de ejemplo con la incapacidad temporal derivada de situaciones vinculadas con el embarazo, el parto o la lactancia naturales que vienen a integrar una expresión de la prohibición de discriminación por razón de género. Sin embargo, tal y como veremos, esta incapacidad para el trabajo, en la actualidad sí que puede constituir un supuesto de discriminación.

2. Evolución normativa de la calificación del despido en caso de incapacidad temporal

Con anterioridad a la reforma de la Ley 11/1994 la situación de incapacidad temporal del trabajador era determinante de la nulidad de un despido. Ello se debía a que tal calificación se contenía expresamente en la Ley, en concreto en los artículos 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴. En ambos preceptos se establecía expresa y tajantemente la nulidad del despido de un contrato de trabajo suspendido, lo que, como es lógico y no podía ser de otra forma, era continuamente aplicado por los tribunales.

A través de la citada Ley 11/1994 se acotan las causas que permitían la calificación del despido como nulo, lo que se traduce en la modificación de los anteriormente mencionados artículos 55 del ET y 108 de la LPL⁵, excluyendo que en los casos de incapacidad temporal el despido sea calificado como nulo, de modo que la nulidad se va a limitar a los supuestos en los que el despido esté provocado por alguna causa de discriminación expresamente prohibida por la Constitución o por la Ley o cuando se hubiera producido una violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

⁴ El artículo 55.6 ET establecía que “el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considera nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”. En el mismo sentido el artículo 108.1 apartado e) de la LPL establecía la nulidad del despido “de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso que no se declare su procedencia”.

⁵ La redacción tanto del artículo 55.5 del ET como del artículo 108.2 de la LPL pasa a ser el siguiente: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

A partir de este momento dicha modificación legislativa es aplicada por los tribunales, los cuales, cambiando la anterior doctrina, comienzan a declarar la improcedencia de los despidos basados en incapacidad temporal del trabajador (aunque existen algunas excepciones cuando concurren determinadas circunstancias que permitan apreciar la existencia de elementos de segregación).

Un ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal supremo de 29 de enero de 2001 (EDJ 2001/1034) recurso n^o 1566/2000, que afirma que la enfermedad limitativa de la capacidad para el trabajo no se considera en sí misma un factor discriminatorio en una interpretación que permita la aplicación del artículo 14 CE, admitiendo que la razón de fondo de la extinción del contrato sea, desde una perspectiva economicista, que el mantenimiento de la relación laboral no resulte rentable para la empresa, a pesar de admitir la posibilidad de que se produzcan otro tipo de circunstancias respecto de las cuales se pueda apreciar la existencia de elementos de segregación.

Esta doctrina jurisprudencial resuelve, en definitiva, que el despido que se lleva a cabo mientras se suspende la relación laboral ha de ser calificado como improcedente, dejando a salvo la excepción de que el mismo se hubiera producido por alguna causa que mostrara una motivación discriminatoria o lesiva de algún derecho de carácter fundamental que afectara al trabajador, modificación operada por la LPL ya que en su artículo 108 se deja de incluir entre las causas justificativas del despido nulo aquella que se producía durante la suspensión del contrato de trabajo por causa de incapacidad temporal.

En este contexto normativo, la declaración de nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal pasaba por la previa acreditación de un supuesto discriminación por razón de enfermedad o bien por la acreditación de vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE.

Sin embargo, en relación con el mencionado artículo 15 CE consideran los tribunales que no cabe una objetivación de la protección constitucional a la integridad física y moral extensible a la situación de incapacidad temporal provocada por enfermedad⁶.

⁶ Sentencia del TC 220/2005 de 12 de septiembre en la que se afirma que el derecho a preservar la salud queda comprendido en el derecho a la integridad personal, sin que se considere equiparado el derecho a la salud a un derecho fundamental, toda vez que el mismo, al aparecer regulado en el artículo 43 CE carece de tal condición. La consecuencia de la falta de vulneración de un derecho de carácter fundamental conduce a la calificación del despido que se pueda producir por el motivo aducido como improcedente y no nulo. En esa misma línea interpretativa las sentencias del TSJ Madrid

Este panorama normativo y jurisprudencial cambia con la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En dicha Directiva se contempla que la enfermedad puede equipararse a la discapacidad (entendida ésta como una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores⁷), a partir de la cual se empieza a producir también un cambio en relación con la doctrina jurisprudencial anterior.

Antes de entrar a analizar dichos cambios en la doctrina jurisprudencial como consecuencia de la aparición de la mencionada Directiva, considero oportuno la definición y delimitación de tres conceptos fundamentales, discapacidad, enfermedad e incapacidad.

Discapacidad: habida cuenta de la limitada extensión de este artículo y con el fin de no sobrepasar la extensión del mismo, únicamente recogemos (a sabiendas de la visión incompleta que ello implica) de las múltiples existentes, tres definiciones:

La Real Academia Española la considera como la cualidad de discapacitado, entendido como “una persona que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”⁸.

De acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud⁹ “discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las

de 5 de noviembre de 2007 (recurso n. 3100 /2007) y de 4 de diciembre de 2007 (recurso 2956/2007) que estiman que el despido producido frente al trabajador en situación de incapacidad temporal alcanza una correcta calificación de improcedencia si con la decisión extintiva no se afecta ni se pone en peligro grave la salud del trabajador implicado ni se impide que el mismo pueda acceder a las prestaciones sanitarias y económicas.

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio de 2018 (EDJ 2018/569299).

⁸ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigesimotercera edición, octubre de 2014.

⁹ Dicha Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, conocida como CIF, fue aprobada el 22 de mayo de 2001 por la OMS para poder ser empleada internacionalmente (constituye una revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías -CIDDDM- que fue publicada inicialmente con carácter experimental en 1980) y pretende brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud.

limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación”. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Según el artículo 2 del RDL 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social define discapacidad como: “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanente y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹⁰.

Enfermedad: para este concepto nos limitamos a la definición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia, como “alteración más o menos grave de la salud”¹¹ y a la definición de la OMS como “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”.

Incapacidad (laboral) que, siguiendo a la Real Academia, es la situación de enfermedad o padecimiento físico o psíquico que impide a una persona, de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la Seguridad Social.

Su regulación la podemos encontrar en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RDL 8/2015 de 30 de octubre, en cuyo artículo 193 se identifica la incapacidad permanente con “reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan la capacidad laboral”¹².

Los dos primeros (discapacidad y enfermedad) son los dos términos en los que vamos a centrar el estudio y más en concreto determinar cuándo nuestros tribunales consideran que la enfermedad como tal (entendida como alteración más o menos grave de la salud) puede constituir y se debe equiparar a la discapacidad y por lo tanto, debe ser objeto de un mayor

¹⁰ Dicho Texto Refundido integra la normativa existente en la materia e implica un cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad en base a la normativa comunitaria existente.

¹¹ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigesimotercera edición, octubre de 2014.

¹² El artículo 193.1 TRLGSS establece que “la incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

nivel de protección, en particular a la hora de determinar en base a esa equiparación, que un despido de una persona en situación de incapacidad temporal por enfermedad sea calificado como nulo y no como improcedente.

Sin embargo hemos considerado oportuno también proceder a la definición de “incapacidad” ya que tanto en la vida cotidiana como incluso en algunas sentencias, dicho término es utilizado de forma indistinta a discapacidad, considerando fundamental partir de una diferenciación conceptual de ambos términos a pesar de que no vamos a profundizar en las diferencias entre los mismos, ni en el error que constituye el uso indistinto, como sinónimos, de ambos.

La diferenciación entre ambos términos (enfermedad y discapacidad) resulta fundamental, ya que, a diferencia de la discapacidad, la enfermedad que aparece vinculada a la incapacidad laboral, no aparece protegida por la prohibición de discriminación desde la perspectiva legal o constitucional.

3. Evolución jurisprudencial. Jurisprudencia del TJUE en aplicación de la Directiva 2000/78

El cambio que ha supuesto la Directiva 2000/78 en la materia que nos ocupa tiene reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien a la luz de la misma, ha dictado diversas sentencias en las que se abre de nuevo la posibilidad de que ante un despido en el que el trabajador se encuentra de baja médica, el mismo pueda ser considerado como nulo por ser discriminatorio y no como improcedente.

Se trata en concreto de las siguientes sentencias en las que vamos a centrar nuestro análisis:

- Sentencia TJUE de 11 de junio de 2006, Asunto Chacón Navas C-13/05.
- Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013, Asunto Ring y acumulados C-335/11 y 337/11.
- Sentencia TJUE de 1 de diciembre de 2016, Asunto Daouidi C-395/15.
- Sentencia TJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero C-270/16.

Dichas sentencias son la base de la interpretación que en la actualidad vienen haciendo los tribunales españoles a la hora de analizar la calificación de un despido (como nulo o improcedente) cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal, es decir, cuando la enfermedad se puede considerar como discapacidad en el

sentido de la Directiva 2000/78 y por lo tanto, constituir un factor discriminatorio.

Veamos en primer lugar la evolución de la jurisprudencia comunitaria a través de las referidas sentencias:

1) Sentencia TJUE de fecha 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/2005 Chacón Navas)¹³:

Dicha sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid sobre la interpretación (en cuanto a discriminación por motivos de incapacidad) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo y con carácter subsidiario sobre la eventual prohibición de una discriminación por motivos de enfermedad.

