



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE  
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA  
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS  
DE CANTABRIA)***

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**CURSO ACADÉMICO 2021-2022**

**TÍTULO**

Brecha de género y Automatización: impacto de la revolución digital e Inteligencia Artificial en el mercado laboral.

**WORK TITLE**

Gender Gap and Automation: Impact of the Digital Revolution and Artificial Intelligence on the Labor Market.

**AUTOR/A:**

RAQUEL COTERILLO LASO

**DIRECTOR/A:**

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

# ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	6
<b>CAPÍTULO I. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MUNDO LABORAL</b> .....	8
1. La era de la automatización y el impacto de las nuevas tecnologías .....	8
2. Nuevas competencias requeridas: IA y Machine Learning .....	15
3. El impacto de la automatización en la brecha salarial y el techo de cristal .....	17
3.1.1 Brecha salarial .....	17
3.1.2 Techo de cristal .....	21
4. El liderazgo de las mujeres en el comercio electrónico .....	22
4.1.1 Impacto de los algoritmos en la brecha de género .....	26
4.1.2 El prototipo “trabajador web” y el impacto retributivo .....	27
5. Irrupción de la innovación tecnológica en el mundo del Derecho .....	29
<b>CAPÍTULO II. DESIGUALDADES Y EFECTOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS</b> .....	36
1. La brecha digital de género .....	36
1.1.1 Usos del tiempo y empleo en las TIC .....	39
1.1.2 Variables de la brecha digital: la edad .....	41
1.1.3 Brecha del conocimiento .....	41
2. Infrarrepresentación femenina en las carreras STEM .....	44
2.1.1 Razones de la infrarrepresentación: baja autoestima y estereotipos de género.....	47
2.1.2 Propuestas de actuación para aumentar la presencia de las mujeres en el empleo STEM .....	50
3. Desigualdad en el acceso a los recursos y cultura masculina de las STEM .....	64
3.1.1 La teoría de la masa crítica .....	66
3.1.2 Segregación horizontal y vertical en la investigación y empleos STEM ...	68
3.1.3 El caso de la Universidad Isabel I: excepción digna de estudio .....	70
4. Problemas de financiación: mujeres emprendedoras .....	72

### **CAPÍTULO III. OBSTÁCULOS EN LA CARRERA PROFESIONAL DE LA MUJER ..... 76**

1. Historia del Derecho del Trabajo y protección de la mujer trabajadora .....	76
1.1.1 Los orígenes del Derecho del Trabajo .....	76
1.1.2 Evolución de la protección de la mujer en el Derecho del Trabajo .....	83
2. Discriminación por razón de maternidad en el acceso al empleo .....	88
2.1.1 La negociación colectiva y el acceso de la mujer al empleo .....	91
2.1.2 Negativa de contratación a causa de embarazo .....	96
2.1.3 Formación de la Comisión negociadora en Igualdad de género .....	99
2.1.4 Análisis de la fase de acceso al empleo al sector público .....	102
2.1.5 Suspensión de demanda de empleo del INEM por razón de maternidad .....	107
3. Discriminación y maternidad en el desarrollo profesional .....	112
3.1.1 Mobbing maternal en el trabajo .....	114
3.1.2 Formación profesional de las trabajadoras embarazadas .....	118
3.1.3 Discriminación en los ascensos profesionales .....	122
3.1.4 Degradación de las funciones y discriminación retributiva por razón de embarazo .....	128
3.1.5 Seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas .....	131
4. Avances legislativos en la Corresponsabilidad tras la entrada en vigor del RD 6/2019 .....	133
4.1.1 Nacimiento y cuidado del menor .....	138
4.1.2 Permiso por cuidado de bebé lactante .....	157
4.1.3 Reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar dependiente ....	165
4.1.4 Adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo .....	172
4.1.5 Excedencia por cuidado de hijos y familiares .....	175
4.1.6 Propuesta de medidas conciliatorias a nivel empresarial, gubernamental y social .....	178

### **CAPÍTULO IV. DISCRIMINACIÓN SALARIAL Y FIN DE LA RELACIÓN LABORAL ..... 191**

1. Discriminación retributiva por razón de sexo .....	191
---	-----

1.1.1	La perspectiva supranacional de la brecha salarial entre hombres y mujeres .....	193
1.1.2	La incidencia de los complementos retributivos en la brecha salarial ....	204
1.1.3	La incorrecta valoración de los puestos de trabajo .....	213
1.1.4	Identificación y efectos de la opacidad retributiva .....	225
1.1.5	La afectación de los derechos conciliatorios en la brecha salarial y la promoción profesional .....	229
2.	Discriminación en la finalización de la relación laboral: despido o cese por razón de embarazo .....	234
2.1.1	Evolución jurisprudencial en la protección por cese por razón de maternidad .....	242
2.1.2	Despido de la trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo y prioridad de permanencia .....	250
2.1.3	Desistimiento empresarial durante el periodo de prueba por razón de maternidad .....	257

**CAPÍTULO V. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA POSICIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO .....** 261

1.	Buenas prácticas de Igualdad en la empresa .....	261
1.1.1	Propuesta de medidas hacia la Corresponsabilidad en Convenios y Planes de Igualdad .....	261
1.1.2	El teletrabajo: ¿nuevo aliado para la Igualdad y la Conciliación? .....	265
1.1.3	Hacia la Igualdad retributiva entre hombres y mujeres: entrada en vigor del RD 902/2020, de 13 de octubre .....	269
2.	Brecha de cotización en las pensiones .....	275
2.1.1	Discriminación en el sistema de cotización para acceder a la pensión de jubilación .....	275
2.1.2	Breve referencia de la inclusión de las trabajadoras del hogar en el Sistema de la Seguridad Social .....	284
2.1.3	Nueva concepción del trabajo a tiempo parcial: fin del trabajo sumergido .....	286
2.1.4	El complemento por maternidad: deficiente regulación y corregido carácter “discriminatorio” .....	287

<b>CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES</b> .....	302
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	310

## **RESUMEN**

La irrupción de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías en el mercado de trabajo es inevitable. Las mujeres deberán ser flexibles, reinventarse y reciclarse profesionalmente para estar preparadas y acceder a los nuevos puestos de trabajo, con mejores condiciones y salarios. Las mismas fuerzas de la tecnología que están impulsando la era de la automatización pueden convertirse en un aliado para allanar el camino hacia la igualdad. No obstante, la digitalización puede agravar la brecha de género existente, como consecuencia del impacto de los algoritmos y la robótica.

La presencia mayoritaria de las mujeres en el trabajo a tiempo parcial, en la economía sumergida y en puestos de trabajo mal remunerados sigue siendo una realidad. El escenario se completa con la escasa presencia en puestos de máxima responsabilidad. Todo ello repercute negativamente en el desarrollo de sus carreras profesionales, y especialmente en su derecho y/o cuantía de la pensión. A ello debemos sumarle el riesgo en la pérdida del empleo y degradación de las condiciones laborales por razón de maternidad, así como la persistente desigualdad retributiva.

La conciencia y compromiso de todos los agentes implicados se ha traducido en la adopción de medidas específicas y reformas legislativas —entre ellas, el RD 6/2019, de 1 de marzo, y RD 902/2020, de 13 de octubre—, que pretenden revertir la desigual situación de las mujeres en el mercado laboral, incidiendo en la anhelada corresponsabilidad y la correcta valoración de los puestos de trabajo. Por su parte, los órganos judiciales han logrado juzgar con perspectiva de género, alejándose de interpretaciones restrictivas y reglas hermenéuticas, generando sentencias de enorme valor en la lucha por la igualdad de la mujer en el trabajo.

## **ABSTRACT**

The emergence of artificial intelligence and new technologies in the labour market is unavoidable. Women must be flexible, reinvent themselves and retrain themselves professionally in order to be prepared and access new jobs, with better conditions and salaries. The same forces of technology that are driving the era of

automation can become an ally to pave the way for equality. However, digitalisation may exacerbate the existing gender gap, as a result of the impact of algorithms and robotics.

The majority of women in part-time work, in the informal economy and in low-paid jobs remains a reality. The scenario is completed with the low presence in positions of maximum responsibility. This has a negative impact on the development of their careers, and especially on their entitlement and/or pension amount. To this must be added the risk of loss of employment and degradation of working conditions due to maternity, as well as the persistent wage inequality.

The awareness and commitment of all actors involved has resulted in the adoption of specific measures and legislative reforms, including “RD 6/2019 de 1 de marzo” and “RD 902/2020 de 13 Octubre”, which seek to reverse the unequal situation of women in the labour market, with an impact on the desired joint responsibility and the correct valuation of jobs. For their part, the courts have managed to judge with a gender perspective, moving away from restrictive interpretations and hermeneutic rules, generating sentences of enormous value in the fight for the equality of women in the workplace.

# CAPÍTULO I. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MUNDO LABORAL

## 1. La era de la automatización y el impacto de las nuevas tecnologías

Uno de los principales retos para el empleo y la sociedad en la actualidad está relacionado con la digitalización y el desarrollo imparable de la automatización y la inteligencia artificial. Es evidente que se destruirán puestos de trabajo, se transformarán otros y se crearán nuevos. Este panorama afectará a hombres y mujeres de diferentes formas, eliminando desigualdades de género y generando otras de diverso índole<sup>1</sup>.

En esta era de la automatización, las mujeres se enfrentan a nuevos desafíos por encima de los ya establecidos. La irrupción de las nuevas tecnologías podría desplazar a millones de personas de sus puestos de trabajo; muchos otros tendrán que cambiar su forma de trabajar. A nivel mundial, se espera que de 40 a 160 millones de mujeres tengan que pasar de una ocupación a otra para 2030, a menudo con funciones más cualificadas. El éxito de estas transiciones pasaría por ubicar a las mujeres en puestos más productivos y mejor remunerados. El fracaso de esta transición podría suponer una creciente brecha salarial o el abandono femenino del mercado laboral. De ello se concluye que tanto hombres como mujeres tienen que ser hábiles, móviles y conocedores de la tecnología en la era de la automatización, teniendo en cuenta que las mujeres van a tener mayores barreras de acceso. Por ello, se necesitan urgentemente nuevas soluciones concertadas y creativas para que las mujeres puedan avanzar, antes de que la situación sea irreversible.

La forma en que la automatización afecta a un sexo u otro depende fundamentalmente de la segregación ocupacional del mercado de referencia. Los hombres y las mujeres tienden a agruparse en diferentes ocupaciones, tanto en las economías maduras como en las emergentes. Un ejemplo de ello: en muchos países, las mujeres representan más del 70 % de los trabajadores de asistencia sanitaria y social, pero menos del 25 % de los operarios de máquinas y artesanos. El conjunto de las posibles

---

<sup>1</sup> Sáinz M., Arroyo L. y Castaño C., “Mujeres y Digitalización. De las brechas a los algoritmos”, en *Mujeres, Tecnología y Sociedad Digital*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2020, p. 9.



pérdidas y ganancias de empleo entre hombres y mujeres podría ser diferente. Las ocupaciones de servicios y de apoyo administrativo podrían representar el 52 % de las pérdidas de empleo de las mujeres, pero las ocupaciones de operaciones de maquinaria y trabajo artesanal podrían representar el 40 % de las pérdidas de los hombres. Las mujeres están bien representadas en el rápido crecimiento de la atención de la salud, que podría representar el 25% de los puestos de trabajo potenciales de las mujeres, mientras que la manufactura podría representar el 25% de los puestos de trabajo de los hombres. La infrarrepresentación femenina se hace evidente en los puestos relacionados con la tecnología, robótica o ciencia, mientras que abundan en puestos relacionados con la administración, educación o cuidados. En un escenario en el que la automatización se desarrolla a la escala de las irrupciones tecnológicas del pasado, hombres y mujeres podrían enfrentarse a la desaparición de sus puestos y aparición de otros nuevos en una magnitud similar<sup>2</sup>.

En cierta medida, la concentración de hombres o mujeres en ocupaciones y sectores específicos refleja el grado en que las mujeres participan en la fuerza laboral, y no está correlacionada con el nivel de desarrollo económico. Por ejemplo, la concentración de género en ocupaciones y sectores específicos es más pronunciada en la India, lo que refleja el hecho de que la participación de la mujer en el mercado laboral es relativamente baja y los empleos de la mujer se concentran en la agricultura. En países como China y el Canadá, donde la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo es relativamente alta, la concentración de género en ciertas ocupaciones y sectores es menos marcada. Sin embargo, incluso en las economías maduras con una elevada participación de la mujer en la fuerza de trabajo, existen diferencias de género dentro de las ocupaciones y los sectores, lo que sugiere que las normas sociales y culturales profundas influyen en los lugares en que trabajan las mujeres (y los hombres). No está claro en qué medida las diferencias "innatas" entre hombres y mujeres contribuyen a las opciones sobre el tipo de trabajo que realizan. Estas medidas de concentración de género son arraigadas y persistentes, y podrían ser difíciles de superar. Son importantes porque el lugar de empleo de hombres y mujeres influye en la forma en que se verán afectados por la automatización, y esto también podría ser indicativo de su

---

<sup>2</sup> Madgavkar, A., Manyika, J., Krishnan, M., et al., "The future of women at work: Transitions in the age of automation", McKinsey Global Institute, 2019, p. 3.

capacidad para aprovechar las futuras oportunidades de crecimiento en todos los sectores y ocupaciones<sup>3</sup>.

Las oportunidades de empleo relacionadas con el sector de las TIC son una de las principales tendencias del mercado laboral en los próximos años. En el Informe de la UE (2019) “*The Changing Nature of Work*”, se estima que la demanda de puestos de trabajo en tecnología digital, ciencia e ingeniería aumentará en un 16% entre 2016 y 2030. Por lo general, estos nuevos trabajos requieren un alto nivel de formación. Por tanto, se espera que cree oportunidades de empleo cualificado, especialmente en el ámbito del diseño de tecnologías.

Este aumento de la demanda de personas altamente cualificadas también afecta a otros sectores como la enseñanza, abogacía, gerencia y profesionales sociales y de la cultura, donde se estima que la demanda de empleo crezca un 15%. La generación de puestos de trabajo cualificados está relacionada con la generación de más valor añadido, empleos de calidad y mejores condiciones laborales. Si analizamos esta realidad desde la perspectiva de género, identificamos, por una parte, la tendencia a una mayor cualificación de las mujeres en toda la Unión Europea, por lo que esta creación de empleo cualificado podría convertirse en una herramienta de ayuda para una mayor igualdad de género en el mercado laboral. La proporción de mujeres en las carreras universitarias crece todos los años y desde el punto de vista del curso vital, cada vez hay más mujeres jóvenes cualificadas para afrontar los nuevos retos del mercado laboral<sup>4</sup>. En España, el porcentaje de mujeres que obtienen el grado de doctoras es superior a la media europea (47,6% de España frente al 45,9% europeo). No obstante, a pesar de estos datos, España se encuentra entre los cinco países de la UE con mayor tasa de desempleo de las mujeres con estudios universitarios.

En cuanto a las personas especialistas en el ámbito TIC, identificamos la persistencia de la segregación horizontal tanto en el ámbito académico como en el laboral. Esto tiene un efecto limitador en el aprovechamiento del talento femenino cualificado. En el mundo académico, el Informe “*She Figures*” (2019) determina que en la Unión Europea, solo el 29% de las personas doctoras en Ingeniería, Manufactura o

---

<sup>3</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>4</sup> Directorate-General for Research and Innovation, “*She Figures 2018*”, European Commission, 2019. Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/publications/she-figures-2018\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/she-figures-2018_en) [Fecha de consulta: 11/11/2021]

Construcción son mujeres, mientras que en el sector TIC el porcentaje desciende ocho puntos (21%). Esta realidad se traslada a nuestro país, ya que a pesar de la minoritaria presencia de mujeres doctoras en los ámbitos TIC, debe destacarse la mayor proporción de mujeres doctoras en el sector (39%) en comparación a la media europea (29%). Esta segregación horizontal también se extiende a los empleos TIC, donde persiste uno de los principales retos de género, consistente en la escasa presencia de mujeres ocupadas en el sector TIC (2%) frente a un 5,7% de los hombres<sup>5</sup>. Esta realidad se identifica como una de las principales barreras para conseguir que Europa llegue a alcanzar los objetivos de digitalización<sup>6</sup>.

Una de los aspectos clave en relación a las transformaciones del mercado de trabajo conectadas con la digitalización de la economía es que éstas se han desarrollado como parte de un mismo proceso de flexibilización de las condiciones laborales y globalización de los procesos de producción. La combinación de estos factores ha conllevado alteraciones en las formas y condiciones de trabajo con fuertes impactos de género. En lo referente a las formas de empleo, destaca el aumento del autoempleo, fuertemente vinculado a la economía de plataformas<sup>7</sup>. Según el informe *The Changing Nature of Work* arriba mencionado, el empleo por cuenta propia ha aumentado un 13,6% en el periodo 2000-2017. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, se identifica un aumento de un 36,4% del trabajo a tiempo parcial, así como una subida del 30,2% de las contrataciones temporales en el mismo periodo.

A tenor de lo expuesto, cabe referirse a la creciente polarización de los empleos, con diferencias cada vez mayores entre empleos cualificados con óptimas condiciones laborales y empleos no cualificados con malas condiciones de trabajo, que señalan los últimos informes de la OIT (2019) y la Unión Europea (2019), así como estudios previos realizados sobre la materia, relacionada esta polarización directamente con los datos mencionados.

---

<sup>5</sup> DigitalEs, “Mujeres en la economía digital en España 2018”, 2018. Disponible en: <https://www.digitales.es/documentacion/informe-mujeres-en-la-economia-digital-en-espana-20182>. [Fecha de consulta: 11/11/2021].

<sup>6</sup> Sáinz M., Arroyo L. y Castaño C., Op. Cit., pp. 45-46.

<sup>7</sup> Huws, U., “The Making of a Cybertariat: Virtual Work in a Real World”, New York: Monthly Review Press, 2016.

Por último, debe hacerse mención de la robotización y automatización de los puestos de trabajo. La pionera sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de septiembre del 2019 sirve de ejemplo de lo que ya está sucediendo en la actualidad, y que, con seguridad, se convertirá en la nueva normalidad de las relaciones laborales. En este caso, una trabajadora es despedida por razón de la «robotización» de algunas de sus funciones administrativas. Así lo determina la carta de despido. La empresa ha llevado a cabo la instalación de una RPA —acrónimo de robotic process automation o automatización de procesos mediante la robótica—. Se trata de usar el software en “bots” para realizar tareas corporativas rutinarias. La implantación de este bot («que no robot» —indica la sentencia—) responde a una necesidad de adaptación a los cambios constantes que se vienen dando en el sector (hostelería) y a la conveniencia de modernizar los sistemas para aumentar su competitividad y reducir costes.

La sentencia cuestiona que se haya procedido en la empresa a una «robotización», pues se trata únicamente de una «automatización de software», al no existir «robot físico».

Las razones económicas que justifican la sustitución se basan en la reducción de costes por mayor productividad del bot. En concreto, los costes del mismo ascienden a un total de 12.900 euros anuales, en tanto que el coste de la trabajadora representa un total de 28.412,44 euros anuales entre salario y costes de seguridad social. En cuanto a la productividad, el bot trabaja noventa y ocho a la semana. Eso significa que por 12.900 euros anuales se desempeña un trabajo de trescientas noventa y dos horas, mientras que por 28.412,44 euros se desempeña un trabajo de ciento sesenta horas. El bot desempeña, pues, el trabajo correspondiente a 2,45 trabajadores al mes (por eso, la empresa prescindió de tres trabajadores). Sin embargo, el despido se plantea sobre la base de causas organizativas y técnicas, lo que exigiría una labor probatoria que no se ha logrado en el proceso, al no acreditarse la realidad de las horas vacías de contenido. Por ello, la demanda es desestimada. No obstante, como así defiende López Cumbre, quizá la conclusión debiera haber sido la contraria: si no se acreditan las causas, el despido deberá considerarse improcedente. Así lo entiende posteriormente la sentencia al valorar la razonabilidad, proporcionalidad y justificación de la medida y, con base en esa ponderación, califica el despido objetivo de improcedente, otorgando a la

trabajadora demandante la diferencia indemnizatoria a la cantidad ya cobrada por el despido objetivo (inicialmente calificado de procedente).

El despido objetivo por causas técnicas u organizativas se ha desarrollado, desde siempre, en este mismo escenario. Generalmente, la amortización del puesto se justificaba por la sustitución del trabajo por una máquina. Ahora son softwares, bots o robots y, por supuesto, esto deberá tener consecuencias laborales, sociales y fundamentalmente fiscales (con cotizaciones por robots, por ejemplo). Sostiene López Cumbre que, deducir que el empresario no puede optar libremente por mecanismos que aporten eficiencia y ahorro de costes a su organización productiva dentro de la libertad de empresa, supone banalizar ésta. Todas las revoluciones (la industrial, la tecnológica o la digital) han supuesto siempre la sustitución de puestos de trabajo, con la consecuente aparición de nuevos puestos con motivo de las nuevas necesidades creadas y las nuevas exigencias del mercado. Es más, el despido (normalmente, el despido colectivo), ha sido la forma en que el ordenamiento laboral se ha adaptado a ellas, con el fin de equilibrar los intereses en conflicto. En este supuesto ocurre lo mismo, excepto que se opera mediante un despido objetivo.

La diferencia entre cerrar sucursales en el sector bancario —por la proliferación de cajeros automáticos o páginas webs de banca on line— con los consecuentes despidos colectivos, y considerar que la misma sustitución supone una forma privilegiada de despido en la que se abona al trabajador una indemnización inferior a la ordinaria, porque afecta a un menor número de trabajadores, no parece del todo precisa. Eso no significa que el juzgador no deba entrar a valorar la conveniencia o proporcionalidad de la medida adoptada, sino que, lo que debería cuestionarse es si, pese a la modificación operada por el legislador, el juez puede retomar consecuencias jurídicas de disposiciones hoy no vigentes.

El Consejo Económico y Social admitía ya en el 2017 en su “Informe sobre digitalización de la economía” (Informe 3/2017) la inevitable división entre el trabajo digital y el trabajo humano. En algunos sectores, ni siquiera se detendrán en esta dualidad, pues prevalecerá el primero en detrimento del segundo, tras una especie de “botsourcing”. Es evidente que serán necesarias medidas que minimicen el impacto de esta nueva «reconversión» y que protejan a los trabajadores más vulnerables y sensibles a estas transformaciones. Y habrá que estar pendiente si dicha sustitución afecta tan sólo

o prioritariamente a mujeres, o si cabe exigir alternativas al empleador para la adaptación de los trabajadores desplazados. Pero modificar la esencia de la evolución puede generar efectos perversos, incluso para la estabilidad laboral, pues sin empresas puede no haber trabajo. Además —y ya en el ámbito de la ficción (o no)—, podría darse el supuesto en el que un juez decida comparar la prestación de servicios de un trabajador con la de una máquina que opere en similar puesto de trabajo y estimara — peligrosamente— que el trabajo de aquél merece un despido disciplinario procedente a causa de una «disminución» del rendimiento normal, aceptando como normal el de la máquina, conclusión hoy difícilmente asumible (aunque posible)<sup>8</sup>.

Como también es posible, y así lo están haciendo algunas empresas norteamericanas, externalizar la función del «notificador» del despido, evitando que el propio personal deba pasar por un trámite tan traumático para la plantilla. Difícilmente pudiésemos imaginar hace años que un robot (o un holograma) fuese el responsable de despedirnos. Actualmente, es un escenario cada vez más factible. El debate se centraría entonces, en la posible vulneración de nuestra legislación laboral.

El despido responde a una actuación unilateral del empresario [artículo 49.1, apartados h) a l) del ET]. Y eso parece insustituible. Pero el empresario puede delegar dicha actuación en personal que le representa, en una empresa o en un despacho profesional para que redacte la carta de despido. La forma de comunicación puede ser variada, siempre que el despido sea notificado por escrito al trabajador y haga figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos (artículo 55.1 LET). Y eso un robot puede hacerlo si está convenientemente programado para ello.

No obstante, como bien argumenta López Cumbre, existen algunas objeciones. La primera, que empresario es, a efectos laborales, la persona física o jurídica para la que presta servicios el trabajador. La segunda, que el empresario tiene, en la tramitación procesal, actuaciones difícilmente reemplazables por un algoritmo. La tercera, que el robot podrá cumplir el papel de intermediario pero no podrá suplir al empresario porque la Ley establece claramente que la voluntad ha de ser la suya, aunque la formalización admita delegación. Y la cuarta y última, que si aceptáramos la delegación de la decisión

---

<sup>8</sup> López L., “Robotización frente a amortización”, 2019. Disponible en: [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com) [Fecha de consulta: 28/01/2022].

empresarial en un robot, deberíamos aplicar lo que establecido en la Resolución del Parlamento europeo acerca de las normas de derecho civil sobre robótica de 16 de febrero de 2017. En virtud de la misma, *el desarrollo de determinados rasgos cognitivos y autónomos —como la capacidad de aprender de la experiencia y tomar decisiones cuasi independientes— ha hecho que estos robots se asimilen cada vez más a agentes que interactúan con su entorno y pueden modificarlo de forma significativa*”. De ser así, estaríamos admitiendo que el robot puede emitir resoluciones de contratos bajo su propio poder discrecional, aunque finalmente se imputen a la empresa. No en vano, la Unión Europea se plantea dotar a estas máquinas de “personalidad electrónica”, con todas sus consecuencias<sup>9</sup>. Como vemos, el futuro ya está aquí, y de nada sirve echar la vista hacia otro lado, sino poner el foco en todas las transformaciones que tanto nuestro ordenamiento como jurisprudencia deben experimentar, si no queremos quedarnos atrás en esta era digital<sup>10</sup>.

## **2. Nuevas competencias requeridas: IA y Machine Learning**

Actualmente tanto Internet como la digitalización representan las herramientas fundamentales para la creación de riqueza. Como consecuencia, las competencias digitales adquieren especial relevancia para la empleabilidad, más allá del sector TIC, ya que la digitalización permea todos los sectores de la actividad económica. Por esta razón, la inteligencia artificial, la robótica y el Machine Learning tendrán un protagonismo indiscutible a la hora de estudiar cómo serán los empleos del futuro. Según el “Informe de Barcelona Digital Talent”<sup>11</sup> (2019) el 85% de las empresas incorporará el análisis de datos abiertos y el 73% trabajará con sistemas de Machine

---

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión sobre Inteligencia artificial para Europa, de 25 de abril de 2018.

<sup>10</sup> López, L., ¿Y si es un robot el que te despide?, 2019. Disponible en: [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com) [Fecha de consulta: 28/01/2022].

<sup>11</sup> Barcelona Digital Talent, “Barcelona Digital Talent Overview” 2019. Disponible en: <https://barcelonadigitaltalent.com/report/digital-talent-overview-2019/#download-form> [Fecha de consulta: 7 mayo 2019].

Learning. Por su lado, el último informe “Sociedad Digital en España 2018” estima que la digitalización generará en España casi un millón y medio de empleos digitales entre 2018 y 2022. Esto significa que, en torno al 80% de los jóvenes españoles entre 20 y 35 años que busquen trabajo en el futuro inmediato lo harán en puestos emergentes o en puestos que ni siquiera existen en la actualidad. De hecho, actualmente, los puestos relacionados con la inteligencia artificial, y la impresión en 3D son los que más talento demandan y se espera que sigan creciendo. Pero paradójicamente, numerosos estudios y especialistas de la materia, como Milagros Sainz, quien lidera el grupo de investigación sobre Género y TIC de la UOC, señalan que existe una marcada brecha entre la oferta y la demanda de estos empleos tecnológicos<sup>12</sup>.

Cada vez se hace más notable la necesidad de todo trabajador de tener competencias digitales, con independencia del grupo profesional y actividad económica que ocupe. Es evidente que cada empleo exigirá unas competencias distintas. No serán las mismas competencias aquellas requeridas en el sector del cuidado que aquellas del sector de la Administración, o incluso del campo de la abogacía. Respecto a las tareas profesionales de cuidados, que históricamente han sido consideradas como no cualificadas, como resultado de la infravalorización del trabajo de la mujer, que se ocupa de las tareas del hogar de forma gratuita, para desarrollarlas correctamente no basta con las capacidades comunicativas y la empatía. No es lo mismo limpiar un espacio que atender correctamente a un bebé, atender a una persona anciana o a una enferma. Precisamente estas diferencias y las habilidades profesionales que implican, exigen formación y actualización específicas. Todas las profesionales deben tener la capacidad de realizar un uso estratégico de Internet para la generación de valor añadido (por ejemplo, de poco sirve la cita médica por Internet si las cuidadoras no saben utilizarla). Por ello, es urgente diseñar una aplicación de las tecnologías en el lugar de trabajo que incluya las diferentes capacidades y experiencias, de modo que aquellas mujeres que hoy son cuidadoras profesionales, en el futuro convertirse en gestoras, planificadoras, o evaluadoras de esas mismas tareas.

Es necesario insistir, como hace la OCDE, en la urgente necesidad de superar la brecha de género en competencias digitales y fomentar la adquisición y dominio de dichas competencias avanzadas especialmente por parte de las mujeres, tanto en edades

---

<sup>12</sup> Sainz M., Arroyo L. y Castaño C., Op. Cit., pp. 15-16.



tempranas como a lo largo del curso de la vida a través del reciclaje profesional y la formación continua<sup>13</sup>.

### **3. El impacto de la automatización en la brecha salarial y el techo de cristal**

#### **3.1.1 Brecha salarial**

Un cuerpo considerable de evidencia sugiere que la automatización podría conllevar la reducción de los salarios, especialmente para aquellos puestos con niveles salariales más bajos. Un documento estimó que la introducción de robots industriales en Alemania provocó la desaparición de aproximadamente 275.000 puestos de trabajo entre 1994 y 2014, aunque esta pérdida fue compensada por la creación de puestos de trabajo adicionales en el sector de servicios. No obstante, el efecto negativo general en los salarios de los trabajadores de baja y media cualificación (especialmente los operadores de máquinas de mediana cualificación) fue inevitable, acompañado paradójicamente de un incremento salarial de sus gerentes. Asimismo, el estudio demostró que los trabajadores en ocupaciones con mayor riesgo de automatización no estaban expuestos a un mayor riesgo de desplazamiento, sino que lo más probable era que permanecieran en su lugar de trabajo original mientras realizaban distintas tareas<sup>14</sup>.

Se prevé que los trabajadores con bajos salarios en las economías maduras estén expuestos a un menor riesgo de perder su trabajo que los trabajadores de salarios medios. Esto se explica por los bajos salarios, difícilmente justificables para gestionar el costo de la implementación y funcionamiento de la tecnología de automatización. En cuanto a los trabajadores de mediana edad, a menudo se dedican a trabajos con un alto riesgo de automatización (por ejemplo, operadores de plantas y máquinas) que requieren altos salarios para hacer viable el coste de la automatización. De lo expuesto, se extrae una conclusión: los empleos con altos salarios son los únicos que experimentarán un crecimiento neto.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>14</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., *Op. Cit.*, p. 83.

En Alemania, se estima que los empleos de baja remuneración ocupados hoy por mujeres permanecerán aproximadamente estables, en razón del crecimiento en las funciones de servicios y ventas, donde las mujeres representan el 59 % del empleo. En la investigación llevada a cabo por el Instituto Global Mckinsey, casi todas las economías maduras que en él se analizan indican que los hombres serán los más afectados. En Canadá, por ejemplo, los hombres de bajos salarios podrían perder el 7% de los empleos que tienen hoy, pero para las mujeres de bajos salarios, esta cifra desciende hasta el 3%. No obstante, existe una excepción: Japón. La mayor afectación de puestos de trabajo de las mujeres se explica por el hecho de que las funciones de apoyo administrativo (una categoría ocupacional altamente feminizada: 61% de mujeres) representan la mayor pérdida de empleo en categoría de ingresos salariales. En este país, el salario medio de las ocupaciones administrativas, incluidos los procesadores de textos y los auxiliares de biblioteca, tiende a situarse por debajo de los salarios medios (un 30% menos), a diferencia de otras economías maduras en las que estos puestos tienen mayor reconocimiento, percibiendo salarios de ingresos medianos.

De este modo, los hombres que ocupan puestos con salarios medios podrían enfrentarse a un mayor riesgo en perder su empleo, en gran medida por su alta representación en ocupaciones de salario medio que a menudo son más vulnerables a la automatización, como la explotación de plantas y máquinas. Mientras que aquellos que ocupen puestos con altos salarios, experimentarán un crecimiento en la demanda laboral, tanto hombres como mujeres. Así, en Canadá, Francia y los Estados Unidos, las mujeres podrían acceder a mayores puestos de trabajo en esta categoría salarial. Sin embargo, es probable que estas ganancias estén impulsadas por empleos en la categoría de profesional asociado y técnico, impulsado por una mayor demanda de empleos en el sector de la salud.

Por otro lado, los hombres seguirán superando a las mujeres en el crecimiento del empleo en funciones de legisladores, altos funcionarios y gerentes, que representan las ocupaciones mejor pagadas dentro de este grupo de ingresos. A modo de ejemplo: en Francia, el 40 % del crecimiento positivo neto del empleo para los hombres se da en estos puestos mencionados, en comparación con el 18 % para las mujeres<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., pp. 83-86.

El escenario expuesto nos lleva a tener una actitud positiva hacia la irrupción de la robótica y digitalización, pues, si se cumplen todas las previsiones, los empleos mal remunerados disminuirán y serán reemplazados por empleos mejor remunerados que van a mejorar la calidad de vida de muchas personas. Incluso puede darse el supuesto de que la masa de trabajadores disponible no esté suficientemente capacitada para desempeñar las funciones que le corresponda, en caso de una absorción de puestos de trabajo mejor remunerados a todos aquellos desplazados por la automatización. Los nuevos puestos de trabajo que van a ir apareciendo requieren altos niveles de educación que pueden resultar difíciles de alcanzar para aquellos trabajadores de bajos salarios y baja cualificación. En definitiva, es fundamental llevar a cabo una gestión eficaz con todas las transiciones necesarias y, en particular, un impulso para desarrollar las habilidades necesarias. A medida que escasean los empleos con salarios bajos y medios debido a la menor demanda de los empleadores, los salarios podrán verse sometidos a presión<sup>16</sup>. La evidencia sugiere que la oferta de trabajo de las mujeres es típicamente más sensible a los cambios salariales que la de los hombres<sup>17</sup>.

Por último, a la hora de analizar la evolución de la brecha salarial existente, se estima que de cara a 2030, si los hombres y las mujeres consiguen superar con éxito las transiciones, la brecha de género podría persistir hasta cierto punto, impulsada por las diferencias sectoriales y ocupacionales de uno y otro sexo. Sin embargo, el tamaño previsible de esta brecha dependerá en gran medida del grado en que las mujeres sean capaces de navegar eficazmente por las transiciones laborales para 2030, en resumen, del éxito de su reciclaje profesional y adaptación a las nuevas necesidades del mercado laboral (y la Industria 4.0).

En las economías maduras, a nivel general, las mujeres parecen estar bien representadas en ocupaciones relativamente bien remuneradas. Mencionemos algunos datos: ocupan el 39% de los puestos de trabajo en las dos categorías ocupacionales

---

<sup>16</sup> *Ibíd*em, p. 86.

<sup>17</sup> Un estudio encontró que la elasticidad salarial de la oferta de trabajo para las mujeres en economías maduras es cinco veces mayor que la de los hombres. La razón de ello se encontraría en un mayor costo de oportunidad para las mujeres de mantenerse en la fuerza de trabajo. Al caer los salarios, las familias se enfrentan a una división del trabajo remunerado y cuidado no remunerado, que termina por una sobrecarga a la mujer, convirtiéndose en la responsable exclusiva de las tareas del hogar y cuidados en general, por lo que en muchas ocasiones, no tiene otra opción que abandonar el mercado de trabajo.

mejor remuneradas, mientras que los hombres ocupan el 34%. No obstante, estas cifras ocultan desigualdades más profundas. Primero, un mayor porcentaje de hombres empleados (8% de todos los hombres, en comparación con el 5% de todas las mujeres) trabajan en la categoría profesional mejor remunerada, como es la referida a altos funcionarios y gerentes, percibiendo una prima salarial promedio de más del 40 % en comparación con la siguiente categoría de ocupación mejor pagada de profesionales, profesionales asociados y técnicos (donde destacan las mujeres).

Dentro de la siguiente categoría, las mujeres están más concentradas en funciones peor remuneradas. Por último, hay más mujeres que trabajan en las dos categorías ocupacionales peor remuneradas, como son las ocupaciones elementales y las referidas al apoyo administrativo. En las economías maduras, el 25% de las mujeres están empleadas en estas funciones, en comparación con el 15% de los hombres.

En caso de realizar una previsión de futuro (2030) sobre el escenario al que se enfrentarán las mujeres, podemos concluir que la disparidad salarial entre los géneros podría disminuir ligeramente en algunas economías maduras siempre que las mujeres logren reciclarse profesionalmente y accedan a ocupaciones más calificadas con demanda, especialmente aquellas que actualmente ocupan categorías de ocupación mal remuneradas, como los servicios de oficina (el 14% de las mujeres podrían estar en este grupo en 2030, frente al 17% en 2017). Al mismo tiempo, se espera que las mujeres puedan hacer incursiones en la categoría de ocupación profesional y profesional asociada de remuneración relativamente alta (38 % de las mujeres podrían estar en este grupo para 2030, en comparación con 34 % en 2017). Esta nueva realidad sólo será posible si las mujeres son capaces de transicionar con éxito en el nuevo contexto del mercado laboral. No obstante, se prevé que siga existiendo una mayor proporción de hombres en las ocupaciones mejor remuneradas dentro de esta categoría. A modo de ejemplo ilustrativo: el % de los hombres podrían ser empleados en ocupaciones de alta remuneración, en comparación con el 6 % de las mujeres empleadas, especialmente nos referimos a categorías como directores de ventas, directores de tecnología y controladores.

Todas estas previsiones se basan en la creencia de un éxito por parte de las mujeres a la hora de realizar las transiciones requeridas, pues de lo contrario, la brecha salarial podría ampliarse.

En definitiva, millones de mujeres necesitarán analizar su cualificación y capacidad real para realizar toda la formación necesaria y poder navegar en las transiciones entre ocupaciones que tendrán lugar en esta era de la automatización. En caso de no cumplir con los niveles de educación y habilidades superiores que exige las nuevas necesidades del mercado laboral, se quedarán rezagadas y no podrán prosperar ni promocionar profesionalmente. De este modo, la brecha salarial será aún más amplia, y el techo de cristal cada vez más difícil de superar. Si por el contrario, cumplen con estos desafíos con éxito, mantendrán su participación laboral actual a nivel mundial y potencialmente experimentarán un cambio hacia empleos con salarios más altos y más calificados. Este es un gran sí que debe hacerse realidad<sup>18</sup>.