Se trata de un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad y se plantea si el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su ámbito protector a una persona despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad.

Se contienen en la sentencia las siguientes afirmaciones:

- que la discapacidad no viene definida en la Directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).
- que el concepto de discapacidad es el siguiente: limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40).
- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto de discapacidad y enfermedad (44).
- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).
- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).
- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar tareas del puesto

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de julio de 2006. Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.

de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51).

En cuanto a si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añade a los recogidos en la Directiva 2000/78 considera:

- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal (54).
- que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

Así pues, para el Tribunal Europeo se interpreta en esta sentencia que la incapacidad funcional que se asocia a una enfermedad, contemplada desde la perspectiva genérica de enfermedad no definitivamente inhabilitante, no puede quedar asimilada a la situación que padecen las personas discapacitadas, dado que, frente al carácter temporal y transitorio de la incapacidad temporal, la discapacidad muestra una situación permanente de minusvalía de carácter físico, psíquico o sensorial que precisa medidas para satisfacer las necesidades particulares asociadas al colectivo afectado y que puede suponer un obstáculo para que la persona afectada participe en la vida profesional.

2) Sentencia de fecha 11 de abril de 2013, Asuntos acumulados C- 335/11 y C- 337/11(Asunto Ring)¹⁴:

En esta sentencia se realiza una interpretación de la Directiva 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la Decisión de 26 de noviembre de 2009¹⁵ y concreta, manteniendo el concepto de discapacidad, que deberá mantenerse a largo plazo, ratificando que la enfermedad en cuanto tal no es un motivo que venga a añadirse a aquellos en cuanto a los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013 en los asuntos acumulados C-335/11 Y C-337/11.

¹⁵ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fue aprobada por la Unión Europea mediante Decisión 2010/48, de modo que sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión. Adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidades deben poder gozar de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

En concreto, su considerando e) declara: “reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. También fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 (en vigor el 3 de mayo de 2008).

En ambos asuntos, los empleadores cuestionan que el estado de salud de las demandantes esté comprendido en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva puesto que la única incapacidad que las afecta es que no pueden ejercer un trabajo a tiempo completo.

El TJUE considera que el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. Afirma que la naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

Es decir que, si una enfermedad, curable o incurable, acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva.

Por el contrario, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva comunitaria.

Así pues, la enfermedad no se incluye como un nuevo factor de discriminación, pero sí adquiere la condición de discapacidad cuando limita a la persona para interactuar en condiciones de igualdad con los demás y la limitación es de larga duración. Frente al concepto de discapacidad estricto que se utiliza en la sentencia Chacón Navas, en esta sentencia posterior el concepto de discapacidad se acomoda a lo contenido en la Convención de las Naciones Unidas, incluyendo a las enfermedades de larga duración, curables o incurables, pero que generen limitación al trabajo dentro de los supuestos de discriminación prohibida por el artículo 2.2 b) de la Directiva 2000/78¹⁶.

¹⁶ Artículo 2. Concepto de discriminación.

1.- A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1º.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada

3) Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el asunto C-395/15 (Asunto Daouidi)¹⁷:

Tiene por objeto de nuevo una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona.

Se trata de un despido que se reclama como nulo por considerar que la causa del mismo es la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y es discriminatorio.

En este caso se considera que el Sr. Daouidi ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física, en concreto se trata de un ayudante de cocina con un contrato temporal renovado que durante la prórroga de su contrato tiene un accidente de trabajo al resbalar en la cocina, lo que le provocó una dislocación del codo que debió ser tratado con enyesado. 54 días más tarde, el trabajador, estando de baja, fue despedido (la causa alegada fue no alcanzar las expectativas fijadas por la empresa al considerar que su rendimiento no fue adecuado o idóneo). En el acto del juicio oral, 6 meses más tarde, el trabajador seguía en situación de incapacidad temporal.

Para determinar si cabe considerarlo como una persona con discapacidad con arreglo a la Directiva 2000/78 e incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es duradera.

El carácter de duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él acto presuntamente discriminatorio (es decir, que en esa fecha o la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en

de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1º.

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5º para eliminar las desventajas que supone sea disposición, ese criterio o esa práctica.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 1 de diciembre de 2016, Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y otros.

cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona).

La comprobación del carácter duradero será realizada por el juzgado, ya que se trata de una apreciación de carácter fáctico, basándose en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

4) Sentencia de fecha 18 de enero de 2018 dictada en el asunto C-270/2016 (Asunto Ruiz Conejero)¹⁸:

Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca.

El supuesto planteado aquí es un despido basado en el artículo 52. d) del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto la duración de las ausencias justificadas del trabajador habían superado los límites tasados en dicho precepto, ausencias que fueron debidas a una enfermedad del sistema endocrino metabólico y una limitación de la columna vertebral que le lleva a la concesión de discapacitado con un grado de 37%.

Se reconoce que la Directiva (artículo 2.2 apartados b), i) se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de este trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.

Las sentencias del TJUE citadas han supuesto un cambio interpretativo en cuanto a la interpretación de la enfermedad y su asimilación con la discapacidad según el concepto dado de la misma en la Directiva 2000/78 y la Convención de Naciones Unidas, y la posibilidad de que esta asimilación pueda conducir a la calificación del despido de un trabajador en incapacidad temporal en despido nulo, destacando especialmente la sentencia dictada en el asunto Daoudi que es quizá la que más relevante se ha considerado llegando incluso a afirmarse que tras la misma, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal debe ser calificado como nulo, lo que, no puede ser tomado ni mucho menos como un criterio absoluto y de hecho así se viene confirmando en la práctica.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018, Asunto C-270/2016, Carlos Enrique Ruiz Conejero y Ferroser Servicios Auxiliares, S.A.

4. Influencia y aplicación de la jurisprudencia comunitaria en los tribunales españoles

Los tribunales españoles, como no podía ser de otra forma, se han hecho eco de esta jurisprudencia comunitaria. A continuación vamos a citar diversas sentencias con el fin de dar una visión sobre la casuística existente en la materia.

1) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/268651) dictada en el recurso nº 3907/2006: en esta sentencia el TS ofrece su interpretación para deslindar y no confundir los derechos asociados a la protección de la salud frente a la función protectora de máximo nivel que viene asociada a los derechos fundamentales. Para ello desvincula el derecho a la salud (integrado por los derechos prestacionales y de asistencia sanitaria asociados a la incapacidad temporal) del derecho a la integridad física y moral (protegido en el artículo 15) únicamente integrado por la “incolumidad corporal”, por el que se fija el derecho de la persona a no sufrir, en contra de su voluntad, lesiones o menoscabo corporales. De esta forma, si las facultades que se describen no sufren lesión relevante como consecuencia del acto extintivo tan solo cabría apelar a la vulneración del derecho al trabajo, fuera del marco protector de los derechos fundamentales.

2) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2014 dictada en el recurso 2344/2013: dicha sentencia toma como referencia el asunto Ring, sin embargo no ofrece criterios muy claros y son los Tribunales Superiores de Justicia los que proceden a su aplicación, ampliando por lo tanto el concepto de discapacidad contenido en la anterior sentencia en el asunto Chacón Navas y acomodándolo a la Convención de Naciones Unidas. Destacamos las siguientes sentencias de Tribunales Superiores de Justicia:

3) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (recurso 3689/2015): admite la concurrencia de discriminación indirecta por razón de discapacidad aplicando el concepto de enfermedad equiparable a discapacidad. Se trata de una trabajadora diagnosticada de dolencia lumbar generadora de sucesivas y reiteradas bajas de escasa duración. La trabajadora está sometida a una mayor exposición al riesgo de despido pues la enfermedad que tiene

diagnosticada determina un mayor riesgo de acumular días de baja lo cual facilita alcanzar el límite legal fijado para considerar la existencia de absentismo.

4) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 17 de febrero de 2015 (EDJ 2015/49370) recurso nº 7053/2014: una trabajadora diagnosticada de una enfermedad coronaria moderada que debía evitar cargas superiores a 10 kilos. La actitud pasiva de la empresa provoca que utilice el concepto de discapacidad como elemento discriminatorio prohibido por la Directiva (art. 2.2 b) el cual resulta de aplicación en supuestos en el que entran patologías de larga duración.

5) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2014: considera nulo el despido producido a los pocos días de recibir el trabajador el alta médica del proceso de incapacidad temporal por lumbalgia de tres meses de duración cuando la empresa tenía la solicitud de cambio de puesto de trabajo con informe del servicio de prevención que le calificaba como apto para el trabajo pero con limitaciones para levantar pesos superiores a los 10 kilos. Considera que se trata de una dolencia física (lumbalgia) que produce una limitación de larga duración (baja médica de 90 días y previsión que no podía seguir desempeñando las mismas tareas) y que al actuar con diversas barreras (un puesto de trabajo en el que debía levantar pesos de hasta 10 kilos) impedían la participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores de la empresa, considerando que estamos ante el concepto de discapacidad que contempla la Directiva.

6) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (EDJ2016/75321) recurso 3348/2014: por no superar la incapacidad un mes, considera que la enfermedad no acarrea una limitación que le impida el mantenimiento de su actividad laboral. Considera que entran dentro del concepto de enfermedad equiparable a la discapacidad las bajas con proyección temporal de limitación apreciable de la salud, identificables de algún modo como crónicas y que limiten la capacidad física o psíquica del trabajador para reintegrarse con normalidad en su entorno laboral, y no se incluyen las bajas de corta duración o que no conlleven efectos incapacitantes (en este caso la baja era de 10 días).

7) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2017 (EDJ 2017/208947) dictada en el recurso nº 782/2016: aplicando la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho referencia

llega a la conclusión de que el despido es procedente, no existiendo en el mismo finalidad discriminatoria alguna, en tanto en cuanto “los padecimientos pueden ser crónicos, pero no graves” y tampoco “existe una discapacidad derivada de la interacción de las dolencias de la demandante con diversas barreras”.

8) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (EDJ 2018/18546) dictada en el recurso nº 160/2016: tras afirmar expresamente que la enfermedad (sea curable o incurable) puede equipararse a la discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración, manifiesta que en este supuesto la nulidad del despido por vulneración del derecho a la no discriminación viene derivado de la concurrencia de dos requisitos:

- la situación de discapacidad del trabajador.
- la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables.

Es decir, que aquí se pone énfasis en las medidas de ajuste que debe adoptar la empresa en caso de las personas con discapacidad, medidas que, deben ser razonables para no constituir una carga excesiva para los empleadores.

9) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (EDJ 2018/37534) dictada en el recurso nº 2766/2016: la actora había iniciado un proceso de incapacidad temporal con diagnóstico de trastorno depresivo grave (agotando el plazo máximo de duración). Tanto el Juzgado de lo Social de Lugo como el Tribunal Superior de Justicia declararon la nulidad del despido, al considerar que el despido por enfermedad asimilada a la discapacidad es discriminatorio y por lo tanto, nulo.

La diferencia entre la enfermedad en cuanto tal y la discapacidad radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

El TS considera que la baja temporal de la demandante no se encuadra en su supuesto discriminatorio calificado como despido nulo, sino únicamente improcedente, lo que fundamenta de la siguiente forma: “la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el período máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de discapacidad distinta de la enfermedad en cuanto tal en la que apoya la discriminación la

interpretación dada por el TSJUE”.

10) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 febrero de 2018 (EDJ 2018/33608) recurso n^o 1036/2017: menciona que los supuestos que sí podrían encajar dentro de este concepto de enfermedad equiparable a discapacidad serían aquellas “bajas con proyección temporal de limitación apreciable para la salud, identificables de algún modo como crónicas y que limiten la capacidad-física o psíquica del trabajador para reintegrarse con normalidad en su entorno laboral”. También señala que la sentencia Daouidi “ha supuesto un avance relevante frente a la situación precedente en que la protección de la declaración de nulidad quedaba ceñida a los casos en que la patología implicara un factor de estigmatización directo y claro. Ahora la protección queda ampliada a los supuestos en que la incapacidad del trabajador no se muestre bien delimitada en cuanto a los plazos de su finalización o, en otro caso, cuando pueda prolongarse de forma significativa afectando a la posibilidad del trabajador de reincorporarse a su actividad laboral”.

11) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears de 29 de junio de 2018 (EDJ 2018/566702) recurso n^o 148/2018: no puede convertir una incapacidad temporal que duró cuatro meses en una discapacidad con la pretensión de entenderla como duradera a los efectos jurisprudenciales. Tampoco que el demandante tenga la edad de 50 años (factor edad).

12) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de abril de 2018 (EDJ 2018/509957) recurso n^o 594/2018: no considera como duradera un supuesto de una neoplasia pulmonar que provoca una incapacidad permanente total un año después y está pendiente de revisión por mejoría o agravación en el plazo de 2 años, considerando que “no existen suficientes datos médicos de los que inferir la durabilidad de la enfermedad (larga evolución) ni la afectación en el futuro, como para incluir la situación del actor en el concepto de discapacidad de la Directiva. Por ello no cabe hablar de limitación “duradera”.

13) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 4 de julio de 2018 (EDJ 2018/566192) recurso n^o 882/2018: la enfermedad del trabajador, por ser puntual y de escasa duración (duró menos de un mes) no puede constituir factor de discriminación por discapacidad de acuerdo con la Directiva.

14) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de junio 2018 (EDJ 2018/551295) recurso nº 233/2018: el actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni en el momento anterior a dictarse sentencia, llevaba tres meses y cinco días en una situación de incapacidad temporal que tenía una previsión de duración media, y en todo caso en la fecha del juicio llevaba 10 meses en IT con lo cual no había agotado el período máximo, ni existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro, por lo que no cabe identificar con la noción de discapacidad distinta de la enfermedad en cuanto tal en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE.

15) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de mayo de 2018 (EDJ 2018/511014): llega a la conclusión de nulidad del despido porque se trata de una limitación de la capacidad duradera. La trabajadora presentaba unas dolencias en ambos hombros en el momento de su despido que en absoluto presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, pudiendo prolongarse significativamente antes del eventual restablecimiento de la actora, por lo que considera que está en situación de discapacidad a efectos de la Directiva. Utiliza como fundamentación la técnica indiciaria que menciona el TJUE: “que en la fecha del despido la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”.

16) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 18 de enero de 2018 (EDJ 2018/27988): pone de manifiesto la doble exigencia probatoria en orden a la posibilidad de apreciar la concurrencia de la situación discriminatoria determinante de la nulidad pretendida, como es por una parte alcanzar la convicción de que concurre la situación de duradera respecto a la incapacidad del interesado, elemento de naturaleza objetiva y en segundo lugar, alcanzar la convicción de que existe una relación causal entre la situación equiparable a la discapacidad y la decisión adoptada por la empresa, elemento subjetivo que sin duda requiere la prueba de presunciones como cauce normal a la hora de establecer ese presupuesto. Aquí se tiene en cuenta para no declarar la nulidad otros datos: que la trabajadora estando de baja laboral realizase actividades que implicaban un importante esfuerzo físico (...) de naturaleza similar a los exigidos en su puesto de trabajo, como se acreditó con la prueba desplegada, actividades incompatibles con su situación de

incapacidad temporal.

17) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 mayo de 2018 (EDJ 2018/536579) recurso n^o 731/2018: afirma que el despido es nulo “toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter duradero de la limitación de la capacidad de la demandante, ya que ha padecido una enfermedad consistente en un síndrome ansioso depresivo, además secundario a motivos laborales, esto es, una dolencia en relación directa de causa-efecto con su trabajo, enfermedad que se ha prolongado 3 meses sin que a fecha del despido hubiera previsión de finalización y habiéndose ido prolongando las diversas previsiones”. La demandante continuaba en situación de IT a la fecha del juicio oral.

5. Conclusiones

Como podemos apreciar de las sentencias analizadas, si bien los tribunales españoles tienen en cuenta la normativa comunitaria y la interpretación que de la misma ha realizado el TJUE en las resoluciones mencionadas, que han supuesto un giro en la anterior interpretación, han llegado a reconocer expresamente la dificultad de la aplicación práctica de tal doctrina que, si bien en la teoría resulta sumamente clara, sin embargo, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como “duradera” y “largo plazo” provocan que la aplicación práctica resulte sumamente complicada, existiendo divergencias en los tribunales españoles y pudiendo verse afectada incluso la seguridad jurídica¹⁹.

Por ello, no se puede concluir sin más, como se ha llegado a afirmar en algunos foros, que tras la sentencia dictada en el asunto Daouidi la calificación del despido estando en situación de incapacidad temporal será calificado como nulo, puesto que en la práctica vemos que en muchos supuestos no va a provocar dicha calificación, sino únicamente la improcedencia.

Y es que dicha sentencia no fija unas bases, sino que deja a la interpretación de los tribunales nacionales el concepto de larga duración, lo que en la práctica, tal y como hemos comprobado, se viene realizando

¹⁹ La sentencia del TSJ Aragón de 9-5-2018 (EDJ 1018/511014) así lo manifiesta expresamente al afirmar: “la aplicación de la citada doctrina del TJUE resulta dificultosa porque ese Tribunal utiliza conceptos jurídicos dotados de un importante grado de indeterminación. Debido a ello, existe una importante divergencia entre los tribunales españoles a la hora de determinar cuándo una baja médica es de larga duración, causando una importante inseguridad jurídica”.

de forma dispar, de modo que una baja de tres meses puede provocar la nulidad del despido, mientras que una baja de un año no, que en algunas sentencias se tiene en cuenta la declaración de incapacidad permanente y en otras no, o el hecho de que se haya agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, que el carácter de duradero debe tenerse en cuenta en el momento en que se adoptó el supuesto acto discriminatorio, sin embargo vemos que en diversas sentencias se tiene en cuenta el estado en el momento del acto del juicio.

En definitiva, si bien nos encontramos con conceptos establecidos y aparentemente claros, en la práctica una vez más la aplicación resulta difícil, por encontrarnos ante conceptos jurídicos indeterminados que puede dar lugar a que se vulnere la seguridad jurídica.

Además de esta seguridad jurídica, desde el punto de vista práctico ello puede provocar una mayor litigiosidad en tanto en cuanto se puede considerar que en todos o prácticamente todos los supuestos de despido producidos en situación de incapacidad temporal el mismo debe ser calificado como nulo, dejando en manos del tribunal la interpretación del carácter duradero de la baja.

Sin embargo, también es posible que esta mayor litigiosidad no finalice en una sentencia judicial, sino que en fase de conciliación (extrajudicial o judicial) la empresa, ante la posibilidad de que el despido sea declarado nulo, se avenga a conciliar.

**Un futuro sin brecha, por Eva Pons Perera,
Aida Ruiz Franco, Núria Pumar Beltrán y
Pilar Castellà Orradre**
Una reseña

En 2015 la brecha salarial entre mujeres y hombres en España se situaba en un 24% a pesar del papel que la mujer representa ahora en la sociedad. Estas diferencias retributivas las podemos encontrar en todos los sectores y países del mundo, aunque son más pronunciadas en los sectores tradicionalmente feminizados. La desigualdad salarial no solo provoca la existencia de mujeres trabajadoras en situación de pobreza sino también de pensionistas, dado que cuanto menor sean los salarios, menores serán las pensiones.

Los motivos generadores de esta desigualdad son muy heterogéneos, aunque los expertos coinciden en que la brecha salarial hunde sus raíces en factores culturales e históricos, en concreto en estereotipos ligados a la división sexual del trabajo en donde se ha infravalorado el trabajo y la capacidad de las mujeres. Ante esta situación en 1951 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) proclamó en el Convenio núm. 100 el derecho a igual remuneración por un trabajo de igual valor. Sin embargo, más de sesenta años después de la promulgación de esta regla nos seguimos encontrando con altas tasas de desigualdad salarial inexplicables. Por ello, desde UGT Cataluña, con la colaboración de la Fundación María Aurelia Company, Nuria Pumar y Eva Pons a través de la Fundación Bosch y Gimpera, deciden iniciar el proyecto “*Un futuro sin brecha*” con el objetivo de visibilizar, concienciar y erradicar el problema. Fruto de esta iniciativa nace el libro, con el mismo título, “*Un futuro sin brecha*”.

La obra, publicada por la editorial Bazarzo, se divide en cuatro capítulos descontando la presentación, en donde cuatro autoras estudian desde diferentes ángulos la problemática de la igualdad retributiva desde la

perspectiva de género. En concreto los temas a tratar son: la igualdad retributiva y las garantías contra la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional, la clasificación profesional en perspectiva histórica, herramientas de análisis jurídico para medir la retribución y la brecha salarial y, finalmente, se estudia la igualdad retributiva en los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal. A falta de una conclusión global, algunos de los capítulos contienen sus propias conclusiones.

En primer lugar, este estudio comienza contextualizando la brecha salarial en el marco constitucional. Para ello se realiza un repaso al reconocimiento de la perspectiva de género en las primeras Constituciones sociales hasta la actualidad con el objetivo de entender que el rol de mujer en la sociedad ha ido cambiando y con ello la protección constitucional a través del derecho a la igualdad y no discriminación. Así, se observa como las primeras constituciones los derechos sociales son androcéntricos, las tareas de la mujer se sitúan en la esfera privada y consistían básicamente en ser madre y esposa, no era necesario que la constitución hiciera referencia a la mujer. Con el inicio de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el desarrollo del principio social y del Estado democrático las constituciones sociales empezaron a contener el derecho a la igualdad efectiva de las mujeres, pero como una aspiración a conseguir por los Estados. En España no fue hasta la actual Constitución de 1978 cuando, a pesar de tener una orientación neutra, se incorpora el reconocimiento implícito de las dificultades específicas de las mujeres en el mercado laboral a través del artículo 35 CE. Posteriormente el capítulo hace un repaso a los textos europeos y nacionales que proclaman la igualdad entre hombres y mujeres y, en concreto, la igualdad retributiva. Finalmente, se hace una especial mención en España a la Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres (2007) y al importante papel de la negociación colectiva como herramienta de cambio.

El segundo capítulo analiza cómo la diferencia salarial por razón de género ha sido una constante desde la incorporación de la mujer al trabajo remunerado y uno de estos orígenes puede ser el modelo actual de clasificación profesional. A través de datos estadísticos la autora muestra por qué desde 1877 a 2014 el acceso de la mujer al mercado de trabajo ha sido inferior que el de los hombres y de qué manera se ha concentrado su presencia en determinados sectores. Para intentar llegar al origen de la división sexual del trabajo en España se estudia cómo han evolucionado las actividades de tintorería, lavandería, planchado y peluquería desde el sistema gremial hasta su actual clasificación en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) a la par que iba avanzando la legislación

laboral y la importancia de la negociación colectiva. El capítulo finaliza con una conclusión en donde se recalca la importancia del modelo de clasificación profesional para acabar con la actual división sexual del trabajo que responde a un modelo histórico.

Por otro lado, el tercero de los capítulos se centra en estudiar las diferentes herramientas de análisis jurídico con las que contamos en la actualidad para medir las diferencias de retribución y, en concreto, la brecha salarial. En primer lugar, nos encontramos con la regla de igual retribución por trabajo de igual valor proclamada por la OIT en 1951 según la cual las diferencias de retribución son discriminatorias cuando se infravalore los trabajos o cualidades que se asignen a la mujer en comparación los realizados por los hombres y, por ello, reciban una menor retribución. Otro de los mecanismos a utilizar es la negociación colectiva dado que a través de ella se establece el salario base y los complementos salariales, en concreto, estos últimos pueden tener un mayor impacto de género al ser más dificultoso su consecución para las mujeres sobre todo porque son estas quien en mayor medida se acogen a las medidas de conciliación establecidas en el ordenamiento jurídico o debido a la prestación por maternidad lo que dificulta y/o imposibilita la obtención de los complementos salariales y en algunos casos también los extrasalariales. Como última herramienta se analizan las buenas prácticas que pueden contener los convenios colectivos tales como medidas de acción positiva o incluso la creación de un plan de igualdad. El capítulo termina con ejemplos de derecho comparado en Finlandia, Suecia, Francia, Austria y Bélgica.

Finalmente, el cuarto y último capítulo realiza un análisis de los 129 convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal con el objetivo de identificar los factores que inciden en la formación de la brecha salarial. En concreto se analiza el tipo de lenguaje usado en la redacción del texto del convenio, la referencia a la igualdad salarial por razón de sexo, la estructura de la clasificación profesional, las tablas salariales, la existencia de un Salario Mínimo Garantizado, (SMG), los salarios base, el nivel de cobertura del salario menor de convenio respecto al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) y los complementos salariales que contienen los convenios colectivos. La autora muestra tablas de elaboración propia en atención al estudio realizado que acompaña con una explicación sobre los datos obtenidos en forma de porcentaje. El capítulo finaliza con una conclusión global sobre todos los resultados donde se hace patente la falta de perspectiva de género de los convenios colectivos. Por este motivo, los dos puntos clave a donde se llega es que, en primer lugar, debido a la configuración actual de la clasificación profesional, las mujeres siguen

accediendo a puestos de trabajo feminizados y, por otro lado, la creación de ciertos complementos salariales que se basan en la permanencia en la empresa sin periodos de ausencia o en realizar jornadas de trabajo a tiempo completo provoca que los hombres pueden alcanzar más fácilmente estos objetivos y, por ello, puedan obtener un salario más elevado.

En mi opinión “*Un futuro sin brecha*” es una obra muy completa que aborda el tema de la discriminación salarial desde diferentes perspectivas. A lo largo de sus páginas no solo podemos encontrar un análisis histórico del avance constitucional y normativo sobre la igualdad de la mujer en el mercado del trabajo, sino que también descubrimos una reflexión sobre cuestiones más prácticas que ayudan al lector a ver de forma tangible cómo la actual clasificación de los puestos de trabajo incide en la brecha salarial. En mi opinión, de toda la obra, el capítulo más interesante es el tercero porque ofrece herramientas no solo para poder analizar jurídicamente cuando la configuración de un convenio colectivo aboca a la desigualdad retributiva, sino también porque a través de la utilización de estas herramientas se puede conseguir el cambio de paradigma. Herramientas que, como la negociación colectiva o los planes de igualdad, pueden ser muy útiles para que, junto con el reconocimiento material de la igualdad entre hombres y mujeres, se alcance la igualdad formal en materia retributiva.

Antea Carriedo Martínez*

* Graduada en Relaciones Laborales y Recursos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid, Graduada en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Estudiante del Máster en Práctica Jurídica especialidad Laboral por el Centro de Estudios Garrigues.

La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad, dirigido por Eva M. Blázquez Agudo *Una reseña*

1. Introducción

La desigualdad de oportunidades y de condiciones entre géneros en el mercado laboral es una cuestión tanto menos preocupante. La monografía que aquí nos ocupa consiste en una recopilación de investigaciones hechas desde diferentes áreas de conocimiento. Estas estudian la relación en el uso de la negociación colectiva como mecanismo para eliminar la desigualdad existente entre hombres y mujeres en el mundo laboral del estado español.

Este libro es el resultado de un proyecto llevado a cabo por el Grupo de Cooperación sobre Trabajo Decente y Sostenible de la Universidad Carlos III de Madrid. “*La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*” ha sido coordinado por Eva María Blázquez Agudo, directora también del grupo de cooperación. En marzo, abril y mayo del año 2016 se llevaron a cabo en la misma universidad un ciclo de seminarios, financiados por el Instituto de la Mujer, sobre “*La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*”.