### **3.1.2 Techo de cristal**

En relación al acceso de mujeres a puestos de dirección, tal como señala el estudio “Women in the digital age”<sup>19</sup>, el “techo de cristal” constituye uno de los principales obstáculos en la permanencia y promoción de las mujeres en el sector TIC. Si tenemos en cuenta el curso de la vida de las mujeres atendiendo a la expectativa de ser madre y las dificultades de conciliación laboral y familiar, nos daremos cuenta que muchas mujeres renuncian a la progresión en su carrera o incluso se ven obligadas a abandonar el sector TIC. Desde hace casi una década, distintos estudios han demostrado que en muchas ocasiones las jóvenes ingenieras abandonan las empresas privadas TIC para optar a posiciones en la Administración Pública, motivadas por las condiciones laborales más estables y los horarios compatibles con la vida familiar. Según la socióloga Lidia Arroyo, una de las principales investigadoras sobre Género y TIC en nuestro país, estos factores hacen de estos puestos una opción sostenible para muchas mujeres. Por ello es tan importante que las empresas tecnológicas tomen medidas para retener el talento femenino<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., pp. 88-91.

<sup>19</sup> Tarín, C., Guerra, E., Rivera, R., et al., “Women in the Digital Age. European Commission”, 2018. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/increase-gender-gap-digital-sector-study-women-digital-age>. [Fecha de consulta: 11/11/2021].

<sup>20</sup> Sáinz M., Arroyo L. y Castaño C., Op. Cit., pp. 49-50.

Las barreras que actualmente persisten dificultan que las mujeres hagan transiciones. Las razones son claras: primero, tienen menos tiempo para reciclarse profesionalmente, buscar nuevo empleo, volver a formarse, al dedicar mucho más tiempo que los hombres al trabajo doméstico no remunerado y al cuidado de sus hijos y familiares. Segundo, son menos móviles debido a la seguridad física, la infraestructura y los problemas legales. Tercero, la existencia de la brecha digital dificulta su acceso a la tecnología digital y a la participación en los campos de la ciencia y la tecnología, especialmente en comparación con sus compañeros varones.

Por lo expuesto, tanto los encargados de formular políticas como las empresas, deben intensificar las intervenciones, algunas específicamente dirigidas a las mujeres, para superar esas barreras. Entre las principales prioridades figura una mayor inversión en capacitación y apoyo al reciclaje profesional; una mayor prestación de servicios de guardería y transporte seguro y asequible; la supresión de los estereotipos sobre las ocupaciones; la supresión de la brecha digital femenina, el fomento a las aptitudes digitales en las economías emergentes; y el apoyo a las mujeres en las profesiones y el espíritu empresarial STEM.

En definitiva, se necesitan medidas concretas y nuevas soluciones creativas por parte de todos los interventores: desde gobiernos, empresas, hasta los particulares, en tres áreas concretas con el fin de permitir las transiciones necesarias y superar las barreras establecidas desde hace mucho tiempo:

1. Invertir en programas y plataformas de capacitación profesional que permitan a las mujeres desarrollar las habilidades necesarias y exigidas por el mercado laboral.
2. Permitir a las mujeres equilibrar el trabajo no remunerado y remunerado, y desarrollar infraestructuras y redes para impulsar su movilidad laboral.
3. Aumentar el acceso de las mujeres a la tecnología, sus aptitudes para utilizarla y su participación en puestos de trabajo tecnológicos y funciones de liderazgo.

#### **4. El liderazgo de las mujeres en el comercio electrónico**

La tecnología puede romper muchas de las barreras que actualmente enfrentan las mujeres, proporcionando nuevas oportunidades económicas, fomentando su participación en la fuerza laboral y, en la era de la automatización, permitiendo la navegación de las transiciones.

La irrupción de la tecnología en el mercado laboral ha potenciado la participación, llegando al liderazgo por parte de las mujeres de lo que se conoce como “economía del concierto”. Ahora están empleadas de manera independiente, lideran el comercio electrónico, aprovechando la tecnología que permite formas nuevas y más flexibles de trabajar.

En las economías emergentes de ingresos medios, el trabajo “en concierto” se ha convertido en la alternativa –cada vez más habitual– del empleo por cuenta propia tradicional. Este hecho se explica por tres ideas básicas: Primero, el aumento de la conectividad. Segundo, el bajo costo de la mano de obra. Tercero, la extensión del comercio electrónico. Además, la flexibilidad de utilizar plataformas tecnológicas, generalmente desde el hogar, explica por qué tantas mujeres se han convertido en empresarias de comercio electrónico (así como ser las principales usuarias y consumidoras de este comercio).

Un ejemplo ilustrativo sobre esta realidad: en una encuesta de McKinsey realizada en Indonesia se comprobó que las microempresas, las pequeñas y medianas empresas (MIPYME) propiedad de mujeres generan el 35% de los ingresos del comercio electrónico, en comparación con el 15% de los ingresos no vinculados a las MIPYME.

Sin embargo, este avance en contra de la segregación ocupacional y vertical que persiste hoy en día, no se traslada a todos los sectores ni niveles. Así, las mujeres siguen por detrás de los hombres en la carrera tecnológica: tanto en el acceso a la misma, como en la adquisición de las aptitudes necesarias para utilizarla y en el empleo en los sectores tecnológicos. Por ello, es vital que las mujeres participen en la creación de tecnología, ya que su contribución puede ayudar a proporcionar un conjunto diverso de “inputs” a medida que se crean algoritmos de Inteligencia Artificial, evitando que se

generen algoritmos que lleven incorporados sesgos de género, con consecuencias muy perjudiciales para las mujeres<sup>21</sup>.

Volviendo al comercio electrónico, debe precisarse que, a nivel internacional es mucho más que comprar y vender por internet. Una cosa es lo que se entiende por ésta actividad y otra muy distinta es la legislación que la regula. Las reglas que se están negociando actualmente a nivel mundial sobre las actividades electrónicas pueden resumirse en cinco ideas básicas: Primero, la posibilidad de no tener presencia comercial por parte de las empresas que operan a través de internet. Segundo, la voluntariedad en la transferencia tecnológica a la hora de operar. Tercero, el sometimiento a tribunales distintos a los del consumidor. Cuarto, la ausencia de pago de impuestos por las transferencias de datos. Quinto, la prohibición de exigir el acceso en el país de los datos que disponen.

En palabras de Sofía Scasserra, docente e investigadora del Instituto del Mundo del Trabajo, estas reglas fijan un nuevo escenario para el trabajador “emprendedor” que se limita a utilizar plataformas operativas en busca de una nueva opción profesional, siendo al mismo tiempo usuario y consumidor de los servicios de internet, cada vez más dependiente de la tecnología, dando gratuitamente datos a lo largo de su navegación<sup>22</sup>.

En este caso, si los datos son entregados de manera gratuita, bien podría decirse que no se trata de una cuestión comercial y que por ende se necesitaría la existencia de un organismo regulador (por ejemplo desde el seno de Naciones Unidas) que regule la transferencia, almacenamiento y acceso a los datos mundiales. No obstante, esto no es así. Las empresas son conscientes de que si esto ocurriera, todos los Estados deberían ser partícipes del proceso de reglamentación, siendo negociaciones no secretas y por ende, susceptibles de lobby por parte de la sociedad civil, donde muy probablemente se reservarían la soberanía y acceso a los mismos. De este modo, llegan a cabo acuerdos comerciales. Efectivamente, si fuese un asunto comercial, debiera existir una retribución a cambio de los mismos, pero la realidad es que no existe retribución alguna por esos datos, que la sociedad otorga libremente a través de la web. Veamos las consecuencias que tiene este proceso para las mujeres.

---

<sup>21</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., p. 25.

<sup>22</sup> Scasserra S., “Comercio electrónico, Futuro del Trabajo y su impacto en las mujeres”, en *Aportes de la economía feminista desde Argentina*, 2021, p. 22-23.



En el inicio de las negociaciones de esta Agenda en los acuerdos comerciales internacionales, se preveía por parte de algunos especialistas que la Agenda de Comercio Electrónico tendría un impacto positivo en la brecha de género, beneficiando a las mujeres a nivel mundial, ya sólo por el hecho de aprobarlas. De hecho, se crearon grupos de trabajo sobre Género y Comercio electrónico en ámbitos como la Organización Mundial de Comercio y la UNCTAD. Dichas iniciativas tuvieron el rechazo absoluto de las organizaciones de mujeres en reiteradas ocasiones, llegando a ser 221 organizaciones feministas las que se postularon en contra de utilizar la cuestión de género con el fin de impulsar la Agenda de Comercio Electrónico, entre otras, en la OMC.

Existe un argumento defendido por muchos que afirma los numerosos beneficios que va a otorgar estas nuevas formas de trabajo remoto o emprendedor a las mujeres. La razón esencial reside en la posibilidad de trabajar desde casa, lo que les permitirá seguir ejerciendo las tareas domésticas y de cuidado, ayudando a conciliar su vida profesional con la maternidad. Este argumento evidencia un fuerte sesgo de género a la hora de analizar la carrera profesional de las mujeres. Si analizamos estas formas de trabajo desde la perspectiva de género, esta razón mencionada no sería utilizada, pues el cuidado del hogar debe ser tarea de madres y padres, y una idea contraria a ésta sólo afianza aún más el rol de la mujer en la sociedad desde el punto de vista tradicional.

Asimismo se defiende que el comercio electrónico es neutro en relación al impacto en el género. Por ejemplo, a nivel retributivo, se considera que será igual para todos, con independencia del sexo, ya que no importa quien está al otro lado del ordenador, vendiendo o gestionando el servicio. Por ende, se trataría de una poderosa herramienta de igualdad salarial entre hombres y mujeres.

Finalmente existe otro argumento que indica que la automatización de los puestos de trabajo beneficiará a las mujeres a nivel mundial ya que son ellas quienes generalmente se dedican a los empleos relacionados con el cuidado, siendo los empleos que más difíciles de reemplazar por máquinas, y por ende, serán las menos afectadas en la readecuación laboral a causa de la irrupción tecnológica. En primer lugar, este argumento no es válido, ya que no existe nada seguro sino meras previsiones de lo que va a suceder, conviviendo estudios que se contradicen. En segundo lugar, este argumento refuerza la posición de la mujer en la sociedad otorgándole una falsa

“sensación de felicidad” frente a la precarización laboral que vive y la transformación productiva, aún incierta en sus efectos sobre los trabajos<sup>23</sup>.

#### **4.1.1 Impacto de los algoritmos en la brecha de género**

Trataremos ahora el impacto en la brecha de género que tendrá el manejo de datos en caso de aprobarse las normas tal como se plantean.

En primer lugar, en cuanto a la publicidad e información: las empresas obtienen nuestros datos con el objetivo de segmentar y enviarnos la información que nos interese, en aplicación de los algoritmos. Con independencia de la utilidad o la intrusividad de esta práctica, lo cierto es que las mujeres suelen ser las encargadas tanto de las compras familiares, como de los artículos del hogar en general. Esta realidad ya no es tan rígida como antes, y cada vez más hombres se involucran en estas tareas, no obstante, de forma genérica, sigue siendo un mercado dominado por mujeres. En promedio, las mujeres realizan un 76% del empleo doméstico no remunerado y emplean unas 5 horas al día en estas tareas. Por lo que si comparamos esta realidad con el comercio electrónico, extraemos la siguiente conclusión: la mujer pasa más tiempo buscando ofertas online y realizando sus compras, percibiendo en mayor medida la publicidad, lo que refuerza aún más la idea de que esta tarea debe ser realizada por ella. Difícilmente el hombre se va a involucrar en esta nueva dinámica familiar si no tiene acceso a esta publicidad, y por ende, no se refuerza la idea de que es un trabajo para todos, con independencia del género.

En segundo lugar, en relación a la economía de algoritmos. Actualmente, los algoritmos generados a través del big data reemplazan procesos productivos completos. Las empresas buscan tener datos para generar algoritmos, que analizan el comportamiento humano, lo optimizan y predicen. No están preparados para cambios sociales, ya que se generan en base a información pasada, por lo que pueden convertirse en una herramienta que consolide los roles de géneros fijados en la sociedad. Un ejemplo claro de cómo estos algoritmos pueden ampliar la brecha de género es analizar

---

<sup>23</sup> *Ibíd*em, pp. 24-25.

la actuación del equipo de recursos humanos, cada vez más reemplazado por algoritmos, desapareciendo así las tradicionales oficinas de RRHH formadas por personal humano. Así, se utilizan algoritmos que tienen encargada la tarea de contratar empleados cuyos perfiles correspondan con aquellos que han sido más exitosos en la empresa. Por ejemplo, conceptualizan el significado de exitoso de la siguiente manera: *“cualquier empleado que haya permanecido al menos 5 años y haya sido promovido al menos una vez en ese período de tiempo”*. En este caso, cuando el algoritmo recoja los perfiles de las personas que han logrado tal objetivo, muy probablemente esas personas sean hombres blancos jóvenes, entre 25 y 35 años, con alto nivel educativo. Las mujeres, los discapacitados, y aquellos pertenecientes a distintas minorías raciales y sexuales serán ignorados, puesto que en la práctica pocas veces conseguir tales ascensos promocionales en tan poco tiempo, siendo víctimas de discriminación, racismo, acoso laboral y de la presión por tener que compatibilizar su vida profesional y familiar. De este modo, observamos que el algoritmo reproduce la sistemática discriminación por razón de sexo, entre otras, que aún pervive en la sociedad. Es decir, no tiene la capacidad de trascender, y esto sin duda, supone un gran problema para las mujeres.

En tercer lugar, en referencia a la irrupción de la inteligencia artificial, cada vez más encontramos aparatos, máquinas inteligentes, que son capaces de operar solas tras el envío de cierta información, incluso de manera remota. En este sentido, vemos que en muchas ocasiones siguen siendo las mujeres quienes utilizan o aprenden el funcionamiento de tales aparatos, especialmente aquellos destinados a las tareas domésticas. Por lo que, más que una crítica, me gustaría hacer una llamada de atención para que, a la hora de utilizar estas tecnologías, nuevas y útiles para todos, evitemos que terminen representando una carga adicional a la vida cotidiana de las mujeres. Ciertamente no es culpa de la tecnología esta sobrecarga, pero termina reforzando la inutilidad del argumento que defiende que el comercio electrónico en las negociaciones económicas transnacionales reduce la brecha de género per se.

El nuevo escenario que plantean las empresas del futuro, mediante las normas de comercio electrónico, supone una terciarización del entramado productivo, dejando de ser dueñas del stock de productos, sin empleados ni oficinas físicas. En este entramado, los trabajadores que producen se disfrazan bajo el nombre de “emprendedores”. Este

planteamiento se aplica tanto a los sectores tradicionales de la economía como a los puestos de trabajo más modernos<sup>24</sup>.

#### **4.1.2 El prototipo “trabajador web” y el impacto retributivo**

En relación a la retribución del prototipo de “trabajador web”, no puede afirmarse que exista una igualdad retributiva con independencia del sexo.

La razón se encuentra en la exigencia absoluta de los algoritmos que obliga a sus trabajadores a dedicar 7 días a la semana, 24 horas al día a tener disponibilidad para la plataforma, con el fin de evitar calificaciones negativas, que perjudiquen su reputación y por ende, sus ventas. A día de hoy, los sistemas de calificación de los trabajadores de plataformas se imponen por parte de las empresas multinacionales. En este contexto, el grado de libertad del comprador para calificar es cada vez menor, ya que cada vez más se utiliza un sistema automático que mide si el vendedor se ajustó al estándar impuesto. Con esta dinámica impuesta, las mujeres sufrirán un mayor perjuicio al tener menos tiempo para dedicar a su vida profesional, aspecto que el algoritmo no tiene en cuenta, únicamente controlará si los requerimientos fueron cumplidos en el tiempo fijado por el cliente. Por ende, sería de esperar que las mujeres obtengan menos ingresos del trabajo remoto que los hombres. El algoritmo es el nuevo empleador, ya que controla desde el propio procedimiento del envío, hasta cómo responder un mensaje, o realizar una publicación. En definitiva, todo está parametrizado por la plataforma y el algoritmo es quien se encarga de juzgar de manera automática el desempeño laboral de cada empleador en base a los estándares estipulados.

Es falso, por tanto, afirmar que el comercio electrónico y la tecnología en general son neutrales. Si realmente se pretende que el comercio electrónico se convierta en una herramienta de empoderamiento de las mujeres y reduzca las diferencias existentes, debe imponer reglas desiguales en favor de los más vulnerables, de lo contrario, solo reproducirá las diferencias existentes en la sociedad. En este contexto, la responsabilidad de las empresas y del Estado por defender las condiciones laborales con

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pp. 25-26.

perspectiva de género es fundamental. Este comportamiento esperable pasa por impulsar políticas públicas de concienciación de la división del trabajo doméstico y por tener acceso a los algoritmos que diseñan las plataformas a fin de saber si son discriminadoras y/o “neutrales”. Si el trabajo remoto a través de internet es el futuro, el control eficaz sobre el tratamiento que otorgan los algoritmos es esencial para evitar un trato especial y diferenciado hacia las minorías.

Asimismo, alrededor de un 60% de mujeres en los países en vías de desarrollo aseguran que disponer de mayor flexibilidad gracias a las oportunidades que ofrece internet, les ha permitido o facilitado conseguir empleo y conciliar la vida personal y profesional. Esta creciente participación femenina en los puestos de trabajo relacionados con la tecnología provoca una oleada de optimismo hacia el comercio electrónico, buscando empresas exitosas lideradas por mujeres alrededor del mundo.

El empoderamiento de las mujeres y su creciente participación en los espacios web y empleos emprendedores se debe a una larga lucha y reconocimiento de la dificultad que han tenido en su conciliación, junto al objetivo de lograr que ambas realidades puedan coexistir. Los avances por el acceso y ascenso femenino a los empleos STEM, y especialmente, aquellos relacionados con el comercio electrónico, se están consiguiendo gracias a la transformación social que el feminismo ha logrado, y no gracias a la incorporación de tecnología per se. Los debates en torno a la igualdad deben incluir la perspectiva de género, teniendo en cuenta la discriminación que históricamente ha provocado la tecnología, manteniendo los roles de género aún vigentes. Una sociedad más justa es necesario. Reprogramémosla con concientización y debate<sup>25</sup>.

## **5. Irrupción de la innovación tecnológica en el mundo del Derecho**

Finalmente, quiero hacer ahora mención de la irrupción tecnológica que ha tenido lugar en el campo de la abogacía, como ejemplo pragmático de la versatilidad que tiene esta nueva digitalización de las relaciones de trabajo, llegando incluso a alterar

---

<sup>25</sup> *Ibíd*em, p. 27.

una profesión tan rígida y tradicional como es la abogacía, ajena a todo tipo de tecnologías, manteniendo el contacto directo y personal entre abogado y cliente, con la resolución de los asuntos a través de manuales, leyes y todo tipo de documentos escritos.

A pesar del rechazo absoluto por parte de estos profesionales hacia las nuevas maneras de trabajar, basadas en algoritmos y máquinas inteligentes, actualmente se hace cada vez más visible la incorporación de todo tipo de robótica en el trabajo diario de los abogados, una profesión que, como hemos mencionado, parecía ajena a esta nueva revolución digital, y que desde el sector no parece que vean con buenos ojos, pero que sin duda ya es imparable, y de poco sirve su preferencia por mantener la profesión en su forma clásica.

Los despachos de abogados más importantes del mundo ya se están uniendo a esta revolución contratando a empresas de inteligencia artificial para que se ocupen de las laborales más repetitivas que solían destinarse a los becarios, como búsqueda de jurisprudencia, elaboración de todo tipo de reclamaciones, demandas, e incluso estas máquinas inteligentes son capaces de analizar la viabilidad del caso y otorgar un porcentaje de posibilidades de ganar o perder, conforme un estudio pormenorizado de la jurisprudencia. Es decir, tareas que pueden llevar semanas, y que en muchos casos no otorgan buenos resultados, ahora son realizadas en apenas horas y de forma exitosa.

En palabras del profesor Solar Cayón, que recientemente ha publicado la primera monografía en España sobre la inteligencia artificial jurídica,<sup>26</sup> la innovación tecnológica ha provocado una insólita irrupción en el mundo del Derecho que se puede incardinar en tres grandes fuerzas:

En primer lugar, la globalización. El mercado de servicios jurídicos es cada vez más competitivo, más globalizado. Un ejemplo práctico: desde hace 6 años, todos los

---

<sup>26</sup> La obra explora el impacto de las nuevas tecnologías en el empleo jurídico y en la reconfiguración del trabajo profesional. Se aborda automatización de determinadas tareas y sus efectos sobre las profesiones jurídicas, el surgimiento de nuevas formas de distribución del trabajo jurídico y la aparición de perfiles profesionales híbridos entre el Derecho, la tecnología y la gestión empresarial que demandan una revisión del curriculum jurídico. Se describen los principales sistemas de IA jurídica y su impacto en la nueva búsqueda de respuestas jurídicas y toma automatizada de decisiones, la elaboración de documentos jurídicos, así como la lectura y análisis de contratos, el diseño de sistemas expertos jurídicos, la predicción de las decisiones judiciales o la resolución automática de disputas *online*.

años se batieron récords de alianzas internacionales de firmas jurídicas. Las principales firmas tienen más trabajadores fuera de su país que trabajando en su país. El mayor bufete del mundo, Dentons, inició la primera fusión (americana-china) en 2015, que desencadenó el resto de fusiones. Se trata de una firma que está presente en 75 países, en los cinco continentes, con 188 oficinas propias y cuenta con más de 10.500 abogados. En España cuenta actualmente con 14 socios y 50 socios distribuidos entre las oficinas de Madrid y Barcelona. Pero no se trata sólo de grandes firmas internacionales. Si repasamos el caso de nuestro país, veremos que los 15 despachos legales más importantes en Britania ya tienen sede en España y 8 de las 15 de Estados Unidos también están en España. Y en cuanto a nuestras propias firmas, destaca la unión con el mercado latinoamericano a través de fusiones y adquisiciones. Actualmente tiene lugar la búsqueda por la conquista del mercado asiático.

Ni siquiera el hecho de regirnos por diferentes sistemas jurídicos (Common Law-Civil Law) con diferencias tan notorias va a frenar esta globalización. Porque incluso la práctica de cualquier abogado local es más internacional: empresas cántabras ya trabajan con empresas extranjeras. Al igual que las relaciones personales y patrimoniales con extranjeros. O relaciones personales, patrimoniales con extranjeros. La propia práctica individual es cada vez más globalizada, llevando el campo de la abogacía a un contexto internacional.

Actualmente destaca la frecuencia de la prestación de servicios jurídicos en línea (online) a través de plataformas digitales, algo que años atrás sería impensable. De este modo, clientes procedentes de cualquier parte del mundo pueden ver satisfechas sus cuestiones a través de servicios jurídicos online, menos costosos y más prácticos. Un ejemplo de ello es la plataforma digital con más éxito hasta el momento, conocida como "Legal Zoom". Recientemente ha entrado en nuestro país. Se trata de una compañía tecnológica que surgió hace siete años, y que está especializada en generar documentos jurídicos, contratos, testamentos, a través de programas de inteligencia artificial. Su trabajo a la hora de generar formularios, demandas, contratos, es indistinguible del que pueda hacer un abogado. Desde el año 2016: casi 5 millones en EEUU de usuarios han generado sus documentos jurídicos a través de esta plataforma. El 60% de las empresas nuevas que surgen en California contrata los servicios de esta plataforma. A día de hoy, es el mayor prestador de servicios jurídicos, a nivel mundial. Esta plataforma triplica el volumen de negocio del mayor despacho del país. Piénsese que estamos hablando de

una compañía tecnológica, y no de una firma de despacho, como principal prestador de servicios jurídicos.

Todo lo expuesto supera todas las normas deontológicas, que son territoriales, ya que no tiene que obtener ninguna licencia, sino que opera automáticamente. Por ello, las barreras deontológicas quedan disueltas.

A raíz de esta situación, parece cada vez más necesaria una norma de deontología estipulada a nivel global, puesto que los abogados ya se mueven por distintos países. Sobre ello, se han iniciado los primeros pasos, siendo la Unión Europea la pionera. En el año 2006 la UE aprobó la “Carta de principios esenciales de la Abogacía”, esta vez mucho más genérica y breve que el Código deontológico. Dos años más tarde, la “International B Association” adoptó los “Principios internacionales de la conducta del abogado”, basados en la libertad, independencia, secreto profesional, conflicto intereses, etc. En todo caso, se trata de una norma básica pero que funciona para todos los países, sin distinción, y así deben ser recogidos todos estos principios en los Códigos Deontológicos.

En segundo lugar, la liberalización. En muchos países, la prestación de servicios jurídicos ya se ha liberalizado, es decir, ya existen leyes por la que se ha liberalizado. De este modo, la gestación de los servicios jurídicos ya no es monopolio exclusivo de la abogacía. En los países donde se ha liberalizado (siendo pioneros: Australia e Inglaterra), se permite que los servicios jurídicos se presten por otro tipo de sociedades mercantiles que no estén dirigidas ni poseídas por abogados. Esto significa que las firmas ya no serán dirigidas exclusivamente por abogados, garantizando que se cumpla los principios deontológicos, sino que no serán dirigidas ni poseídas por abogados y prestarán servicios jurídicos. Desde el punto de vista deontológico, esto plantea serios problemas para los abogados que allí trabajan, que bajo ánimo empresarial, reciben órdenes de empresarios, profesionales que no son abogados.

Se trata en todo caso de proveedores alternativos a los despachos jurídicos. Incluso vemos en diferentes países la creación de registros formados por entidades autorizadas sin ser despachos jurídicos que se dedican a prestar servicios jurídicos. Dentro de este lista se encuentran desde despachos de abogados que han dejado de serlo para convertirse en entidades alternativas, hasta firmas con capital que no provenga de abogados sino de otra empresa para salir a bolsa, hasta firmas que busquen incluir a



profesionales no jurídicos para nuevas perspectivas de negocios. En reino unido lo que ha ocurrido es que por temas fundamentalmente financieros, muchos despachos han dejado de serlo, o por lo menos, del modo hasta ahora visto. Por ejemplo, numerosas compañías de servicios próximos a los jurídicos, como las compañías de seguros añaden a su oferta también servicios jurídicos. Lo mismo hacen las grandes consultoras, las sociedades multiprofesionales, o las compañías tecnológicas.

Un hecho que debe mencionarse es que en Estados Unidos, la plataforma “Legal Zoom” se ha venido enfrentando estos años a numerosas denuncias por intrusismo profesional. Es de conocerse y de tener en cuenta que ha ganado todas ellas.

En nuestro caso, aún muchos abogados sienten cierto rechazo hacia esta liberalización, de ahí que el Proyecto de Abogacía que se estaba desarrollando generase tal rechazo al encaminarse en esta línea que venimos comentando.

Y por último, la propia innovación tecnológica. En los últimos años, se han desarrollado varias aplicaciones de Software y cada vez se está avanzando más por una inteligencia artificial jurídica, adentrándose las nuevas tecnologías en el mundo jurídico, cuyos defensores, muchos anclados en la formalidades clásicas y antiguas, no tendrán otro remedio que ceder ante la globalización y la tecnología.

Hace un par de años, un alumno de Derecho en la Universidad de Oxford creó una aplicación llamada “YouNotPay” que consistía en impugnar automáticamente multas de aparcamiento. Tras una serie de preguntas al ciudadano, generaba denuncias y lo enviaba al orden municipal, consiguiendo un 65% de éxito. En la misma línea, se han desarrollado sistemas expertos aplicadas a reclamaciones aéreas, peticiones de asilo, análisis de contratos, análisis predictivos, estrategias procesales, incluso relacionadas con la obtención de los sesgos de los jueces en sus actuaciones con el fin de identificar las posibilidades que existen según dónde se presente la denuncia, ante qué juez, etc.

En el ámbito anglosajón disponen de un sistema de codificación predictivo. Esto significa que habrá que atenerse a lo que el sistema diga que es relevante y así no perder el tiempo. Cada vez es más utilizado en los grandes despachos para aligerar la carga de trabajo: sustituyendo las tareas asignadas a los asociados, y becarios por la robótica que consigue distinguir el material relevante tras un análisis de documentos.

Otra plataforma que cada vez es más utilizada es “MODRIA”. Esta herramienta resuelve automáticamente la disputa, siendo capaz de resolver 60 millones de reclamaciones por año. Incluso el sistema judicial está planteándose utilizarlo para resolver las reclamaciones rutinarias.

Es evidente que uno de los efectos de esta irrupción tecnológica es la segregación de las tareas jurídicas. Esto es, un abogado lleva a cabo numerosas tareas: revisar documentos, escuchar, generar documentos, redactar demandas/denuncias, contestar, etc. Todas estas tareas serán segmentadas dependiendo quién es más eficiente para cada una. Nos estamos refiriendo al humano y a la máquina inteligente. De este modo, se libera una profunda carga de trabajo al abogado, que dispondrá de más tiempo para tareas de mayor importancia.

La consecuencia más inmediata es que las grandes firmas de abogados externalizarán todas estas tareas. Ya se está viendo cómo contratan a centros de externalización que se encargan de toda estas tareas simples, que serán ejecutadas por softwares o trabajadores de India, más eficientes y baratos. Esto ya está ocurriendo, e ignorar tal realidad es un completo error.

Un problema del que aún no existe una respuesta clara es la responsabilidad ante el fallo, si debe responder el abogado o la máquina. La mayoría de la doctrina considera que debe ser el abogado el único responsable, con independencia de la culpa o quién haya realizado la tarea: responde aunque falle la máquina.

Para terminar, quiero hacer mención de las plataformas digitales de intermediación que coexisten en nuestro país. El caso más llamativo es el conocido como [www.elabogado.com](http://www.elabogado.com). Se trata de intermediarias que ponen en contacto a abogados y posibles clientes. Los abogados pagan una determinada cuota, comisiones a cambio de publicitarles y los clientes, pueden conocerles y ponerse en contacto con ellos. No obstante, esto genera innumerables problemas deontológicos. Primero, el abogado no puede pagar comisiones ni recomendar clientes. Así ha sido estipulado siempre, sin embargo, desde el Código deontológico de 2019 sí será posible siempre que se informe al cliente.

Esta irrupción digital llega al punto de ser testigos de subastas en las que abogados pujan y aquel que ofrezca una mayor comisión a la plataforma o exija una menor cantidad económica al cliente, se lleva el caso.

En razón de lo expuesto, podemos concluir que no existirá campo profesional ajeno a la irrupción tecnológica. Por ello, todos los trabajadores deben reciclarse profesionalmente, incluyendo en su formación la adquisición de competencias digitales, pues de no dominarlas, se quedarán atrás en esta carrera tecnológica.

## **CAPÍTULO II. DESIGUALDADES Y EFECTOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

### **1. La brecha digital de género**

Por visualizar la magnitud de la irrupción tecnológica en nuestra sociedad, el número de usuarios y usuarias de Internet que en 1995 se cifraba en nueve millones, supera en la actualidad los mil millones de internautas. En este sentido, parece evidente que en un futuro inmediato, aquellos ciudadanos/as que no sean capaces de manejar la tecnología digital, que no estén cualificados para el uso de las TIC, no podrán acceder a la cultura y al mercado de la Sociedad de la Información, teniendo mayor probabilidad de ser marginados. Se producirá así un “analfabetismo tecnológico”, que vendrá acompañado de una mayor dificultad en el acceso, búsqueda y promoción laboral, y especialmente, de una mayor tendencia a caer en la manipulación informativa. Esta desigual distribución y acceso a las tecnologías de la información y la comunicación es lo que conocemos como “brecha digital”<sup>27</sup>.

Esta brecha es una manifestación más de las brechas sociales, económicas y políticas existentes en una sociedad. Según la doctora Arenas Ramiro, se trata de un concepto complejo y multidimensional, que señala no sólo las diferencias de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, sino también las diferencias en las habilidades en su uso y el impacto que tiene en la sociedad. De esta manera, el derecho de acceso a Internet y su uso están en íntima conexión con el derecho a la igualdad, ya que, a pesar de que el conocimiento y la tecnología avanzan y progresan para todos, ciertos colectivos vulnerables, entre ellos las mujeres, no pueden acceder en la misma medida a sus beneficios. Cuando la desigualdad se produce entre personas por su diferencia de sexo, estamos ante lo que se ha denominado como “brecha digital de género”<sup>28</sup>.

En la última década hemos sido testigos de la consolidación de esta Brecha digital de género como objeto de estudio. Puede resultar paradójico que esta

---

<sup>27</sup> Esta expresión fue utilizada por primera vez durante la legislatura de Bill Clinton (1997-2001) con la expansión de las nuevas tecnologías, refiriéndose a la diferencia previa al acceso a las tecnologías, distinguiendo entre “conectados” y “no conectados”.

<sup>28</sup> Arenas M., “Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías”, en Anuario Facultad de Derecho: Universidad de Alcalá IV, 2011, pp. 107-109.

preocupación e interés por conocer las causas y consecuencias del desigual acceso de hombres y mujeres a la tecnología coincide con un periodo marcado por el incremento del número de mujeres que acceden a las TIC. Esto podría hacer que nos planteásemos la legitimidad de estudiar, investigar una realidad que aparentemente pertenece al pasado. Si hombres y mujeres ya acceden de igual manera a las TIC y si, especialmente, ellas lo hacen en un número cada vez mayor, dicha brecha digital, dejaría de existir, con lo cual no sería necesaria su investigación. Sin embargo, este creciente interés por estudiar las causas y la evolución de la brecha digital, ha permitido visibilizar que dicha brecha en realidad, no sólo persiste, sino que se agrava a pesar de los accesos y usos cada vez mayores, dejando de ser un simple problema ligado al acceso y uso de las TIC.

Como señala Cecilia Castaño, la brecha digital de género *está relacionada con el dominio masculino de las áreas estratégicas de la educación, la investigación y el empleo relacionado con las ciencias, las ingenierías y las TIC*<sup>29</sup>.

Dentro de la literatura académica, se ha hecho habitual referirse a la presencia de las mujeres en el campo de las TIC recurriendo a la imagen de una “tubería” que se “estrecha” o “que pierde” (shrinking pipeline o leaky pipeline)<sup>30</sup>. La mayoría de los estudios utilizan esta metáfora para referirse a la cantidad de mujeres que “se pierden” lo largo de las distintas etapas de vida formativa y profesional de este campo, haciendo referencia al hecho de que a medida que ellas se introducen en el terreno se multiplican las ocasiones para abandonarlo. De hecho, a medida que el sector se profesionaliza y se especializa, la presencia de las mujeres es cada vez más escasa. De este modo, la “tubería” de las TIC comenzaría a estrecharse para las mujeres ya en el bachillerato, ya que las chicas optan generalmente en menor índice por los perfiles tecnológicos<sup>31</sup>.

A modo de ejemplo ilustrativo: en 2009, en Estados Unidos, las mujeres representaban el 56% de las personas que se presentaron al llamado examen “Advanced Placement exam”. Sin embargo, si trasladamos esta realidad al porcentaje de candidatas

---

<sup>29</sup> Castaño C., “La segunda brecha digital”, Cátedra (Ed.), 2008, p.10.

<sup>30</sup> Blickenstaff, J. C., “Women and science careers: Leaky pipeline or gender filter? Gender and Education”, Vol. 17, Núm. 4, 2005, pp. 369-386.

<sup>31</sup> Eidelman, L. y Hazzan, O., “The shrinking pipeline in Israeli high schools”, en *Encyclopedia of gender and information technology*, 2006, pp. 1092-1098.

que se presentaron al examen en Informática, veremos que únicamente representaban el 18%<sup>32</sup>. De hecho, desde 1999 este Programa de Colocación Avanzada en Informática representa el programa con menor presencia de mujeres. Esta realidad no se observa únicamente en Estados Unidos, sino que se traslada a otros países: en el Reino Unido, en 2008, sólo el 10% de las personas que optaron por las asignaturas de Informática en la educación secundaria eran mujeres<sup>33</sup>. La tendencia se traslada también a nuestro país, con un 3% de mujeres que cursan la modalidad tecnológica en Bachillerato.

En el caso de las profesiones concretas dentro del sector TIC, observamos que desde el año 2000 hasta el 2009, en Estados Unidos, el porcentaje de mujeres trabajando en la categoría “Network Systems & Data Communications Analysts” se ha mantenido estable (25%), mientras que en el resto de perfiles ha descendido. Por ejemplo, para la categoría “Computer programers” el porcentaje era de un 26% en 2000 y de un 20% en 2009; para la categoría “Computer software engineers” el porcentaje pasó de un 24% a un 20%, y para el perfil “Computer hardware engineers” se pasó de un 22% a un 9% en 2009. En este mismo contexto, el problema no consiste tanto en incentivar el acceso de las mujeres a este sector, sino en proporcionarles un espacio seguro para evitar que terminen abandonando sus puestos a mitad de su carrera, en una proporción que, como vemos en la práctica, dobla el porcentaje de hombres. Así, en Estados Unidos, un 56% de las mujeres que trabajan en el campo de las TIC abandonan sus puestos a los 10/20 años de su acceso, a diferencia de sus colegas varones<sup>34</sup>.

Los datos ofrecidos hasta ahora llevan a algunas investigadoras como Caroline Clarke hasta el extremo de afirmar que *si la tendencia continúa al ritmo en que lo ha hecho en el período que va de 1986 a 2006, no habrá ninguna mujer licenciada en informática en 2032*<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Ashcraft, C., y Blithe, S., “Women in IT: The Facts”, National Center for Women & Information Technology, 2009, p. 10.

<sup>33</sup> BCS & eSkills (2009). Women in IT Scorecard. The British Computer Society (BCS) y E-skills UK. Disponible en: [https://www.techskills.org/globalassets/pdfs/research-2016/womeninit\\_scorecard\\_2016.pdf](https://www.techskills.org/globalassets/pdfs/research-2016/womeninit_scorecard_2016.pdf) [Fecha de consulta: 20/11/2021].

<sup>34</sup> Gil-Juarez A., Vitores A., Feliu J. y Vall-Llovera M., “Brecha digital de género: una revisión y una propuesta”, en *TESI*, Vol. 12, Núm. 2, 2011, pp. 27-30.

<sup>35</sup> Clarke, C., “Computer Science. The Incredible Shrinking Woman”, en *Gender Codes. Why Women Are Leaving Computing*, J. T. Misa (Ed), New Jersey: Wiley-IEEE Computer Society Press, 2010, p. 27.

Los estudios reseñan que las mujeres son usuarias de las TIC en cifras cada vez más parecidas a las de los hombres, e incluso superiores en relación a algunas tecnologías, como los móviles o las redes sociales. Sin embargo, aunque el acceso se iguale entre hombres y mujeres, crecen las desigualdades en cuanto a los usos y los conocimientos de diferentes tipos de TIC. De este modo, aunque en la década de 1990 se consideraba al acceso desigual a las TIC como la principal barrera que justificaba la escasa presencia de mujeres en las TIC, en los últimos años se ha hecho evidente que, una vez superada esa primera barrera, se observa una “Segunda Brecha Digital”. De este modo, mientras que la Primera Brecha Digital ha sido estudiada y expresada en términos cuantitativos, el concepto de Segunda Brecha Digital nos remite a unos términos (intensidad, usos, habilidades, afición respecto a las TIC) que no es posible operacionalizar. Y es esta brecha la que explica la desigual relación que hombres y mujeres establecen con las TIC y, en última instancia, la distancia que muchas mujeres toman respecto del uso experto de las nuevas tecnologías. En efecto, los estudios señalan que las chicas sistemáticamente infravaloran o menosprecian sus habilidades tecnológicas y muestran menor confianza que los hombres en sus habilidades en este terreno.