Como se ha dicho anteriormente, esta monografía es interdisciplinar. Cada persona que compone este equipo investigador muestra una perspectiva e idea diferente, que juntas enseñan la imagen general.

2. *Resumen del libro*

El tema e hilo conductor de este libro es la “negociación colectiva como herramienta para promover y asegurar la igualdad entre géneros en el mercado laboral”. Para desarrollarlo se aproxima a este desde múltiples áreas, lo que permite tener una visión lo más completa posible. Se pretenden analizar desde las causas que provocan esta desigualdad, como las herramientas utilizadas para eliminarla, hasta los colectivos más vulnerables dentro de este mercado, propio de unas dinámicas muy concretas, y por último el papel de la empresa privada.

Para empezar, es necesario definir qué entendemos por negociación colectiva. En esta monografía se utiliza el siguiente concepto, es el “proceso de diálogo en el que intervienen las personas trabajadoras y el empresariado, con el objetivo de regular las condiciones laborales y de la producción y establecer las obligaciones a las que se compromete cada parte. Los resultados se plasman en un convenio colectivo donde se contemplan aspectos como la contratación, la organización del trabajo, las categorías profesionales, los horarios, las retribuciones salariales o las medidas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres” (Instituto de la Mujer, 2015:6).

Una vez aclarado el concepto básico sobre el que aquí se trabaja, se procederá a destacar las ideas principales de cada estudio. Se presentará a las autoras respectivas y los resultados de sus investigaciones en el ámbito. A continuación, se hará una valoración de lo anterior de acuerdo con las dudas que surgen al leer este libro.

2.1. *Una aproximación sociológica al tratamiento de la igualdad de mujeres y hombres en la negociación colectiva*

La profesora Begoña Marguán Pintos es doctora en Sociología. Su ámbito de investigación se ha centrado en la sociología del trabajo, la violencia de género y la sociología de género, entre otras.

Marguán abre esta monografía haciendo una reconstrucción del proceso histórico seguido por la negociación colectiva en cuanto a la igualdad (Marguán, 2017). Destaca una primera fase marcada por la influencia de la normativa europea y las demandas del movimiento feminista. En esta se recoge normativamente el principio de igualdad, aunque con pocos efectos prácticos. La segunda etapa se caracteriza por la importancia que se le otorga a la división por género del trabajo y la responsabilidad de cuidado de las mujeres al considerar que son un obstáculo para las

mujeres. Empiezan a introducirse medidas para la conciliación, las que tendrán un efecto muy limitado y seguirán poniendo el foco de los cuidados en la mujer. En una tercera fase, se introduce el concepto de igualdad de oportunidades en el Acuerdo para la Negociación Colectiva de 2002. Se va un paso más allá de la simple conciliación. La cuarta y última fase consiste en el desarrollo normativo de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOEMH).

Para terminar, Marguán apunta que la búsqueda de la igualdad real ha quedado escondida detrás del objetivo formal, cumplir con la LOEMH, un mero acto burocrático (Marguán, 2017).

2.2. *Los planes de igualdad*

El apartado sobre los planes de igualdad¹ y su impacto lo llevan a cabo Raquel Gómez Merayo y la profesora Patricia Nieto Rojas. Nieto es doctora en Derecho y su ámbito de investigación son las relaciones laborales. Gómez es socióloga y actualmente miembro la Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO.

Raquel Gómez habla de la importancia de seguir unas pautas en la elaboración de los planes de igualdad. A saber, la primera es la fase de diagnóstico en la que se trata de plasmar la situación observada y analizar las causas. Otra pauta a tener en consideración es la elaboración de la fase de seguimiento y evaluación. Como la normativa no establece criterios fijos para esta, deja a la disposición del sujeto los indicadores a utilizar. Para la evaluación se suelen recoger los indicadores en el área de conciliación; el área de acceso; y en el área de promoción.

A continuación, Patricia Nieto hace un análisis del alcance de estos planes. Para empezar, la ley únicamente obliga a las grandes empresas (más de 250 trabajadores y trabajadoras) a elaborar un plan de igualdad. Estas, en el panorama español, suponen el 1% del tejido empresarial. Además, solo el 5,79% de los convenios establecen la obligatoriedad de elaborar un plan de igualdad. En algunas empresas, se crea el plan de igualdad como

¹ De acuerdo con la LOEMH, en su artículo 46.1 define los planes de igualdad como “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas tras la realización de un diagnóstico de la situación laboral existente que tiene por objeto alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres y eliminar las posibles discriminaciones que pudieran detectarse por razón de sexo, estableciendo los objetivos concretos a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución y los sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”.

medida para evitar una sanción derivada de un incumplimiento en materia de igualdad.

La evaluación de los planes elaborados desde 2007 es inexistente a día de hoy y no existe un control real del cumplimiento o de la simple elaboración de estos planes.

2.3. El contenido de las medidas de igualdad

2.3.1. De la conciliación a la tímida corresponsabilidad

Cristina Aragón Gómez es doctora en Derecho y profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Carlos III de Madrid.

Aragón introduce el capítulo haciendo un análisis de la situación actual de la mujer trabajadora la cual concluye, se encuentra generalmente en la situación de una doble jornada laboral. Las medidas de conciliación, destinadas a las madres, las han perjudicado reasignando la división de tareas por género. Apunta que es necesario introducir medidas para la corresponsabilidad. Es decir que exista una responsabilidad real por las dos partes en la esfera privada para poder tener un mismo desarrollo en la esfera pública (Aragón, 2017). Es imprescindible porque si no, debido a la doble jornada, la mujer sigue estando reglada a la esfera privada. A lo largo del capítulo, Cristina hace un repaso a las medidas de corresponsabilidad existentes y unas recomendaciones a adoptar.

2.3.2. Igualdad de género y prevención de riesgos laborales

Elisa Sierra Hernáiz es también Doctora en derecho. Desarrolla su labor profesional como docente en la Universidad de Navarra como titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Elisa Sierra se centra en la protección de la salud de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, como ámbitos de actuación de las políticas de igualdad de oportunidades (Sierra, 2017). Esta protección es tanto para la vida e integridad física como para garantizar su estabilidad en el mercado laboral. Apunta que el concepto de salud laboral está basado en un marco masculino, sin tener en cuenta la perspectiva de género en tres cuestiones. En primer lugar, la valoración de las cargas de trabajo que influye en el estrés y la sobrecarga. Segundo, los riesgos derivados de la organización del trabajo que supone una falta de

reconocimiento para las mujeres del mismo. Por último, los posibles factores musculo-esqueléticos generados por la segregación ocupacional. Según Sierra, la negociación colectiva debe identificar las desigualdades en materia de salud y limitar a los poderes empresariales a la hora de aplicar esta regulación (Sierra, 2017).

2.3.3. Cláusulas de igualdad de género en la negociación colectiva como instrumento de lucha contra el absentismo.

Este capítulo lo redacta Eva María Blázquez Agudo, coordinadora de esta monografía. Está doctorada en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, en la que desarrolla su actividad como docente. Además, dirige el Grupo de Cooperación sobre Trabajo Decente y Sostenible de la misma. Blázquez destaca la necesidad de los instrumentos de corresponsabilidad y conciliación para reducir el absentismo laboral. Remarca la importancia de la fase de diagnóstico, en la que se puede determinar la causa del absentismo e introducir elementos correctores de esta. Además, destaca la importancia de la creación de comisiones ad hoc para el control y el acompañamiento de medidas de sensibilización e información sobre la existencia de medidas de conciliación (Blázquez, 2017). A continuación, introduce medidas concretas a introducir para paliar el absentismo. Véanse, el horario flexible, los permisos de lactancia, la ampliación de los permisos y licencias retribuidas, además de las no retribuidas, el uso de medios telemáticos, las reuniones dentro del horario de la jornada, etc. (Blázquez, 2017).

2.3.4. Los protocolos de acoso

Eva Díez-Ordás Berciano actualmente es Counsel del Departamento Laboral de la firma *Garrigues Abogados*. Curso sus estudios en Derecho y LADE en la Universidad Pontificia de Comillas ICAI-ICADE.

La anteriormente Ley de Igualdad 3/2007 introduce por primera vez el concepto jurídico de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Resulta relevante entender la diferencia entre ambas. Esta ley, en el artículo 7 define:

- Acoso sexual: cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

- Acoso por razón de sexo: cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Las empresas están obligadas a promover condiciones que eviten ambos tipos de acoso, aplicar procedimientos para la prevención y para la denuncia (Díez-Ordás, 2017). Esta obligación está delegada a su regulación por negociación colectiva. Los representantes de los trabajadores también contraen cierta responsabilidad en el cumplimiento de la prevención y atención al acoso. Estos dos sujetos, representantes y empresas, se enfrentan a una sanción por el incumplimiento de sus obligaciones. Para el seguimiento, se creó un Criterio Técnico 69/2009 como guía de actuación para los y las inspectoras de trabajo; y una Guía Explicativa y de Buenas Prácticas para la detección y valoración de ciertos comportamientos.

2.4. Los colectivos especiales

2.4.1. Las mujeres trabajadoras en circunstancias de vulnerabilidad y la negociación colectiva en sectores no feminizados.

M^a Gema Quintero Lima es Doctora en Derecho y su ámbito de investigación es la protección social en materia de Seguridad Social.