### **1.1.1 Usos del tiempo y empleo en las TIC**

A la hora de mantener una relación positiva con las TIC, la experiencia y al aprendizaje en contextos informales juegan un papel fundamental. Son varios los estudios que demuestran las diferencias existentes en el tiempo y los usos que los chicos hacen de los ordenadores fuera del contexto escolar, focalizados sobre todo a usos expertos en informática, como la creación de páginas web o la programación, así como fines lúdicos (videojuegos). Las chicas, en cambio, reportan ante todo usos de Internet para la interacción con otras personas y trabajos escolares<sup>36</sup>.

En el contexto del estudio y empleo en las TIC, ya hemos comentado que el porcentaje de mujeres es muy reducido en la mayoría de países occidentales, sin embargo, no significa que sea ésta una tendencia universal ni constante. Así, los

---

<sup>36</sup> *Ibíd*em, pp. 33-34.

estudios realizados en algunos países no occidentales señalan una elevada participación de mujeres en las TIC. Un ejemplo de ello es Taiwán o Mauricio, donde las mujeres se gradúan en estudios de Informática en porcentajes similares al de los hombres. En Filipinas, las mujeres representan el 30% de las personas que componen la “Philippine Computer Society”. Otro dato curioso se refleja en Estados Unidos: la brecha entre hombres y mujeres licenciados en Informática que se da en el país no se traslada a las universidades y escuelas universitarias estadounidenses históricamente afroamericanas. Así lo defienden Antonio López y Lisa J. Schulte, en su investigación “African American women in the computing sciences: a group to be studied”. En este sentido, uno de los estudios más interesantes es el del profesor Ulf Mellström, sobre la situación en Malasia, un país en el que la informática no es cosa de hombres. Este caso es muy ilustrativo, puesto que es la discriminación de género de la sociedad tradicional malaya, unida a una política que restringe el acceso a la educación superior para “no malayos”, es la que determina la presencia mayoritaria de mujeres en Informática, por considerar que el trabajo en espacios cerrados como el desarrollo de software es más conveniente y seguro para ellas<sup>37</sup>.

En resumen, debemos dejar de considerar que son las supuestas características intrínsecas de las mujeres las que justifican su falta de interés por las TIC y que se trata más bien del contexto socio-cultural que las rodea. Esto explica la diferente situación de ellas en cada país. El papel de la socialización de género tiene un papel central en la brecha digital de género, provocando una disminución de las oportunidades educacionales y profesionales para ellas. En consecuencia, la eficiencia económica, el empleo, el bienestar social e individual, se ven afectados por esta falta de capital humano<sup>38</sup>. El análisis de la incorporación de las mujeres a las TIC debe realizarse desde una perspectiva de género, con la consiguiente necesidad de establecer una diferencia en la existencia de las distintas brechas digitales, de carácter y alcance diferente<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Mellström, U., “The Intersection of Gender, Race and Cultural Boundaries, or Why is Computer Science in Malaysia Dominated by Women?”, en *Social Studies of Science*, Núm. 39, 2009, pp. 885-907.

<sup>38</sup> Gil-Juarez A., Vitores A., Feliu J. y Vall-Llovera M., pp. 33-35.

<sup>39</sup> Castaño C., Fernández J.M., Vázquez S. y Martínez J.L., “La brecha digital de género. Amantes y distantes”, Observatorio E-igualdad: Universidad Complutense de Madrid, p. 13.



### **1.1.2 Variables de la brecha digital: la edad**

Las oportunidades de acceso (que implican tecnología, información y conocimiento) y el control sobre las nuevas tecnologías, van a diferir según el colectivo de mujeres que tomemos como base de estudio. En este sentido, la edad, el nivel educativo y la profesión, así como los conocimientos, la experiencia y el interés por el aprendizaje, son factores que determinan la brecha digital de género y que debemos tener en cuenta a la hora de profundizar en ella<sup>40</sup>.

La situación de las mujeres usuarias mayores de 60 años cuestiona el prejuicio de que a mayor edad, menor interés y mayores dificultades para adentrarse en el mundo virtual. Al fin y al cabo, hablamos de mujeres que han experimentado la transición a la Sociedad de la Información, que han sido testigos del impacto de las tecnologías en la organización del trabajo, y que se esfuerzan cada día por integrarla en su vida. El perfil en relación a su nivel de conocimiento de las TIC y habilidades informáticas es el de la usuaria básica: utilizan herramientas elementales y ciertos programas que necesitan para el desempeño de su trabajo pero, en general, no tienen gran destreza en el manejo de las TIC ni poseen habilidades avanzadas. La situación se agrava en el caso de las mujeres inmigrantes mayores de 60 años. En cuanto a sus compañeros varones, la realidad que viven es bastante similar, aunque en general, suelen ser más patosos y reacios ante las nuevas tecnologías que las mujeres de su generación<sup>41</sup>.

### **1.1.3 Brecha del conocimiento**

El concepto de brecha digital va más allá del mero acceso a Internet porque existen más divisiones digitales. Desde esta perspectiva, las mujeres se presentan, grosso modo, como un factor catalizador de otras brechas sociales. Quizás al comienzo del siglo, pareciera que las mujeres han percibido las TIC como un elemento de poca utilidad, pero hoy en día la realidad es otra, y reconocen la importancia no sólo del ordenador sino también de la tecnología móvil. Bien es cierto que los hombres dominan

---

<sup>40</sup> Vázquez S. y Castaño C., “La brecha digital de género: prácticas de e-inclusión y razones de la exclusión de las mujeres” en *Asparkía*, Núm. 22, 2011, p. 35.

<sup>41</sup> *Ibíd*em, p. 39.

los campos de la innovación, pero las mujeres se han incorporado al empleo cualificado, a los negocios y al ámbito de la investigación. La brecha existente entre personas que se benefician de Internet y otras que están en desventaja se relaciona con la brecha del conocimiento: una vez aumenta el nivel socio-económico, se tiende a observar la diferencia entre aquellas con mayor nivel adquisitivo que se apropian de la información más rápidamente que otras con niveles sociales más bajos. Esta brecha de conocimiento generada por la brecha digital es la que más afecta a las mujeres, tanto por la rapidez de la irrupción tecnológica, como por la incorporación continua de habilidades que deben ser adquiridas, ya que si bien en algunos casos las mujeres han modificado sus costumbres obteniendo cambios cualitativos y cuantitativos, en otros, han reforzado los estereotipos de género que las excluyen de una posición equitativa a los hombres en el mercado de trabajo. La brecha digital de género aumenta las diferencias profesionales y laborales, traduciéndose en términos salariales, estabilidad laboral, prestigio profesional, etc., además de provocar una mayor desigualdad que se agrava por la rigidez de los roles de género. Todo ello provoca situaciones precarias desde una perspectiva económica, en razón de su dedicación a la familia, que las hace dependientes económica y socialmente.

En esta línea, un mayor uso de las TIC podría fomentar el acceso de las mujeres en foros y redes tomando parte activa en la defensa de sus derechos, interaccionando con otras mujeres en su misma situación, al igual que en el acceso a nuevos y mejores trabajos de calidad, o en acceder a información cualificada no disponible en otros medios convencionales, como en bibliotecas digitales, bases de datos, o repositorios institucionales.

Por otro lado, en el caso de nuestro país observamos un aspecto digno de mencionar: la brecha digital varía según la Comunidad autónoma. Así, en aquellas CCAA más ricas, esto es, aquellas que tienen un PIB mayor, la brecha digital es menor y supera la media nacional de acceso a las TIC al convergir con los países más desarrollados de la UE. Nos referimos a Madrid, Cataluña y las Islas Baleares, que superan los 70 puntos porcentuales, pero también otras regiones como Asturias y Aragón están muy cercanas a estos parámetros. No obstante, al mismo tiempo se observa que no siempre se consigue una mejora de la participación de las mujeres en la Sociedad de la Información, puesto que dichas regiones disminuyen la brecha digital en su conjunto, pero no así la existente entre hombres y mujeres. Se establece de este

modo, en palabras de la catedrática Caridad Sebastián, un “techo de cristal” que únicamente será superado si esta realidad se convierte en un asunto central, adoptándose las medidas necesarias de inclusión digital de género por parte de los poderes públicos nacionales y regionales<sup>42</sup>.

Sin embargo, las medidas adoptadas siguen siendo insuficientes tanto en lo que afecta a las mujeres de la UE, como a las españolas, debiendo aplicarse medidas más selectivas y transversales, tanto en lo relacionado con las habilidades como todo lo referido a establecer sinergias que fomenten las competencias y habilidades avanzadas. Otro aspecto a tener en cuenta es que, las medidas adoptadas como la Ley de Igualdad y el Plan de acción para la igualdad real, y otras acciones pertinentes, son un caso de actuación global sobre las distintas fracturas de nuestra sociedad, y será preciso estudiar los resultados y comprobar si estas actuaciones pueden romper ese “techo de cristal” y hacerlas más visibles a las mujeres en la sociedad y en la toma de decisiones del país.

El contexto mundial, globalizado y cambiante en el que vivimos requiere de habilidades avanzadas y especializadas en TIC para afrontar los retos actuales y evitar la Brecha Digital, además de desarrollar competencias y habilidades “meta”, para evitar la Brecha de Conocimiento. En la Unión Europea las medidas normativas de inclusión social y digital están dando resultados aceptables aunque no homogéneos. En nuestro caso, las CCAA cuentan con Observatorios de la Sociedad de la Información e iniciativas para alcanzar la inclusión digital. De hecho, aquellas con mayor nivel adquisitivo económico y con mejor posición en el rango de acceso y uso de Internet, tienen un mayor número de planes específicos de inclusión con distintos niveles de formación. En el caso de Madrid, cuentan con el I Plan de desarrollo de la Sociedad de la Información y el conocimiento denominado “Actuación en alfabetización tecnológica”, mientras que en Cataluña cuentan con “el Plan Director de Infraestructuras de Telecomunicaciones”(PDIT) que contempla el Plan TIC como medio para lograr la igualdad, y en las Islas Baleares destaca un el “Plan director sectorial de telecomunicación”. También Asturias cuenta con un Plan de acción: “Mujer piensa en TIC”, dirigido a asociaciones de mujeres y profesionales, con muy buenos resultados, en colaboración con el “I Plan Avanza2”, que incluye una armonización de

---

<sup>42</sup> Caridad M. y Ayuso M<sup>a</sup> D., “Situación de la brecha digital de género y medidas de inclusión en España”, en *Investigación bibliotecológica*, Vol. 25, Núm. 55, 2011, pp. 229-232.

indicadores y la evaluación del impacto de las actuaciones. Aragón se decanta por una oferta selectiva en ayudas en materia de TIC, además de información sobre cómo incorporar las TIC a un negocio. El resto de las regiones tiene planes más convencionales con resultados irregulares según el presupuesto económico anual<sup>43</sup>.

## **2. Infrarrepresentación femenina en las carreras STEM**

La infrarrepresentación de las mujeres estudiantes, investigadoras, profesionales o directivas en ámbitos claves de la sociedad del conocimiento como la ciencia, la ingeniería y la tecnología sigue siendo una sorpresa para muchos. Se suele atribuir esta situación a la ausencia de interés en estas materias por parte de las mujeres, a diferencia de sus colegas varones, y su preferencia por dedicarse a otro tipo de actividades. La realidad, por el contrario, es mucho más compleja.

Viviane Reding, vicepresidenta de la Comisión Europea y también comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, además de antigua Comisaria de información y los medios en la Comisión Europea, considera que las chicas y chicos tienen preferencias y capacidades en ciencia y tecnología pero a medida que progresan para convertirse en adulto, se observa una tendencia distinta según el sexo. De este modo, las jóvenes no se decantan por estudios relacionados con la ingeniería o tecnología. En la universidad, el número de mujeres científicas es seis veces menor que el de hombres, a pesar de que las mujeres están más representadas en la educación universitaria, persistiendo este desequilibrio en la industria de I+D, y sectores tecnológicos, donde representan menos del 20%, además de tener menores salarios. Los hombres, por el contrario, suelen ocupar puestos de responsabilidad con más frecuencia –sólo el 30% de los directivos son mujeres–. Todo lo expuesto nos lleva a concluir que esta escasa presencia en el ámbito de la ciencia y la tecnología constituye un problema de equidad y justicia social con consecuencias muy negativas para ellas, que acceden en menor medida que los hombres a mayores empleos creativos y vocacionales, con mejores condiciones laborales, mayor retribución y ascensos promocionales.

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, pp. 247-248.

El potencial de las mujeres está, sin duda, infrautilizado, y su contribución a la ciencia y la tecnología no llega a realizarse de forma completa en razón de su infrarrepresentación en estos campos. No se tiene en cuenta su opinión en la configuración de las tecnologías clave y actividades científicas de nuestro tiempo. Esto conlleva a que sus necesidades no estén reflejadas, teniendo un efecto muy negativo para la ciencia, al no beneficiarse de las valiosas aportaciones y visiones de las mujeres tanto en la definición de los problemas como en la búsqueda de soluciones. A día de hoy, es una evidencia científica que los equipos que integran a mujeres y hombres en los grupos de investigación trabajan mejor y tienen más inteligencia creativa lo que a su vez favorece la capacidad innovadora y el logro de mejores soluciones<sup>44</sup>.

La escasez de mujeres en los estudios de ingeniería y especialmente en las TIC no es un problema reciente y exclusivamente español, sino que todos los países avanzados llevan más de dos décadas poniendo en práctica estrategias con el fin de atraer más mujeres estudiantes investigadores y tecnólogas. Destacan los programas impartidos por la Universidad Técnica de Berlín, la Universidad de Trondheim (Noruega), la Universidad Politécnica de Cataluña, o americanas como la “University of Carnegie Mellon”, y el “MIT” (Massachusetts Institute of Technology). De ello podemos extraer una conclusión importante, que compartimos con la doctora Julia Webster, directora del Programa de Género y TIC del Instituto Interdisciplinario de Internet (IN3) de la UOC: el éxito de estos programas se debe en primer lugar a que están enfocados específicamente a mujeres. Para ello cuentan con todos los agentes implicados, no sólo con las estudiantes de secundaria para estimular su interés por la ingeniería (y tener en cuenta que tienen distintas expectativas en relación a la función social de la ingeniería, tanto chicos como chicas en comparación a épocas pasadas), sino también con los profesores de secundaria, que ayudan a potenciar la confianza de sus alumnas en las tecnologías, así como las madres y padres. Especialmente las primeras se

---

<sup>44</sup> Una de las revistas científicas más prestigiosas del mundo publicaba una investigación que demuestra que la inteligencia colectiva de los equipos no depende de la inteligencia individual de sus miembros sino que está directamente relacionada con la calidad de los procesos de interacción social dentro del grupo, correlacionada con la proporción de mujeres en el mismo.

han rebelado como agentes muy influyentes en la decisión sobre la carrera que sus hijas van a estudiar<sup>45</sup>.

Sobre esta cuestión es preciso hacer referencia a las Becas que actualmente se están otorgando desde diversas instituciones para impulsar el interés por las mujeres en el estudio de esta rama, o su profesionalización. Entre ellas destacamos las Becas Santander, en las que podemos encontrar becas relacionadas con el “Liderazgo Tech”, “Transformación Digital para empresas”, “Gestión de Marketing Digital”, “Tecnología. Bienestar financiero”, “Mujeres STEM”, “Ciberseguridad”, estancias en universidades de Ingeniería, o específicamente destinadas a preparar la siguiente generación de mujeres directivas. Por otro lado tenemos las becas del British Council para mujeres STEM, destinadas a mujeres que deseen una maestría en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas en el Reino Unido, o las Becas STEM ‘Come On’ de Orange, cuyo objetivo es desarrollar talento femenino en posiciones STEM a través de unas prácticas formativas. Así como las Becas de la Sociedad de Mujeres Ingenieros, la Beca Palantir Mujeres en Tecnología, y la Beca de la Sociedad Chevron de Mujeres Ingenieras. Todas las becas mencionadas están dirigidas exclusivamente a mujeres, con el fin de reequilibrar el campo STEM y otorgar oportunidades a las mujeres que tanto tienen que aportar a estas disciplinas, a través de prácticas formativas en países extranjeros, empresas multinacionales, y cursos de formación online y/o presencial en diferentes universidades del mundo.

En los Estados Unidos, la iniciativa Código de Disney recluta y capacita a mujeres en puestos no técnicos para funciones de ingeniería de software que están en alta demanda a través de la capacitación intensiva, en concreto, mediante un programa de aprendizaje de 12 meses, y un programa de mentoría. AT&T ha invertido más de 250 millones de dólares en programas de educación de empleados y desarrollo profesional, con más de 140.000 empleados que participan activamente en la adquisición de habilidades de nuevos roles. El deber de las empresas es garantizar que tales esfuerzos se apliquen por igual a ambos géneros, incluyendo a aquellas mujeres que han abandonado temporalmente la fuerza laboral debido a responsabilidades familiares.

---

<sup>45</sup> Castaño C. y Webster J., “Entender el género en la ciencia y la tecnología”, en Género, ciencia y tecnologías de la información, Aresta (Ed.), 2014, pp. 23-26.

El programa “Goldman Sachs Returnship”, “Rekindle with Amazon”, y el programa de retorno “Intuit Again”, entre otros, ofrecen oportunidades para que las mujeres en Estados Unidos e India se reincorporen a la fuerza laboral después de un descanso prolongado, permitiendo que adquieran aquellas habilidades requeridas para trabajar junto a las nuevas tecnologías.

Generalmente, las mujeres que participan en estos programas tienen habilidades y experiencia valiosas, pero se enfrentan a numerosos obstáculos para reincorporarse a la fuerza laboral, sin tampoco contar con apoyo estructural<sup>46</sup>.

### **2.1.1 Razones de la infrarrepresentación: baja autoestima y estereotipos de género**

La participación de las mujeres en las carreras de Ingeniería y Arquitectura (en universidades públicas) ha descendido durante los últimos cuatro cursos académicos, representando un 24,9% en el curso 2018-2019, frente al 25,5% del curso 2015-2016<sup>47</sup>. El descenso de la presencia femenina en la citada rama supone el 33%, con lo que se sitúa en la bajada más significativa de todas las ramas.

Este acusado descenso se explica por dos razones básicas. La primera está relacionada con la confianza y baja autoestima que perciben las chicas de sí mismas a la hora de abordar el estudio de esas materias. Este primer aspecto es muy relevante, en ello ha insistido en numerosas ocasiones la catedrática Mella Menéndez, máxime cuando distintos estudios demuestran que la capacidad objetiva de los chicos y chicas para abordar las materias técnicas (matemáticas o tecnología) es muy similar. Es decir, no existe ningún tipo de fundamento basado en la facilidad o superioridad que tienen los chicos en las ramas relacionadas con la ciencia, tecnología, matemáticas, ni existe ningún estudio que avale la dificultad que tienen las chicas en estos estudios, más allá de cuestiones sociales o personales, todas ellas relacionadas directamente con la segunda razón básica, como es la influencia de los estereotipos de género o la

---

<sup>46</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., pp. 97-98.

<sup>47</sup> <http://www.educacionyfp.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/universitaria/estadisticas/alumnado/desde-2015.html>.

preferencia por carreras con una más clara proyección social. Tanto esta influencia socio-cultural como la propia confianza personal están interrelacionadas. Los tópicos de género, que atribuyen con normalidad unos roles y capacidades diferentes a los hombres y a las mujeres, generalmente de menor valor a ellas, son expuestos en muchos estudios científicos, que los denominan como “prejuicios de género de segunda generación”. Mientras que la primera generación implicaba una discriminación más directa y evidente, los estereotipos de segunda generación son más sutiles, más difíciles de identificar, al estar incluidos en asunciones tradicionales muy consolidadas a nivel social; de ahí, su poderosa y sutil influencia en las decisiones que se toman y la dificultad de su eliminación. Todo ello explica que, finalmente, las jóvenes opten por una carrera con una mayor orientación social, convencidas que las de carácter técnico carecen del mismo, y les van a suponer mayores dificultades para superar<sup>48</sup>.

Como vemos, las diferencias responden a estereotipos y roles sociales de género que niñas y niños adquieren desde la educación a lo largo de todo el proceso de socialización. A los hombres se les ha considerado tradicionalmente como habilidosos tecnológicos pero “patosos sociales” y aquellos que no se ajusten a este estereotipo pueden enfrentarse a problemas de aceptación en su entorno inmediato, mientras que las mujeres se las ha considerado “patosas tecnológicas” pero con grandes habilidades sociales. El problema que persiste es que aún superando los estereotipos, porque ya la mayoría es consciente que no responden a la realidad, a los chicos se les sigue educando desde pequeños para descubrir y conquistar el mundo, y esto tiene mucho que ver con el pensamiento y la actividad científica. En cambio, a las chicas se las sigue educando para cuidar de los demás y así se espera que se comporten, siempre bajo esta vocación principal, incluso en el ámbito profesional<sup>49</sup>.

La insuficiencia de mano de obra preparada para cubrir esta demanda de puestos de trabajo en el sector tecnológico se observa tanto en España como a nivel europeo. Dicha insuficiencia se relaciona, en primer lugar, con la falta de vocación técnica, especialmente por parte de las mujeres, pues los datos demuestran que, concluidos estos, las posibilidades de las mujeres de incorporarse al mercado laboral son similares

---

<sup>48</sup> Mella L., “Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género”, en *Trabajo y Derecho* 66/2020, Núm. 66, Wolters Kluwer (Ed.), 2020, p. 4.

<sup>49</sup> Castaño C y Webster J., Op. Cit., pp. 26-27.



a las de sus colegas varones. Así las cosas, diversos estudios, como hemos sugerido, determinan que la desigualdad de género en el ámbito digital y técnico se debe, fundamentalmente, al resultado del mantenimiento de fuertes e inconscientes prejuicios personales y estereotipos sociales sobre el tipo de estudio o profesión más apropiado para cada uno de los sexos. Esta problemática requiere de un profundo cambio cultural y social. Al mismo tiempo que deben tomarse acciones específicas destinadas a incentivar la matriculación de las mujeres en este tipo de estudios tecnológicos y técnicos, especialmente porque las estadísticas demuestran que, cuando se trata de adquirir habilidades digitales, ambos sexos son igual de capaces si dedican el mismo tiempo a dicho objetivo. De hecho, cuanto más joven es la persona que adquiere habilidades digitales, menos diferencia hay entre sexos. Esto nos permite dibujar un futuro optimista de cara a eliminar la brecha digital existente, ya que los estudios avalan que es posible en el caso que se forme por igual, en competencias digitales, a las personas de ambos sexos<sup>50</sup>.

En este sentido, la mayoría de mujeres que ahora se dedican al sector de las TIC y tecnología se caracterizan por haber experimentado un primer contacto temprano con los videojuegos, (la edad de inicio varía entre los seis y ocho años), que les permitió familiarizarse e interesarse por las tecnologías de la información. También comparten no haber tenido competidores a la hora de compartir el ordenador, así como la importancia que sus padres atribuyeron al uso de herramientas tecnológicas, facilitando que se convirtiera, desde su carácter lúdico, en un instrumento básico para su formación como usuarias avanzadas de las TIC. El entorno familiar es uno de los factores más influyentes y posee un peso fundamental en la posterior elección, constituyendo la relación con el padre un factor clave a la hora de elegir este tipo de profesiones. Ante la ausencia de madres expertas en tecnología, en muchas ocasiones son los padres quienes introducen a sus hijas en el uso del videojuego como elemento de entretenimiento y en el empleo del ordenador personal como herramienta más avanzada, recibiendo una atención más intensa de lo habitual en caso de no tener hermanos, disponiendo así del acceso a las herramientas tecnológicas sin restricciones. Por otro lado, el autoaprendizaje, una vez fijado un contacto importante con las TIC gracias a los videojuegos, constituye el segundo factor que contribuye a la elección por esta profesión en el futuro. La creación de vídeos o la edición de imágenes, o incluso la

---

<sup>50</sup> Mella L., Op. Cit., pp. 3-5.

creación de blogs, ha requerido de un uso más extensivo y profundo de las habilidades relacionadas con las TIC, implicando en ocasiones, el aprendizaje de lenguajes informáticos. Todo ello les sitúa en un nivel de usuarias avanzadas, que, atraídas por los números y los procesos lógicos deciden iniciar carreras que en su entorno se consideran complejas. En conclusión, es probable que una parte importante de mujeres especializadas en el sector hayan experimentado un previo acercamiento a las TIC a través del ocio informático o electrónico, representando una herramienta que incrementa las oportunidades educativas y profesionales de los individuos, estableciendo una primera diferencia con respecto a otros sectores de la población femenina (solo el 23,1% de trabajadores en el sector TIC son mujeres, según datos del año 2009 del Instituto Nacional de Estadística de España). De este modo, su atracción por lo tecnológico no se queda sólo en el terreno recreativo, sino que favorece un especial interés por aprender a utilizar dicha herramienta y a pensar en cómo mejorarla u optimizarla. Los videojuegos constituyen una puerta de entrada importante a las TIC, por lo que desde parte de la doctrina se considera que si las mujeres accedieran por igual a los videojuegos en términos de espacio y tiempo, podrían llegar a tener el mismo interés por el mundo de lo tecnológico que los chicos<sup>51</sup>.

### **2.1.2 Propuestas de actuación para aumentar la presencia de las mujeres en el empleo STEM**

A nivel general se debe contar en primer lugar, con la implicación y cooperación real de todos los sujetos y organizaciones que tienen capacidad de toma de decisiones y de implementación de acciones específicas en este ámbito, con el fin de impulsar el cambio real, desde autoridades gubernativas, políticas, educativas, sociales, profesorado, hasta asociaciones de padres y alumnos. Además, en un mundo globalizado y en el que nuestro país forma parte de la UE, resulta fundamental que las medidas legislativas que necesitamos para impulsar este cambio vengan impulsadas desde el ámbito europeo, algo que hasta ahora no siempre ha sucedido, al menos en lo

---

<sup>51</sup> Sánchez N., Ortega O. y Vall-Illovera M., “Romper la brecha digital de género. Factores implicados en la opción por una carrera tecnológica”, en *Athenea Digital*, , Vol. 12, Núm. 3, 2012, pp. 123-124.

relativo a la igualdad de género respecto de las nuevas tecnologías y en el ámbito digital. Un ejemplo paradigmático: la Estrategia del Mercado Único Digital, de 6 mayo 2015, que no ha adoptado ni una sola medida destinada a acabar con la brecha digital de género e impulsar la igualdad de ambos sexos.

En segundo lugar, todas las medidas deben dirigirse a concienciar a toda la sociedad, consiguiendo un auténtico compromiso al máximo nivel, asumido y apoyado por todos los agentes a todos los niveles. Al mismo tiempo, estas medidas deben ejecutarse de manera simultánea y sostenida en el tiempo. Las acciones aisladas y puntuales suelen tener un impacto limitado, sin obtener un cambio real, más allá de un mero cumplimiento de compromisos formales relacionados con la imagen pública de la empresa<sup>52</sup>.

En el plano educativo debe incrementarse la presencia y variedad de los contenidos técnicos y digitales en todo el sistema. Los datos denuncian una realidad de mujeres sobreeducadas (educación formal) y sobrecualificadas (cualificación real), en general, pero netamente infraeducadas e infracualificadas en el campo tecnológico. Esto se explica por una inadecuada orientación dentro de un sistema educativo que ha hecho caso omiso a las exigencias derivadas de la diversidad de género, así como a una información imperfecta sobre la demanda del mercado laboral<sup>53</sup>. La solución a esta realidad puede pasar por la modificación de los Planes de estudio en todos los niveles educativos. En la era de la tecnología y la digitalización de las empresas, parece evidente la necesidad de dotar del peso que merece a las materias relacionadas con la tecnología, TIC e Informática desde los primeros niveles educativos, incluso de forma obligatoria. Si el alumnado se habitúa a dichos temas desde edades tempranas y a través del juego, se permitirá que desarrollen habilidades técnicas y digitales libres de estereotipos de género, ya que todavía no tienen una idea preconcebida (negativa) sobre su mejor adecuación para los estudiantes de uno u otro sexo.

---

<sup>52</sup> Mella L., Op. Cit., pp .7-8.

<sup>53</sup> Fernández J.J., “Inclusión digital de las mujeres especial referencia a la infracualificación tecnológica como elemento de género”, en *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, 2018, pp. 545-546.

Muchas y variadas son las teorías que, desde la Sociología, han tratado de explicar el alejamiento de las mujeres de los estudios vinculados a las TIC. Primeramente procede dejar atrás, por haber sido convenientemente superadas, aquellas teorías androcentristas que vinculaban con la biología, la nula o escasa atracción de la mujer por los ámbitos tecnológicos (incluso tecnofobia femenina). Esta falta de interés es la que conduce a la lógica consecuencia de un desequilibrio en el sistema educativo. Se debe rechazar igualmente que la capacidad de las mujeres en este ámbito sea menor a de los varones, por estar superado también, y demostrado con numerosos estudios. Por el contrario, deben destacarse aquellos planteamientos que vienen a desarrollar la conocida como “teoría de la socialización”, conforme con la cual, la formación de la identidad de género tiene lugar a través de adquisición e interiorización de las normas sociales correspondientes a las expectativas sociales asignadas para cada sexo.

En términos más claros, evitando tanto el determinismo tecnológico como el esencialismo de género, las aproximaciones del *tecnofeminismo* manifiestan que la relación entre género y tecnología puede ser fluida y flexible y que no es la tecnología por sí misma, sino más bien las políticas que se llevan a cabo sobre la mujer, la clave para la igualdad de género.

En zonas como China se ha conseguido invertir la tendencia de manera apreciable, por ello, España debe seguir este país como modelo a seguir, ya que han logrado atacar el problema de raíz, interviniendo en los primeros años que acompañan y separan a los niños y niñas, comenzando con los juguetes, continuando con el cultivo de ciertas habilidades desde edad temprana, con el fin de evitar una adolescencia marcada por los roles y la elección de estudios en base a ellos<sup>54</sup>.

En las economías emergentes, la educación de las niñas y las mujeres ha mejorado notablemente en los últimos años. Esto sugiere que las mujeres estarán mejor posicionadas y serán capaces de aprovechar los cambios en la demanda laboral. Sin embargo, persisten grandes brechas de género en la educación, y aún más en las habilidades necesitan. Así, en los países de ingresos bajos y medianos bajos, como la India, donde el 60% de las mujeres empleadas trabajan en la agricultura y tienden a tener aptitudes difícilmente adaptables, la transición a nuevas ocupaciones y sectores es

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, pp. 546-547.

visiblemente difícil. Más que nunca, las mujeres deben mantener un aprendizaje permanente desde la etapa escolar hasta el empleo y durante toda su vida laboral<sup>55</sup>.

Por otro lado, sería interesante que el sistema educativo ofreciese canales formativos específicos para la formación continua de los profesionales técnicos y digitales. Un medio óptimo sería la puesta a disposición de títulos propios de cada institución educativa, que, según su carga horaria, pueden denominarse de formación continua, de especialización o de máster.

En este sentido, uno de los aspectos que más rechazo genera a la hora de decidirse por estas carreras es el propio contenido de los Planes de estudio. Si se reformulasen los mismos para presentarlos de una manera más moderna, interesante y atractiva, diferente a la tradicional, para hacer más evidente su utilidad social, se conseguiría el incremento de la matrícula, especialmente de la femenina. Esto encaja con lo dispuesto en el art. 23.2 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo<sup>56</sup>, así como en el artículo 28.1 LOIEHM<sup>57</sup>, ya que dicha modificación de los Planes de estudio buscará hacerlos más atractivos para las chicas y conseguir que se matriculen más en aquellos, entendiéndose como un criterio de calidad en pro de la igualdad efectiva en el ámbito educativo de carácter técnico. También se llevarán a cabo acciones de formación y concienciación de los estudiantes sobre los contenidos y las salidas profesionales de este tipo de estudios: resulta básico promover el contacto directo con profesionales del sector tecnológico. Ello podría conseguirse a través de programas de colaboración que incluyan visitas a los centros de enseñanza o a las propias empresas. Otra opción interesante puede ser la de los programas de *mentoring*, o el desarrollo de acciones formativas específicas (cursos, seminarios) que pretendan efectuar un primer acercamiento de los jóvenes a los contenidos de diversas carreras y equiparar el desigual conocimiento que aquellos tienen en ese momento (generalmente, más avanzado en el caso de los chicos).

---

<sup>55</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., p. 96.

<sup>56</sup> “El sistema educativo incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros”.

<sup>57</sup> Prevé que todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución”.

En esta línea, es fundamental fijarse en prácticas de éxito que sirvan de ejemplo para aplicar en nuestro país. Un caso a seguir es el del Harvey Mudd College (California), reflejado en el estudio «Women in the digital age» (2018), que, tras varias modificaciones realizadas por su directora, consiguió que el número de alumnas en Ciencias de la Computación superase al de alumnos por primera vez en su historia. Este hecho aún es más destacable porque una década antes las alumnas no alcanzaban el 10% de total de estudiantes. Uno de los cambios introducidos fue la obligación de seguir un curso previo para los alumnos de primer curso, diseñado para hacer el contenido técnico de la carrera más atractivo y menos intimidante para las mujeres, buscando a reducir las barreras de entrada y estereotipos de género.

En nuestro país, una medida de éxito es el «campus tecnológico para chicas», especialmente estudiantes de ESO, que ofertan algunas universidades españolas en verano para que jóvenes desarrollen proyectos de carácter tecnológico, todo ello en un marco lúdico.

Por su parte, la Agenda de las nuevas competencias para Europa (A New Skills Agenda for Europe), adoptada por la Comisión Europea (dentro de la Estrategia del Mercado Único Digital) lanzó en 2016 diez iniciativas, siendo una de ellas la denominada «Coalición de los empleos y competencias digitales» (Digital Skills and Jobs Coalition). Dicha Coalición pretende apoyar la cooperación entre el sector educativo, el mercado de trabajo y las empresas, con el fin de mejorar las competencias digitales de toda la sociedad y, especialmente, de los profesores, buscando formarles en estas nuevas competencias como un proceso de aprendizaje permanente.

En este sentido, un buen ejemplo puede ser el modelo educativo de Estonia, que junto a Finlandia, son los países más innovadores y avanzados en materia educativa, especialmente en los campos técnicos y digitales. Una de las medidas más importantes en el caso de Estonia es la existencia de un centro especializado (en la Universidad de Tallin) en el que se forma a los profesores en conocimientos y métodos docentes para impartir materias STEM en los colegios. De manera similar es el método seguido en Singapur, en el Instituto Nacional de Educación, donde la selección de profesores es muy exigente y se pone especial atención a su formación en la metodología docente<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Mella L., Op. Cit., pp. 8-14.

En resumen, si realmente se quiere reducir la brecha de género en competencias digitales, es esencial diseñar programas inclusivos desde la perspectiva de género, esto es, incorporando las contribuciones que podrían realizar las mujeres (incluso las de menor cualificación) en sus lugares de trabajo con el desarrollo de sus habilidades digitales. En el caso de las mujeres con menor cualificación, deberán tener la oportunidad de seguir los programas de formación en habilidades digitales, desde aquellos cursos con competencias más básicas; como las vinculadas con la lectoescritura y las habilidades numéricas, hasta cursos más técnicos y especializados para su promoción. Así también, el diseño de medidas para la acreditación y valorización de las *soft skills* (competencias blandas) en los lugares de trabajo, que son clave para la generación de valor añadido en el trabajo del futuro.

Tanto en la acreditación, como en la evaluación de programas de formación, se debe tener en cuenta todo lo que las mujeres aportan, especialmente en términos de *soft skills*. Para que todo lo expuesto funcione, es importante garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo, siendo una prioridad aplicar medidas para eliminar la brecha salarial en todos los sectores económicos<sup>59</sup>.

España está haciendo un importante esfuerzo en elaborar un Plan integral para impulsar la digitalización en toda la sociedad, tal y como refleja el Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI), de la Comisión Europea, que muestra el grado de competitividad de los Estados miembros en relación a la Economía y Sociedad Digital combinando cinco variables: conectividad, capital humano, uso de servicios de internet, integración de la tecnología digital y servicios públicos digitales. Según los últimos resultados publicados el 11 junio de 2019, España ocupa un puesto destacado —el undécimo— entre los veintiocho Estados miembros de la UE, mejorando su puntuación anterior, que pasa de 53,2 a 56,1, por encima de la media de la UE, que se sitúa en el 52,5. No obstante, a pesar de estar bien posicionada en servicios públicos digitales (puesto 4), conectividad (puesto 9) e integración de la tecnología digital (puesto 10), sigue obteniendo malos resultados en Capital Humano (puesto 17), por lo que conviene seguir adoptando acciones formativas específicas para jóvenes en competencias digitales.

---

<sup>59</sup> Sáinz M., Arroyo L. y Castaño C., Op. Cit., p. 55.

En este sentido, el caso de Estonia puede servir de modelo a seguir, ya que, en este país, desde el año 2000 la conexión a internet es un derecho de todos los ciudadanos y cerca del 100% de los servicios estatales se pueden realizar a través de la red. Además, buena parte de su riqueza nacional deriva de este sector de las nuevas tecnologías (un 15% de su PIB) e, incluso, para facilitar la creación de empresas en el país, se ha creado la denominada residencia virtual (e-residency). También fue uno de los pioneros en proporcionar un ordenador a cada estudiante y, en 1997, creó la Tiger Leap Foundation, responsable de las aplicaciones TIC para la docencia y de la formación continua del docente en nuevas tecnologías. Otros países que también sirven de modelo en el impulso de la tecnología e informática en las escuelas son Polonia o Portugal.

Las diferentes instituciones públicas y privadas, especialmente las relacionadas con la igualdad de género, deben llevar a cabo campañas de concienciación sobre la importancia de la incorporación de la mujer a los estudios técnicos e informáticos y la accesibilidad de estos, acabando con los estereotipos de género tan arraigados en todas las estructuras sociales que influyen, claramente, en la elección de los estudios de los jóvenes. Y aún más importante que las acciones de información, es la incorporación de mujeres referentes en diversos campos científicos a los órganos de gobierno o decisión, especialmente a aquellos que tienen competencias sobre cuestiones de educación, sociedad, o empresa y digitalización. La presencia de mujeres en órganos con competencias legislativas y ejecutivas puede ayudar a tomar decisiones efectivas con perspectiva de género<sup>60</sup>. Resulta clave para promocionar modelos femeninos de éxito, no sólo en estas instituciones, sino en todos los ámbitos de la sociedad, en particular en los medios de comunicación, los debates públicos, los foros científicos de discusión. Es importante visibilizar a mujeres científicas o líderes en el sector Tech, para contribuir a proyectar una imagen de normalidad de género y posibilidad de ascenso y progresión femenina en este tipo de profesión. Por supuesto, también se debe incluir en todos los textos educativos de carácter científico y divulgativo todos los logros y figuras femeninas en el sector<sup>61</sup>.