Quintero abre el capítulo planteando un punto de partida concreto. En términos agregados, todas las mujeres trabajadoras se encuentran en la misma situación de desigualdad, respecto a los hombres, en todos los países. Si bien en cada uno tendrán características diferentes, afirma que las diferencias en cuestión de calidad de empleo, segregación y proyección profesional están presentes en todas las sociedades. Relaciona causalmente esta situación con la “brecha de género en la distribución de las tareas de cuidado y en la asunción de responsabilidades familiares” (Quintero, 2017).

Quintero analiza la situación de los “colectivos sensibles”². Con este concepto se pretende representar a aquellas mujeres trabajadoras en las que, además de la condición de género, concurren más circunstancias de vulnerabilidad social. Estas pueden ser de carácter subjetivo (edad, existencia de cargas familiares, diversidad funcional, estudios,

² Apunta que si bien esta categorización no está exenta de estigmatización, es útil para analizar la situación.

nacionalidad, cargas de cuidados) y de carácter objetivo (contexto socioeconómico y sector). Este colectivo se enfrenta a un grave problema de empleabilidad que conduce a situaciones de riesgo de pobreza y exclusión social (Quintero, 2017).

2.4.2. Vulnerabilidad de las mujeres en el empleo y negociación colectiva

Maravillas Espín Sáez es doctora en Derecho y profesora en la Universidad Autónoma de Madrid. Se ha especializado en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Espín analiza la evolución de la negociación colectiva como herramienta promotora de la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral. Afirmar que debido a la crisis económica ha habido una pérdida de valor del potencial de la negociación colectiva, por ende, ha habido un debilitamiento en cuanto a la promoción de la igualdad laboral. Añade que a través de la negociación colectiva se ha creado un cuerpo normativo fuerte, que sin embargo ha tenido un impacto en la realidad muy débil (Espín, 2017).

No solo se ha debilitado el uso de la negociación colectiva para paliar las desigualdades, sino que a raíz de la crisis el concepto de pobreza activa es un fenómeno preocupante. Además, este concepto de pobreza con trabajo, tiene cara de mujer. Debido a su vulnerabilidad (mayores tasas de paro, de temporalidad, de parcialidad y brecha salarial) se ven cada vez más desprotegidas y más afectadas por los ciclos económicos y empresariales (Espín, 2017).

2.4.3. Los colectivos especiales desde la experiencia de las asociaciones de mujeres

Rosa María Durango Simón es integrante de la Federación de Mujeres Progresistas y responsable del Área de empleo, formación e igualdad. Esta entidad desarrolla programas para la inserción y mantenimiento del empleo, y programas de sensibilización. Según sus estudios, apunta una serie de condiciones necesarias para paliar la desigualdad de género en el mercado laboral. A saber (Durango, 2017):

- a) Dotar de mayor peso a la negociación colectiva,
- b) Instrumentos para implementar las medidas a toda empresa, independientemente del tamaño,

- c) Dignificar las condiciones laborales en general y en particular de los sectores feminizados,
- d) Conseguir que las mujeres empleadas del hogar tengan los mismos derechos que el resto de los y las trabajadoras,
- e) Trabajar desde la educación en la equilibrada asunción de responsabilidades familiares,
- f) Eliminar el mito del *presencialismo*,
- g) Incorporar planes de carrera con perspectiva de género.

2.5. *El emprendimiento, la igualdad y buenas prácticas de la empresa*

María Teresa Alameda Castillo es licenciada y doctorada en Derecho, experta en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ha desarrollado su actividad docente en la Universidad de Granada y en la Universidad Carlos III donde está actualmente.

El emprendimiento en el Estado y en el conjunto de la Unión Europea es predominantemente masculino. La autora nos revela que las emprendedoras se enfrentan a más dificultades, y que son los factores informales como la percepción de habilidades para emprender, las redes sociales y el rol familiar tienen más importancia en ellas que los factores formales.

Mayte Roa Pino es Asesora Jurídica en el Grupo Adecco. En este apartado nos presenta el grupo y el proyecto para la consecución de la igualdad de oportunidades en el mundo laboral. Explica por qué es importante la igualdad y qué pueden hacer las empresas. Además, tienen una campaña para luchar por el “TalentoSinEtiquetas”. Se trata de eliminar los estigmas y prejuicios que recaen sobre ciertas personas y le impiden el acceso al empleo. Junto a esta campaña se encuentra también la de “SelecciónSinEtiquetas”, la cual recoge un conjunto de medidas que evitan que factores externos influyan en la selección de personal.

Cristina Mendia Ibarrola es Directora de Igualdad en Mutua, empresa con sello de Familiarmente Responsable. En su capítulo y con el que se cierra el libro, Mendia nos presenta la asociación privada de empresas por la que trabaja. Habla de la importancia de los planes de igualdad y de las medidas que han tomado desde la asociación. Por ejemplo, la creación de una Comisión para la Igualdad, la que se encarga de promocionar la igualdad, posibilitar la conciliación e incorporar una nueva cultura en el mundo laboral. De esta comisión sale la figura de Agente de la Igualdad, las Medidas de Acción Positiva, etc.

En conclusión, es interesante para saber qué medidas se están llevando a

cabo a día de hoy desde el sector privado para solucionar la brecha de género existente en el mercado laboral y que tanto afecta a las mujeres trabajadoras.

3. ¿Es la negociación colectiva el motor de impulso para la igualdad en el mercado laboral?

La monografía que se acaba de analizar tiene por objeto hacer un reconocimiento de los logros, dificultades y fallos de la negociación colectiva como motor de impulso de la igualdad entre géneros en el mercado laboral. Sin embargo, al leer todos estos acontecimientos y ver cómo se ha gestionado la situación aparece una duda. El fenómeno que aquí nos ocupa, eliminar los aspectos del mercado laboral que como sistema afectan negativamente al colectivo de mujeres, y en general a toda persona que salga del canon hombre-cis-blanco-con estudios, es un “problema político”. Es decir, está basado en un conflicto y tiene una dimensión colectiva. Esta es la concepción clásica de un problema político, cuando se ha nombrado -desigualdad por razón de género en el mercado laboral-, se ha problematizado – debido al reparto desigual de las responsabilidades de cuidado, la división del trabajo, la brecha salarial, etc. -, y se reclaman soluciones. Un problema político encuentra su resolución a través de los cauces de la política. Entonces, la implementación de la igualdad en el mercado laboral, ¿es una cuestión jurídica o una cuestión política?; ¿si es un problema político, porque no se resuelve a través de la política?; ¿es la negociación colectiva la herramienta para solucionar un problema estructural?

El poder político ha empleado la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres como la solución al problema. Esta Ley, si bien marca unas líneas a seguir, no es más que esto, unas pautas de comportamiento. Este poder no ha cumplido con el objetivo político de ordenar y gestionar el conflicto social entre los agentes. Ha delegado esta responsabilidad a otros actores. Esto podría tener sus puntos favorables ya que al ser la sociedad civil la que llega a la negociación tiene mayor legitimidad para la misma y puede existir más consenso. Sin embargo, en el punto actual es necesaria una actuación activa del poder político por diversas razones.

Primero, la Ley delega mucha responsabilidad a la discreción de la esfera privada, cuando el problema ha surgido de una construcción desigual en la esfera pública. A través de la negociación colectiva se deja la toma de decisiones y medidas concretas de actuación a la voluntad de las partes.

En este proceso influyen numerosos factores que pueden obstaculizar el objetivo final. Además, no parece muy acertado si se tiene en consideración que el sistema que envuelve este fenómeno es estructuralmente patriarcal, entre otras cosas, y que en las mesas de negociación el porcentaje de hombres supera al de mujeres. Es decir, hombres tomando las decisiones sobre un problema de mujeres, en el que ellos son los privilegiados. Este hecho quita la posible legitimidad del resultado al no ser las propias afectadas las que toman las decisiones.

Esta ley, promueve la negociación de medidas concretas en el ámbito de la empresa, la regulación y la intervención sindical (Marguán, 2017). Esta es la regulación necesaria que el legislativo ha creído oportuna. Además de obligar a las grandes empresas, aquellas con más de 250 trabajadores en plantilla, a realizar un plan de igualdad. Las grandes empresas en el estado español no suponen ni el 1% del tejido empresarial. El legislador consciente de ello, ¿a quién dirige esta ley? Recientemente, el gobierno actual ha anunciado que pretende regular por ley la paridad en los equipos directivos de las empresas. Esta es una medida positiva, aunque de nuevo no suficiente. El grueso de las mujeres trabajadoras y con más dificultades no se encuentra en la cúspide de la jerarquía laboral. Las mujeres que ocupan altos cargos, sin negar que hayan tenido que superar numerosos obstáculos, pueden externalizar las tareas de cuidados a mujeres con menos recursos socio-económicos.

Muchas de las autoras que han escrito en esta monografía coinciden en la idea que el legislativo no está desarrollando todas las funciones que le corresponden y que existe mucha discrecionalidad del empresario. Por ejemplo, como apunta Rosa María Durango Simón, en la negociación colectiva existe el llamado descuelgue. Esto permite a las empresas a no aplicar determinadas cláusulas previamente pactadas (Durango, 2017). Lo cual no tiene mucha lógica delegar a la negociación colectiva tanta responsabilidad si el empresario puede descolgarse cuando le parezca oportuno.

Otra característica a tener en cuenta a la hora de evaluar el camino hecho hacia la igualdad de oportunidades en el mercado laboral ha sido la falta de resultados desde la publicación de la ley. Once años después, no existe ningún mecanismo o ente evaluatorio que mantenga un control sobre las empresas para el cumplimiento de las directrices. Como explica Raquel Gómez, es tan importante la fase de diagnóstico como la de seguimiento y evaluación. Sin éstas últimas, es muy fácil caer en el cumplimiento formal de las obligaciones, pero no real.

4. *A modo de conclusión*

Para terminar y como apuntan varias autoras del libro, el camino tomado hasta ahora ha tenido poco resultado práctico. Mirando a las estadísticas actuales la situación para toda persona que no sea hombre, cis-género, blanco, no joven y con estudios, no ha mejorado. Sigue existiendo una división por género del trabajo y la consiguiente estigmatización y desvalorización del trabajo hecho por mujeres; el acoso sexual en el trabajo está a la orden del día; las mujeres se encuentran en la situación de soportar una doble jornada ya que mantienen la responsabilidad de cuidados y tareas domésticas; la brecha salarial sigue existiendo aunque las mujeres entren en el mercado con más estudios y mayores rendimientos académicos que los hombres; la tasa de temporalidad y parcialidad tiene cara de mujer, por ende, la pobreza activa también tiene cara y nombre de mujer. No se puede ni debe esperar que quien ha creado el problema y quien se beneficia de la situación sea el que la solucione. Ni la esfera privada ni los hombres solucionarán este problema estructural que es un problema político.

Clara Ferragut Moranta*

* Grupo de Cooperación Trabajo Sostenible y Decente. Universidad Carlos III de Madrid.

La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema especial: análisis actual y de futuro, por Concepción Sanz Sáez
Una reseña

A finales del año 2011 se aprueban dos reformas legislativas de calado que han afectado al empleo doméstico en España. Con la aprobación del RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar queda derogado el anterior RD 1424/1985 y se acerca el régimen jurídico de esta relación laboral especial al régimen previsto en el Estatuto de los Trabajadores para las relaciones laborales comunes.

En el plano de la protección social, la aprobación de la Ley 27/2011, en su Disposición Adicional 39ª procede a la integración del Régimen Especial de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a través del Sistema Especial de Empleados de Hogar.

Esta monografía de Concepción Sáez publicada por la Editorial Bomarzo en 2017 analiza con exhaustividad el alcance y efectos de esta integración. En este sentido, se examinan en profundidad las peculiaridades que presenta el Sistema Especial en cuanto a actos de encuadramiento, cotización y acción protectora.

Por otro lado, la autora analiza las particularidades del empleo doméstico que justifican un tratamiento diferenciado a través de un Sistema Especial, y nos hace reflexionar sobre la conveniencia de mantener ciertas especialidades o si por el contrario es necesario avanzar hacia una mayor equiparación con el marco típico. Asimismo, se exponen las carencias de

la reforma, como puede ser la ausencia de la protección por desempleo o FOGASA, y los retos futuros a los que se enfrenta el legislador.

En cuanto al formato, la obra se estructura en tres grandes capítulos: el primero sobre el fenómeno de la especialización de regímenes, el segundo sobre el campo de aplicación del nuevo sistema especial y el tercer y último capítulo sobre las prestaciones de la Seguridad Social y su nuevo régimen de coberturas.

1. El fenómeno de la especialización de regímenes

En el primer capítulo se repasa el origen y evolución de los regímenes especiales en nuestro ordenamiento jurídico, así como el proceso de homogeneización y simplificación de regímenes impulsado por el Pacto de Toledo y sus sucesivas revisiones.

La Recomendación 6ª del Pacto de Toledo constata que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados y desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema establece la conveniencia de avanzar en un proceso de gradual integración y simplificación hasta llegar progresivamente hacia dos grandes regímenes, el de trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos.

Este proceso racionalizador ha llevado, como comenta la autora, a una revalorización de la técnica instrumental denominada "sistema especial". Se analiza la aparición de nuevos sistemas especiales como línea de tendencia así como la justificación de la creación de estos sistemas en base al principio de unidad que debe presidir el Sistema de Seguridad Social. De esta manera se evita una mayor dispersión del Sistema, estableciéndose para aquellos colectivos que no presenten grandes diferencias una serie de normas concretas en materia de encuadramiento, afiliación, cotización o recaudación dentro del Régimen General o del Régimen Especial respectivo.

Es en este propósito de racionalización del Sistema de Seguridad Social donde debemos enmarcar la integración de los empleados de hogar en el Régimen General. Será finalmente a través de la Ley 27/2011, en su disposición adicional 39ª, que se integra el Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a través de un Sistema Especial.

La autora critica la técnica legislativa utilizada, dado que la creación del Sistema Especial se contiene en una Disposición Adicional de una ley concebida para reformar las pensiones, así como el establecimiento de

unos plazos de integración que podrían generar ciertas incertidumbres, pues se establece un período de regularización de seis meses para aquellos empleadores y empleados que, procedentes del Régimen Especial, pasan a incorporarse al nuevo Sistema Especial.

2. Campo de aplicación del nuevo Sistema Especial

Este campo de aplicación no aparece definido en la DA 39ª LAAMS, que se limita a integrar en el Régimen General a quienes perteneciesen al REEH o a quienes en el futuro pudieran incorporarse al SEEH.

Se repasa la situación preexistente en la regulación derogada en la que existía una notable diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial en materia de actos de encuadramiento y cotización. Anteriormente, los trabajadores que prestasen sus servicios durante un tiempo inferior a 80 horas de trabajo efectivo al mes, que era el criterio que establecía el RD 84/1996 para considerar trabajador a tiempo parcial a los empleados de hogar (no coincidente con la definición del ET), estaban obligados a cumplir con las obligaciones de encuadramiento y cotización. En los casos en los que se superasen las 80 horas de trabajo al mes era el titular del hogar familiar el responsable de estas obligaciones.

Se aborda también la cuestión de la integración del trabajo marginal antes y después de la reforma. Con la anterior normativa los empleados de hogar que prestasen servicios durante menos de 72 horas mensuales distribuidas en menos doce jornadas al mes quedaban excluidos con un criterio discutible del REEH. Tras la reforma no cabe defender la exclusión del SEEH del trabajo doméstico marginal estableciéndose la obligación de cotizar a la Seguridad Social desde la primera hora de prestación de servicios.

A continuación, se analiza la configuración de los actos de encuadramiento tras la integración del REEH en el Régimen General. Tras la reforma operada por la Ley 27/2011, se elimina la diferencia de trato existente entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en materia de actos de encuadramiento. De esta manera, pasa a ser el titular del hogar familiar, con independencia del número de horas que trabaje el empleado, el responsable exclusivo de presentar las solicitudes y comunicaciones de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los empleados de hogar.

Sin embargo, esta obligación generó ciertas dificultades en el caso de empleadas del hogar que prestaban sus servicios durante un escaso

número de horas debido a que muchas veces sus empleadores eran personas mayores a las que resultaba muy gravoso encargarse de estas gestiones. Es por ello que el RDL 29/2012, de 28 de diciembre, flexibiliza esta exigencia, estableciéndose que los trabajadores que presten servicios durante menos de sesenta horas al mes por empleador, serán los obligados a solicitar su afiliación, alta, baja y variación de datos en el sistema cuando así lo acuerden con el empleador.

La misma solución se aplica en cuanto a la obligación de ingresar las cotizaciones. Aquellos empleados de hogar que presten sus servicios durante menos de sesenta horas al mes por empleador y que hubieran acordado con este la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento, también serán responsables del ingreso de las cuotas, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales.

En estos casos el empleador debe entregar al momento de abonar su retribución la parte de la cuota que corresponde a la aportación empresarial. La responsabilidad por el incumplimiento de estas obligaciones recae en el trabajador, respondiendo el titular del hogar familiar de forma subsidiaria, salvo que acredite el abono al trabajador de las aportaciones empresariales para su ingreso a la Seguridad Social.

No obstante, en el caso de que se acuerde la asunción por parte del empleado de las obligaciones en materia de encuadramiento y cotización no operarían las bonificaciones previstas a la cotización. Esta previsión tiene como finalidad incentivar que continúe siendo el empleador quien asuma en exclusiva estas obligaciones.

En cuanto al sistema de cálculo de las cotizaciones, se pasa de una base de única de cotización a un sistema por tramos en la que se busca una cierta correspondencia entre los salarios reales y la base de cotización. En este formato, se hace coincidir la retribución mensual que recibe el trabajador (incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias) con una determinada base de cotización por tramos de salario. En un principio la escala era de quince tramos con unas bases de cotización muy reducidas. Mediante el RD 29/2012 esta escala se reduce a una nueva de ocho tramos, de cuantías superiores. Por otro lado, se estableció que estas bases de cotización se actualizarían en proporción al incremento del SMI en lugar de en proporción al incremento que experimente la base mínima de cotización del Régimen General.