Una medida que quiero mencionar porque considero que puede servir de gran utilidad es la que lleva a cabo Alemania, que consiste en asignar a cada individuo

---

<sup>60</sup> Esta idea parece implícita en el art. 24.2 LOIEHM.

<sup>61</sup> *Ibíd*em, pp. 14-17.



desempleado un trabajador social que le acompaña en la búsqueda de empleo y capacitación profesional, así como la percepción de incentivos en caso de encontrar trabajo a sus clientes<sup>62</sup>. La realidad es que, a medida que pasan a diferentes ocupaciones o sectores, las mujeres (y los hombres) pueden necesitar apoyo financiero, incluidas redes de seguridad social como prestaciones de desempleo y seguros. Las agencias laborales deberían centrarse en proporcionar asistencia (y beneficios) a los desempleados: ejercer como consejeros laborales, ofrecer orientación profesional y permitir el acceso a posibles oportunidades de reciclaje profesional y empleo para aquellos que temporalmente están fuera de la fuerza laboral<sup>63</sup>.

Por otro lado, desde una perspectiva empresarial, los estudios demuestran que la implementación de políticas de igualdad de género en la empresa incrementa la productividad y el margen de ganancia de la empresa hasta en un 3%, siendo ésta una información que debe saberse ya que de forma estratégica interesa al empresario. Asimismo, esta idea sobre la rentabilidad económica es confirmada por los resultados de una encuesta de la OIT, según la cual, la mayoría de empresas pequeñas (54%), medianas (64%) y grandes (59%) consideran que las iniciativas de diversidad de género mejoraron sus resultados comerciales. La gestión femenina y la aportación de puntos de vista femeninos a los equipos de trabajo, altamente masculinizados, permiten resolver los problemas de una manera más creativa, enriquecedora y con un enfoque social.

La propia empresa y los representantes de los trabajadores también deben impulsar estas acciones informativas entre la propia plantilla para impulsar un cambio cultural interno. Desde este punto de vista, el art. 73.1 LOIEHM prevé que las empresas puedan asumir la aplicación voluntaria de acciones de responsabilidad social destinadas a promover condiciones de igualdad en el seno de la empresa o en su entorno social. En esta línea, un caso de interés puede ser el de la empresa emergente “IronHack”, fundada en España en 2013, que supo adoptar medidas innovadoras para aumentar la escasa participación de mujeres en sus cursos. Una de esas medidas se lanzó en colaboración con la start-up “Wallapop”, cuyos usuarios registrados son, en su mayor parte, mujeres. Ambas empresas acordaron lanzar una campaña el 8 de marzo de 2017, ofreciendo

---

<sup>62</sup> Esta política, junto a otras, ayudó a reducir el desempleo de Alemania del 10 % en 2003 a menos del 5 % para 2015.

<sup>63</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., p. 24.

becas generales de 1.000 euros para todas las mujeres participantes en sus programas, además de cien becas (90 de 1.500 y 10 de 6.500 euros), para inscribirse en cursos específicos de programación. La iniciativa superó las expectativas de sus promotores y la participación a los cursos formativos fue masiva.

Asimismo, el sector privado puede invertir más en la capacitación y readiestramiento de empleados en las empresas o en asociación con instituciones académicas y de otro tipo. En China, por ejemplo, la “All-China Women’s Federation” ha forjado acuerdos con empresas del sector privado, incluida “Alibaba”, para impartir capacitación y establecer redes de contacto a las mujeres, especialmente en los sectores del comercio electrónico y la tecnología. De este modo, los trabajadores de mitad de carrera tendrán que actualizar o desarrollar nuevas habilidades; en 2018, el 54 % de los empleadores estaban proporcionando oportunidades adicionales de capacitación y a su fuerza laboral existente con el fin de que se reciclaran profesionalmente, en comparación con el 20 % en 2014<sup>64</sup>.

Es fundamental poner el enfoque en la inclusión igualitaria de los trabajadores de ambos sexos en los procesos de selección y promoción para cualquier tipo de puesto, incluidos los de carácter técnico. En el sector tecnológico, la falta de transparencia en el proceso de evaluación de los candidatos para el acceso al puesto, es una de las barreras que impiden —en mayor medida que en otros sectores— que las mujeres opten a puestos de responsabilidad. También se debe prestar especial atención a las valoraciones efectuadas por programas informáticos que utilicen inteligencia artificial o algoritmos como medio para seleccionar al trabajador para un puesto, pues debe descartarse cualquier tipo de resultado parcial o afectado por el sesgo de género, favoreciendo a los candidatos hombres. El Informe “Trabajar para un futuro más prometedor”, de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (OIT), advierte que los algoritmos utilizados para la asignación de puestos de trabajo pueden reproducir sesgos y prejuicios históricos. De ahí que resulte necesario la existencia de una reglamentación para regular el uso de los datos y la responsabilidad exigible en cuanto a la utilización de algoritmos en el mundo del trabajo.

En esta línea debe mencionarse la noticia reciente que se ha hecho eco sobre el sistema de inteligencia artificial que utilizaba Amazon a la hora de seleccionar a sus

---

<sup>64</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit, p. 20.

trabajadores. Los expertos de Amazon empezaron a construir en 2014 este sistema para revisar el currículum de los postulantes de empleo. El objetivo era agilizar la búsqueda de los mejores talentos, basándose en los archivos de los últimos 10 años de la compañía. Sin embargo, en 2015 la compañía se dio cuenta de que esta herramienta discriminaba a las mujeres candidatas, pues en su lugar, prefería contratar a hombres. Sirvió como un claro ejemplo de lo que ocurre cuando entrenas a un sistema con unos datos que piensas que no están sesgados pero que realmente lo están. El sistema de Amazon penalizaba a las postulantes cuyos currículums incluían la palabra “mujeres”, debido a que la inteligencia artificial había sido entrenada con los perfiles de los solicitantes de empleo de los últimos 10 años, siendo en la gran mayoría de personas contratadas, hombres. Tras este suceso, las críticas fueron inmediatas, especialmente referidas a la inexistente reacción por parte de la empresa frente a la clasificación exclusiva de hombres, sin preguntarse por qué no seleccionaba a mujeres, dando por hecho que lo estaba haciendo bien.

En cuanto a las medidas en el seno de la empresa, quiero hacer mención en este caso, de la práctica seguida en muchas empresas de adoptar formalmente políticas de igualdad, con pequeñas concesiones superficiales a la mujer trabajadora, pero con una escasa o nula influencia en la práctica para cambiar su situación desigual, en comparación a sus compañeros varones, lo que se conoce como “tokenismo”. Las empresas pretenden evitar que sean acusados de seguir una política discriminatoria hacia la mujer, aunque sea lo que ocurra en realidad. Este tipo de conducta suele darse en empresas masculinizadas, relacionadas con la ingeniería y/o la informática. En ellas, las trabajadoras suelen estar excluidas o discriminadas en ciertas áreas, ven impedido su desarrollo profesional, sufren una alta exposición debido al escaso número en la plantilla que las hace más visibles, o ven cómo sus características propias se difuminan para que encajen en los planteamientos de sesgo masculino existentes. El tokenismo entorpece la búsqueda por terminar con el techo de cristal, pues el aislamiento y la marginación que sufren las mujeres directivas impide el desarrollo de un sentimiento de pertenencia a la empresa y limita su influencia dentro de la misma, sobre todo en los Comités directivos. En muchas ocasiones las decisiones son tomadas en reuniones informales, a las que ellas ni siquiera son invitadas. Ante este panorama, conviene analizar si las medidas de igualdad adoptadas tan sólo pretenden ajustarse a una imagen de legalidad formal y socialmente responsable. Esta situación es la más peligrosa y

difícil de detectar, ya que requiere una mayor indagación sobre la actuación real de la empresa.

Por otro lado, la movilidad laboral y la flexibilidad que ayudan a mujeres y hombres a moverse entre empleadores, ocupaciones, sectores y geografías en atención a las necesidades de un mercado laboral en evolución, suelen implicar problemas estructurales a las mujeres, al ser menos móviles y flexibles que los hombres, por dedicarse casi de forma exclusiva al trabajo doméstico no remunerado: más de 1,1 billones de horas al año, en comparación con menos de 400.000 millones de horas para los hombres. En este sentido, una solución a esta situación podría pasar por la adopción por parte de empresas de políticas laborales flexibles. No obstante, una encuesta de 2018 de los empleadores señala que sólo el 23 % lo hacen. A nivel mundial, casi el 40% de las mujeres con empleo asalariado no tienen acceso a la protección social, como pensiones, prestaciones de desempleo, o protección de la maternidad.

Otro factor que limita la movilidad de las mujeres es que, tanto en las economías maduras como en las emergentes, las mujeres enfrentan peligros para su seguridad física cuando viajan, constituyendo un límite potencial para el mantenimiento o acceso a un empleo. Varios países han intentado solucionar este problema introduciendo vagones de tren sólo para mujeres y otras opciones de viaje segregadas por género. En las economías emergentes, el acceso limitado a los sistemas de transporte y la inseguridad en el transporte representan el mayor obstáculo para la participación femenina en el mercado laboral, especialmente en la economía estructurada. Un estudio estimó que esta realidad reducía la probabilidad de que las mujeres de las economías de bajos ingresos participaran en el mercado laboral en 16,5 puntos porcentuales<sup>65</sup>.

Asimismo, las mujeres tampoco disponen de las mismas condiciones en el acceso en comparación con los hombres a redes que les ayudan a desarrollar sus habilidades, promocionar profesionalmente y transicionar hacia nuevos empleos. Una solución a ello la encontramos, por ejemplo, en la creación de grupos de contactos para mujeres y otros grupos de empleados insuficientemente representados. Esta práctica es seguida por la empresa hotelera estadounidense “Hilton”<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., p. 24.

<sup>66</sup> Ídem.

Otra de las medidas con mayor relevancia en este sentido es la referida a la conciliación de la vida laboral y familiar y de corresponsabilidad en el cuidado de hijos y familiares. Estudios avalan que muchas trabajadoras del sector digital, con independencia de su trayectoria previa, se ven obligadas a abandonar sus trabajos antes que los hombres, en la mitad de sus carreras. Tal decisión está directamente relacionada con el cuidado de familiares y con la maternidad. En esta línea, resulta fundamental que la empresa elimine ciertas prácticas formalmente neutras dirigidas a los trabajadores en puestos de responsabilidad que terminan provocando un claro perjuicio a las mujeres trabajadoras con cargas familiares. Como ejemplo, cabe citar la práctica de algunas empresas de fijar actividades voluntarias, como reuniones o eventos corporativos o grupos de discusión, los fines de semana, en vacaciones o al final de la jornada ordinaria de trabajo. El hecho del momento temporal en el que tienen lugar dificulta el seguimiento para los trabajadores con obligaciones familiares, como son, generalmente, las mujeres. No es difícil pensar que su no asistencia a estas actividades —aunque formalmente voluntarias— puede influir en la toma de decisiones empresariales (negativas, aunque de forma inconsciente) para la promoción profesional de la mujer<sup>67</sup>.

En esta línea tiene especial relevancia la cultura organizativa de la empresa, que se define en torno a dos opciones básicas de organización del espacio y el tiempo: rigidez o flexibilidad, si bien algunas empresas se sitúan a medio camino entre ambas. Así, encontramos empresas cuya organización del espacio y tiempo es rígida al considerar importante la presencia física de la persona en su puesto de trabajo, dentro de estrictos horarios y supervisión directa de los mandos. Este modelo organizativo, atendiendo a los altos niveles de competitividad y exigencia del sector, hace muy difícil la conciliación de la vida familiar y laboral, afectando específicamente a las mujeres, con especial atención a aquellas con puestos de responsabilidad, dirección de equipos o relación con la clientela.

En cuanto a los niveles de formación y difusión de medidas conciliatorias y de igualdad, en este tipo de empresas que se acogen al discurso de igualdad de género, las medidas tienden a incorporarse en el Convenio Colectivo o Plan de igualdad como un beneficio social. A ello se añade el concepto de “Responsabilidad Social Corporativa”. En la práctica se trata de una herramienta que ayuda a “vender” internamente estas

---

<sup>67</sup> Mella L., Op. Cit., pp. 17-21.

medidas y acciones para hacerlas efectivas. Por un lado, refuerzan la imagen de la marca de la empresa y su imagen en el mercado, por otro lado, mejoran la situación de la plantilla y en consecuencia, su productividad. Sin embargo, a la hora de implantarlas en empresas con una organización rígida, por ejemplo el teletrabajo o los horarios flexibles, que se incorporan como medidas innovadoras, al ser contrarias a su cultura y organización, pueden generar tensiones y requerir cambios organizativos, por lo que su ámbito de aplicación termina siendo limitado, sujeto en todo caso a la negociación con el superior, dificultando aún más su concesión.

También encontramos empresas con una organización del tiempo y espacio de trabajo flexible, que valoran a su personal por objetivos, sin fijar un horario de trabajo determinado ni una ubicación fija, sino variable: se permite el teletrabajo, trabajar desde la sede del cliente o en distintos países. Este tipo de empresas suelen ser más flexibles en las medidas conciliatorias, siendo frecuente la extensión de la suspensión por nacimiento de hijo, ciertos beneficios y flexibilidad en las excedencias, reducción de jornada y adaptación horaria, etc. Todo ello gracias a las TIC. Este tipo de organización permite la conciliación laboral y familiar, con independencia de la competitividad y exigencia del sector, facilitando así tanto la permanencia como promoción de la mujer.

Por último, dentro de la esfera de la empresa, encontramos dos tipos de discurso relacionados con el género, respecto a las medidas dirigidas a mejorar la situación de la mujer en la organización. El primero es el denominado “discurso de la igualdad de género”. Para las empresas que se acogen a este discurso, el género no tiene relevancia, ya que entiende la igualdad como igualdad de oportunidades y como política empresarial de no discriminación, ni a mujeres a ni a hombres, es decir, seleccionan personas con talento, ya sea para contratar o promocionar, con independencia del género. Este discurso avala a las empresas a justificar la escasez de mujeres en las consecuencias del entorno sociocultural, especialmente en el bajo interés que muestran las mujeres en estas salidas profesionales, así como a la hora de promocionar a puestos de dirección, teniendo diferentes objetivos, intereses, hombres y mujeres. En estas empresas en las que el género no es relevante, sí que lo consideran un valor transversal a la organización, considerando que existen ciertos elementos y personas (generalmente mandos intermedios) que discriminan a las mujeres. Esta discriminación también se refleja en la existencia de redes informales masculinas, al dedicar demasiadas horas para la comida y celebrar reuniones a última hora de la tarde.

El segundo es el denominado “discurso de la diversidad de género”, que reconoce la existencia de diferencias de género, raza, edad, etc., que aporta valor tanto a la plantilla como a los consumidores. Se suelen asegurar de tomar medidas que aseguren una presencia equilibrada de ambos sexos en cada proceso de selección y promoción, y se esfuerzan también en modificar su estructura empresarial para dar espacio a todas las personas que quieran acceder a la empresa, encajando distintos estilos de vida. El abordaje de cambios en la organización y cultura de la empresa no implica una afectación en su economía y eficiencia. Las empresas con este discurso de diversidad adoptan medidas para asegurar la atracción y permanencia de talento dentro de la empresa, y con ello, la eficiencia. De este modo, en ocasiones vemos cómo ponen a disposición de la plantilla dichas medidas para que hombres y mujeres, de forma voluntaria y libre, se acojan a ellas (siendo su aplicación fruto de negociaciones con los superiores). Otras empresas entienden que no basta sólo con informar a la plantilla, sino que además, es necesario llevar a cabo a todo tipo de acciones para acabar con las barreras que les impiden acogerse a ellas, generalmente, los mandos intermedios. Y por último, empresas que unido a todo lo anterior, además de informar sobre las medidas, ponerlas a disposición de la plantilla, ejecutan medidas para hacerlas accesibles a todas las categorías profesionales, con independencia de su nivel de responsabilidad, extendiéndose también a los altos directivos. Así, vemos que mujeres y hombres directivos teletrabajan desde otro país algunos días de la semana<sup>68</sup>.

Finalizamos este apartado haciendo referencia a las medidas que deben implementarse por parte de los Gobiernos, entre ellas, la creación de vías para las mujeres en los campos STEM. La campaña científica del Gobierno canadiense tiene el objetivo de alentar a las mujeres jóvenes a optar por carreras científicas. Las organizaciones sin fines de lucro de todo el mundo, desde Afganistán hasta los Estados Unidos, tienen como pilar central el desarrollo de las habilidades de codificación por parte de las niñas. Las empresas en los campos de STEM deberían invertir y asociarse con organizaciones no lucrativas y universidades para desarrollar una línea más amplia de mujeres en tecnología. Asimismo, las empresas, a través de asociaciones, pueden apoyar a las comunidades y clubes de mujeres ofreciendo oportunidades de networking o prácticas tempranas.

---

<sup>68</sup> Castaño C. y Webster J., Op. Cit., pp. 147-153.

En segundo lugar, el acceso de la mujer a la tecnología básica de apoyo debe ampliarse. La GSMA estima que existen 433 millones de mujeres no conectadas en las economías emergentes. El principal objetivo debería pasar por mejorar el acceso de las mujeres a Internet y a las tecnologías móviles, así como ofrecerles vías de acceso al aprendizaje en línea y a plataformas de trabajo independientes.

En tercer lugar, las mujeres necesitan más ayuda para desarrollar sus habilidades digitales. En la India, las empresas Google y Tata Trust financian el programa “Saathi de Internet” con el fin de aumentar la alfabetización digital entre las mujeres rurales. Sin embargo, aún queda mucho por hacer. En un estudio de 2015, la GSMA indicó que había encontrado pocos ejemplos de iniciativas a gran escala centradas específicamente en la enseñanza de la alfabetización móvil y las aptitudes digitales de las mujeres. No obstante, sí que encontró diversas prácticas de operadores de redes móviles centradas en abordar la brecha en los países en desarrollo.

En cuarto lugar, se deben analizar todas las barreras a las que se enfrentan las mujeres que trabajan en la economía colectiva. Entre ellas encontramos: preocupaciones menor acceso a Internet, escasos dispositivos móviles entre las mujeres, y una menor protección social en comparación a los trabajadores con empleo formal<sup>69</sup>.

### **3. Desigualdad en el acceso a los recursos y cultura masculina de las STEM**

En relación al contexto de los ascensos profesionales y las relaciones de los trabajadores con los superiores jerárquicos, es un hecho indiscutible que las mujeres no tienen acceso en la misma medida que los hombres a las redes que les ayudan a desarrollar sus aptitudes y a progresar en su carrera. Las mujeres comunican en un mayor número a sus compañeros que nunca han tenido interacciones sustantivas con altos dirigentes en relación a su trabajo. También es más probable que digan que nunca han tenido interacciones informales con líderes senior, por ejemplo, conversaciones informales o reuniones de almuerzo. Aunque en un principio pueda parecer que esto no tiene mayor importancia, nada más lejos de la realidad, puesto que los altos dirigentes son a menudo los que crean oportunidades y abren puertas. Esta falta de acceso sitúa a

---

<sup>69</sup> Madgavkar A., Manyika J., Krishnan M., et al., Op. Cit., pp. 25-26.



las mujeres en una situación de desventaja, al no forjar relaciones de ningún tipo con los responsables de su promoción profesional.

En un estudio realizado en 2006 por el *American College of Healthcare Executives*, las mujeres trabajadoras del sector de la salud señalaron que aún siguen excluidas de las redes informales que representan importantes conductos de promoción. El Informe señala que mientras el 48 % de los hombres almorzan con otros gerentes al menos una vez al mes, tan sólo el 33 % de las mujeres hacen lo propio.

En los últimos años el feminismo se ha convertido en un movimiento muy visible y se ha hecho presente en todas las esferas, poniendo el acoso sexual en el trabajo como centro de muchas campañas. De forma notoria destaca el movimiento #MeToo a finales de 2017 y principios de 2018. Algunos estudios indican que los hombres se están volviendo más reacios a estar solos con una mujer, lo que compromete aún más las oportunidades de trabajo en red. Una encuesta encontró que el 30 % de los gerentes hombres dijeron que se sentían incómodos trabajando solos con una mujer, el doble de la cuota anterior; los hombres mayores eran 3.5 veces más propensos a dudar acerca de tener una cena de trabajo con una mujer menor, y cinco veces más propensos a dudar de viajar por trabajo con una joven<sup>70</sup>.

De lo expuesto cabe concluir que los esfuerzos constantes por parte de todos los agentes sociales, políticos, institucionales, en visualizar la situación desigual de la mujer en el trabajo, ya no sólo a nivel salarial, sino en relación a las peores condiciones laborales que tiene, y especialmente en el acoso que sufre, en ocasiones parece que no sirve de nada, incluso, sobre este último punto, revierten la situación hasta empeorarla. Es por ello que la reacción de los empresarios o superiores jerárquicos de la empresa no debería consistir en una conducta reacia, o incluso de rechazo o miedo por pasar tiempo con sus compañeras de trabajo, sino en una conducta de respeto absoluto hacia todos sus colegas, sin distinción de sexo, ofreciendo las mismas oportunidades laborales. Una reunión o comida informal puede ser determinante para ascender profesionalmente, ya que en ella se conoce a la persona trabajadora, sus intenciones, cualidades, opiniones sobre su puesto y posibles mejoras. La exclusión de las mujeres a este tipo de eventos por el simple hecho de ser mujeres es otra prueba más de la situación discriminatoria que viven en el trabajo y en la sociedad.

---

<sup>70</sup> Madgavkar, A., Manyika, J., Krishnan, et al., Op. Cit., pp. 102-103.

Por el contrario, una vez llegan a las posiciones más altas, especialmente en el ámbito de la ciencia y la tecnología, se plantea la siguiente cuestión: ¿Las mujeres deben adaptarse a la cultura masculina tradicional imperante en estos ámbitos o deben incorporar su perspectiva a la cultura de las STEM?

En realidad, a las mujeres no les resulta nada fácil adecuarse al estilo de vida y trabajo que la organización del trabajo y los horarios en los ámbitos de la ciencia y la tecnología establecen, a partir de modelos de conducta masculinos. La cultura científica y tecnológica, los sistemas de acceso y promoción, las redes informales de apoyo académico y profesional, son muy masculinos, no sólo desde el punto de vista de sus integrantes (mayoría abrumadora de hombres), sino también de la cultura y las costumbres. Frente a esta situación, las mujeres no tienen otra opción que optar entre la identidad femenina interna, la familia y la carrera profesional. Hasta el momento, la mayoría de las mujeres que han optado por profesiones en ciencia e ingeniería se han visto forzadas a adaptarse al modelo masculino de dedicación total al trabajo y de dedicar grandes inversiones de tiempo y dedicación a la profesión<sup>71</sup>.

La segregación vertical de género muestra la diferente posición de los hombres y las mujeres en las jerarquías profesionales y académicas. Es cierto que estamos observando un aumento incesante del número de mujeres universitarias y doctoras, pero conforme se asciende en la escala de puestos y de poder de decisión, cada vez observamos menos mujeres. Si ascendemos hasta el puesto de directoras de centros de investigación y rectores de universidades, o miembros de academias y asociaciones científicas, consejeras o presidentes de empresas tecnológicas, la realidad es que encontraremos un número muy bajo de mujeres. Estas posiciones de máximo nivel otorgan los mayores ingresos, prestigio social y estabilidad en el empleo, además de su alta capacidad de influencia sobre el futuro. Esta segregación de género vertical y jerárquica se acentúa aún más en el ámbito de la ingeniería, especialmente en las TIC.

### **3.1.1 La teoría de la masa crítica**

---

<sup>71</sup> Castaño C. y Webster J., Op. Cit., p. 27.

La controversia en relación al *estado de situación* se suele atribuir a que no hay suficientes candidatas, es decir, no existe una masa crítica de mujeres preparadas y dispuestas acceder a esos puestos. La “teoría de la masa crítica” parte de la idea de que una minoría reúne un número suficiente de personas que puede conducir a un número cualitativo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo y relaciones organizativas, acelerando una dinámica de cambio que favorecería el acceso de otras personas pertenecientes a esta minoría y su progresión en la jerarquía. De este modo bastaría con ir incrementando la presencia de mujeres en los puestos más bajos para asegurar una mayor presencia femenina en los puestos de mayor responsabilidad. Sin embargo, la evidencia empírica demuestra la ineficacia e insuficiencia de este planteamiento, pues, incluso cuando hay suficientes candidatas, las mujeres seguirán sin promocionar debido al funcionamiento de tiempo importantes sesgos de género e interpretaciones tendenciosas en la definición de la excelencia científica investigadora.

Un punto a tener en cuenta es el hecho de que los conocidos como “gate keepers” de la excelencia científica pertenecen a redes masculinas con hábitos muy tradicionales, aceptados en función de las conductas más estereotipadas de los hombres. Encontramos a miembros de Comités de Universidad, revistas científicas, departamentos, o los propios responsables de establecer las condiciones de acceso y promoción, quienes tienden a elegir a candidatos varones similares a ellos mismos; mientras que por el contrario desconfían de las mujeres y las someten a escrutinio extremo otorgando menos valor a sus aportaciones aunque sean del mismo o superior nivel que las de los hombres.

Sobre este punto, un influyente artículo en la revista “Nature”, demostró que a la hora de juzgar solicitudes de becas posdoctorales, los revisores juzgaban con dos puntos por debajo a las presentadas por mujeres aunque sus méritos, publicaciones, etc. fueran superiores.

Lo expuesto no concuerda con la ética de universalismo y meritocracia propias de la ciencia, argumentos que además fueron utilizados para explicar la escasa presencia de candidatas y masa crítica de mujeres. Para llegar a comprender que el problema no es la masa crítica sino que tiene más complejidad, con frecuencia se utiliza el concepto de techo de cristal, que se complementa con el de “suelo pegajoso” (sticky floor) que se refiere a las fuerzas que tienden a mantener a las mujeres en los puestos de base o

intermedios de la pirámide organizacional. Un ejemplo práctico: el hecho de asignar a las mujeres más tareas administrativas que a sus colegas varones porque se supone que les gusta más y se les da mejor, lo que provoca que dispongan de menos tiempo para investigar y publicar, y terminan retrasándose en la carrera científica investigadora<sup>72</sup>.

### **3.1.2 Segregación horizontal y vertical en la investigación y empleos STEM.**

Los datos disponibles sobre la presencia de las mujeres en los estudios y el empleo relacionados con la investigación en ciencias y matemáticas, ingeniería y tecnologías de información, confirman la existencia de una marcada segregación horizontal y vertical en España muy similar a la situación en el conjunto de la Unión Europea. El primer problema es la dedicación absoluta y exclusiva al trabajo, bajo la justificación de la igualdad de oportunidades, mérito y capacidad individual (lo que llamamos meritocracia). Este sistema está pensado en función de una dedicación absoluta y total a la ciencia. Si trasladamos esta realidad a la práctica, nos daremos cuenta fácilmente que sólo los hombres que cuentan con el apoyo incondicional de sus parejas pueden cumplir estas expectativas. Las necesidades actuales de las mujeres científicas y tecnólogas se centran en encontrar el equivalente para que se dedique al cuidado de sus hijos y su hogar a tiempo completo, con el fin de poder desarrollar su carrera en calidad con sus colegas varones.

El segundo problema es que no se incorpora la perspectiva del curso de la vida a la hora de analizar las diferencias en las condiciones de partida de mujeres y hombres y los procesos por los que las mujeres pueden acumular desventajas a lo largo de su carrera, lo que les impiden alcanzar posiciones de responsabilidad incluso aunque tengan méritos similares a sus colegas.

El tercer problema es la asunción implícita de que las mujeres deben asimilar de forma incuestionada las actuales prácticas científico-tecnológicas en vez de aportar una visión crítica acerca de los cambios necesarios en las instituciones y las prácticas científicas para favorecer su participación.

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*, pp. 31-34.

Si se excluye a las mujeres del liderazgo científico, excluyéndolas de la definición y la búsqueda de soluciones a los problemas científicos, la pérdida será enorme, no sólo para las propias mujeres, sino para la sociedad en su conjunto, al verse privada de la visión y aportaciones de la mitad de la población.

Los estudios empíricos feministas sobre la relación entre género y tecnología ha avanzado muchísimo las dos últimas décadas. Se concluye que mientras el ideal vocacional continúe siendo el de alguien completamente dedicado a su carrera profesional no será posible hablar de igualdad entre hombres y mujeres. Cada vez se hace más evidente la necesidad del acceso de las mujeres al núcleo de la práctica científica y tecnológica. Pero primero tendrán conocerlas, y dominarlas, para que puedan enriquecerlas con sus aportaciones, haciendo que la ciencia, la tecnología y la innovación, sean mejores<sup>73</sup>.

Judy Wacjman reivindica el papel de la investigación tecnofeminista que desmonta la división o dicotomía diseñador/ usuario de tecnologías, productor/ consumidor de artefactos, que es lo que termina colocando a las mujeres a un lado (usuarias/consumidoras) y a los hombres a otro (diseñadores/productores). Los intereses de hombres y mujeres no están dados objetivamente, sino que se construyen conjuntamente, esto permite que las mujeres hagan cambiar la tecnología a pesar de los límites y exclusiones. Por lo expuesto, es necesario seguir exigiendo el aumento de la presencia de mujeres en todos los niveles de las actividades científicas y tecnológicas desde la educación y la investigación, las academias, los comités de becas, hasta las empresas, departamento de fabricación, diseño de productos, elaboración de software y juegos los contenidos en Internet.

Finalmente, el objetivo final es que las mujeres se incorporen a la sociedad del conocimiento y la información como creadoras e innovadoras, representando una parte esencial de los recursos humanos de alta cualificación, necesaria para la innovación y el emprendimiento; también como gestoras innovadoras, aportando un cambio en la cultura de las organizaciones empresariales e institucionales. Todo esto no se trata únicamente de una cuestión de equidad; las mujeres representan más de 50% de la población y deben participar y ser protagonistas en todos los ámbitos de la ciencia, la innovación y la sociedad de la información, sino también de eficiencia: las mujeres

---

<sup>73</sup> *Ibíd*em, pp. 39-41.

deben verse como una reserva de recursos humanos de alta cualificación para la ciencia y la innovación. Pero para que todo ello sea posible, es necesario la puesta en marcha de políticas que insistan en el cambio estructural y cultural en los ámbitos científicos y tecnológicos, y en la incorporación de la perspectiva de género en los contenidos de investigación. De no ser así, seguiremos con la tendencia actual<sup>74</sup>.

### **3.1.3 El caso de la Universidad Isabel I: excepción digna de estudio**

La Universidad Isabel I es una institución dedicada a la enseñanza superior online, de base tecnológica, que se encuadra dentro del sector digital. Considero que representa una excepción digna de estudio dentro del sector digital, al no presentar signos de masculinización, sino más bien al contrario: emplea un número significativo de mujeres (jóvenes) que ocupan puestos de alta responsabilidad. En su gran mayoría se trata de trabajadoras cualificadas pertenecientes al ámbito de la enseñanza superior con competencias tecnológicas, y con capacidad suficiente para ascender a puestos con altas responsabilidades. En esta institución privada abunda la presencia femenina joven y la presencia de mujeres en puestos directivos. Todo ello hace que sea un caso que merezca ser analizado, siendo el modelo ideal al que deben aspirar las empresas del sector digital en materia de igualdad.

Esta institución rompe de manera efectiva hace poco más de 5 años en el panorama universitario español con un carácter genuinamente online o virtual, en consonancia con el Espacio Europeo de Educación Superior y acorde al espíritu del Plan Bolonia. Y poco a poco va teniendo más repercusión y prestigio en el escenario del sector digital y de la enseñanza universitaria online por tener una plantilla joven donde además las mujeres tienen gran presencia y ocupan cargos de responsabilidad.

Entre los cargos del organigrama académico y empresarial ocupados por mujeres destacan, a título ejemplificativo: la Presidencia del Consejo de Administración, la Presidencia de la Mesa de Contratación, 2 Vicerrectorados, 2 Decanatos, el

---

<sup>74</sup> *Ibíd*em, pp. 46-47.

Departamento de Comunicación y el Departamento de Financiero, la Unidad de Calidad o el Área de desarrollo de negocio.

En la Universidad hay unas 28 mujeres con cargos de responsabilidad de una plantilla total de 432 trabajadores. En cifras generales de empleados: de los 432 empleados el 54% son mujeres y el 46% son hombres. Y si distinguimos por los colectivos de profesores/investigadores (PDI) y trabajadores de administración y servicios de los centros (PAS), de los 47 profesores contratados en la universidad el 55% son mujeres y de los 65 miembros del PAS el 75% son mujeres.

Estas estadísticas globales conectan con un hecho relevante: la juventud de las empleadas. A finales de enero de 2018, en base a los datos oficiales del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, esta universidad contaba con la plantilla docente más joven del sistema universitario español, con una media de 38 años frente a los 49 del resto de instituciones académicas del país. En caso de comparar la edad de la plantilla con el factor del sexo, comprobamos que siendo la media de edad de la institución los 38 años, esta tasa baja en las mujeres a los 37 años, y sube en los varones a los 40 años. A modo de conclusión: en la universidad trabaja un porcentaje significativo de mujeres (en números globales –el 54 % de la plantilla– y también en el PDI –55% de profesoras–, y en el PAS – 75 % de mujeres–), con una media de edad de 37 años.

La Universidad Isabel I es, sin duda, un caso digno de estudio, ya que refleja una realidad que no concuerda con la situación habitual del masculinizado sector digital. Muchos de los campos de trabajo que ocupan mayoritariamente las empleadas de la Universidad donde desempeñan tareas de dirección no suelen ser estar ocupados por mujeres en las empresas e instituciones del sector digital. Si lo miramos desde otra perspectiva: este número importante de mujeres con alta responsabilidad ha accedido o ha promocionado en la universidad por méritos propios, percibe la misma retribución que sus homólogos masculinos y trabajan en condiciones de trabajo idénticas, únicamente tratadas de manera especial en base en alguna de las previsiones legales a las que se pueden acoger por motivos de discriminación positiva de la mujer. Toda esta situación es representativa de una institución universitaria que ha aplicado generalmente la igualdad de trato de manera natural, y no obligada por la extensa normativa antidiscriminatoria. Podría decirse que ha seguido la senda de la igualdad de sexos de forma casi inconsciente, impregnada e imbuida de un espíritu igualitario que a mi juicio

tiene más que ver con el talento y mérito propio de las trabajadoras que con el hecho de querer cumplir necesariamente con la legislación social laboral vigente.

En definitiva, la Isabel I es una rara avis dentro de las entidades del pujante sector tecnológico, una institución dedicada a la enseñanza universitaria online que destaca por la presencia femenina en los puestos más altos, en un marco de no discriminación y medidas favorables de conciliación. Con estas características, no es extraño que sea un caso digno de análisis, ya que puede convertirse en el modelo a seguir por todas las empresas del sector digital en materia de igualdad, terminando con los estereotipos de género y la segregación ocupacional y vertical, promoviendo la existencia de organizaciones tecnológicas en las que exista una presencia importante de mujeres que desempeñe sus funciones en ambientes de trabajo libres de discriminación y de patologías de género, a favor de la igualdad de trato, la promoción de las trabajadoras, la supresión de la brecha salarial y la efectiva conciliación de la vida profesional y personal<sup>75</sup>.

#### **4. Problemas de financiación: mujeres emprendedoras**

A continuación trataremos uno de los aspectos con más incidencia en la situación de las mujeres empresarias, como es el déficit de financiación al que se enfrentan. En primer lugar, debería incentivarse su subsanación como parte de un amplio esfuerzo para alentar activamente a las mujeres a crear tecnología y a trabajar en nuevas formas, por ejemplo, convirtiéndose en emprendedoras, creando empresas o plataformas relacionadas con el comercio electrónico. Considere que, en 2018, los equipos fundadores exclusivamente masculinos recibieron el 85 % de la inversión total de capital de riesgo en los Estados Unidos, mientras que los equipos exclusivamente femeninos recibieron sólo el 2 %, y los equipos neutrales en materia de género sólo el

---

<sup>75</sup> Conde P., “La presencia de la mujer en el sector digital y, particularmente, en la enseñanza superior online. El caso de la Universidad Isabel I”, en *Los retos de la igualdad en un escenario de transformación digital*, Dykinson (Ed.), 2019, Madrid, pp. 24-30.



13 %. En Europa, las cifras son aún más bajas: el 93 % del capital recaudado en 2018 fue destinado a equipos fundadores exclusivamente masculinos<sup>76</sup>.

En los Estados Unidos, la realidad es muy similar: sólo alrededor del 7% de los fondos de capital de riesgo se destinan a proyectos fundados por mujeres, un número insultantemente bajo teniendo en cuenta que las mujeres crean aproximadamente el 30% de todas las startups del país, empleando a más de 8 millones de personas y generando alrededor de 1,4 billones de dólares en ventas.

Generalmente se identifica al hombre en el papel de emprendedor de éxito, y desafortunadamente, la mayoría (más de un 90%) de los responsables de los Fondos de Capital Riesgo son hombres. Estos hechos unidos conllevan a que inconscientemente, los inversores tiendan a invertir en empresas fundadas por aquellos con quienes se sienten más conectados. Debido a que aproximadamente el 90% de los inversores son hombres - y el 96% de los líderes de las empresas también son hombres - suelen invertir en proyectos fundados por hombres.

De este modo, en el momento que las mujeres emprendedoras se acercan a los inversores con ideas de negocios, la mayoría de los inversores no entienden esos proyectos porque no sienten esas necesidades que han tenido esas mujeres al fundar las empresas. Tampoco ven los problemas que intentan resolver las mujeres con esas empresas fundadas por ellas. Puede que el hecho de que automáticamente desconfíen de sus proyectos sea algo inconsciente, pero no trasladable ya al contexto actual en el que vivimos<sup>77</sup>.

Por lo expuesto, es imperativo que los inversores intensifiquen sus esfuerzos para promover la diversidad de género y eliminar el sesgo de género en la financiación. La “Iniciativa de Financiación para Mujeres Empresarias” del Banco Mundial financia iniciativas destinadas a abordar las limitaciones financieras y no financieras que tienen las mujeres empresarias en los mercados emergentes. En una primera ronda de proyectos aprobados, espera movilizar más de 800 millones de dólares en nuevos fondos para las pequeñas y medianas empresas dirigidas por mujeres.

---

<sup>76</sup> Ídem.