Por otro lado, se establece un sistema provisional entre 2012 y 2018, que tiene como objetivo ir aproximando gradualmente las bases de cotización hasta la equiparación completa con el Régimen General prevista para el

año 2019. Lo mismo sucede con el tipo de cotización por contingencias comunes, que partiendo del 22% inicial previsto en 2012 se va incrementando en un 0,90% anualmente hasta equiparar el tipo de cotización al del Régimen General en 2019.

Cabe apuntar que en caso de que la remuneración que perciba mensualmente el trabajador varíe, esta situación habrá de ser comunicada en un plazo no superior a seis días naturales desde que esta situación se produzca. Esta obligación adquiere especial importancia cuando ese cambio en la remuneración conlleva un salto de tramo y, por tanto, de la base de cotización aplicable.

3. Las prestaciones de la Seguridad Social y su nuevo régimen de coberturas.

En este ámbito se produce una equiparación con la acción protectora prevista en el Régimen General que pasa a ser aplicable al SEEH, aunque con algunas particularidades.

Entre estas particularidades que presenta el SEEH podemos citar: las reglas sobre el trabajo a tiempo parcial, al subsidio de IT, así como a la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones por IP y jubilación.

Al análisis de estas cuestiones, junto con los grandes olvidados de la reforma como el desempleo o la cotización por el FOGASA, se dedica este capítulo final.

3.1. Trabajo a tiempo parcial

En el primer apartado del capítulo se analizan las reglas aplicables a la hora de calcular los períodos de carencia para el acceso a prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial.

Se analiza el método de cálculo previsto en la DA 7ª TRLGSS y que exige la conversión de las horas efectivamente trabajadas en días teóricos de cotización. Para ello, las horas efectivamente trabajadas serán el resultado de dividir la base de cotización del tramo correspondiente del SEEH por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General. El resultado habrá de dividirse entre cinco para obtener los días teóricos de cotización o multiplicarse por 1,5 en el caso de las pensiones de IP y jubilación.

Sin embargo, este método de cálculo se ha tenido que modificar a raíz de la STJUE de 22-11-2012 (caso Elbal Moreno, asunto C-385/11) en la que

el tribunal europeo consideró que dicha fórmula de conversión de las horas trabajadas en días teóricos de cotización incurría en discriminación indirecta por razón de sexo.

El caso enjuiciado se trata de un ejemplo muy gráfico de la situación de los trabajadores a tiempo parcial (TTP). Se le deniega la pensión de jubilación por la Entidad Gestora a una limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, en jornada parcial de 4 horas a la semana. Así, en aplicación del artículo 161 y de la DA 7ª LGSS, para alcanzar los 15 años de carencia exigidos, con un contrato a tiempo parcial de 4 horas a la semana, la trabajadora debería de cotizar durante 100 años para acceder a una pensión de jubilación de 112,93 euros al mes.

La cuestión prejudicial del Juzgado n. 33 de Barcelona planteaba si esta fórmula de cálculo vulneraba el principio de igualdad en dos concretas vertientes: La primera vertiente desde el punto de vista del juicio de proporcionalidad estricta (artículo 14 CE) pues un TTP necesita trabajar durante más tiempo para poder acreditar los períodos de carencia necesarios para acceder a una pensión de jubilación y la segunda vertiente desde el punto de vista de la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, pues al limitar el acceso a las pensiones a los TTP se estaría discriminando en mayor medida a las mujeres, que representan un 75% del colectivo de TTP.

Finalmente, el TJUE apreció en su sentencia que existía una vulneración del principio de igualdad en su segunda vertiente. A continuación, la autora analiza el alcance de esta sentencia del TJUE, analizando el principio de igualdad desde la perspectiva comunitaria así como las consecuencias que puede tener el fallo en el orden interno en virtud del principio de primacía e interpretación conforme.

Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia n. 61/2013, de 14 de marzo, siguiendo la interpretación del TJUE, declaraba inconstitucional y nulo el sistema con el que se calculaban los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial, contenido en el apartado 1 de la DA 7ª de la LGSS.

Por ello, el legislador español aprobó el RDL 11/2013, de 2 de agosto, modificado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los TTP y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que igualaba a los TTP y los trabajadores a tiempo completo a la hora de acreditar el periodo mínimo de cotización que permita acceder a una pensión de jubilación. El nuevo procedimiento de cálculo se basa en el “coeficiente de parcialidad” y “coeficiente global de parcialidad” para el acceso a las prestaciones de jubilación, incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

3.2. *El subsidio por Incapacidad Temporal*

En cuanto al subsidio por incapacidad temporal se produce una notable mejora. Con la actual regulación, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, el subsidio por IT pasa a abonarse a partir del noveno día por parte de la entidad que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado. Entre los días cuarto al octavo de la baja, ambos inclusive, el abono de la prestación será a cargo del empleador. Este pago es equivalente al que corresponde al empleador ordinario entre los días cuarto al decimoquinto de la baja en el Régimen General.

Destacar que con anterioridad la prestación se abonaba solo a partir del vigésimo noveno día de la baja, sin que existiese obligación para el empleador de abono a su cargo. Este plazo ha sido declarado excesivo, desproporcionado e injustificado por la doctrina, llegando a ser calificado de discriminación indirecta por el Informe de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 1995, sobre la aplicación de la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Se analizan las dificultades que había con la anterior regulación para el control de la IT en bajas inferiores a 28 días. En cuanto a la cotización durante la IT, de acuerdo con los artículos 13 y 14 del RD 2064/1995, se mantendrá la obligación de cotizar hasta que no se produzca el cese en el trabajo o la actividad.

3.3. *Las pensiones de Incapacidad Permanente y jubilación*

En este apartado la autora se centra principalmente en la cuestión de la integración de lagunas. De forma temporal entre el año 2012 hasta el 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación, el cómputo de los períodos cotizados se hará únicamente en base a los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación los mecanismos de integración de lagunas previstos en el Régimen General.

A continuación, se analiza el interesante fallo de la STSJ de Cantabria de 23 de septiembre de 2015 (rec. 485/ 2015) en el que se resuelve un supuesto de integración de lagunas de cotización existentes en el período de determinación de la base reguladora, correspondiente a una situación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, causada en el

Régimen General, si bien el período a integrar correspondía a un período posterior a una baja en el SEEH.

La posición del INSS hasta el momento ha sido la de que no procede aplicar el beneficio de la integración de lagunas cuando los períodos a integrar sean posteriores a un alta en el SEEH, independientemente de si la pensión se causa en el Régimen General o en dicho sistema especial.

Sin embargo el TSJ de Cantabria se aparta de esta interpretación, entendiendo que esta limitación únicamente opera cuando la baja se causa en dicho Sistema Especial pero no cuando se cause en el Régimen General. Para el tribunal lo determinante a la hora de aplicar el beneficio de la integración de lagunas es el Régimen en que se cause la pensión, aunque el período a integrar fuese subsiguiente a un período de cotización en un Régimen en el que no se aplica dicho beneficio.

3.4. La persistencia de carencias tras las últimas reformas

A pesar de los cambios operados por las últimas reformas, no se ha producido una completa equiparación de derechos de los empleados de hogar con el resto de trabajadores.

De esta manera, la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo. Apunta la autora que uno de los motivos que ha podido mover al legislador a esta exclusión podría ser el papel que juega la especial relación de confianza entre empleador y empleado en esta relación laboral especial que podría dar origen a situaciones de fraude.

La otra gran diferencia respecto del resto de trabajadores es la exclusión de la cotización y protección a cargo del Fondo de Garantía Salarial. Una exclusión que resultaría acorde con la Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario que en su Anexo permite excluir a las empleadas de hogar del campo de aplicación de la Directiva.

4. A modo de conclusión

Esta monografía constituye, sin duda, una importante aportación al estudio de las novedades que se han producido en el campo de la protección social del empleo doméstico en los últimos años. Se trata de un análisis sistemático y riguroso en el que se examina un tema complejo

como es el alcance de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General a través de la creación de un Sistema Especial.

Sorprende la claridad con la que se examina el recorrido histórico de los regímenes especiales en nuestro ordenamiento jurídico, así como la profundidad con la que se estudian las particularidades que presenta el nuevo Sistema Especial de Empleados de Hogar en aspectos tales como actos de encuadramiento, cotización o acción protectora.

Finalmente, la autora no se olvida de las persistentes carencias de la reforma como son la continuidad de la exclusión de este colectivo de la protección por desempleo, a pesar del compromiso contenido en la disposición adicional segunda del RD 1620/2011, que emplazaba al Ministerio de Trabajo a estudiar “La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera”.

Por todo lo expuesto, creo que se trata de una obra imprescindible y de referencia para todos aquellos académicos o profesionales que deseen profundizar en el estudio de la protección social de este colectivo. Un tema que sin duda va a continuar suscitando un interesante debate doctrinal en los próximos años, pues no son pocos los desafíos aún pendientes a los que se enfrenta el legislador.

Por último, mencionar que el período transitorio que se establecía hasta el año 2019 para la adaptación gradual de algunos aspectos con el Régimen General se ha pospuesto debido a una enmienda en los PGE. De esta manera, hasta el año 2024 no se cotizará por los “salarios reales” en lugar del sistema por tramos y también se pospone hasta esta fecha la aplicación de los mecanismos de integración de lagunas.

Víctor de Haro Cervera *

* Estudiante del Máster de Asesoramiento y Consultoría de Jurídico-Laboral de la UC3M.

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