<sup>77</sup> Gómez E., “Las mujeres, ¿cómo encuentran financiación para fundar sus proyectos empresariales? ”. Disponible en: <https://www.mujeresconsejeras.com/financiacion-femenina-proyectos-empresariales/> [Fecha de consulta: 24/11/2021].

Afortunadamente, los inversores no son las únicas opciones para las mujeres que buscan financiación. De hecho, pueden evitar el capital riesgo para poder financiar sus startups, a través de las siguientes opciones:

- Préstamos comerciales tradicionales. En España, Enisa es la única institución que otorga préstamos a *startups* sin necesidad de aval.
- Líneas de crédito.
- Crowdfunding.
- Microcréditos sin avales: se trata de una iniciativa, en el marco del programa PAEM<sup>78</sup>, que ofrece la posibilidad de acceso a una micro financiación de hasta 25.000 euros a las mujeres que están pensando en crear su propia empresa o en promocionar y consolidar una ya creada. No exige avales de terceros de las beneficiarias del Programa, y se conceden con unas condiciones ventajosas. El programa se desarrolla gracias a un convenio de colaboración firmado entre el Instituto de la Mujer y MICROBANK.
- Ayuda en la obtención de avales: Aquella mujer que necesite financiación para su proyecto y quiera obtener un aval podrá dirigirse a las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) de su Comunidad Autónoma. La bonificación que ofrece el Instituto de la Mujer es de hasta 800 euros por proyecto.

La desigualdad a la hora de conseguir financiación provoca que las mujeres inicien sus empresas con un 50% menos de financiación que los hombres en general, además de tener que reducir al máximo los gastos en sus proyectos. Esta realidad choca con el superior índice de mortalidad en los proyectos de los hombres (70%) en comparación con el de las mujeres (44%). En EEUU, el número de *startups* liderados por mujeres está aumentando exponencialmente: el año pasado se fundaron 5 veces más empresas por mujeres que las empresas fundadas por hombres. Es más, las mujeres han demostrado ser más efectivas en obtener financiación de fuentes alternativas.

Lo expuesto ejemplifica un cambio significativo. Por un lado se están creando redes de Business Angels para proyectos fundados por mujeres como la española Swan,

---

<sup>78</sup> El PAEM es un programa de ámbito nacional promovido por el Instituto de la Mujer y la Cámara de Comercio de España con la cofinanciación del Fondo Social Europeo. Su objetivo es prestar asesoramiento empresarial a mujeres con una idea o proyecto de negocio o con un plan de modernización y ampliación de una empresa ya creada.

y por otro, cada vez inversores están cambiando su estrategia de inversión invirtiendo en proyectos de mujeres<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Ídem.

## **CAPÍTULO III. OBSTÁCULOS EN LA CARRERA PROFESIONAL DE LA MUJER.**

### **1. Historia del Derecho del Trabajo y protección de la mujer trabajadora**

#### **1.1.1 Los orígenes del Derecho del Trabajo**

Es ya un lugar común señalar que el Derecho del Trabajo parte de la constatación fáctica de una relación desigual o asimétrica entre trabajador y empresario, por lo que busca, por diversos medios, restablecer el equilibrio o, por lo menos, atenuar la desigualdad existente. Se presenta, entonces, como indispensable el apoyo o protección a una de las partes de la relación: A la objetivamente más débil. Por esa razón, y dada la implicancia personal del trabajo prestado por cuenta ajena, la doctrina sostiene —entre ella, el catedrático Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Viña— que estamos ante un ordenamiento eminentemente tuitivo, que busca proteger o defender determinados derechos o intereses del trabajador, los cuales podrán ir evolucionando o ser diferentes dependiendo de los valores predominantes en cada período histórico<sup>80</sup>.

Este carácter tuitivo, que desde su origen estuvo marcado por la impronta social de custodiar la dignidad de la persona que trabaja para otra de forma dependiente, viene experimentado una continua revisión de sus fundamentos e instituciones. Hoy en día, frente a las críticas que pretenden su total desaparición, se habla de la "deconstrucción" del Derecho del Trabajo, ante la presión de la ideología neoliberal. Sin embargo, si revisamos esta disciplina, podemos considerar, como defiende la doctora Pacheco Zerga, que se aprecia más bien la metamorfosis de algunas de sus instituciones centrales, en aras de mantener el empleo en una sociedad globalizada y competitiva. Mientras que en relación con la protección de la mujer trabajadora, se observa una evolución directamente relacionada con la mejor comprensión de su igual dignidad y de

---

<sup>80</sup> Martín A., Rodríguez-Sañudo F., y García J., "Derecho del Trabajo", Madrid: Tecnos. 2007, p. 52.

los defectos, errores, de una regulación que convirtió en excesivamente onerosa, la contratación de la obra de mano femenina para el empleador<sup>81</sup>.

Para comprender el marco histórico que propició la irrupción del Derecho del Trabajo, debe tenerse en cuenta la ideología imperante en aquel entonces: en los siglos XVIII y XIX el liberalismo postulaba que únicamente las leyes naturales del mercado debían regular las relaciones entre los individuos, mientras que el Estado debía abstenerse de regular las relaciones económicas. El capitalismo salvaje resultante propició un orden económico y social injusto que se tradujo en el predominio absoluto de la parte empresarial frente a la clase trabajadora en el campo laboral. Las condiciones de trabajo y de vida imperantes en este régimen se basaban en la fijación de bajos salarios, largas y agotadoras jornadas de trabajo, precarias condiciones de seguridad e higiene, y altas tasas de mortalidad de la mano de obra, especialmente de los niños y las mujeres. Como señala Ojeda Avilés; Presidente de Honor de la Asociación Española de Sanidad y Seguridad Social, el obrero era *tratado como un objeto y apenas tenía capacidad de reacción a causa del llamado ejército de reserva de mujeres y niños, utilizados extensivamente y a precios mínimos[...]*<sup>82</sup>.

Todo ello alentó la reacción organizada de los trabajadores, planteando reclamaciones colectivas con el fin de obtener una mejora de su calidad de vida<sup>83</sup>. Al mismo tiempo supuso la intervención del Estado que permitió la canalización del conflicto que amenazaba el orden social establecido, limitando la autonomía de la voluntad empresarial, y favoreciendo una negociación más equilibrada entre las partes, lo que ayudó a controlar el fortalecimiento del movimiento obrero en pleno auge. Se muestra así la doble función, tuitiva y pacificadora, que se le atribuye al Derecho del Trabajo. O también, como lo han denominado los catedráticos García Perrote y Tudela

---

<sup>81</sup> Pacheco, L., “La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social”, en *Revista IUS*, Vol.6, Núm. 29, 2012, p. 109.

<sup>82</sup> Boza G., “Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo”, en *THEMIS: Revista de Derecho*, Núm. 65, 2014, p. 17.

<sup>83</sup> Däubler, W. “Diritto sindacale e congestione nella Germania Federale”, Milán: Franco Angeli Editore, 1977, pp. 71-77.

Cambronero, el carácter “ambiguo, ambivalente y contradictorio” del Derecho del Trabajo<sup>84</sup>.

El análisis de la situación de la clase obrera en el contexto mencionado ha dado lugar a millares de páginas de crónicas y de análisis. Parece irrefutable la certeza de los acontecimientos y su valoración inevitablemente negativa. Por lo que aquí respecta, y como tiempo después se formuló con total claridad y rotundidad, su situación fue la más afectada por las consecuencias de la implacable “Ley de la Tasa de beneficio decreciente” (K. Marx), que señalaba la inevitabilidad para el empresario capitalista, en un sistema de libertad de mercado, de reducir los costes de producción, pasando “irremediablemente” por reducir el coste de la mano de obra. A los efectos que aquí interesan, la situación se caracterizó por provocar un intenso desorden social que ponía en peligro la estabilidad del sistema capitalista industrial. La autoridad política sólo percibió sus efectos, sin entrar a indagar en las causas, de ahí que las medidas jurídicas adoptadas se dirigieran al restablecimiento y mantenimiento del Orden establecido, en concreto, tuvieron un sentido represor, orientadas a la defensa de los derechos individuales frente a la acción colectiva. Desde el primer momento se produjeron fenómenos de agrupación obrera para la defensa y reivindicación de sus intereses, siendo éste el germen de uno de los factores determinantes más relevantes para la aparición del Derecho del Trabajo, el movimiento obrero, que, con el tiempo dará protagonismo a un nuevo sujeto social de derecho, el sindicato<sup>85</sup>.

Es así que la consolidación y maduración del Movimiento obrero hasta conseguir una cierta operatividad, y la repercusión política imprescindible para provocar un replanteamiento de Orden social liberal/capitalista ocupa prácticamente todo el siglo XIX, definiéndose como el siglo de la Cuestión Social. Aunque haya de advertirse que sólo hasta bien entrado el siglo XX esa consolidación no llegará a consolidarse —si es que se acepta que se haya conseguido hoy día—. Sea como fuere, lo cierto es que a partir de este movimiento social de protesta y reivindicación, los Poderes públicos tuvieron que ir introduciendo reglas con el fin de corregir los peores excesos de la

---

<sup>84</sup> García, I. y Tudela G., “Compendio de Derecho del Trabajo”, en *Revista de Trabajo*, Núm. 92, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1988. pp. 17 y ss.

<sup>85</sup> Monereo J.L., Molina C., Moreno M<sup>a</sup> N. y Vila F., “Concepto y Configuración del Derecho del Trabajo”, en *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares (Ed.), 2019, pp. 19-20.

aplicación de las leyes del Mercado al Mercado de Trabajo. Surge, así, el último de los factores determinantes de la aparición del Derecho del Trabajo: el intervencionismo público de la organización de ese Mercado de trabajo.

La legislación obrera es la respuesta social que el Poder público dio a la acción de los trabajadores en defensa del orden económico establecido—así lo han defendido, entre otros, Monereo Pérez, Molina Navarrete o Vila Tierno—. Se concretó esta política de reforma defensiva en la misma dirección marcada por las reivindicaciones del movimiento obrero: (1) el reconocimiento del Derecho de Asociación y (2) la emanación de un nuevo tipo de normas correctoras de los excesos derivados del libre juego de las leyes económicas del Mercado<sup>86</sup>.

Algunos especialistas han especulado sobre el origen del creciente interés del Estado a la Cuestión social<sup>87</sup> del siglo XIX, señalando que la verdadera función del Derecho del Trabajo era la preservación del propio sistema capitalista de producción, al asegurar la supervivencia de su motor: La mano de obra. De una manera u otra, la legislación protectora, y en especial, la acción de las primeras organizaciones sindicales, consiguieron que se fijaran reglas básicas para limitar el abuso de los empleadores. El fortalecimiento y posterior consolidación del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma, independiente del Derecho Civil —que hasta entonces reguló el trabajo asalariado—, propició la ruptura con los principios jurídicos tradicionales y la aparición de principios propios, que respondiesen a la lógica de esta nueva rama jurídica<sup>88</sup>.

En ese sentido, se ha señalado que la autonomía del ordenamiento laboral supone enfrentarse a un proceso de corrección y sustitución de buena parte de las reglas

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 21-22.

<sup>87</sup> Por Cuestión social se entiende a la capacidad de que a los integrantes de una sociedad se les garantice la satisfacción de las necesidades básicas. De acuerdo con Sulmont, la cuestión obrera —verdadero eje de la cuestión social— *recoge la preocupación por las deplorables condiciones de vida de los obreros que contrastan con la riqueza generada por la industrialización*”. Sulmont D., “La cuestión laboral. Cambios y retos en el Perú”, en *Cambios sociales en el Perú. 1968-2008. Libro homenaje a Denis Sulmont*, Lima: Centro de Investigaciones Sociológicas, Económicas, Políticas y Antropológicas. 2009.

<sup>88</sup> De la villa L., García G y García I., “Instituciones de Derecho del Trabajo”. Madrid: Editorial Ceura, 1992, pp. 5-9.

civiles. Sin embargo, éstas seguirán teniendo un papel importante en la suplencia normativa y la fundamentación conceptual<sup>89</sup>.

Trataremos ahora de explicar, o buscar algún razonamiento que explique el tan tardío nacimiento de la ciencia española del Derecho del Trabajo, consistiendo en una ciencia radicalmente contemporánea, nacida en el pasado siglo XX. Pues bien, hasta el siglo XVIII dicho nacimiento resultó imposible por falta de base o sustrato que permitiesen teorizar, ya que hasta 1783 el «trabajo manual» fue sistemáticamente considerado en España como una actividad vil y despreciable, no susceptible de propiciar ninguna ciencia rigurosa sobre él, que debiese enseñarse. La asignación de esta indignidad y vileza del trabajo manual hunde sus raíces en la propia etimología de la palabra «trabajar», que viene «del latín vulgar TRIPALIARE “torturar”, derivado de TRIPALIUM: “especie de cepo o instrumento de tortura”<sup>90</sup>.

A la indignidad y vileza en cuestión puso fin formalmente la Real Cédula de Carlos III de 18 marzo 1783, sobre «Habilitación para obtener empleos de República los que ejercen artes y oficios, con declaración de ser éstos honestos y honrados». Esta norma fue promulgada en un contexto de pensamiento Ilustrado, caracterizado por su confianza absoluta en el trabajo manual (“las artes”, se decía entonces) como factor decisivo para alcanzar “la Felicidad de la Nación”<sup>91</sup>. Este concepto, tan de moda en la época, trascendió incluso a la Constitución de 1812, cuyo artículo 13 afirmaba que *el objeto del Gobierno es la Felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen*”.

Durante todo el siglo XIX, no existía aún una sólida composición de materiales jurídico-laborales sobre los que poder construir ninguna ciencia, pues las leyes laborales significativas comenzaron a promulgarse en España a partir de 1900. Además, sólo a partir de 1908 surgen las primeras sentencias propiamente laborales, tras la puesta en

---

<sup>89</sup> Martín, A., Rodríguez-Sañudo F., y García J., “Derecho del Trabajo”. Madrid: Tecnos. 2007. p. 51. En el mismo sentido, puede verse: Galantino, L. “Formazione giurisprudenziale dei principi del Diritto del Lavoro”. Milano: Giuffrè Editore, 1979, pp. 87-88.

<sup>90</sup> Corominas J., Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana, Vol. IV, Gredos (Madrid, 1954), p. 520.

<sup>91</sup> Conde de Campomanes, “Discurso sobre el fomento de la industria popular” de 1774, citado por la edición de J. REEDER, Instituto de Estudios Fiscales (Madrid, 1975), p. 123



funcionamiento de nuestros tribunales industriales –en sentido estricto, se trataba todavía de sentencias “obreras”–. Leyes y sentencias, puramente laborales, que constituyen el peculiar objeto estudiado por nuestra ciencia<sup>92</sup>.

A pesar de su dignificación formal en 1783, el trabajo manual seguía siendo visto socialmente como indigno y despreciable. Esta indignidad social coexistía con el mantenimiento del fenómeno de la esclavitud negra en nuestras colonias ultramarinas de Cuba y Puerto Rico; esclavitud que no fue definitivamente abolida por España hasta 1886<sup>93</sup>.

Los tratados, manuales y cursos sobre «Economía política» publicados en España en el siglo XIX evidencian el contenido que se enseñaba en las universidades españolas, a propósito del trabajo obrero, en aquella época. En todos estos documentos observamos cómo con absoluta frialdad y siguiendo la dinámica del ultraliberalismo económico dominante en Europa, se explicaba la existencia de *un verdadero mercado para el trabajo de los obreros*<sup>94</sup>, en el que *el precio de los jornales, como el de todas las cosas, se arreglaba por el debate entre el empresario que demanda el trabajo y el obrero que lo ofrece*<sup>95</sup>, o, también, que *el salario, como cualquier otra mercancía, tiene su precio natural y su precio corriente o del mercado*<sup>96</sup>. En aquel entonces, se consideraba dogma la afirmación relativa a que *el trabajo nunca es tan productivo como cuando es enteramente libre, y por consiguiente los reglamentos coercitivos y las medidas penales dirigidas a imponerle condiciones y a intervenir contra la voluntad de los particulares, es contrario al adelanto y desarrollo de la producción*<sup>97</sup>.

Con todo, en alguno de estos libros también se advertía que el trabajador no debía tener más renta que la percibida por razón de salario, siendo suficiente para satisfacer todas sus necesidades<sup>98</sup>. En caso contrario, no serviría sino para aumentar una

---

<sup>92</sup> Martínez J., Arufe A., y Carril X.M., “La ciencia española del Derecho del Trabajo”, en Derecho del Trabajo, Netbiblio (Ed.), 2006, p. 11-12.

<sup>93</sup> Véase Martínez J., “Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)”, Civitas (Madrid, 2002), especialmente pp. 12 y ss.

<sup>94</sup> Colmeiro M., “Tratado Elemental de Economía Política”, Vol. I, Madrid, 1845, p. 250.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>96</sup> Carreras y González M., “Tratado didáctico de Economía Política”, Madrid, 1881, p. 330.

<sup>97</sup> Borrego A., “Principios de Economía Política”, Madrid, 1844, p. 16.

<sup>98</sup> Martínez J., Arufe A., y Carril X.M., *Op. Cit.*, p. 13.

*población miserable, inquieta, criminal, enemiga del poder, hostil a todos los derechos*<sup>99</sup>. Ello se extrae de la formulación y sacralización de la llamada “Ley de bronce” en base a los resultados de los análisis económicos del coste de producción: el factor obrero debe ser retribuido sólo en cuantía suficiente que permita asegurar su supervivencia física y posibilidades de reproducción. Esta formulación tuvo como virtud desvelar la más exacta y perversa imagen de todo el sistema de relaciones laborales del momento<sup>100</sup>.

Desde un sentido político-jurídico del Derecho del Trabajo, dos son los fenómenos que explican su actual configuración: (1) la Revolución Industrial que marcó la transición definitiva de una forma de producción artesanal, propia de las denominadas “sociedades precapitalistas” y que habían propiciado la organización gremial del trabajo, a otra radicalmente distinta —primero por el “Mercantilismo europeo”, después internacional y transcontinental (mercados de América)—. La puesta en uso masiva supuso el desarrollo de un nuevo tipo de taller —la gran fábrica—: un nuevo sujeto económico protagonista —la empresa capitalista—, y un nuevo modo de producción —la economía (capitalista) de mercado—. (2) La Revolución Burguesa y la consecución de un nuevo orden que se basa en la primacía absoluta de los principios y reglas del liberalismo individualista, a todos los niveles. El liberalismo económico supuso la desaparición de toda la organización gremial, prestando al mismo tiempo un gran apoyo a la Revolución tecnológica. Por su lado, el liberalismo político y jurídico terminaron por cerrar el proceso con la creación no sólo del mercado del trabajo sino de su reconducción a los mismos principios de regulación que el resto de mercados de bienes y factores. En nuestro país, esto ocurre en torno a 1813, con el reconocimiento por Decreto de 8 de junio de la libertad de industria, que formaliza el nacimiento de una nueva clase social, el empresariado, dispuesta a extraer el máximo rendimiento a las nuevas tecnologías de producción.

Si bien la Revolución Industrial se produjo tarde y limitadamente, el efecto de este proceso es inequívoco: los principios liberales e individualistas del intercambio mercantil capitalistas ya están instalados plenamente en el mercado de trabajo. El dominio del principio de Autonomía de la voluntad hará decaer las normas gremiales,

---

<sup>99</sup> Véase Florez de Estrada A., “Curso de Economía Política”, 5ª edición, Madrid, 1840, p. 385.

<sup>100</sup> Monereo J.L., Molina C., Moreno Mª N. y Vila F., Op Cit., p. 20.

normas de carácter intervencionista, que se veían ya como innecesarias. La conjunción de esta doble ficción, económica y jurídica, del “sueño de la razón liberal” producirá verdaderos monstruos<sup>101</sup>.

### **1.1.2 Evolución de la protección de la mujer en el Derecho del Trabajo**

La protección de la mujer trabajadora en el Derecho laboral ha sufrido una transformación vertiginosa en el último siglo, derivada de la mejor comprensión del valor del trabajo en sí mismo, de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar.

Es un innegable que siempre se ha presumido que la fuerza de trabajo es la del hombre. Baste tener ciertos conocimientos históricos sobre la evolución del mercado laboral, y la exclusión de la mano de obra femenina, retenida en las tareas del hogar y el cuidado de los hijos. Esta fuerza de la que hablamos, es la que arroja una productividad “adecuada” en los parámetros de aquella primera actividad industrial en masa. Históricamente se ha creído que, aquellos colectivos de mujeres y menores, no rendían “de un mismo modo”, encontrando así, un menor reconocimiento de su actividad, enfrentándose a situaciones de auténtica explotación, a las que ha tenido que encontrar respuesta el Derecho de Trabajo. Esto no es ningún descubrimiento para nadie: es la acción de los Poderes Públicos frente a la Cuestión Social. Lo descrito, no tardará en parecer contradictorio en sí mismo, pues es ésta rama del Derecho la que se centra en erradicar, o al menos paliar, una situación de desigualdad, centrándose primeramente, en medidas para los más “desfavorecidos”. Todo ello desde una perspectiva masculina, lo que ha hecho que se preserve esta situación de desequilibrio para las mujeres en el trabajo. Situación que, según el catedrático Vila Tierno, se sigue manteniendo en la actualidad, aunque mejorada y con opciones de ser reversible, gracias a la nueva normativa en vigor<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Monereo J.L., Molina C., Moreno M<sup>a</sup> N. y Vila F., Op. Cit., pp. 17-18.

<sup>102</sup> Vila F., “Mujer y Trabajo”, en *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum (Ed.), 2019, pp. 13-14.

La protección social otorgada por el Derecho laboral en la primera mitad del siglo pasado tuvo matices especiales para la mujer (equiparada a los menores), considerada especialmente débil para negociar, y siendo prácticamente forzada a realizar una actividad necesaria pero no deseable -la del trabajo- y que, por tanto, debía prohibirse o limitarse en beneficio tanto de ella, como del resto de la sociedad en su conjunto. Por ello, la tendencia a nivel mundial, fue la de prohibir el trabajo femenino en determinadas circunstancias, no sólo relacionadas con la maternidad o con la menor fuerza física de la mujer, sino con otros considerados patrimonio exclusivo del hombre, al considerar a la mujer menos dotada para los trabajos extra domésticos. A su vez, la conciencia social por la importancia de la maternidad y el cuidado del recién nacido, llevó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, a poner en marcha su protección jurídica: adoptando seis convenios, dos de los cuales se orientan a evitar que la mujer trabajase en labores que se consideraban perjudiciales para su salud o para su condición femenina. Dos de esos convenios prohibieron el trabajo de la mujer durante las seis semanas posteriores al parto<sup>103</sup>, mientras que otros impedían que realizara trabajos en horario nocturno<sup>104</sup>. Posteriormente se prohibió también el trabajo de la mujer en los subterráneos de las minas<sup>105</sup>.

Como vemos, la OIT en las últimas décadas, ha orientado su labor a la promoción de los derechos de la mujer en el trabajo, dando lugar a la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), a los convenios y recomendaciones destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y trabajadoras; en particular el Convenio sobre los Trabajadores con

---

<sup>103</sup> Según los Convenios 103 y 183 de la OIT, una parte del periodo de licencia de maternidad, nunca menor a seis semanas, tiene que ser tomado, obligatoriamente, después del parto. En los países del Cono Sur de América Latina, la duración de la licencia varía desde un mínimo de 12 semanas (Argentina, Uruguay y Paraguay) hasta un máximo de 18 semanas (Chile). En Brasil la licencia es de, aproximadamente, 17 semanas. Estos dos últimos países no sólo respetan el Convenio 183, sino que incluso otorgan más tiempo que el mínimo estipulado.

<sup>104</sup> Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 171), y Convenio OIT C- 89 sobre el trabajo nocturno de mujeres empleadas en Industria (Convenio revisado en 1934 por el Convenio núm. 41 y en 1948 por el Convenio núm. 89.)

<sup>105</sup> Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935 (núm. 45).

Responsabilidades Familiares (1981) y el Convenio sobre Protección de la Maternidad (2000), en el que se revisan los dos convenios anteriores sobre esta materia, y se regula la protección en caso de riesgos en el embarazo. Asimismo, en relación con esta materia, son especialmente relevantes las resoluciones adoptadas por este organismo en 1975, 1985 y 1991; y, en particular, la de junio de 2004, referida a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad.

Uno de los supuestos más sensible respecto a la igualdad de oportunidades, es el despido de la mujer embarazada. Por eso, el último Convenio sobre protección de la maternidad de la OIT (núm.183), del año 2000, establece en su artículo 8, una presunción *iuris tantum* a favor de la mujer embarazada despedida injustificadamente, que obliga al empleador a desvirtuar el móvil discriminatorio, probando la causa justa del despido, debiendo ser razonable y objetiva. De no conseguirlo, el despido sería nulo. Esta protección especial también incluye el derecho a no ser sometida a pruebas de diagnóstico del embarazo para decidir su contratación, a no ser preguntada sobre su estado en las entrevistas de trabajo.

Tanto la OIT como la legislación de los países europeos y latinoamericanos, han optado por una política positiva en lugar de prohibitiva. De este modo, se ha trazado una ruta para lograr la igualdad efectiva de oportunidades en el trabajo para hombres y mujeres, con el objeto de poder acceder a un empleo en las condiciones de libertad, igualdad y seguridad, exigidas por la dignidad humana. Uno de los pilares para que esta ruta no se convierta en una mera declaración de buenas intenciones, es blindar la protección a la madre trabajadora (tanto en el acceso, promoción y cese), y extender al varón la titularidad de aquellos derechos-deberes que competen a ambos padres, y no en exclusiva a la mujer (sobre todo relacionados con temas conciliatorios).

La necesidad de realizar acciones positivas para acabar con la discriminación en perjuicio de la mujer en la vida laboral es innegable. A su vez, ni la legislación, ni la tutela jurisdiccional, pueden convertirse en una sobreprotección que vulnere los derechos del empleador, quien tiene que adecuar su conducta y sus planes empresariales conforme el ordenamiento vigente, en aras de mantener la seguridad jurídica. El Estado debe velar por la protección jurídica del derecho a ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, no sólo con motivo del parto o la lactancia, sino también para atender deberes familiares prioritarios. En estas cuestiones, lo que interesará identificar, según

la catedrática Rivas Vallejo, será la esencia de las instituciones, y las razones que justifican su regulación, por tanto, no será suficiente limitarse al estudio de lo ya positivado como punto de partida, sino a las razones teleológicas que persigue la figura en sí misma, con independencia del caso concreto<sup>106</sup>.

La efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, —problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas—, todavía no se ha alcanzado. Una de las razones la encontramos en el riesgo persistente de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que constituye probablemente el problema más acuciante —junto a la desigualdad retributiva— de la situación laboral actual<sup>107</sup>.

La tensión entre los elementos que se configuran como indicios de discriminación, y la resistencia empresarial, que se articula mediante la justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva, alejada de todo móvil discriminatorio, es la que resuelven nuestros Tribunales, ajustándose a las circunstancias del caso concreto. De esta manera, la doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que la discriminación por razón de sexo comprende no sólo aquellos tratamientos basados en la pura constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona, una relación de conexión directa e inequívoca<sup>108</sup>, vinculando particularmente el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, al tratarse de un elemento diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora, debe ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad, constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo<sup>109</sup>.

La necesidad de compensación de las desventajas reales para la conservación del empleo de las mujeres, a diferencia del hombre, se deduce de la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales

---

<sup>106</sup> Rivas P., “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos”, Aranzadi (Ed.), Pamplona, 1999, p. 39.

<sup>107</sup> Pacheco L., Op. Cit., 110-111.

<sup>108</sup> STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5

<sup>109</sup> STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6

contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto. Lo mismo se aplica a aquellas otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad. En efecto, el ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales, de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos<sup>110</sup>. Y es que no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo, halla su razón concreta en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que, la vida social y jurídica, ha colocado a las mujeres. Esto ha sido unánimemente admitido por la doctrina científica, y se desprende de los antecedentes parlamentarios del art.14 CE. El colectivo femenino ha sufrido siempre, y aún lo sigue haciendo, la relegación social o jurídica estructural. La prohibición de discriminación por razón de sexo quiere acabar con ello, mediante la consagración y atribución del derecho fundamental a la no discriminación.

Las dificultades específicas de la mujer para su promoción profesional e igualdad sustancial dentro del mismo, o para la conciliación, que todavía no han desaparecido, se han manifestado en distintos ámbitos. Lo dicho se desprende del cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, cuya persistencia se sigue observando a día de hoy. Esto lo podemos observar a través de la menor incorporación de la mujer al trabajo; las particulares dificultades para la conciliación, especialmente en razón de la maternidad; los ceses en el trabajo; la discriminación en el salario; una incorrecta valoración de los puestos de trabajo; la ausencia de enfoque de género en el tratamiento de la salud y prevención de riesgos laborales; desiguales promociones profesionales, o ineficientes protocolos de acoso sexual en el trabajo. Todo ello hace que aún hoy, por ser todavía necesario, tengamos la obligación de seguir insistiendo en exponer y buscar herramientas correctoras de esta desigual situación que sufren las mujeres, palpable todavía, a pesar de los esfuerzos jurídicos y dinámicas sociales de transformación que innegablemente se están produciendo.

Tiene pleno sentido en consecuencia, y tanto la demanda social como las intervenciones normativas así lo reclaman, abundar en esta protección, ampliando y desplegando su sentido profundo, ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser,

---

<sup>110</sup> SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.

además de tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate una desigualdad histórica que pueda calificarse de «estructural»<sup>111</sup>. Es necesario desarrollar políticas, normativa, e interpretarla con perspectiva de género por los jueces, en aras de conseguir la igualdad efectiva que acabe con la discriminación histórica de las mujeres en el ámbito laboral. En relación a ello, es cierto que la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, ha supuesto un enorme avance en esta lucha por la igualdad laboral, poniendo el foco en la discriminación de la mujer trabajadora, y en concreto, en la trabajadora embarazada, que es lo que ahora nos interesa. No obstante, en la práctica seguimos siendo partícipes de una desigualdad laboral por razón de sexo, y en cómo la condición biológica de madre, sigue constituyendo un obstáculo para el desarrollo profesional de la mujer, en todas sus fases.

## **2 Discriminación por razón de maternidad en el acceso al empleo**

A día de hoy, sigue siendo un hecho objetivo y notorio, que la maternidad representa en sí misma, una especial dificultad para el desarrollo profesional de las mujeres. La contratación de trabajadores varones para puestos de trabajo en una empresa ha sido la opción preferida de manera tradicional por los empleadores. Los motivos son diversos y de distinto calado, pero por lo que ahora nos interesa, la posibilidad de que las trabajadoras se queden embarazadas y soliciten la baja por maternidad, el permiso de lactancia, el absentismo para la realización de pruebas, y la asunción del cuidado de los recién nacidos, siguen obstaculizando actualmente hoy su contratación, siendo necesario el desarrollo de una protección integral, en aras de conseguir la igualdad efectiva en el trabajo. Para lograrla, es necesario tener presente que la idea de retrasar el momento de la maternidad, en muchas ocasiones va asociada al miedo de perder su puesto de trabajo, o a los inconvenientes que surgen a la hora de conciliar la vida laboral y familiar. Por tanto, el objetivo esencial es que, la decisión de

---

<sup>111</sup> STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 10; STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4.



formar una familia no suponga para la mujer trabajadora, tener que renunciar a su carrera profesional, ni que a partir del momento que decida hacerlo, se tenga que desdoblarse para compatibilizar su trabajo, con la debida y necesaria atención a su nueva familia.

Es cierto que el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, pero sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral, fundado en dichas circunstancias<sup>112</sup>. Por lo que, la restricción de los derechos asociados con la maternidad, o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, puede causar una vulneración del art. 14 CE, ya que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas, están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas, que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora.

Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como: la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata 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 (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)<sup>113</sup>. Además de la existencia de una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad de incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a las mujeres en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación<sup>114</sup>.

En la actualidad, la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de género en el acceso al empleo o una vez empleado, se recoge en los arts. 4.2 c) y 17.1 del ET. No se reconoce en tanto como derecho básico de los trabajadores/as del

---

<sup>112</sup> STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4.

<sup>113</sup> STC 233/2007, de 5 de noviembre; SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2.

<sup>114</sup> SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6).

apartado 4.1, sino como derecho que surge de la relación de trabajo, en aras de no ser discriminada directa o indirectamente para el empleo, por distintos motivos, entre ellos el sexo. Tal derecho, que actúa como obligación para el/la empresario/a, al ser la contraparte en la relación de trabajo, se extiende también a las agencias de colocación sin fines lucrativos (art. 16.2 ET), que deberán garantizar en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso a un puesto de trabajo, no pudiendo establecer discriminación alguna por razón de sexo. Además, como cláusula genérica de salvaguarda, el ET efectúa un reconocimiento amplio y diversificado, declarando la nulidad de cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio colectivo, pacto individual entre empresario/a y trabajador/a, o decisión unilateral impuesta a criterio del empresario/a que contengan discriminaciones directas o indirectas favorables o adversas en el empleo por circunstancias de sexo.

En este precepto también se hace referencia a la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva en el momento de la contratación, tanto por Ley (art. 17.2 ET) como en el ámbito de la negociación colectiva (art. 17.4 ET). En concreto, se establece que la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. De esta forma, podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación, de modo que, a igualdad de méritos y capacidad, se priorice la contratación de aquella persona subrepresentada en el grupo profesional de que se trate.

Asimismo, en caso que la trabajadora reclame ante el empresario o en vía judicial, el reconocimiento de alguno de los derechos que considera, y posteriormente sufra cualquier trato desfavorable derivado de esta exigencia, bajo la forma de represalia o reacción contraria del empresario, recibirá la sanción de nulidad. Es una garantía de indemnidad que actúa siempre a favor de cualquier persona trabajadora que decida exigir el cumplimiento de los compromisos contractuales y que, en el caso de las trabajadoras, adquiere una dimensión mayor, ya que el factor de género puede erigirse como elemento prevalente de decisiones empresariales contrarias al principio de igualdad de trato y no discriminación.

### **2.1.1 La negociación colectiva y el acceso de la mujer al empleo**

Respecto al papel que cumple la autonomía colectiva en este punto, es cierto que existen variados ejemplos de cómo los convenios colectivos, tanto sectoriales como de ámbito empresarial, incluyen cláusulas antidiscriminatorias, pero su resultado no ha sido uniforme, siendo frecuente que se traduzcan en meras declaraciones de principios, y que, a lo largo de su contenido, aparezcan discriminaciones de distinto tipo no percibidas por las partes negociadoras. Conviene destacar la presencia en algunos convenios de una Comisión de Igualdad de Oportunidades, encargada de vigilar el cumplimiento de aquellos compromisos antidiscriminatorios por razón de sexo, y de alertar sobre la existencia de cualquier conducta discriminatoria, al objeto de que se puedan articular los instrumentos pertinentes para su eliminación. En otros casos, la ausencia de esa Comisión es suplida por la propia Comisión paritaria del convenio, encargada de velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes negociadoras, y de interpretar cualquier discrepancia en cuanto al sentido de sus cláusulas. Como alternativa, y sin olvidar la competencia genérica atribuida a la RLT en materia de negociación colectiva, puede conferirse específicamente mediante cláusula convencional al Comité de empresa o delegados de personal, e incluso a las representaciones sindicales que actuarán con especial dedicación sobre los trabajadores/as afiliados/as al sindicato. A tal objeto, la empresa podrá mantener reuniones periódicas con dichos representantes con una frecuencia similar a la fijada por el art. 64 ET, es decir, trimestral, para examinar el grado de cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el marco de la empresa<sup>115</sup>.

De este modo, mientras que los Convenios Colectivos no han avanzado demasiado en la protección de la mujer trabajadora o con intención de formar una familia en los procesos de selección, no podemos decir lo mismo de los Planes de Igualdad, en los que sí hemos podido observar medidas específicas sobre esta materia. A continuación, expondré varios ejemplos de medidas contenidas en diversos Planes de Igualdad relacionadas con la prohibición de realizar preguntas sexistas en las entrevistas de trabajo, y de garantizar un proceso de selección de personal totalmente neutro y objetivo. La razón radica en la sistemática discriminación en perjuicio de la candidata

---

<sup>115</sup> Polo M<sup>a</sup> C. “Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Núm. 22, 2008, pp. 18-20.

mujer a la hora de enfrentarse a una entrevista de trabajo, donde el seleccionador (muchas veces de forma inconsciente) preguntará a los candidatos sobre sus planes familiares de futuro, o su estado de gestación actual, y dependiendo de la respuesta, seleccionará a aquel candidato “más promocionable” dentro de la empresa, y con “menos cargas” para la misma. Traducido en la práctica, un mayor número de hombres contratados, ya que, históricamente, son quienes en mucha menor medida han solicitado excedencias, medidas conciliatorias, han tenido mayor disponibilidad horaria, y no han tenido que elegir entre su desarrollo profesional y su vida familiar. Por todo ello, la mujer ha sufrido una discriminación desde el mero acceso al empleo que debe erradicarse. Una de las formas de acabar con ello es el seguimiento y revisión de procesos de selección de personal, en aras de ser neutros y objetivos, sin presencia de estereotipos de géneros.

PLANES DE IGUALDAD.	MEDIDAS ESPECÍFICAS.
<p>PLAN DE IGUALDAD DE DANONE, S.A. (2009-Vigente).</p>	<p>3.1 Selección y reclutamiento.</p> <p>Proceso de entrevistas: Evaluar si las capacidades de las personas candidatas se adecuan a la descripción y requisitos objetivos iniciales con <u>critérios claros y objetivos alejados de estereotipos y prejuicios, que pueden introducir un sesgo en la selección.</u></p> <p><u>No realizar preguntas discriminatorias o que el candidato o candidata pueda percibir como intromisiones personales o que no afecten directamente al perfil del puesto”.</u></p>
<p>PLAN DE IGUALDAD DE COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (2011-Vigente).</p>	<p>Empleo y contratación.</p> <p>Desarrollar un <u>guión para la estructura de mando, de contenidos básicos a tratar en las entrevistas de selección, así como un listado de preguntas</u> a evitar dirigido a la unidad organizativa de selección, que permita constatar <u>la ausencia de contenidos sexistas y el mantenimiento de unos criterios objetivos de selección.</u></p>
<p>PLAN DE IGUALDAD DE AKÍ BRICOLAJE ESPAÑA, S.L. (2013-</p>	<p>2. Acceso y selección</p> <p>2.4. Elaborar y difundir entre las personas que intervienen en el</p>

<p>Vigente).</p>	<p><u>proceso de selección un protocolo/manual de selección no sexista y de recomendación para una selección igualitaria.</u></p> <p>2.5. Revisión de los <u>diferentes guiones de entrevista tanto personal como telefónica para comprobar que no contengan preguntas de carácter personal ni estereotipos de género o que puedan ser discriminatorios por razón de sexo.</u></p>
<p>PLAN DE IGUALDAD DE COPCISA, S.A. (2013-Vigente).</p>	<p>3.1 Acciones a adoptar en materia de selección y contratación de personal.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Mantener <u>criterios objetivos y profesionales</u> como forma de evaluar a posibles candidatos/as.</li> <li>- <u>Eliminar de los procesos de selección, preguntas sobre cuestiones personales</u> tales como estado civil, fecha de matrimonio, <u>número de hijos/as</u>, etc.</li> <li>- <u>Eliminar cualquier comentario sexista</u>, xenófobo, sobre el aspecto físico o cualquier otro atentatorio contra la dignidad del candidato/a.</li> <li>- Mantener como <u>criterios de valores del candidato/a</u>, los <u>requisitos profesionales exigibles a cada puesto, con independencia de que su actividad laboral se haya reducido en algún momento de su vida para atender responsabilidades familiares</u> o de cualquier otra índole.</li> </ul>
<p>PLAN DE IGUALDAD DE SADYT, SA, Y VALORIZA AGUA, S.L (2018-2022).</p>	<p>Acceso al empleo:</p> <p>Objetivo 1: Establecer <u>procesos de selección transparentes y objetivos</u>, como parte del Sistema de selección implantado por la empresa, que permitan valorar las candidaturas en base a la idoneidad profesional del/ de la candidato/a, asegurando que los puestos de trabajo ofertados son ocupados por las personas que presentan el mejor perfil profesional.</p> <p>Medida 6: <u>Eliminar en los procesos de selección, preguntas sobre cuestiones personales</u> como estado civil, fecha de matrimonio, <u>número de hijos/as</u>, etc.</p> <p>Objetivo 2: Suprimir <u>cualquier tipo de obstáculo que pudiera existir en materia de igualdad, garantizando que el sexo del candidato/a no influirá a la hora de decidir a quién contratar.</u></p> <p>Medida 1: Generalizar la <u>estandarización de los guiones de las entrevistas para que contengan únicamente, la información necesaria y relevante para el puesto de trabajo.</u></p>

<p>II PLAN DE IGUALDAD DE HIPERMERCADOS CARREFOUR (CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A; CARREFOUR NORTE, S.L; CARREFOUR NAVARRA, S.L.); II PLAN DE IGUALDAD DE GRUPO CHAMPION (SUPERMERCADOS CHAMPION, S.A; GRUPO SUPECO MAXOR, S.L.). 2018-2023.</p>	<p>1.1 La objetividad de los documentos utilizados en los procesos de selección.</p> <p>Utilizar únicamente los <u>modelos de solicitud de empleo y del cuestionario de selección para los grupos de personal base, evitando modificaciones y/o preguntas que puedan contener sesgos de género y que pudieran influir en la autoexclusión por potenciales candidaturas</u>, a la hora de cumplimentarlos.</p> <p>1.2 La igualdad de trato y oportunidades, en los procedimientos de selección para el acceso a la empresa.</p> <p>Revisar y <u>unificar procedimientos y metodologías de selección y contratación, respetando criterios de igualdad de trato y oportunidades</u></p>
<p>I PLAN DE IGUALDAD DE INESCOPE (2019-2020).</p>	<p>A. Área de acceso al empleo</p> <p>Objetivo A.1:</p> <p>Fomentar que el 100% de los procesos de selección estén basados <u>exclusivamente en los méritos y competencias requeridos para cada puesto, sin sesgos de género.</u></p> <p><u>Omitir cuestiones de índole personal</u> como el estado civil, <u>cargas familiares</u>, etc.</p> <p>Establecer un <u>cuestionario base de preguntas comunes para las entrevistas.</u></p> <p><u>Eliminar de las entrevistas de selección cualquier pregunta de contenido sexista.</u></p> <p>Elaborar una <u>encuesta de satisfacción</u> de candidaturas.</p> <p><u>Distribuir la guía entre la dirección y mandos intermedios</u>, como personal <u>responsable de los procesos de selección.</u></p>
<p>PLAN DE IGUALDAD DE LA EMPRESA TALENTO TRANSFORMACIÓN DIGITAL, S. L (2020-2024).</p>	<p>SELECCIÓN, PROMOCIÓN Y DESARROLLO PROFESIONAL</p> <p>Las entrevistas se basarán únicamente a <u>criterios objetivos relacionados con el puesto a cubrir, sin considerar aspectos de contenido sexista, prohibiendo expresamente en los procesos de selección preguntas e informes sobre cargas familiares.</u></p>

## 1. ACCESO Y SELECCIÓN

1. Revisar todos los procedimientos de selección con perspectiva de género y, en su caso, actualizarlo. Si no existe un procedimiento, desarrollarlo.

5. Revisar los documentos de los procesos de selección para que no haya cuestiones no relacionadas con el currículum y/o con el ejercicio del puesto (estado civil, nº de hijos, etc.) y elaborar un guion de preguntas a evitar para poder realizar las entrevistas con perspectiva de género.

Considero que la problemática que puede surgir a la hora de acceder a un puesto de trabajo por parte de una trabajadora embarazada o con intención de estarlo, debiera estar protegido también en los Convenios Colectivos, donde apenas encontramos previsión alguna sobre la materia. Aunque no debemos olvidar que dichos Planes han sido elevados a la categoría de Convenios Colectivos, es decir, han sido equiparados a negociación colectiva, reservada a los sujetos legitimados para los acuerdos colectivos estatutarios. De esta forma, deberán ser negociados por los representantes legítimos de los trabajadores y de la empresa, y no por una Comisión ad hoc. Esto significa que deben ser respetados, y tenidos en cuenta, en todo caso, por la parte empresarial, ya que tienen la misma fuerza que los Convenios. Así lo ha querido dejar claro el Tribunal Supremo en una sentencia muy reciente<sup>116</sup>, declarando que deberán ser equiparados a convenios colectivos de ámbito empresarial, y no a Pactos Colectivos que pudieran alcanzarse entre la empresa y sus trabajadores. Los Planes se negocian y se cumplen, y en caso de no hacerlo, los trabajadores, y en este caso, aquellas candidatas que hayan sido discriminadas por razón de su maternidad, incumpliendo así el Plan, al ser cuestionadas sobre su estado de gestación o su deseo de ser madre, no siendo contratadas en consecuencia, podrán exigir en vía judicial su incumplimiento, y la vulneración de sus derechos fundamentales.

Por parte de la jurisprudencia de la UE también se ha blindado de protección a las trabajadoras embarazadas al establecer que el estado exclusivo de las mujeres (gestación) no puede tener por consecuencia, un trato desfavorable respecto al acceso al

---

<sup>116</sup> STS 95/2021 de 26 de enero (Rec. 50/2020).

empleo, y a sus condiciones de trabajo y que, desde esta perspectiva, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. Determina el Tribunal de Justicia de la UE que, de los artículos 2 y 3 de la Directiva, no se puede deducir que permitan a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada, ya que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante. La negativa de contratación no estaría justificada por tanto en motivos de perjuicio económico padecidos por el empresario en caso de contratar a una mujer embarazada, durante su periodo de descanso por maternidad, ni tampoco por su imposibilidad de ocupar el puesto que se trata durante el periodo de su embarazo<sup>117</sup>.

### **2.1.2 Negativa de contratación a causa de embarazo**

La negativa de contratación por razón de embarazo constituye una de las discriminaciones más perjudiciales y de mayor gravedad que puede sufrir una mujer trabajadora. Actualmente esto sería muy difícil que ocurriese. Pero seguimos observando casos en los que el empresario se niega a contratar a mujeres embarazadas<sup>118</sup>. También debemos tener en cuenta que esta desigualdad de trato de la que venimos hablando, no siempre se basa directamente en el embarazo de la trabajadora<sup>119</sup>, sino que también puede resultar de la prohibición general de trabajo vinculada a dicho Estado<sup>120</sup>.

Actualmente, toda mujer candidata que se presente a una entrevista de trabajo en búsqueda de empleo no tendrá la obligación de informar al empresario sobre su situación de embarazo, al no poder tenerlo en cuenta en el momento de la contratación.

---

<sup>117</sup> STJUE de 3 de febrero de 2000.

<sup>118</sup> STSJ BAL 162/2013, de 25 de marzo de 2013 (Rec. 486/2012).

<sup>119</sup> STJCE de 8 de noviembre de 1990, as. C-177/88, caso *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker y Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*.

<sup>120</sup> STJUE de 3 de febrero de 2000, as. C-207/98, caso *Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*.



Así fue establecido en la STJUE de 4 de octubre de 2001 (asunto *Tele Danmark*)<sup>121</sup>, y así ha sido tenido en cuenta en sentencias posteriores que prohíben explícitamente preguntas personales en las entrevistas de selección de personal. Por ejemplo, sobre el deseo de ser madre, si tienen pensado formar una familia, si están embarazadas o si están casadas (que, como hemos visto, se ha traspuesto en los Planes de Igualdad). De esta manera, si cualquier trabajadora considera que en un proceso de selección se ha recabado información que carece de relevancia para el puesto podrá denunciarlo, ya sea ante la Inspección de Trabajo (que multará a la empresa e, incluso, otorgará una indemnización), o podrá interponer una demanda por vulneración de derechos.

El caso más paradigmático sobre este asunto es el que puede darse ante un proceso de selección entre dos candidatas mujeres, optando por aquella que no tenga pareja ni hijos, frente a quien sí lo tiene. En este supuesto, se condenaría a la entidad por realizar preguntas personales (que perjudiquen a la candidata) en el proceso de selección. La posición de la empresa será la de justificar la inexistencia de discriminación, ya que el puesto es otorgado a una mujer. No se trata en este caso del supuesto arquetípico de vulneración por discriminación de sexo al contratar a un hombre frente a la mujer embarazada— y es por ello que expongo este escenario que puede darse en la práctica, de especial trascendencia y cierta complejidad—, sino el factor de la maternidad (que afecta exclusivamente a las mujeres) el que juega como motor de elección de aquella candidata sin hijos, frente a la mujer con dos hijos menores, discriminando a esta última por razón de su maternidad.

En otras ocasiones, los seleccionadores directamente indican a las candidatas que no buscan alguien que vaya a solicitar una baja por maternidad. A lo que pueden responder ellas que no tienen interés en quedarse embarazadas o incluso, llegar a desvelar operaciones realizadas con el objeto de no tener más hijos, como puede ser la operación de ligadura de trompas. Como vemos, estamos ante una serie de preguntas y de información de carácter íntimo y personal que no deben tener ningún tipo de relevancia ante un proceso de selección. El hecho de someter a la candidata a tales preguntas completamente ajenas al trabajo que va a desempeñar supone una conducta completamente discriminatoria. La revelación de sus planes familiares, así como datos médicos que pertenecen a su más estricta intimidad y que son del todo innecesarios

---

<sup>121</sup> STJUE de 4 de octubre de 2001, as. C-109/00, caso *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*.

recabar, constituye una vulneración del derecho a la dignidad del aspirante al puesto, así como otro obstáculo para su carrera profesional.

Por otro lado, la protección por razón de maternidad lograda en esta fase de acceso al empleo, puede verse frustrada en la práctica en caso de utilizar ETT y Agencias de Colocación para la selección de algún puesto de trabajo de la empresa. En principio, todas aquellas medidas adoptadas por la empresa de cara a paliar cualquier tipo de discriminación, sesgos de género, que puedan surgir en la selección de personal se extienden a estas ETT o Agencias de Colocación. Por ejemplo, algunas empresas optan por difundir entre los intervinientes de esta fase de selección, un Manual de Selección No sexista, o guiones de entrevista que no contengan preguntas discriminatorias, así como la obligación de llevar a cabo acciones de formación y sensibilización en materia de igualdad a las personas que participan en los procesos de selección para la contratación, con el fin de garantizar la objetividad del proceso y evitar actitudes discriminatorias. Lo más idóneo sería incorporar en el Plan de Igualdad una medida específica que garantice la puesta a disposición de todas estas políticas de igualdad, tanto a la ETT como Agencia de Colocación que vaya a contratar, con el objeto de mantener el compromiso de contratar en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna por razón de maternidad. Reproduzco a continuación, varios ejemplos de medidas plasmadas en Planes de Igualdad, que podrían extenderse a todos los planes y/o convenios de aquellas empresas que utilicen tales organismos:

- *“En caso de utilizar ETT y Agencias de Colocación para la selección de algún puesto de trabajo, AKI garantizará que estos interlocutores estén informados por escrito de las políticas de igualdad”. (Plan de Igualdad de Akí Bricolaje España S.L (2013-Vigente)).*
- *“Informar a las empresas colaboradoras de la política de selección establecida según el principio e incorporar la exigencia de actuar con los mismos criterios de igualdad”. (Plan de Igualdad de INV Protección, S.L (2020-2024)).*
- *“Establecer en las cláusulas de los servicios contratados (p.ej. Ett’s, consultoras de selección, headhunters) la exigencia de actuar con criterios*

*de igualdad y no discriminación”*. (Plan de Igualdad de Elis manomatic, S.A. (2020-2023)).

### **2.1.3 Formación de la Comisión negociadora en Igualdad de género**

En esta misma línea, conviene hacer mención sobre la idoneidad de formación en Igualdad de género de la Comisión que se va a encargar de la negociación del Plan, formada por la correspondiente representación de la empresa y de los trabajadores, al igual que del Convenio Colectivo. No obstante, en razón de la complejidad y especialidad de la materia, todos aquellos participantes en dicha negociación deberían tener formación previa en la materia antes de sentarse en la mesa a negociar, con el objeto de tener el enfoque de género necesario para la elaboración de dicho Plan. A tenor de lo expuesto, podrían realizar un curso de formación de Nivel Básico en modalidad on-line, ofrecido por el Instituto de la Mujer en su Escuela Virtual, cuya duración es de 30 horas. O realizar un curso de nivel avanzado, cuya duración es de 65 horas. La segunda opción consistiría en cumplir este requisito de formación a través de la Técnica en Igualdad de Oportunidades/Agente de Igualdad contratada que, además de formar a los representantes legales encargados de negociar el Plan, asistiría a estas mesas de negociación y podría formar asimismo al resto de la plantilla (incluyendo altos directivos y personal de RRHH), en caso de adoptarse tal medida en dicho Plan.

En la práctica, observamos que son pocos los que cumplen estas condiciones de formación, enfrentándose a fuertes obstáculos para analizar con perspectiva de género las medidas implantadas, revisarlas a través de los indicadores marcados y extraer conclusiones para futuras modificaciones. Y en el mejor de los casos, cuando la empresa opta por contratar los servicios de una Consultoría en Igualdad de Género, con el objeto de elaborar el Plan de Igualdad, una vez se elabora y se registra, todas aquellas materias que deben adoptarse pasan a ser competencia del equipo de RRHH, quienes no han recibido ningún tipo de formación en Igualdad. Por ello es tan importante que profesionales preparados y formados en Igualdad sean los competentes para llevar a cabo estas tareas, primero para negociar el Plan de Igualdad, segundo para ponerlo en práctica, y finalmente para revisarlo y actualizarlo. Todas estas fases deben ser

competencia de la propia Comisión de Igualdad, en el que debe estar presente la Técnica de Igualdad de Oportunidades y/o Agente de Igualdad, y no de personas cualificadas en otros ámbitos de trabajo<sup>122</sup>.

El artículo 5 del RD 901/2020, de 13 de octubre, prevé la constitución de una Comisión negociadora formada por la representación de la empresa y representación de las personas trabajadoras, en la que, como regla general, intervendrá el Comité de empresa, los/as delegados/as de personal, o las secciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del Comité. Mientras que, en las empresas donde no existan dichas representaciones legales referidas, procederá la creación de una Comisión negociadora constituida de parte de los trabajadores, por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa, y con legitimación para formar parte de la Comisión negociadora del Convenio colectivo de aplicación<sup>123</sup>. Sin embargo, la presencia de estos sindicatos no viene regulada para la Comisión de Seguimiento y Revisión del Plan (función esencial para que las medidas sean efectivas y adecuadas a la situación de la empresa). Esta incoherencia es aprovechada por muchas empresas para prescindir de ese “control” tan oportuno y necesario, además de la inexistente previsión de obligatoriedad sobre la

---

<sup>122</sup> Algunas de las medidas que pueden encontrarse en los Planes de Igualdad, en aras de disponer de un experto en Igualdad en la empresa, y que deberían extenderse a todas, incluso reflejarse como obligación legal, son: “*Crear la figura del Agente de Igualdad en la Empresa Creación y nombramiento del Agente de Igualdad dentro de la plantilla de la Empresa cuya función será canalizar, asesorar y señalar para su corrección las deficiencias observadas en la aplicación del Plan de Igualdad. Recibirá formación específica en materia de género*”. (Plan de Igualdad de Sagital, S.A (2019-2023)). “7.7 *Difundir la existencia, dentro de la empresa de la existencia de un/a agente de igualdad y de sus funciones, facilitando un contacto (dirección de correo electrónico, teléfono...) a disposición del personal de la empresa para aquellas dudas, sugerencias o quejas relacionadas con el plan de igualdad. [...] 7.12 Designar una persona responsable de velar por la igualdad de trato y oportunidades dentro del organigrama de la empresa, con formación específica en la materia (agente de igualdad o similar), que gestione el Plan, participe en su implementación, desarrolle y supervise los contenidos, unifique criterios de igualdad en los procesos de selección, promoción y demás contenidos que se acuerden en el Plan e informe a la Comisión de Seguimiento*”. (II Plan de Igualdad de ZT Hoteles & Resorts, S.L (2019-2023)). “15. *Creación de la figura del “Agente de Igualdad” con el objetivo de que participe en la adopción y seguimiento de todas las medidas contempladas en el Plan de Igualdad de Oportunidades*”. (II Plan de Igualdad de Itucermi, S.L (2020-2022)).

<sup>123</sup> López L., “Planes de igualdad: una realidad jurídica con más desarrollo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 36, 2020, pp. 38-40.

figura del Agente de Igualdad. Ambos aspectos deberían ser traspuestos en la normativa, en aras de tratar con el respeto y la dignidad que se merece una materia tan importante como es la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el seno laboral.

La entrada en vigor —en octubre del año 2020— del RD 901/2020 y 902/2020 que regulan los Planes de Igualdad, e incorporan dos instrumentos para el estudio de la Brecha salarial (Registro Retributivo y Auditoría Salarial) fue sin duda, un enorme avance en esta materia. Sin embargo, algunos aspectos de la normativa son mejorables, entre ellos, la composición de la Comisión de Seguimiento y Revisión del Plan. El artículo 9.5 RD 901/2020 prevé la creación de una Comisión u órgano concreto de vigilancia y seguimiento del Plan, con la composición y atribuciones que se decidan, y fijando la participación paritaria de la representación de la empresa y de las personas trabajadoras. El hecho de no haber extendido entre las funciones de la Comisión de Negociación, la de seguimiento y revisión del Plan, que es quien elabora el Diagnóstico, estudia la situación previa y actual de la empresa, se encarga de fijar tanto las medidas correctoras como los objetivos generales y específicos, es, según mi criterio, ilógico e incomprensible. Deben ser las mismas personas que negocian y redactan las medidas quienes se encarguen de controlar su aplicación y/o necesidad de adecuarlas a cada momento de la empresa, así como de añadir, mejorar, corregir, atenuar o incluso dejar de aplicar alguna medida que contenga, en función de los efectos que vayan apreciándose, en relación con la consecución de sus objetivos. La efectividad de esta última fase de seguimiento y revisión es imprescindible para que el Plan de Igualdad se aplique en la empresa, consiguiendo todos aquellos retos que se han marcado, y mejorando las condiciones laborales y sociales de todos los trabajadores. A continuación, reproduzco una serie de modificaciones que, según mi criterio, deberían realizarse en el RD 901/2020 en línea de lo expuesto:

Artículo 5. Procedimiento de negociación de los planes de igualdad.

(nota: en negrita lo nuevo respecto a la redacción anterior)

[...] A tales efectos se constituirá una comisión negociadora en la que deberán participar de forma paritaria la representación de la empresa y la de las personas trabajadoras. **Tanto una como otra, deberán acreditar formación previa en Igualdad de Género, requisito para acceder a la mesa negociadora.**

[...] La comisión negociadora **deberá** contar con apoyo y asesoramiento externo especializado en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, quienes intervendrán con voz y voto.

Artículo 6. Competencias de la comisión negociadora.

[...] **f) Seguimiento, evaluación y revisión del Plan.**

Artículo 9. Vigencia, seguimiento, evaluación y revisión del plan.

(nota: en negrita lo nuevo respecto a la redacción anterior)

5. En el plan de igualdad, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, deberá incluirse una comisión u órgano concreto de vigilancia y seguimiento del plan, **con la misma composición de la Comisión de Negociación** y atribuciones que en aquel se decidan.

#### **2.1.4 Análisis de la fase de acceso al empleo al sector público**

Ahora bien, si trasladamos el análisis de la fase de acceso al empleo al sector público, veremos que ofrece un escenario mucho más garantista, aunque con ciertas salvedades.

Con el III Plan para la Igualdad de Género en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos vinculados o dependientes de ella<sup>124</sup> se establece un doble objetivo: primero, abordar las necesidades reales del personal a su servicio, con un alcance global e integral, a fin de consolidar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la organización, y segundo, erradicar cualquier forma de discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Asimismo, encontramos entre sus medidas específicas, la de garantizar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de Selección, así como de facilitar el acceso al empleo público a través del acceso a la formación y cursos selectivos al personal con

---

<sup>124</sup> Resolución de 29 de diciembre de 2020.

permisos por nacimiento, adopción, IT derivada del embarazo, situaciones relacionadas con la violencia de género u otras situaciones de vulnerabilidad.

Los derechos que regulan la situación de una mujer embarazada con un puesto de trabajo en la Administración Pública obtenido mediante concurso-oposición funcionaria se rigen, no por el Estatuto de los Trabajadores ordinario, sino por el Estatuto del Empleado Público, regulación legal que amplía las coberturas de la situación de embarazo en todos los aspectos. Sin embargo, no todas las relaciones laborales de las Administraciones Públicas se rigen por esta figura de empleado público, ya que cada vez es más frecuente la contratación laboral de la Administración por tiempo determinado o indefinido<sup>125</sup>. Sin embargo, a pesar de la mayor protección a la mujer embarazada en el sector público, en los sistemas de selección para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, se detecta una grieta que implica una discriminación por género.

Hasta fechas muy recientes –marzo de 2014-, se regulaba en estas pruebas que, todos los aspirantes que no pudieran presentarse al examen en la fecha de la convocatoria por motivo de enfermedad, perdían el derecho a examinarse, siendo también aplicable esta medida a las mujeres embarazadas, ya que si en el momento de la fecha del examen se encontraban de parto o se veían impedidas por el embarazo para desplazarse hasta el lugar de realización del examen, perdían entonces su derecho a examinarse. Esta situación (discriminatoria e injusta) ha sido corregida por la STS de 14 de marzo de 2014<sup>126</sup>, estableciendo el Alto Tribunal que el embarazo no es una enfermedad, por lo que se exceptúa el estado de embarazo (parto el mismo día de la prueba) a la regla general de llamamiento único, con independencia de su previsión en las bases de la convocatoria, al considerarse como una situación de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo público. Por tanto, no se podrá excluir a la aspirante del proceso selectivo, al no poder acudir al llamamiento único para realizar el examen de la fase de oposición en la fecha establecida, por coincidir con su ingreso hospitalario para dar a luz. Asimismo, fija que el Tribunal Calificador deberá ofrecer una alternativa (realizar el ejercicio en fecha distinta al llamamiento o realizar una

---

<sup>125</sup> Se trata de puestos de trabajo de acceso libre o libre designación, equiparables a la regulación existente en materia laboral, para las empresas en el sector privado.

<sup>126</sup> STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2014 (Rec. 4371/2012).

prueba distinta) a las aspirantes que no puedan concurrir por imposibilidad física asociada al embarazo.

De esta manera, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de las mujeres que estén próximas a dar a luz, a lograr que los tribunales de oposición les ofrezcan condiciones que hagan efectiva la igualdad para el acceso a las pruebas previstas, en aras de lograr una plaza pública. Esta sentencia supone sin duda, un gran avance en materia de no discriminación por género, ya que restablece las condiciones de igualdad que pueden verse alteradas por un parto o la inminencia del mismo.

En las pruebas de acceso al empleo del Estado se prevé que, si alguna de las aspirantes no pudiera completar el proceso selectivo por razón de embarazo de riesgo o de parto, su situación quedará condicionada a la finalización del mismo, teniendo la posibilidad de superar las fases que hubieran quedado aplazadas, sin perjuicio del derecho del resto de los aspirantes a una resolución del proceso ajustada a tiempos razonables. En cuanto a la legislación autonómica, la doctrina fijada por el TS no ha sido seguida por todas las Comunidades Autónomas. Veremos a continuación cómo la participación de las mujeres en concursos públicos puede convertirse en un espacio de discriminación, en caso de embarazo de riesgo o coincidencia de las pruebas selectivas con la fecha del parto.

La singularidad del caso viene dada por una diferencia que afecta exclusivamente a la mujer a punto de ser madre o que acaba de serlo, y sólo por este motivo (discriminación por razón de sexo y embarazo). Algunas medidas tomadas para intentar acabar con esta discriminación han vulnerado el principio de igualdad, pero también se han propiciado avances en la regulación normativa de las pruebas selectivas de acceso al empleo público. Aun así, las actuaciones previstas no son homogéneas en todas las comunidades, ni son siempre suficientes, por razón de la arbitrariedad en sus decisiones.

Según mi criterio, en caso de coincidencia de las pruebas del concurso público con las fechas de parto u otras circunstancias relacionadas con el embarazo, será preciso que se proporcione a la mujer una alternativa real que garantice su derecho efectivo a la realización de las pruebas previstas en unas condiciones de igualdad. En caso de no hacerlo, seguiremos asistiendo a situaciones en las que las mujeres seguirán siendo discriminadas por el hecho de ser mujeres —al hallarse en situaciones que sólo pueden



afectarles a ellas, como es el embarazo o el parto—, a pesar de contar con una especial protección jurídica que no siempre se materializa en la práctica.

En las pruebas convocadas por la Comunidad de Madrid a personal estatutario en 2015, se preveía que si una mujer no podía acudir a las pruebas correspondientes a un concurso/oposición por problemas con el embarazo o por parto inminente, un tribunal examinador se desplazaría al domicilio o al centro sanitario en el que estuviera ingresada con objeto de realizar el examen a la misma hora que el resto de los opositores, y de garantizar un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo, sin afectar a la seguridad jurídica ni romper las condiciones de igualdad entre los participantes. A simple vista, parecía una solución formal que concordaba con el principio de igualdad. En la práctica, se traducía en una situación de grave perjuicio y desigualdad para la mujer. Una prueba de ello era la situación que se daba ante la mera coincidencia del examen y la fecha del parto, caso que se dio en noviembre de 2016, cuando una mujer competía por una plaza convocada por el Servicio Madrileño de Salud en mayo de 2015 (Resolución de 19 de mayo de 2015).

En este caso, las condiciones de igualdad del concurso se vieron alteradas, ya que la aspirante se encontraba incapacitada para competir en igualdad de condiciones por motivo del parto, factor que afecta exclusivamente a las mujeres. Se observa que la solución arbitrada en este caso, como es el desplazamiento del tribunal examinador en la misma fecha y hora que el resto de aspirantes supuso un tratamiento discriminatorio fundado en su embarazo, vulnerando así el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en concreto, el derecho a las mismas oportunidades de empleo. A partir de entonces, se impulsó una modificación en estas convocatorias. En la actualidad, las mujeres embarazadas que prevean la coincidencia de las fechas de realización de cualquiera de los ejercicios de un concurso/oposición con la fecha del parto o con los primeros días del posparto, o aquéllas con problemas derivados de su avanzado estado de gestación, podrán ponerlo en conocimiento del Tribunal Calificador de las pruebas, y éste acordará si procede o no realizar la prueba en un lugar alternativo, aplazarla o adoptar ambas medidas conjuntamente<sup>127</sup>. De esta manera, se minimiza una discriminación que persistía en el ordenamiento autonómico madrileño, y que fue

---

<sup>127</sup> Orden 2411/2017.

extendida por el Principado de Asturias<sup>128</sup>. Aunque la solución adoptada finalmente corresponde al criterio del Tribunal Calificador, es un avance notable.

Entre las CC.AA que mejor garantizan la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el acceso al empleo público son Castilla y León<sup>129</sup>, la Rioja<sup>130</sup>, Andalucía<sup>131</sup>, Castilla la Mancha<sup>132</sup>, o Aragón<sup>133</sup>. En sus procesos selectivos para personal estatutario fijan una excepción en el llamamiento único para la celebración de las pruebas: la coincidencia de la hospitalización o reposo domiciliario con motivo de embarazo y/o parto de las aspirantes con el día de la celebración de alguno de los ejercicios en los que sean partícipes. En consecuencia, ante la imposibilidad de completar el proceso selectivo por motivo de embarazo de riesgo o parto, éste quedará aplazado, reanudándose a la desaparición de la causa siempre y cuando tal aplazamiento no menoscabe el derecho del resto de los aspirantes a una resolución del proceso ajustada a tiempos razonables. Y en todo caso, la realización de las pruebas selectivas pendientes tendrá lugar previa publicación de la lista de aspirantes que hayan superado el proceso selectivo.

En el resto de CC.AA esta protección es menos clara y garantista. Como la comunidad Valenciana, que remite la concreción de los derechos sobre la regulación de los permisos para exámenes prenatales, de preparación al parto o por lactancia, a disposiciones de desarrollo, ya que la Ley 11/2017, de 19 de mayo, de la Generalitat se centra exclusivamente en la eliminación de los déficits de acceso a la función pública que puedan sufrir las personas que padezcan de una discapacidad intelectual.

En las convocatorias de plazas para empleo público de las Islas Baleares<sup>134</sup>, País Vasco<sup>135</sup>, Extremadura<sup>136</sup>, Ceuta<sup>137</sup>, y Melilla<sup>138</sup>, no existe un tratamiento concreto y específico en los casos de coincidencia del parto con las pruebas selectivas. Únicamente

---

<sup>128</sup> Resolución de 18 de mayo de 2017.

<sup>129</sup> Orden SAN/526/2016, de 2 de junio

<sup>130</sup> Resolución de 23 de diciembre de 2016.

<sup>131</sup> Resolución de 13 de abril de 2015.

<sup>132</sup> Resolución de 10 de marzo de 2017.

<sup>133</sup> Resolución de 12 de enero de 2017.

<sup>134</sup> Resolución de la Directora General de Personal Docente de 17 de marzo de 2017.

<sup>135</sup> Orden de 5 de febrero de 2016.

<sup>136</sup> Resolución de 10 de junio de 2015.

<sup>137</sup> Resolución de 11 de abril de 2017.

<sup>138</sup> Orden ECD/492/2016, de 4 de abril.

se hace mención a los casos de “fuerza mayor” quedando en manos del Tribunal la solución. Mientras que el mayor déficit de protección lo encontramos en Cantabria<sup>139</sup>, Galicia<sup>140</sup>, y la Comunidad Foral de Navarra<sup>141</sup>, en cuyas convocatorias no se recoge ninguna referencia a las mujeres embarazadas ni a casos de fuerza mayor, ni se especifica cómo se lleva a la práctica la doctrina del Alto Tribunal, con el fin de evitar decisiones que puedan ser arbitrarias, discriminatorias e injustas<sup>142</sup>.

### **2.1.5 Suspensión de demanda de empleo del INEM por razón de maternidad**

Ya terminando con este apartado dedicado a la fase de acceso al empleo quiero hacer mención sobre un supuesto muy específico de discriminación por razón de sexo derivado de la maternidad de la mujer, como es la suspensión de demanda de empleo del INEM, o más bien, la exclusión de la lista de candidatos para la contratación de toda trabajadora inscrita en el SEPE que se encuentre de baja por maternidad. Es preciso exponer esta realidad debido a los efectos desproporcionados que supone limitar las ofertas de colocación de una mujer que se encuentre de baja por maternidad, durante el proceso de selección —la misma discriminación la cometería la empresa que hubiera rechazado esta oferta sin basarse en una justificación objetiva y razonable—.

La doctrina ha sido muy crítica con la insuficiente protección normativa en el acceso al empleo a la hora de proteger los derechos de la trabajadora embarazada, hasta el punto que el INEM podía llegar a excluir a las trabajadoras de las ofertas de colocación, por considerar que en ese momento no podían prestar servicios, convirtiendo la situación coyuntural de la maternidad en un obstáculo que generaba la pérdida definitiva de una oportunidad de acceso al trabajo<sup>143</sup>. Y es que, si el objeto de

---

<sup>139</sup> Orden PRE/24/2017.

<sup>140</sup> Decreto 19/2016.

<sup>141</sup> Resolución 259/2017.

<sup>142</sup> Cepeda, M<sup>a</sup> I., “Discriminación por sexo en el acceso al empleo público: Caso de España”, en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 12, 2017, pp. 336-339.

<sup>143</sup> Esta situación fue corregida en la STC 214/2006, de 3 de julio. En esta sentencia se estudia el caso de una trabajadora que, percibiendo las prestaciones contributivas por desempleo, cursó ante el INEM el parte de baja por maternidad, incrementándose de este modo, las prestaciones

la suspensión de la relación laboral por maternidad consiste en favorecer la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y evitar la pérdida del empleo en casos de maternidad, la suspensión de la demanda de empleo de las trabajadoras desempleadas dificulta el acceso de la mujer al mercado laboral, en la medida en que le impide ser tomada en cuenta para la cobertura de las ofertas de empleo gestionadas por dicho organismo.

La trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad debe conservar íntegramente sus derechos laborales, pudiéndose reincorporar a su puesto de trabajo una vez finaliza la suspensión, sin que ésta le haya ocasionado perjuicio alguno. En cambio, cuando se suspende la demanda de empleo de una desempleada se perjudican de manera definitiva e irreversible los objetivos perseguidos por la demandante al formular su demanda, impidiendo su acceso a las ofertas de empleo adecuadas que puedan recibirse en el indicado período.

Respecto a la imposibilidad de cumplir determinadas obligaciones de los desempleados por razón del embarazo, diremos que una interpretación respetuosa con el art. 14 CE únicamente llevaría a configurar la situación de maternidad como causa a oponer por la trabajadora para justificar su no participación en una u otra de dichas acciones e incluso, para el rechazo de una oferta de empleo adecuado. No parece tampoco razonable ni proporcionado exigir de la posible demandante de empleo, una manifestación positiva de su deseo de ser considerada por el INEM como tal ante las eventuales ofertas de empleo que pudieran producirse, o su renuncia a la mejora económica de las prestaciones percibidas que se deriva de su situación, con objeto de

---

correspondientes –art. 222 LGSS-. Coincidiendo con dicho período, la Junta de Andalucía ofertó plazas de monitores de educación especial, solicitando al INEM la remisión de dos candidatos por plaza. La trabajadora no fue incluida en dicha relación a pesar de reunir los requisitos de titulación y experiencia por encontrarse, precisamente, de baja por maternidad al tiempo de la convocatoria, la selección de los contratos y la firma de éstos, que se produjo dos días antes del alta. La STSJ de Andalucía dio la razón al INEM en su decisión, al considerar que la actora no estaba en condiciones de trabajar. El TC estima el recurso de amparo y declara la lesión del derecho de la demandante a no ser discriminada en su condición de mujer. En el caso concreto, la trabajadora ha sufrido un perjuicio objetivo como consecuencia de la situación de maternidad sin que pueda justificarse en la aplicación del art. 48.4 ET sobre la suspensión del contrato laboral, pues además de no estar así previsto en la norma supone la aplicación de la misma en contra de los fines que persigue, como son, favorecer el acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo.

poder seguir manteniendo viva su demanda de empleo. La manifestación de voluntad de la demandante es efectuada al presentar su demanda de empleo e inscribirse como desempleada. Esta misma doctrina es refrendada en una sentencia muy reciente del Tribunal Constitucional<sup>144</sup>, en la que se recuerda el deber de la Administración de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles, especialmente durante la maternidad, como factor biológico tutelado, en su conexión íntima con la prohibición de discriminación al surgir cualquier tipo de impedimento a la hora de incorporarse a una plaza obtenida en proceso selectivo, sin valorar adecuadamente su situación de baja por maternidad.

Por su parte, la STJUE de 16 de febrero de 2006<sup>145</sup> con respecto a la Directiva 2002/73/CE, al igual que la STC 66/2014, de 5 de mayo, declaró que la citada directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, y sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad. La fecha que debe tomarse como referencia para el cómputo de la antigüedad como funcionaria, es la fecha de su nombramiento, pese a que en esa fecha se encuentre en permiso de maternidad, y no la fecha de su toma de posesión efectiva al término de dicho permiso. El Derecho comunitario exige que el disfrute de este permiso legal de protección, por una parte, no interrumpa ni la relación laboral de la mujer de que se trate ni la aplicación de los derechos inherentes a dicha relación laboral y, por otra parte, no implique un trato desfavorable de ésta. La desigualdad de trato de la trabajadora con respecto a los demás aprobados en el mismo concurso-oposición que pudieron tomar posesión normalmente de su plaza es incompatible con el derecho de la trabajadora que disfruta de un permiso de maternidad a reintegrarse al término de dicho permiso, a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones laborales producidas durante su ausencia y de la que hubiera debido beneficiarse.

En consecuencia, se desprende la obligatoriedad del órgano administrativo de adoptar fórmulas flexibles que impidan que la maternidad se convierta en un obstáculo

---

<sup>144</sup> STC 108/2019, de 30 de septiembre (Rec. 2925/2018).

<sup>145</sup> Asunto C- 294/04.

para el acceso al empleo público de la mujer trabajadora, ofreciendo medidas alternativas a la situación específica derivada de la maternidad. Por ejemplo, al poner la trabajadora de manifiesto su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz a su hijo, manifestando expresamente que no renuncia a la plaza, y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pueda incorporar, sin que se proceda su adjudicación a la siguiente candidata. De esta manera, es la Administración quien tiene la responsabilidad de neutralizar una posible vulneración del principio de no discriminación<sup>146</sup>.

Y por último, haremos referencia al factor de la irrelevancia del término de comparación. Según mi criterio, una cuestión de enorme importancia, ya que en numerosas ocasiones se utiliza dicho criterio para negar la existencia de discriminación y, aunque a simple vista pueda parecer que tiene sentido, esconde en el fondo, un criterio totalmente discriminatorio, perjudicando aún más la situación de las mujeres. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, sino únicamente la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él se asocie. Cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore a un juicio de discriminación no puede ni debe emplearse, como hemos dicho, como sustento de la negación de su existencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Sencillamente porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del art. 14 CE no requiere un término de comparación que lo desvele. Basta constatar que el factor protegido ha sido soslayado objetivamente o intencionalmente dañado, provocando un perjuicio o minusvaloración a la mujer trabajadora. Es irrelevante, por tanto, que se contrate a otra mujer, o que a esta le sean reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora<sup>147</sup>.

Como conclusión de este apartado, diremos que las normas jurídicas no siempre se traducen de forma precisa en la formulación de las acciones y figuras legislativas necesarias para que la igualdad sea un hecho. Incluso en países con avances notables en la materia, la igualdad efectiva no es una realidad. Sin embargo, sí considero que en la fase de acceso al empleo, nuestro ordenamiento jurídico y práctica socio-laboral ha experimentado una transformación que actualmente protege a la trabajadora

---

<sup>146</sup> En este sentido, STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Napoli, FJ 4 b).

<sup>147</sup> STC 108/2019, de 30 de septiembre (Rec. 2925/2018), FJ 4 d).

embarazada, y la posiciona en el mismo lugar que al resto de candidatos, en igualdad de condiciones. Esto significará que tanto en el sector privado como en el sector público — con las salvedades ya descritas—, aquella mujer que en estado de gestación o con intención de estarlo, pretenda acceder a una vacante ofertada, tendrá las mismas oportunidades laborales que otro candidato varón o mujer sin intención de formar una familia. Y en caso de sufrir cualquier tipo de discriminación, tendrá las herramientas necesarias para reclamar dicha vulneración.

Tanto la jurisprudencia, como la legislación nacional y comunitaria, han luchado por brindar esta situación de igualdad efectiva en el acceso al empleo, prohibiendo cualquier pregunta sexista en los procesos de selección, prohibiendo la negativa de contratar a una mujer por razón de embarazo, o de optar a otro tipo de contrato, así como de otorgar una protección máxima a las mujeres embarazadas que se presenten a concursos de oposición, o aquellas otras que vean suspendida su demanda de empleo por razón de temas conciliatorios.

La condición biológica exclusiva de la mujer —como es el embarazo— no puede suponer en ningún caso, un impedimento u obstáculo en su carrera profesional. Esta discriminación por razón de embarazo conectado con la discriminación por razón de sexo representa ya una realidad que no tiene cabida en nuestra sociedad. Gracias a todo el desarrollo normativo y jurisprudencial, así como el cambio de mentalidad que hemos experimentado, irrisorios son los casos que reflejan este tipo de discriminación y que, en caso de suceder, serán rápidamente percibidos y reclamados por la mujer, recibiendo en todo caso una respuesta adecuada.

### **3 Discriminación y maternidad en el desarrollo profesional**

La protección del embarazo y la maternidad no sólo responde a proteger la especial relación entre la madre y el recién nacido, y la salud de ambos, sino también a brindar una cierta seguridad en el empleo, desde las posibilidades de acceso al empleo para las mujeres en edad de concebir, el mantenimiento de los salarios, las prestaciones durante la maternidad, hasta la prevención de los despidos. La seguridad en el empleo es esencial para la protección de las trabajadoras embarazadas. El embarazo o la

maternidad no deben constituir por tanto, causa de discriminación para acceder a la formación, o al desarrollo de las calificaciones y al empleo. Así lo subraya la “Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad”, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2004.

El embarazo es una de las situaciones que repercuten de forma más negativa sobre los derechos laborales y profesionales de las trabajadoras, sólo hay que revisar cualquier base de datos jurisprudencial para constatarlo. El principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo supone para las mujeres, incidiendo en sus derechos económicos y profesionales. A día de hoy, el riesgo de pérdida del empleo y la degradación de condiciones laborales como consecuencia de la maternidad constituyen el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva- al que se enfrenta la efectividad de dicho principio en el ámbito de las relaciones laborales<sup>148</sup>.

El art. 3 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, define el principio de igualdad de trato como “*la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*”. El art. 8 define la discriminación por embarazo o maternidad declarando que “*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*”. Serrano García habla incluso de discriminación laboral múltiple causada por las razones concurrentes de sexo, condición laboral, edad, estado civil y condición de maternidad, sufrida por las trabajadoras madres en España<sup>149</sup>.

En cuanto a la determinación del alcance de las exigencias que el art. 14 CE despliega con el fin de hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, debemos atender a la peculiar incidencia de la maternidad y la lactancia sobre su situación laboral, al tratar de compensar las desventajas reales que deben soportar para la conservación de su empleo, a diferencia de los hombres, y que se puede comprobar en cualquier estadística consultada (tal como el número de mujeres

---

<sup>148</sup> STC de 6 de mayo de 2009 (Rec. 2063/2008).

<sup>149</sup> Serrano J.M., “La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos”, en *Revista de Derecho Social*, Núm. 78, 2017, pp. 149-157.



que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia en contraposición a ellos)<sup>150</sup>.

La protección de la mujer no debe limitarse a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre ella y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también debe extenderse al ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las potestades organizativas y disciplinarias del empresario, con el objeto de evitar las consecuencias físicas y psíquicas de medidas discriminatorias sobre la salud de ella y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de su estado<sup>151</sup>.

En este sentido, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, constituyendo la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad, un supuesto de discriminación directa por razón de sexo<sup>152</sup>. Es evidente que el estado de gestación tiene con el sexo de la trabajadora una conexión directa e inequívoca, pues la maternidad y por tanto, el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial que no puede acarrear conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora<sup>153</sup>.

En el ámbito laboral se sigue presumiendo la maternidad como un perjuicio económico para el empleador, y un obstáculo en el transcurso de la carrera profesional de las empleadas, en caso de solicitar una excedencia o abandonar temporalmente el mercado laboral. En esta situación, la mujer se encuentra con dos opciones –igualmente reprobables–: la primera es renunciar a la maternidad, y la segunda es renunciar al trabajo. Esta disyuntiva debe erradicarse de forma inmediata, de forma que la mujer pueda elegir libremente realizarse en ambas funciones, sin que ninguna de las decisiones menoscabe su proyecto personal y vital ni su proyección profesional.

---

<sup>150</sup> STC 214/2006, de 3 de julio (Rec. 5499/2003), FJ 6.

<sup>151</sup> Así lo ha recogido el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2003, de 30 de enero, reproducido por todas.

<sup>152</sup> STC 182/2005, de 4 de julio, (Rec. 2447/2002), FJ 4.

<sup>153</sup> STC 17/2003, de 30 de enero, (Rec. 1150/1999), FJ 1.

### 3.1.1 Mobbing maternal en el trabajo

El mobbing al que son sometidas las madres en el trabajo –el acoso, discriminación, violencia o abuso sufrido por decidir ser madre –, tiene su origen en el simple hecho de estar en edad de procrear, el hecho de estar embarazada o tener hijos en edad infantil. Por consiguiente, sufren situaciones tales como no ser contratadas, ser degradadas de sus funciones, ver disminuido su salario o no ser renovadas en sus contratos, y llegando incluso a sentir presión para renunciar voluntariamente.

En el año 2009, la asociación para la formación “Universidad 2015” organizó la primera Jornada sobre “*Mobbing maternal. Acoso en el trabajo a la mujer embarazada*”. Tuvo lugar en Madrid y fue promovida por el Ministerio de Igualdad y el Instituto CEU de Estudios para la Familia. En la misma, se discutió la protección jurídico-laboral y psico-social frente al mobbing maternal, así como las actuaciones de la Inspección de Trabajo y los programas de prevención que se estaban poniendo en marcha desde el Ministerio de Igualdad<sup>154</sup>. Ese mismo año, la Fundación Madrina elaboró el primer estudio sobre la materia. Las conclusiones fueron alarmantes; 9 de cada 10 embarazadas sufrieron mobbing maternal en la esfera laboral, y ¼ de las mismas fueron despedidas, —reflejándose que el embarazo seguía siendo la primera causa de despido—, o recibieron amenazas por parte de la empresa. Todo ello se encuadró dentro de la discriminación directa contra la mujer en su estado de mayor vulnerabilidad –la gestación, la baja por maternidad, la reducción de jornada—. En el año 2013, esta Fundación denunció ante el Parlamento Europeo que para la mujer, la maternidad se había convertido en un factor de desigualdad laboral y social, y su embarazo en un factor de riesgo, frente a la violencia, el abuso, o la pérdida del empleo.

Considero conveniente reflejar los resultados del estudio, exponiendo el mobbing maternal sufrido en España con datos recabados hace más de 10 años, para

---

<sup>154</sup> Universidad 2015, Informe 2009 “Mobbing” maternal. [Consulta 04/07/2021]. Disponible en: <http://universidad2015.ujda.es/rsc-rrhh/jornada-mobbing-maternal/jornadas-acoso-moral-madrestrabajo.htm.htm>

mostrar a continuación una encuesta con datos actuales, con el fin de obtener una visión real sobre la gravedad de la situación, que poco ha mejorado en estos últimos años<sup>155</sup>:

- El 32% de las mujeres sufre mobbing durante su embarazo y un 50% después del parto, especialmente después de su baja por maternidad.

- El 82% de las mujeres gestantes y madres españolas sufren discriminación laboral.

- La edad media de la mujer acosada son los 32 años –que coincide con la edad media en que la mujer española comienza a tener hijos–, y oscila entre los 23 años y los 41 años –la edad fértil de la mujer –. Por tanto son las jóvenes quienes más sufren este tipo de discriminación.

- El acoso más intenso es percibido por las madres gestantes que se encuentran en el tercer mes de embarazo.

- Las madres sujetos de discriminación en el trabajo ya tienen al menos un hijo menor de 3 años a su cargo, con un máximo familiar de 3 hijos menores.

- Un 18% de los casos son denunciados y principalmente ostentan puestos administrativos o en el sector terciario, en empleos relacionados con el servicio doméstico, la atención al cliente, la publicidad-marketing, la logística, seguros, farmacia, hostelería y peluquerías. La gran mayoría de madres acosadas por su maternidad proceden de las PYMES (77%) y tan sólo un 9% de grandes empresas.

- En relación al tipo de contrato, el 68% de las mujeres madres o gestantes trabajadoras que padecen mobbing tiene contrato fijo y el 23% contrato temporal.

- Entre las consecuencias del mobbing se destaca que el 60% genera cambio de funciones por parte de la empresa, otro 31% sufre reducción de su salario, el 23% sufre despido y el resto abandona la empresa por sí misma.

- El 46% de las mujeres sufren secuelas psicológicas, el 5% sufre trastornos somáticos graves de salud, y otro 5% padece secuelas importantes

---

<sup>155</sup> Peña M.L., “El mobbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido”, Barcelona, 2016, pp. 22-24.

como crisis matrimoniales, especialmente porque la pareja no comprende el problema y acusa a la mujer del mismo, resintiéndose la convivencia.

- La duración media de la persistencia del mobbing por razón de la maternidad es de 3 meses, oscilando entre 1 y 8 meses, pudiendo llegar a situaciones de hasta 3 años de padecimiento.

Por su parte, la *Plataforma Women of the World*, una plataforma global para la defensa de la identidad femenina y el valor de la maternidad, elaboró una encuesta en el año 2020 con datos de los dos años previos, que ponen en evidencia el hecho de que el “Mobbing maternal” sigue aún muy lejos de haberse solucionado y que son necesarias y urgentes, medidas políticas contundentes. De hecho, el Parlamento Europeo en su reciente Resolución de 11 de septiembre de 2018 sobre la prevención y combate del acoso sexual, laboral y psicológico que afecta a las mujeres en la esfera pública, ha solicitado a la Comisión Europea que recopile, evalúe y difunda ejemplos de mejores prácticas contra el acoso laboral por razón del embarazo o la maternidad.

Del Informe se desprende el mantenimiento de una cultura empresarial basada en el concepto de que una mujer que se queda embarazada supone un problema y un perjuicio para la empresa, quien sigue gestionando su personal en base a esta equivocada creencia, y avanza obviando las etapas de la vida de la mujer y el pilar central de la vida de muchos trabajadores: su familia. En consecuencia, es necesario adaptar la sociedad, la política y el mercado laboral a esta realidad que no podemos ni debemos cambiar, en beneficio de los trabajadores y de toda la sociedad e incluso, de las propias empresas. Los trabajadores realizados en su vida privada, con una vida familiar plena, rendirán más y mejor, creando un entorno más amable en su lugar de trabajo. Así, la lucha contra el “Mobbing maternal” es necesaria para lograr una auténtica conciliación familiar y laboral<sup>156</sup>.

Los resultados obtenidos en la encuesta ponen en evidencia una situación de discriminación real de la maternidad, que poco ha cambiado durante la última década:

1. En torno al 63% de las mujeres españolas ha sufrido acoso en su lugar de trabajo de por el hecho de ser madre, o querer serlo.

---

<sup>156</sup> Women of the World Platform, “El Mobbing Maternal a debate”, 2019.

2. El porcentaje de empleadas por cuenta ajena que afirman haber sentido discriminación por razón de su maternidad es del 57%. Por su parte, el 64% de las desempleadas y el 50% de las autónomas declaran haber sufrido discriminación laboral por razón de su maternidad.

3. Esta discriminación se ve de manera generalizada en España, con independencia de la situación laboral de la madre (autónoma, cuenta propia, funcionaria o desempleada). Sin embargo, es especialmente alarmante en el caso de las funcionarias, alcanzando el 89%.

4. Esta discriminación se ve desde la primera fase laboral, la entrevista de trabajo, donde el entrevistador elige o no a una persona para un puesto en base a unas preguntas que considera relevantes, pero que discriminan en razón de sexo y maternidad. Más de la mitad de las mujeres españolas han sido cuestionadas sobre la familia en una entrevista, con la posibilidad de negar el derecho a un trabajo por el número de hijos o sus planes a futuro de maternidad o matrimonio. El colectivo menos afectado por preguntas incómodas en la entrevista de trabajo es de funcionarias, y a pesar de ello un 33% refieren haber sido incomodadas en la entrevista de trabajo.

5. La mitad de las madres han percibido cambios negativos en la relación con su superior y/o compañeros de trabajo tras haber solicitado un permiso, excedencia o reducción de jornada por razón de su maternidad o cuidado de menores.

La cultura de una sociedad hace que esa sociedad se sienta más o menos cómoda y libre a la hora de realizar determinadas acciones. La cultura laboral española es discriminatoria en cuanto a la maternidad, puesto que más del 60% de las mujeres se han sentido incómodas o incluso preocupadas a la hora de comunicar su embarazo en el trabajo. Toda mujer que desee tener un hijo en condiciones de seguridad y amamantarlo un cierto tiempo debe poder hacerlo sin tener miedo de perder su trabajo, sus ingresos o su carrera. En palabras del Secretario General de la OIT, Juan Somavia: se trata de una aspiración razonable, a la que, no se puede dar una respuesta basada en criterios de empresa o de mercado, puesto que comporta una decisión acorde con los intereses de la sociedad<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Conferencia Internacional de la OIT, 5 de junio del año 2000.

### 3.1.2 Formación profesional de las trabajadoras embarazadas

Este tipo de discriminación también se observa en el derecho a la igualdad de oportunidades en la formación profesional de las trabajadoras embarazadas, especialmente tras su vuelta de excedencia por cuidado de hijos, suspensión de su contrato o cualquier medida conciliatoria a la que haya acogido. El Estatuto de los Trabajadores en su art.46.3 apdo. 4, recoge que durante el periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia *tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación*”<sup>158</sup>. Sin embargo, la normativa nada específica sobre el derecho a la formación profesional de aquellas madres/padres cuyo contrato de trabajo esté suspendido por nacimiento de hijo (modificación introducida por el RDL 6/2019, de 1 de marzo)<sup>159</sup>. El hecho de no existir regulación sobre esta materia afecta indiscutiblemente a su desarrollo profesional y económico. De ahí que resulte tan necesaria la extensión de la protección prevista para los trabajadores en situación de excedencia para cuidado de hijos, al resto de situaciones en materia de conciliación. Esta protección debería reflejarse tanto en la Ley, como ser traspuesto en los Convenios Colectivos. No obstante, es en los Planes de Igualdad donde solemos observarlo. Reproduzco a continuación algunos ejemplos de medidas específicas de formación — y promoción en el primero de ellos— de diferentes Planes, que pueden (deberían) servir de ejemplo al resto de Planes y/o Convenios que se vayan adoptando:

#### ∇ PLAN DE IGUALDAD DE MERCEDES-BENZ VITORIA-GASTEIZ (2016-Vigente):

2) En situaciones de maternidad, paternidades y excedencias por cuidado de hijo/a o familiar hasta segundo grado, se podrá participar en coberturas de vacantes y promociones en las mismas condiciones y requisitos en las que optaría en caso de estar en activo.

---

<sup>158</sup> Para evitar la desconexión de las trabajadoras o de los trabajadores en excedencia, se debería enviar información sobre dichos planes de formación.

<sup>159</sup> Derecho intransferible y obligatorio para ambos progenitores.

3) En las situaciones de Maternidad, Paternidad, Riesgo de embarazo o lactancia y excedencias para el cuidado de hijos y familiares, no se verá perjudicado el trabajador o trabajadora en su formación y desarrollo profesional. La Empresa comunicará los cursos o acciones formativas a los colaboradores/as, que se encuentren en alguna de las licencias señaladas anteriormente; así como les informará de los concursos oposición u otros procesos de promoción que puedan llevarse a cabo, cuando sea posible por parte de la Empresa o el afectado/a haya mostrado interés.

∇ **PLAN DE IGUALDAD DE NESTLÉ ESPAÑA S.A (2016-Vigente):**

d. Realizar acciones formativas de reciclaje profesional, en los puestos que por sus funciones o responsabilidades así lo requieran, a quienes se reincorporan en la Empresa a la finalización de la suspensión de contrato, por maternidad y paternidad, excedencias por cuidado de menores o personas a cargo.

∇ **PLAN DE IGUALDAD DE SETEX APARKI, S.A (2017-2020):**

4. Proponer acciones formativas de reciclaje profesional a los trabajadores y las trabajadoras que se incorporan en la Empresa a la finalización de la suspensión de contrato por maternidad, excedencias y bajas de larga duración, cuando se requiera porque se hayan producido cambios organizativos, de funcionamiento, sistemas o procedimientos.

∇ **PLAN DE IGUALDAD DE PULL & BEAR ESPAÑA S.A (2019-2023):**

05. Facilitar el acceso y realizar acciones formativas de reciclaje profesional, en los puestos que por sus funciones o responsabilidades así lo requieran, después de su incorporación a la finalización de la suspensión de contrato por nacimiento, excedencias y bajas de larga duración.

∇ **II PLAN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA EMPRESA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD TÉCNICA (2020-2024):**

4. Promover acciones formativas de reciclaje profesional a quienes se reincorporan a la Empresa a la finalización de la suspensión de contrato, por nacimiento, excedencias y bajas de larga duración.

Considero que todas estas medidas deberían extenderse como mínimo a todos los Planes de Igualdad. Es urgente concienciar sobre la importancia de otorgar las mismas condiciones de formación y promoción a todos aquellos/as trabajadores/as que han sido padres/madres, para que este hecho no se convierta en un obstáculo profesional, especialmente para las mujeres. Sin embargo, al no recogerse de forma obligatoria en la normativa, es difícil que todas las empresas decidan hacerlo. De ahí que, la solución idónea a esta nula protección sea su trasposición al texto legal.

A modo de propuesta, reproduzco a continuación una reforma que podría llevarse a cabo en la normativa, en concreto, en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, en relación al derecho de formación profesional de todos aquellos trabajadores cuya relación laboral esté suspendida, especialmente por razón de nacimiento de hijo, de adopción, y de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, en aras de no ver obstaculizado su desarrollo profesional por motivo de ejercer cualquier medida conciliatoria, o de salud laboral. De esta manera, se extenderían las mismas garantías previstas para los casos de excedencia voluntaria por cuidado de hijo y familiar hasta segundo grado de consanguinidad/afinidad a todos estos supuestos:

Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo.

(nota: en negrita lo nuevo respecto a la redacción anterior)

**[...] 10. Los trabajadores tendrán derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación.**

En apoyo a lo expuesto, rescato una sentencia pionera del TJUE que supuso un gran avance en los derechos profesionales y de formación de las mujeres. En concreto, la sentencia de 6 de marzo de 2014<sup>160</sup> que versa sobre la discriminación en la formación profesional de la trabajadora embarazada, y que sirve de doctrina para todas aquellas

---

<sup>160</sup> STJUE de 6 de marzo de 2014, as. C-595/12, caso *Loredana Napoli v. Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*.



situaciones posteriores en las que puede verse una mujer en el seno laboral. En esta ocasión, se excluye a una empleada en situación de permiso de maternidad del curso de formación celebrado tras aprobar un concurso-oposición, con efectos discriminatorios por razón de sexo<sup>161</sup>. El Tribunal declara el derecho de la mujer a asistir al siguiente curso, y a reintegrarse en el puesto de trabajo o equivalente en términos y condiciones que no resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones de trabajo, en aras de evitar la discriminación tanto directa como indirecta en las condiciones de acceso al empleo, incluyendo los criterios de selección y las condiciones de contratación. Y concluye con la oposición del art. 15 de la Directiva 2006/54 a la normativa nacional que por motivos de interés público da de baja a la mujer en permiso de maternidad de una formación profesional, que es parte esencial de su puesto de trabajo, y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como personal funcionario.

A tenor de lo expuesto, podemos hablar ya de un claro ejemplo de discriminación por razón de maternidad cuando no se convoca, o se impide asistir a la realización de cursos de formación profesional organizados por la propia empresa, a las personas que se encuentran en situación de suspensión de su contrato de trabajo, por motivos relacionados con la maternidad. Y es que el propio legislador advierte expresamente que durante las situaciones de excedencia por cuidado de hijos o familiares, los trabajadores tienen derecho a asistir a los cursos de formación convocados por la empresa (46.3 ET), muchas veces imprescindibles para optar a un ascenso. Sin embargo, como hemos mencionado, nada legisla sobre el resto de situaciones también vinculadas con la maternidad.

De tal forma, las reglas de la buena fe, con el fin de no perjudicar la igualdad de género en la promoción profesional, deberían facilitar en la medida de lo posible, la realización de los citados cursos en un momento temporal posterior, cuando tales cursos resulten imprescindibles para optar al ascenso, con el fin de no perjudicar a las trabajadoras que en el momento de la celebración del curso se encontraban en situación de suspensión de contrato por nacimiento de hijo, suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o en la lactancia natural.

---

<sup>161</sup> Se impide a la trabajadora realizar el curso de formación posterior a la integración como subcomisaria del cuerpo de policía penitenciaria, tras comunicar baja del curso transcurridos los 30 primeros días del permiso de maternidad, finalizando su abono de retribución.

### **3.1.3 Discriminación en los ascensos profesionales**

La misma discriminación por razón de maternidad se producirá también en los casos en los que la empresa haya establecido un sistema objetivo de ascenso basado en la realización de una prueba selectiva, excluyendo de la posibilidad de concurrir al examen y con ello, de optar al ascenso a los trabajadores que se encuentren en cualquiera de las situaciones ya descritas, pues tal medida resultaría contraria al espíritu protector que inspira la LO 3/2007 para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Y es que, si el ascenso de nivel o el ejercicio de puestos de dirección se reserva para los trabajadores que superen determinados ejercicios evaluables, u obtengan mejor puntuación en un concurso de méritos, el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar no puede constituir obstáculo alguno que impida o dificulte la concurrencia de la trabajadora en el correspondiente proceso selectivo. En caso contrario, se habrá incurrido en un ejemplo claro de discriminación por maternidad.

Nos estamos refiriendo en todo momento a procesos objetivos y estipulados en la norma que esconden situaciones de discriminación reflejas, más difícil sería detectar tal desigualdad en aquellos nombramientos arbitrarios, decididos por el propio superior, sin responder a un procedimiento neutro y meritocrático, sino más bien, a puros intereses empresariales o económicos, que seguramente se alejen de proteger efectivamente a aquellas trabajadoras embarazadas o madres, vistas históricamente como difícilmente promocionables, debido a los costes económicos que suponen. En otras palabras, ante la decisión de ascender a un trabajador hombre y una trabajadora mujer, el primero tendría más posibilidades de hacerlo. En primer lugar, porque encontramos un número mucho más reducido de mujeres promocionables que de hombres, por no poseer la antigüedad exigida, el número de años cotizados en la empresa, o la formación exigida. En segundo lugar, en caso de llegar a las candidaturas finalistas, son muchos más hombres en proporción que mujeres, esto lo vemos prácticamente en la mayoría de las empresas, sobre todo si analizamos los procesos de ascenso a puestos de alta responsabilidad (con independencia de lo feminizada que esté la plantilla). Frente a esta realidad, las empresas pueden adoptar diversas medidas

correctoras, en aras de paliar las dificultades a las que se enfrentan las mujeres trabajadoras para ascender profesionalmente, sin perjuicio de su maternidad. Entre ellas, expongo a continuación varias propuestas de buenas prácticas consistentes en medidas a implantar en planes o convenios, que considero más efectivas y que en caso de adoptarse, blindarían de protección y avanzarían en esta lucha por la igualdad de oportunidades de las mujeres trabajadoras embarazadas o con intención de estarlo:

- ✚ Adoptar el criterio general de que a igualdad de condiciones de idoneidad, tendrán preferencia las mujeres en el ascenso a grupos o categorías en los que estén subrepresentadas.
- ✚ Promover de forma proactiva que, en los grupos profesionales en los que estén subrepresentadas, las mujeres se postulen como candidatas a procesos de promoción.
- ✚ Informar a la persona candidata sobre los motivos del rechazo para promocionar, orientándola sobre puestos a los que podría optar por su perfil, áreas de mejora, formación necesaria y resaltando sus cualidades.
- ✚ Fomentar la promoción de mujeres con el objetivo de lograr una presencia equilibrada sobre la representatividad por sexo de la plantilla, no siendo inferior al 15% la presencia de mujeres, en los niveles jerárquicos en los que se encuentren infra representadas.
- ✚ Procurar que en las nuevas promociones, el incremento del porcentaje de mujeres sea como mínimo del 25%, respecto de puestos donde estén infra representadas y tomando como referencia el porcentaje de promociones en la empresa.
- ✚ Hacer un seguimiento específico de las promociones de personas con tiempo parcial o jornada reducida. Garantizar que cualquier tipo de jornada diferente a la completa no sea un obstáculo para acceder a puestos de coordinación /mandos
- ✚ Hacer un seguimiento de las promociones en la empresa, desagregando a las personas promocionadas según su grupo profesional, tipo de jornada (tiempo parcial/tiempo completo y reducciones de jornada) y sexo.
- ✚ Para cubrir los puestos de responsabilidad y dirección, priorizar la promoción interna, acudiendo a la selección externa cuando ninguna candidatura interna cumpla los requisitos.

- ✚ En aquellos grupos profesionales en los que haya un desequilibrio en la presencia de ambos sexos mayor de 70/30, posibilitar la incorporación en las acciones formativas dentro del grupo, a las personas del sexo menos representado en esa ocupación, que lo solicite de manera voluntaria.
- ✚ Establecer un procedimiento de publicación de las vacantes de puestos y su descripción (perfil requerido y características del puesto), independientemente del puesto y/o Grupo profesional de que se trate, por los medios de comunicación habituales de la empresa (tablones de anuncios, correo interno, circulares...) así como de los requisitos para promocionar.
- ✚ Registrar el nivel de estudios, evolución de las carreras profesionales, la formación recibida en la compañía, para orientar el desarrollo profesional de la plantilla.
- ✚ Crear un programa de identificación del talento interno que permita disponer de una base de datos de mujeres cualificadas con potencial para promocionar a posiciones de responsabilidad.
- ✚ Realizar acciones formativas de reciclaje profesional a las trabajadoras/es y reingresadas/os en la Empresa a la finalización de la suspensión de contrato por nacimiento de hijos, riesgo durante el embarazo o la lactancia, y excedencias por cuidado de hijos y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad/afinidad.
- ✚ Formar específicamente en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres a las personas responsables de evaluar las candidaturas para las promociones (preselección de solicitudes, entrevistas personales y decisión de a quién se promociona) con el fin de garantizar que se realiza de una manera objetiva, sin estereotipos de género.
- ✚ Analizar con perspectiva de género los criterios, métodos y/o procesos utilizados para la descripción de perfiles profesionales y puestos de trabajo, así como para la promoción profesional, gestión y la retención del talento.

Ahora bien, en la práctica, por lo que a la promoción profesional se refiere, el problema que se ha presentado con más frecuencia ante nuestros tribunales es el relacionado con un fenómeno de discriminación indirecta por razón de maternidad. Y es que en muchas ocasiones, bien por decisión unilateral del empresario, bien por previo acuerdo de voluntades plasmado en el convenio colectivo, sin necesidad de concurrir a

proceso selectivo alguno, se reservan directamente los ascensos de categoría para los trabajadores que acrediten más días de trabajo efectivo en el momento de generarse la vacante. Y es entonces cuando a la hora de concretar la antigüedad de los trabajadores, ciertas empresas descuentan los periodos en los que el/la trabajador/a se encuentra en situación de IT, baja maternal, paternidad, permiso retribuido por lactancia acumulada, suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o la lactancia, etc., al ser días en las que se no se realiza una efectiva prestación de servicios.

Esta medida utiliza aparentemente un criterio objetivo para concretar las reglas de ascenso en la empresa —como son los días efectivamente trabajados—, pero la práctica es bien distinta, ya que provoca un resultado especialmente gravoso para el sexo femenino (debido a condiciones biológicas inherentes a su sexo, y por cuestiones de arraigo social innegables), por lo que, aquellas trabajadoras que se hayan encontrado en alguna de las situaciones mencionadas van a encontrar muchas más dificultades para optar al ascenso que sus compañeros varones, para los que el nacimiento de un hijo no implica la necesidad de paralización de sus obligaciones profesionales. A día de hoy, gracias a la entrada en vigor del RDL 6/2019, de 1 de marzo, y la introducción de la suspensión de contrato de trabajo por nacimiento de hijo, obligando a ambos progenitores a dedicar 16 semanas a su cuidado, parece que la situación puede revertirse. No obstante, siguen siendo ellas las que, de forma mayoritaria, solicitan tanto las excedencias para cuidado de hijos y/o dependientes, como la reducción de jornada por razones de guarda legal.

Otras veces, el hecho de elegir la antigüedad como criterio objetivo en los ascensos puede provocar discriminación por razón de género desde otro punto de vista (esta vez no relacionado con el hecho de la maternidad, ni con el disfrute de las medidas conciliatorias previstas en el ordenamiento): es lo que ocurre con empresas tradicionalmente masculinizadas, quienes con el fin de reequilibrar su plantilla, a través de medidas de acción positiva previstas en su Plan de igualdad y en contextos como el expuesto, siempre eran los varones —y siguen siendo— quienes acreditaban mayor antigüedad en la empresa y por lo tanto, los que acumulaban el desempeño de puestos de trabajo de superior categoría y de cargos directivos, obviando así las indicaciones de paridad de la LO 3/2007.

Analizando los preceptos que regulan la suspensión del contrato de trabajo, observamos cómo el artículo 46 (apartado primero) del Estatuto de los Trabajadores es claro al establecer que la excedencia forzosa da derecho al cómputo de la antigüedad durante su vigencia. De la misma forma lo establece el apartado tercero del citado artículo cuando se refiere a la excedencia por cuidado de hijos, equiparándose ambas en cuanto a sus efectos. Teniendo en cuenta esta base legal, debemos entender que lo dispuesto para este tipo de excedencias se extiende a la suspensión del puesto de trabajo prevista en el artículo 48. Además, nuestros tribunales han afirmado que las situaciones de suspensión sólo interfieren la vida del contrato en cuanto a las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, por lo que, el tiempo transcurrido durante las mismas ha de estimarse de servicio, computándose a efectos de determinar la antigüedad del trabajador. No obstante, es tiempo que el legislador disponga explícitamente que la continuidad en el cómputo de la antigüedad es predicable de cualquier causa de suspensión, ya que por el momento no existe en la normativa ninguna disposición que determine el cómputo de la antigüedad como un efecto de todas las causas de suspensión. De este modo, mientras no se exprese de un modo claro que algunos de los beneficios vinculados a la antigüedad está condicionado, no por un elemento temporal, sino por la prestación efectiva de servicios, habrá que entender que el tiempo suspensivo es compatible a estos efectos. Pero, como hemos dicho, urge la legislación tanto sobre esta materia relacionada con el cómputo de antigüedad (y sus efectos en la promoción profesional del/la trabajador/a), como por el derecho a la formación profesional, con independencia del disfrute por parte del/la trabajador/a de cualquier medida conciliatoria legalmente prevista. El reconocimiento de ambos derechos podría hacerse efectivo del siguiente modo:

Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo.

(nota: en negrita lo nuevo respecto a la redacción anterior)

**[...] 10. El periodo en que el trabajador permanezca en situación de suspensión de contrato por las causas legalmente previstas, será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación.**

Al mismo tiempo que la falta de oportunidad en la mejora de condiciones de trabajo reconocida en Convenio colectivo representa otra realidad que sufren sistemáticamente las mujeres. Esto se refleja de una manera muy clara en la falta de oportunidades de las trabajadoras en situación de baja laboral por riesgo en el embarazo, siendo constitutiva de vulneración del art. 14 de la CE. Por lo que, si una trabajadora se encuentra de baja laboral por riesgo en el embarazo y en su empresa se presenta la oportunidad de un nuevo contrato, por ejemplo, de duración ampliada, en otro centro de trabajo ésta tendrá derecho a instar de la empresa su traslado al nuevo centro, así como a la ampliación de su jornada alegando su preferencia, siempre que quede reflejado en su Convenio.

No es infrecuente que en la negociación colectiva se establezca la prioridad de los trabajadores/as con contrato a tiempo parcial frente a terceros, en el caso de que la empresa tenga la necesidad de realizar nuevas contrataciones que incrementen el número de horas de prestación de servicios. Considero que es una medida muy positiva y que cumple el objetivo de lograr una estabilidad en el empleo, además de incidir en la mejora de las condiciones laborales de las mujeres, quienes forma mayoritaria ocupan tanto los contratos a tiempo parcial como contratos temporales, por razón de temas conciliatorios y su arraigo en las tareas del hogar. En caso que la empresa incumpla esta medida y deniegue su solicitud a la trabajadora, el Tribunal deberá fallar la existencia de una actuación ilegal al haber contravenido lo establecido en el Convenio, además de ser inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental de igualdad del art. 14 CE<sup>162</sup>. La entidad empleadora siempre debe otorgar la oportunidad de ejercitar su derecho preferente proporcionando un tratamiento igualitario al resto de sus compañeros. En caso de no hacerlo, será colocada en una clara desventaja como mujer trabajadora.

### **3.1.4 Degradación de las funciones y discriminación retributiva por razón de embarazo**

---

<sup>162</sup> Este criterio fue el seguido por la STC 2/2017, de 16 de enero.

Avanzando en este apartado, considero que es también preciso exponer las graves consecuencias que tiene el embarazo de la trabajadora frente a una degradación en sus funciones. De este modo, en la práctica encontramos diversos ejemplos de este tipo de discriminación: desde la contratación de un nuevo trabajador a los pocos días del embarazo de la trabajadora tras su baja médica de maternidad, resolviendo unilateralmente su contrato tras finalizar la baja, vulnerando así su promoción profesional y atentando contra su derecho fundamental (art. 14CE)<sup>163</sup>. Pasando por la declaración de nulidad de una norma convencional que exige de manera implícita a la trabajadora embarazada y en situación de baja maternal el mismo requisito de horas y esfuerzo de trabajo para obtener el ascenso retributivo que al resto del personal<sup>164</sup>. Al igual que ocurre con aquellas empresas que privan de forma parcial a las trabajadoras de sus funciones al reincorporarse tras su descanso por maternidad, sufriendo una degradación de funciones y minusvaloración de su trabajo<sup>165</sup>.

Lo mismo ocurre con la improcedencia del traslado de una trabajadora embarazada de un departamento, puesto o categoría profesional a otra, pasando a desempeñar funciones muy inferiores a su cualificación y a sus conocimientos. En estos casos, la empresa suele alegar que se trata del *ius variandi* empresarial, sin embargo, en ese caso, debería tramitar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo conforme el art. 41 ET. En caso de no hacerlo, al no justificar la movilidad funcional o acreditar el seguimiento de criterios con una mínima objetividad, basándose en parámetros como la antigüedad, preparación técnica, categoría profesional, o voluntariedad en el traslado, la decisión será declarada discriminatoria por razón de su embarazo y nula por imperativo del art. 17 ET. Además, en caso que la empresa conociese el embarazo de la trabajadora, se podría acreditar como indicio suficiente la existencia de móvil discriminatorio que deberá ser desvirtuado por la misma.

Sin duda, todas estas situaciones que pueden sufrir las mujeres deben erradicarse. Como hemos visto, la condición biológica de mujer como madre no puede justificar en ningún caso un menosprecio en sus funciones, en su promoción o formación profesional. Vulnera su derecho a desarrollarse profesionalmente, en

---

<sup>163</sup> STS 283/2011, de 20 de abril de 2011 (Rec. 87/2009).

<sup>164</sup> STSJM de 12 de junio (Rec. 1379/2013).

<sup>165</sup> STSJM 313/2016, 11 de mayo (Rec. 782/2015).



igualdad de condiciones que el resto de la plantilla, y discrimina de manera notoria su condición de mujer trabajadora y madre, al ver afectada su decisión de compaginar su proyección familiar y profesional. Al mismo tiempo que puede encontrarse en una situación de inferioridad en comparación con otro trabajador varón que no tiene la condición de madre, con los beneficios que ello implica de cara al empresario, o frente a una trabajadora mujer que ha decidido no formar una familia. En ambos casos, puede darse la paradoja que a igualdad de condiciones, o incluso en peores condiciones por parte de estos últimos (por ejemplo, por tener menor antigüedad o formación), ascienda o se promocioe aquel trabajador/a sin hijos o sin intención de tenerlo. Esto conlleva a un perjuicio económico y profesional de la mujer embarazada, que deberá reclamar esta vulneración, siendo declarado nulo.

También considero que la RLT debería realizar un seguimiento de todas las promociones realizadas en el año, desagregadas por sexo, categoría, antigüedad, puesto de trabajo y formación. Así lo exigen los Planes de Igualdad, sin embargo, en la práctica, es muy difícil detectar este tipo de discriminaciones ante la ausencia de reclamaciones por parte de las propias afectadas. Es por ello que no encontraremos apenas sentencias sobre la materia, a diferencia de lo que ocurre con el despido por razón de embarazo o cese del período de prueba, que sí recibe una amplia protección jurídica.

Me reitero en el necesario control de las promociones efectuadas en cada centro de trabajo y los criterios seguidos, detectando aquel trato desigual en comparación con quien no es mujer ni tiene la condición de madre, y que incluso pueda ostentar peores condiciones laborales, como menor antigüedad, teniendo la misma categoría profesional pero ascendiendo antes de nivel retributivo que ella. También hay que tener en cuenta aquellos preceptos convencionales, cuya aplicación pueda provocar un resultado discriminatorio. Un ejemplo podríamos encontrarlo en aquellos convenios que exijan, de cara a ascender de categoría, completar una cuota mínima de horas efectuadas de trabajo, mínimo que la trabajadora puede que no alcance, por motivo del tiempo de inactividad por razón de embarazo y cuidado de hijo. Se trataría de una cláusula claramente discriminatoria que afectaría exclusivamente a las mujeres respecto a su promoción profesional y económica, y que debería ser resuelta aplicando, en caso de existir, otro precepto convencional que rebaje el límite establecido, o anular la aplicación realizada por los efectos discriminatorios.

Por último, debemos hacer referencia a la transversalidad de esta discriminación por razón de embarazo, ya que no sólo afecta al acceso al empleo, al propio fin de la relación laboral, a los periodos de descanso de la trabajadora, o a su desarrollo profesional, sino que también afecta en materia retributiva, de manera directa. Es por ello que en su carrera profesional no se verá obstaculizada únicamente por modificaciones de sus condiciones laborales, traslado de funciones, denegación de permisos o reducciones, o rechazo a la hora de ascender, sino que también verá perjudicada su situación económica. Esto último se refleja en la STJUE de 30 de marzo de 2004<sup>166</sup>, donde se establece que cualquier aumento de salario que se produzca antes del permiso de maternidad o durante dicho permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para calcular el importe de la retribución percibida por la trabajadora durante ese permiso. De manera que, se exige el principio de no discriminación de la trabajadora vinculada por contrato durante el permiso por maternidad, del disfrute de un aumento salarial producido entre el comienzo del periodo por el salario de referencia, y el final del permiso por maternidad. La exclusión de la trabajadora del aumento durante su permiso de maternidad constituye un supuesto de discriminación, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer sí hubiera percibido el salario incrementado.

No es este el único supuesto sobre discriminación salarial por razón de maternidad. También lo encontramos en el caso que una trabajadora pretenda acceder a una categoría profesional superior. El TJUE ha sido determinante a la hora de proteger a las trabajadoras frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad, exigiendo la ininterrupción de la relación laboral de la mujer, y el mantenimiento de los derechos inherentes a dicha relación laboral por el disfrute de permiso de maternidad. En consecuencia, a la hora de interpretar el artículo 141 CE y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, debido a la inaplicación de la totalidad de un permiso de maternidad disfrutado, a la hora de calcular el período necesario para poder ser clasificada en un grupo retributivo superior, se establecerá que se trata en todo caso de una discriminación por razón de su embarazo y de su permiso de maternidad, afectando al cómputo del período de permiso de maternidad, a efectos del acceso a esa categoría superior que se pretende ascender.

---

<sup>166</sup> STJUE de 30 de marzo de 2004, as. C-147/02, caso Michelle K. Alabaster v. Woolwich plc, Secretary of State for Social Security.

Como vemos, se trata de blindar de protección su condición biológica de madre trabajadora, para que en ningún caso vea perjudicada su carrera profesional e independencia económica, en razón de su elección de ser madre y trabajadora, al mismo tiempo que haber ejercido legítimamente sus derechos conciliatorios<sup>167</sup>.

### **3.1.5 Seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas**

Lo mismo ocurre a la hora de proteger la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia. La empresa tiene la obligación legal de evaluar todos los puestos de trabajo y de reevaluarlos cuando la situación de las trabajadoras cambie, identificando cuáles son los riesgos a los que están expuestas, y valorando aquellos puestos de trabajo exentos de riesgos para estas trabajadoras, conforme el artículo 26.2 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, en materia de prevención de riesgos laborales. Y en el caso de no existir ningún puesto de trabajo compatible y exento de riesgos, la empresa no podrá garantizar la seguridad de la trabajadora, procediendo a comunicar a la Mutua la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

El embarazo no es una enfermedad, es un estado natural de la vida de la mujer que merece una protección y prevención específica. Los cambios fisiológicos y psicológicos que se producen en la mujer conllevan la adaptación del puesto de trabajo, con el objeto de evitar riesgos que repercutan en el estado de salud de la trabajadora y del/la hijo/a que espera. Se puede trabajar durante el embarazo e igualmente durante el periodo de lactancia. Por ello, todas las empresas deben comprometerse a la inclusión de medidas preventivas y de protección en sus Planes de prevención, así como de medidas de conciliación que permitan el desarrollo profesional de las mismas. Lo más oportuno sería que todas las empresas, tras realizar un análisis de sus puestos de trabajo, identificando aquellos que implican cierto riesgo, tanto para la madre trabajadora como para su hijo —y diferenciándolos de aquellos carentes de dicho riesgo— elaborasen un Protocolo de actuación en caso de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. En la práctica, no es lo más habitual. Y son los Planes de Igualdad quienes se están

---

<sup>167</sup> STJUE de 18 de noviembre de 2004, as. C-284/02, caso *Land Brandenburg v. Ursula Sassal*.

ocupando de incorporar estos Protocolos, tan necesarios para proteger el desarrollo profesional, libre de riesgos y obstáculos, de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia.

No obstante, no me detendré en esta materia, si bien lo que quiero poner de manifiesto en relación con ello, es la realidad que sufren en muchas ocasiones aquellas mujeres que son trasladadas a otro puesto de inferior categoría, a causa de su embarazo y riesgo para su seguridad y su salud, y la de su hijo, que es el argumento que suelen exponer las empresas en razón a su decisión. El problema en este caso, no es el cambio de funciones, puesto o categoría justificado en dicho riesgo, sino la disminución en su remuneración media percibida previamente al traslado. Toda trabajadora provisionalmente destinada a causa de su embarazo a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que ejercía antes de ese traslado, tendrá derecho a los componentes de la remuneración y/o complementos inherentes a su condición profesional, como pueden ser los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y sus cualificaciones profesionales. Así lo ha establecido la doctrina comunitaria<sup>168</sup>, y así debe ser respetado en todo caso por la parte empresarial. Ninguna trabajadora, en consecuencia, podrá ver perjudicados sus derechos laborales y económicos por razón de su embarazo/maternidad, manteniendo su remuneración previa al traslado por razón de riesgo.

La condición biológica y salud de la mujer trabajadora ha de ser compatibles con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda permitir ninguna desventaja, como por ejemplo, no poder tomar posesión de una plaza de trabajo obtenida por razón de disfrutar de un permiso de embarazo. Sobre esto último, el TC ha procedido a revisar su propia doctrina para modificarla<sup>169</sup> y declarar la vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo, sobre la base del art. 14 CE, procediendo a anular resoluciones administrativas y judiciales discriminatorias, que negaban derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento como Magistrada a quien no pudo tomar posesión de la plaza por el disfrute de un permiso de maternidad. Basta aplicar el test but for o de la sustitución —utilizado por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo— consistente en cambiar el sexo u otra circunstancia personal del sujeto, para contrastar si las consecuencias jurídicas habrían sido las

---

<sup>168</sup> STJUE de 1 de julio de 2010, as. C 471/08, caso Sanna Maria Parviainen v. Finnair Oyj.

<sup>169</sup> La STC 162/2016, de 3 de octubre de 2016 ha consolidado y aclarado la STC 66/2014.

mismas. El razonamiento de que la obligatoriedad de la toma de posesión del destino afecta a todo aquel que se encuentre en una situación de licencia sea cual fuere ésta y, por tanto, independientemente de su sexo, no es válido en casos como el presente. Es la maternidad la que, como circunstancia unida a las mujeres, provoca una situación de discriminación.

A tenor de lo expuesto, siempre que la mujer con condición de empleada pública obtenga un determinado destino durante las licencias ligadas a su maternidad o a un eventual embarazo de riesgo, se entenderá que los derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento serán adquiridos desde la fecha en la que la mujer hubiera podido tomar posesión de no haber mediado dicha licencia. Sin duda, un gran avance en el desarrollo profesional, libre de discriminación, de la mujer trabajadora, con el que cerramos esta segunda fase para avanzar hasta la finalización de la relación laboral (momento temporal donde mayor discriminación sufre la mujer, y más atención ha recibido por parte del legislador y los Tribunales).

#### **4 Avances legislativos en la Corresponsabilidad tras la entrada en vigor del RD 6/2019**

El avance social ha permitido que actualmente exista consenso en que la gestión del hogar y cuidado de la familia deben ser ámbitos compartidos por ambos progenitores, actuando en corresponsabilidad, teniendo la mujer la posibilidad de incorporarse en igualdad de oportunidades que el hombre a la toma de decisiones. El campo de la maternidad, sin embargo, es una materia en la que aún hoy no existe consenso absoluto. Existen dos posturas claramente diferenciadas: (1) mientras que para algunos, la maternidad consiste en una cuestión que física y biológicamente corresponde a las mujeres que tienen características, cualidades, que las convierten en el único sujeto capaz de cumplir este rol, para otros, (2) se trata más bien de la construcción social y cultural que asigna a las mujeres de forma artificial y sin base científica este rol, que perfectamente puede (y debe) ser modificado. Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) que no entra a valorar estas cuestiones, se inclina más por la primera de ellas, diferenciando entre sexos y roles y vinculando la protección de la

maternidad con su embarazo y los primeros años del bebé, aceptando que la maternidad supone en la mujer la asunción de tareas que deben ser compartidas con el hombre, debido al perjuicio profesional y económico ocasionado. Asimismo, acepta que el rol de madre, con ausencia de medidas de protección necesarias y de reconocimiento a nivel social, supondrá un perjuicio en sus ingresos económicos, perspectivas de futuro, posibilidades de desarrollo personal. También supondrá un empeoramiento de la demografía de cada país y desincentivación al trabajo de la mujer, además de empeoramiento en las condiciones laborales y medidas conciliatorias en el seno del trabajo de la mujer, con trabajos peor remunerados, más precarios, y con menos posibilidades de ascender<sup>170</sup>.

La UE ha mostrado su preocupación por esta cuestión, entre otros motivos por la enorme repercusión que ésta tiene sobre la propia estructura y sistema europeos, como bien ha defendido la profesora López López<sup>171</sup>. Las decisiones que las familias adoptan en relación a la conciliación de su vida personal, laboral y familiar, no permanecen exclusivamente en la esfera privada, sino que, como sostiene la profesora Juaristi Besalduch, repercuten en esta estructura, y determinan aspectos tan importantes como la participación en el mercado laboral o la tasa de fertilidad. Toda esta argumentación fue puesta de relieve en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 3 de octubre de 2008<sup>172</sup>.

La perspectiva de género debe estar presente a la hora de interpretar, investigar y elaborar políticas relacionadas con la conciliación, empleo, economía. La posición actual del hombre y de la mujer es distinta. El valor económico y laboral desde una perspectiva empresarial en muchas ocasiones también es distinto, siendo discriminadas por su intención de formar una familia, tenerla, o por el simple hecho de ser mujer y estar en edad de procrear o de cuidar a familiares dependientes. La actitud y el castigo social que sufren es distinto: imaginemos que un hombre y una mujer con la misma

---

<sup>170</sup> Abril R., “El coste de la no conciliación en el ámbito del empleo”, en *El Comité Económico y Social Europeo y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, CEU Ediciones, Madrid, 2012, pp. 96-97.

<sup>171</sup> López, M<sup>a</sup>. T. y Valiño, A., “Conciliación Familiar y Laboral en la Unión Europea. Valoración de las políticas públicas”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, p. 13.

<sup>172</sup> Juaristi E., “¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?”, CIES, Núm. 96, 2012, p. 2.

edad y cualificación profesional se enfrentan a un proceso de selección para acceder a un puesto de trabajo. Ambos cumplen los requisitos profesionales exigidos. A la hora de elegir quién será la persona contratada, existen más probabilidades que lo sea el hombre a la mujer. La razón es simple: en algún momento de su vida laboral puede que ella se quede embarazada, lo que significa que su contrato será suspendido tras solicitar la baja maternal, posteriormente disfrutará del permiso por cuidado de lactante, y si ello no es suficiente, solicitará reducción de jornada, adaptación horaria, o incluso excedencia voluntaria, tanto por cuidado de hijos como cuidado de familiares dependientes. No significa que el trabajador varón no pueda acceder a todas estas medidas conciliatorias, sino que las posibilidades de que lo haga son inferiores, y traduciéndolo desde una perspectiva empresarial: es menos costoso, tanto a nivel económico como profesional, puesto que no deberá ser sustituido, o de serlo, por mucho menos tiempo.

En otras palabras, el miedo del sector empresarial a verse privado de esta mano de obra durante el periodo de embarazo, baja maternal y posterior excedencia, así como las dificultades para diseñar horarios con reducciones de jornada, las adaptaciones de jornada, o la elección del periodo de vacaciones, permisos por enfermedad de hijos son, en muchas ocasiones, determinantes en el momento de la selección de personal en muchas empresas. Por ello, en varias ocasiones, el CESE ha destacado la necesidad de desvincular las medidas conciliatorias de la mujer, haciéndolas extensibles al hombre (con mismo periodo de duración del permiso de maternidad y paternidad, posibilidad de adaptar la jornada, etc.), porque si estas medidas de protección de la familia (y en especial de la maternidad) no van acompañadas de un reparto equitativo de tareas, supondrán definitivamente un perjuicio indirecto para las mujeres. De esta manera, insta a que los trabajadores varones disfruten de estas medidas de forma que no recaigan siempre en ellas, y quien se encargue de la gestión de recursos humanos considere la contratación de las mismas en esta situación como algo oneroso<sup>173</sup>.

Si se tuviese en cuenta cada miembro familiar como algo separado, de forma individual, sin atender a todo el contexto socio-cultural de cada momento, no se estaría transmitiendo una imagen real, y perjudicaría aún más la posición de las mujeres. Es un hecho que siguen siendo las principales responsables de las tareas del hogar y de cuidados, aunque la mentalidad está cambiando, y por ello, debe tenerse en cuenta a la

---

<sup>173</sup> Abril R., Op. Cit., pp. 52-53.

hora de aplicar políticas que afecten a su propia conciliación, pues son ellas quienes más necesitan que la corresponsabilidad sea real, y tener tiempo para dedicar a su desarrollo profesional. En el momento que podamos hablar de tal corresponsabilidad, las medidas y políticas serán distintas, siempre con dicha perspectiva, unida al imaginario social y los roles de género perpetrados en cada momento.

Por otro lado, las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral no pueden identificarse únicamente con políticas activas de empleo, con independencia de que el incremento de la tasa de actividad femenina pueda ser uno de sus resultados. Si las medidas conciliatorias se promueven estrictamente desde el fomento del empleo femenino, una de las posibles consecuencias es el mantenimiento de la desigualdad existente, no contribuyendo en absoluto a la anhelada corresponsabilidad entre hombres y mujeres, y fomentando el fenómeno femenino de la “doble jornada”. En el mismo sentido, el reparto equitativo de las responsabilidades propias de cuidado de los hijos y de otras personas dependientes está estrechamente ligado a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo. En consecuencia, el régimen jurídico de estas medidas de conciliación del ordenamiento europeo y su evolución, no puede desligarse del desarrollo histórico de los instrumentos jurídico-normativos, así como del resto de mecanismos existentes en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

El tiempo dedicado a los cuidados de los hijos también cumple un papel esencial a la hora de elegir quién solicita estas medidas conciliatorias, porque en caso de no poder compaginar la jornada laboral con el horario de los hijos, será el progenitor que menos cobre, en este caso la madre, quien solicite la reducción de jornada, dificultando realizar horas extras, o cumplir con el perfil que posteriormente exigirán para promocionar profesionalmente. Una medida propuesta por el CESE fue la prohibición de empeorar las condiciones laborales de aquellos trabajadores que se reincorporen tras un permiso parental. Actualmente, nuestro ordenamiento castiga con la nulidad aquel despido motivado por el disfrute o mera solicitud de una medida conciliatoria, al igual que el empeoramiento de las condiciones laborales y económicas<sup>174</sup>. Otro factor más a tener en cuenta es la formación, ya que durante el disfrute de estas medidas, el/la trabajador/a no tiene acceso a cursos y procesos de formación, ya sea porque el contrato está suspendido para la dedicación al cuidado de otros, o también debido a un horario

---

<sup>174</sup> Abril, R., Op. Cit., pp. 53-54.



partido, a jornada completa, o porque los procesos se desarrollan en lugares incompatibles con el ejercicio de estas responsabilidades. Si bien de inicio, la formación de hombres y mujeres en la empresa es similar, con el paso del tiempo, se produce un desequilibrio. Esto ha motivado que actualmente, en la elaboración del Diagnóstico de cada Plan de Igualdad, la parte social pueda exigir a la empresa, en base al Anexo del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, que le ponga en conocimiento de la formación de cada trabajador de su plantilla, tanto en el momento de acceder a la empresa como su evolución, incluyendo los cursos impartidos por la propia empresa, el horario fijado, la materia de cada curso, y aquellos trabajadores con responsabilidades familiares que los siguen. Esta medida tiene tres objetivos. Primero, analizar si éstos últimos se enfrentan a mayores obstáculos para formarse profesionalmente. Segundo, si la empresa facilita las acciones formativas con todos los recursos y medios disponibles. Y tercero, si se adoptan medidas formativas positivas a favor de reequilibrar la plantilla, acabando con la segregación ocupacional existente.

Respecto a la jornada laboral a tiempo parcial, el CESE no tiene una posición clara, al considerar que puede ser una herramienta positiva para la conciliación, al mismo tiempo que ve la negatividad en la feminización de este tipo de jornada en relación a los bajos ingresos, la precariedad y las dificultades de promoción. En el año 2009, la tasa de empleo femenino a tiempo parcial es del 22,4% frente al 4,9% para los hombres. En el año 2021, la situación sigue prácticamente igual, con una tasa de empleo femenino a tiempo parcial del 22,8% frente al mismo 4,9% de los hombres<sup>175</sup>. Sin duda, siguen siendo las mujeres quienes ocupan mayoritariamente este tipo de contratos, causa directa de su precarización en el mercado laboral (unido a la feminización de la temporalidad en los contratos). La razón es clara: la obligación de responsabilizarse de los cuidados en general (tanto de hijos como de familiares) y de tareas del hogar. Por eso mismo, considero que el avance en la corresponsabilidad debe tener un efecto directo en esta estadística. Hasta que no se reequilibren los datos sobre la parcialidad y temporalidad en los contratos por hombres y mujeres, no podremos hablar de corresponsabilidad efectiva, porque significará que siguen soportando una doble jornada diaria, al tener que compaginar el trabajo remunerado del ámbito laboral con el trabajo

---

<sup>175</sup> Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística respecto al empleo total de personas del mismo sexo.

no remunerado del ámbito doméstico, teniendo como única alternativa el contrato parcial, con la consiguiente inferior remuneración y menor posibilidad de ascender profesionalmente.

Dicho esto, trataremos ahora de exponer cuál es el panorama vigente en nuestro país en relación a la efectiva corresponsabilidad de los trabajadores tras la entrada en vigor del RD 6/2019, de 1 de marzo, que ha propiciado una serie de modificaciones en los permisos conciliatorios. Con el propósito de seguir un orden riguroso, procederemos a analizar en profundidad cada permiso sobre el que se ha legislado, obteniendo así una imagen clara de todos los derechos a los que puede acceder cada trabajador de cara a conciliar su vida profesional y personal.

#### **4.1.1 Nacimiento y cuidado del menor**

La entrada en vigor del RD 6/2019, de 1 de marzo, cambió todo el panorama legislativo de nuestro país en relación a la conciliación de la vida familiar y laboral, en aras de alcanzar un reparto equilibrado en las tareas domésticas y de cuidado y la vida profesional, sin que suponga ningún obstáculo para la mujer, especialmente afectada por la ausencia de políticas comprometidas con la corresponsabilidad.

Una de las modificaciones más positivas fue la que se introdujo respecto a lo que comúnmente hemos conocido como permiso de maternidad y paternidad. Con la nueva normativa, se pasa a denominar “permiso por nacimiento y cuidado de menor” unificando ambos permisos en uno solo, dirigido tanto a madres como a padres (artículo 48.4 ET). Esto significa que ya no existirá diferencia a la hora de disfrutar de la maternidad y la paternidad, porque tanto la madre como el padre deberán disfrutar de forma obligatoria e ininterrumpida de 6 semanas a jornada completa de suspensión de contrato para atender a su hijo (y una semana adicional para cada uno en caso de parto/adopción múltiple o discapacidad del hijo), con la excepción de que la madre podrá adelantar el disfrute de 4 semanas antes de la fecha previsible para el parto, pero el padre, sin excepción, deberá disfrutar de esas 6 semanas posteriores al parto.

Tras este periodo obligatorio posterior al parto, tanto la madre como el padre tendrán derecho a disfrutar de otras 10 semanas de suspensión de contrato para el cuidado de su hijo. No es obligatorio, sin embargo, es recomendable que si la madre decide disfrutar de las 10 semanas restantes, lo haga también el padre, evitando una sobrecarga para ella, como históricamente ha sucedido.

En caso que decidan disfrutar de las 10 semanas restantes, deberán comunicar a la empresa con una antelación mínima de quince días, una vez transcurran las primeras 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, el modo en el que van a disfrutar de las 10 semanas restantes, ya sea en períodos semanales de forma acumulada o interrumpida, y deberán expresar el inicio de su ejercicio, si será inmediatamente después de las 6 semanas obligatorias o más adelante (con la condición que el hijo tenga menos de 12 meses). Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

Por otro lado, el disfrute en régimen de jornada completa o de jornada parcial una vez transcurran las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, dependerá de la existencia de un previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

En caso de parto prematuro, falta de peso o problemas del neonato, existen unas reglas específicas que deben conocerse:

<p><b>En los casos de parto prematuro y en los que por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado tras el parto:</b></p>	<p>El periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto.</p>
<p><b>En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise hospitalización tras el parto, por un periodo</b></p>	<p>El periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.</p>

<b>superior a siete días:</b>	
<b>En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija:</b>	El periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

Por otro lado, una situación que se da con frecuencia, especialmente por parte de los trabajadores varones, es la reincorporación voluntaria al trabajo con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de 10 semanas, con la consiguiente extinción de la prestación. La Ley no obliga al disfrute completo de las 16 semanas, sino que otorga libertad de elección a los progenitores. En la práctica, esto tiene un efecto muy negativo en la situación laboral y mental de la trabajadora. Primero, porque este escenario mantiene la visión errónea y perversa por parte de la empresa de considerar que es preferible contratar a un hombre antes que a una mujer por razones económicas y conciliatorias. Segundo, porque el hecho de que el progenitor varón se reincorpore al trabajo, mientras que la madre trabajadora se queda en casa, teniendo que ocuparse de las tareas del hogar y del hijo, empeora indudablemente su estado físico y psíquico. El desgaste posnatal existe y afecta a todas las mujeres, aunque impacta más o menos según su estado físico y el entorno, especialmente el nivel de responsabilidad que asume el otro progenitor. La cultura occidental agrava su sintomatología al existir cierto reconocimiento heroico asociado a la habilidad de la mujer para gestionar la maternidad y volver al trabajo lo antes posible. Pero, si no se entiende que todos estos síntomas forman parte de la adaptación del cuerpo a un nuevo escenario, la mujer puede sentirse incomprendida, con sentimiento de aislamiento social y pérdida de identidad como mujer.

A día de hoy, la prestación se otorga en caso de nacimiento biológico, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar. Por el momento, la Ley no prevé la gestación subrogada, aunque jurisprudencialmente sí se ha reconocido en determinados casos. Destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 (Rec. 3818/2015). El tribunal otorga en esta ocasión a un padre biológico por gestación subrogada, la prestación por maternidad solicitada. Establece que la

regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omitían la contemplación de estos supuestos, pero que no era tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral. Acredita la existencia de una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, y estima las prestaciones asociadas a la maternidad en estos casos, salvo supuestos de fraude, en caso de previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. Al mismo tiempo establece que, cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre biológico y registral de las menores, existen poderosas razones adicionales para concederlas, y finalmente fija la nulidad de las normas civiles españolas del contrato de maternidad por subrogación, impidiendo que se pueda inscribir a aquellos hijos frutos de gestación subrogada en terceros Estados, aunque exista una resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste. Si los menores poseen relaciones familiares de facto, debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos.

Ese mismo año, el Tribunal Supremo declara que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Asimismo establece que el interés superior del menor debe guiar cualquier decisión que le afecte, en base al artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. La ausencia de prestación por maternidad implicaría una discriminación en el trato dispensado por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, que dispone que los poderes públicos aseguren la protección integral de los hijos. Igualmente vincula el reconocimiento del derecho al descanso y la prestación por maternidad con un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia, y fija el deber de protección de las especiales relaciones entre la madre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, en la misma forma que los supuestos contemplados en el artículo 133 bis de la LGSS<sup>176</sup>.

Otra situación que puede darse en la práctica es el despido del trabajador que tenga la intención o haya iniciado ya el proceso de gestación subrogada en el extranjero.

---

<sup>176</sup>STS 953/2016, de 16 de noviembre (Rec. 3146/2014).

En tal caso, ante la existencia de un panorama indiciario serio y fundado de la infracción constitucional invocada, basado en la proximidad temporal del conocimiento de la empresa del proceso emprendido y el despido efectuado, será en todo caso, declarado nulo de pleno derecho, por vulnerar su derecho fundamental a no ser discriminado en atención a sus circunstancias familiares conforme el art. 53.4 b) ET<sup>177</sup>.

Expuesta esta situación especial de gestación subrogada, avanzamos ahora a los requisitos legales para acceder a la prestación económica por nacimiento de hijo:

1. Estar afiliado/a y en alta o en situación similar al alta en la Seguridad Social.
2. Tener cubierto un periodo mínimo de cotización que variará según la edad del/la interesado/a:

<b>Si el/la solicitante es menor de 21 años en la fecha del parto, acogimiento o adopción:</b>	No se exigirá periodo mínimo de cotización.
<b>Si el/la solicitante tiene entre 21 años y 25 años se exigirá:</b>	90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
<b>Si el/la solicitante tiene cumplidos los 26 años de edad en este caso se exigirá:</b>	180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

3. Estar al corriente de pago de todas las cuotas a la Seguridad Social.

Es importante saber que aquellas trabajadoras por cuenta ajena o propia, que, en caso de parto, reúnan todos estos requisitos salvo el período mínimo de cotización exigido, tendrán derecho a beneficiarse del subsidio no contributivo por maternidad, a partir del día del parto, consistente en una cuantía diaria igual al 100% del IPREM diario vigente en cada momento, directamente otorgado por la Entidad gestora y descontando de su importe la cuota correspondiente a la trabajadora, determinada sobre la base

<sup>177</sup> STSJM 1134/2020, de 4 de diciembre (Rec. 679/2020).

de cotización del mes anterior al del parto, y la retención por IRPF<sup>178</sup>. La duración de este subsidio será de 42 días naturales a contar desde el parto, a los que se añadirán 14 días naturales, en caso de:

- Nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiriera dicha condición.
- Nacimiento de hijo en una familia mono parental.
- Parto múltiple.
- Cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65%.

Siguiendo con la prestación por nacimiento de hijo contributiva, la norma establece que consistirá en el 100% de la base reguladora correspondiente (equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes). En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto.

Respecto a las vacaciones, es importante tener en cuenta que aunque dicho periodo fijado por la empresa coincida con la suspensión por nacimiento de hija o hijo, los progenitores tendrán derecho a disfrutar de sus vacaciones en una fecha distinta, incluso aunque haya finalizado el año natural al que correspondiesen dichas vacaciones. En ocasiones, la empresa no concede los 30 días naturales a sus trabajadores, o sólo parte de ellos mientras que el resto son compensados económicamente. Cualquiera de estas situaciones se encuentran al margen de la Ley. El artículo 31 ET es muy claro al establecer que el periodo de vacaciones anuales no podrá ser, en ningún caso, compensado económicamente, ni podrá tener una duración inferior a treinta días naturales, con independencia de la situación organizativa, productiva, económica, de la empresa. Más adelante, en el artículo 3 (apdo. 2) prevé la posible coincidencia entre el periodo de vacaciones fijado en el calendario de la empresa con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural. En estos casos, establece

---

<sup>178</sup>Iberley, “Subsidio no contributivo por maternidad como modalidad de prestaciones familiares de la Seguridad Social”, 2021. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/subsidio-no-contributivo-maternidad-4731>

que el/la trabajador/a tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. Por lo que, en ningún caso, el empresario puede restringir o negar el disfrute de sus vacaciones, aunque deba producirse fuera del año natural.

Por otro lado, en situaciones de pluri actividad, el/la trabajador/a que acredite las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, tendrá derecho a un único subsidio computando tales cotizaciones. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización. Si aún totalizando las cotizaciones, no se alcanza el derecho, se reconocerá en caso de parto, el subsidio de naturaleza no contributiva. Mientras que en situaciones de pluriempleo, el/la trabajador/a podrá causar el subsidio en cada empleo si disfruta el correspondiente periodo de descanso. Se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el límite máximo establecido a efectos de cotización<sup>179</sup>.

Dicho esto, pasamos ahora a una cuestión que provoca mucha incertidumbre entre los trabajadores: ¿Qué ocurre si el contrato finaliza mientras se disfruta de este permiso por nacimiento? ¿Y si se tiene un hijo en situación de desempleo? La idea general es considerar que por estos motivos no se tiene derecho a la prestación, sin embargo, esto no es así. En caso que el contrato finalice mientras el trabajador/a se encuentre en suspensión de contrato por nacimiento de hijo, continuará percibiendo su prestación económica por nacimiento y cuidado de menor hasta su finalización. En ese momento, podrá solicitar la prestación por desempleo en los 15 días hábiles siguientes. Este periodo de suspensión, mientras el/la trabajador/a haya permanecido de alta en la empresa, se tiene en cuenta como período de ocupación cotizada para acceder a las prestaciones por desempleo, puesto que en este período de descanso continúa la obligación de cotizar mientras el contrato esté vigente. En otro caso, cuando la persona interesada esté percibiendo la prestación contributiva por desempleo en el momento en

---

<sup>179</sup> Seguridad Social, “Nacimiento y cuidado del menor”, 2021. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/FAQ/48581/3a6243be-9024-451b-afd8-90c0450edba9>



que se produzca la paternidad o maternidad, deberá comunicarlo al SEPE. Una vez se ha informado, la prestación por desempleo quedará suspendida, y el INSS se hará cargo del pago de la prestación por nacimiento y cuidado de menor por el periodo que corresponda, y con la cuantía correspondiente según su base de cotización. Durante este periodo, el trabajador no tiene las obligaciones de demandante de empleo y no se consume ningún día de los que quedaban por cobrar prestación contributiva. En el momento en que se termine la prestación por prestación por nacimiento y cuidado de menor y se informe de nuevo al SEPE (hay 15 días hábiles de plazo), se podrá reanudar el cobro del paro, recuperando los días que quedaban por consumir y cobrando lo mismo que se cobraba con anterioridad<sup>180</sup>.

Un aspecto importante que debe mencionarse es el referido a la supresión del permiso convencional de dos días por nacimiento de hijo, establecido en prácticamente todos los convenios colectivos, siendo escasos los actualizados a la nueva normativa y a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, la cual establece que, tras la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo (ex art. 37.3 b) ET) por el RD 6/2019 y la equiparación de la duración de suspensión de contrato de trabajo de ambos progenitores, el precepto convencional que prevé estos dos, tres días o los que se establezcan, de permiso retribuido en caso de paternidad, será inaplicable. Así lo ha determinado el Tribunal como consecuencia de la inmediata suspensión del contrato por nacimiento, asegurando que vacía de contenido al anterior permiso retribuido que suele reflejarse en todos los convenios aunque haya sido derogado por Ley.

A continuación se reflejan una serie de Convenios Colectivos sectoriales de Cantabria que siguen manteniendo en su texto este permiso o licencia retribuida por nacimiento de hijo, y que, en caso de no ser actualizado, podrá ser objeto de conflicto colectivo en sede judicial.

<b>CONVENIO COLECTIVO</b>	<b>PRECEPTO</b>
<b>Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo</b>	Art. 21.- Licencias retribuidas. Todos los trabajadores afectados por el presente Convenio, previo aviso y justificación, tendrán derecho a las

<sup>180</sup> Ídem.

<b>2019-2022.</b>	siguientes licencias: [...] 2. Dos días naturales en caso de nacimiento de hijo [...]
<b>Colectivo del sector del Comercio Mayorista de Frutas, Hortalizas y Productos Agroalimentarios de Cantabria, para el periodo 2011-2020.</b>	<p>Artículo 14.- Licencias. Los trabajadores previo aviso y justificación podrán faltar al trabajo, con derecho a remuneración, por alguna de las causas que se indican y por el tiempo que se señala:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 3 días naturales en caso de nacimiento de hijo.</li> </ul>
<b>Convenio Colectivo del sector del Comercio del Metal, para el periodo 2013-2019.</b>	<p>Artículo 21º.- LICENCIAS RETRIBUIDAS.</p> <p>Los trabajadores, previo aviso y justificación, podrán ausentarse del trabajo con derecho a remuneración por alguno de los motivos que se indican y por el tiempo siguiente:</p> <p>d) 3 días naturales en caso de nacimiento de hijo.</p>
<b>Convenio colectivo para el sector del Comercio del Mueble y de la madera de Cantabria, para el periodo de 2013-2022.</b>	<p>El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por alguno de los motivos que se indican y, por el tiempo siguiente:</p> <p>e) 3 días naturales en caso de nacimiento de hijo.</p>
<b>Comercio de Materiales de Construcción de Cantabria, para el periodo 2017-2019.</b>	<p>Artículo 9º.- LICENCIAS</p> <p>El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por alguno de los motivos que se indican y, por el tiempo siguiente:</p> <p>c).- Por nacimiento de hijo propio o hijos afines, [...]: Tres días.</p>
<b>Colectivo del Sector de Fabricación de Artículos Derivados del Cemento de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el periodo 2017-2020.</b>	<p>Artículo 66. Permisos y licencias. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo por el tiempo y en las condiciones establecidas en el cuadro de permisos y licencias del Anexo IV:</p>

	[...]Nacimiento de hijo o adopción: Tres días naturales, ampliables hasta cinco naturales en caso de desplazamiento superior a 150 km.
<b>Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería para el periodo 2017-2021.</b>	<p>ARTÍCULO 19.- LICENCIAS RETRIBUIDAS</p> <p>Las empresas y establecimientos sujetos a este Convenio, concederán las licencias retribuidas que soliciten los trabajadores, por causas y plazos que a continuación se señalan:</p> <p>2º- Por nacimiento de hijo, 4 días naturales.</p>
<b>Convenio Colectivo para el sector de Limpieza de Edificios, Locales y Limpieza Industrial para Cantabria, para el periodo 2018-2020.</b>	<p>Artículo 24. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo por el tiempo y en las condiciones establecidas en el cuadro de permisos y licencias del Anexo IV.</p> <p>d) 2 días naturales por nacimiento de hijo.</p>
<b>Colectivo para el Sector de Industrias Químicas de Cantabria para el periodo 2019-2022.</b>	<p>Artículo 22º: Licencias retribuidas: El trabajador, previo aviso y justificación, podrá faltar al trabajo, con derecho a retribución, durante el tiempo y por las circunstancias siguientes:</p> <p>b) Nacimiento de hijo: 3 días, que podrán fraccionarse en un día completo y cuatro medios días a opción del interesado y que podrán ser prorrogados por otros dos en caso de enfermedad justificada.</p>
<b>Convenio Colectivo del sector de Obradores y Despachos de Confitería, Pastelería y similares para el periodo de 2016-2019.</b>	<p>Artículo 22º- Licencias retribuidas.</p> <p>El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por alguno de los motivos que se indican y, por el tiempo siguiente:</p> <p>b) 3 días por el nacimiento del hijo [...].</p>

<b>Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Viajeros por Carretera de Cantabria, para el periodo 2019-2023.</b>	Artículo 22. Licencias y Permisos. Los trabajadores, previo aviso y justificación, tendrán derecho a la totalidad de las retribuciones por las causas siguientes:  e) 3 días por alumbramiento de esposa o compañera, y hasta 5 días en caso de desplazamiento del trabajador.
<b>Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Cantabria, para el periodo 2019-2021.</b>	Artículo 11º.- Licencias y permisos. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:  b) Nacimiento de hijos: Tres días.
<b>Convenio Colectivo de Madera (remanentes, aserradores, almacenistas, etc.), para el periodo 2014-2019.</b>	Artículo 42º: Permisos y licencias. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, por el tiempo y en las condiciones establecidas en el Anexo III, cuadro de permisos y licencias: [...] Nacimiento de hijo o adopción: Tres días naturales, ampliables hasta cinco naturales en caso de desplazamiento superior a 150km.

Respecto a los Planes de Igualdad firmados en los últimos años, no suelen disponer de este precepto ya derogado, salvo algunos que deben ser igualmente renovados y adecuarse a la normativa vigente, a la vez que mejorar el convenio de aplicación. Entre ellos, podemos citar los siguientes:

#### **PLAN DE IGUALDAD**

#### **PRECEPTO**

<b>II PLAN DE IGUALDAD DE ZARA ESPAÑA, S.A Y LEFTIES (2020-2024).</b>	Aumentar la licencia por nacimiento de menor en 4 días más para aquellos progenitores que disfruten al menos 2 semanas de la cesión de la suspensión del contrato por maternidad por parte de la madre, hasta la equiparación de 16
---	---

**I PLAN DE IGUALDAD DE FORD ESPAÑA, S.L (2011-Vigente):**

Semanas de ambos progenitores.

Acción 12.5. El permiso por nacimiento de hijo/a será de 3 días laborales. Este permiso será independiente del disfrute del descanso establecido en el Art 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores y del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores.

**I PLAN DE IGUALDAD DE EIFFAGE ENERGÍA, SLU, INSTALACIONES ELÉCTRICAS Y BOBINAJES, S.A.U, AMBITEC, S.A.U Y CONSCYTEC, S.L (2015-Vigente).**

5.1.6 Disfrute del permiso de paternidad: En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, el trabajador o la trabajadora tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado de la maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

**I PLAN DE IGUALDAD DE ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.LU y ARAMARK SERVICIOS INTEGRALES**

12. Ampliación del permiso por nacimiento de hijos/as a 5 días, siendo de aplicación en los casos de adopción, acogimiento, siempre y

S.A.U (2018-2021).

cuando el/la progenitor/a que haya disfrutado del permiso de maternidad le haya cedido al progenitor/a que haya disfrutado del permiso de paternidad dos semanas de su suspensión de contrato por maternidad.

El hecho de seguir estableciendo tanto en los Convenios Colectivos como en los Planes de Igualdad este permiso de dos, tres o cuatro días por nacimiento de hijo, provoca posiciones dispares por parte de la doctrina jurisprudencial.

Por un lado, tenemos el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria sobre este asunto. Primero, en sentencia de 21 de diciembre de 2020 (Rec. 631/2020), cuando determina que el derecho de los trabajadores a disfrutar del permiso por nacimiento una vez finalizado el permiso por paternidad debe seguir intacto. No obstante, cambia de parecer en sentencia 522/2021, de 9 de julio, tras analizar la STS de 27 de enero de 2021 que resuelve idéntica cuestión. En ella, el Tribunal Supremo resalta que el RDL 6/2019, de 1 de marzo, introduce un cambio conceptual del derecho, suprimiendo lo que era un permiso retribuido para el cónyuge no progenitor, y reconociendo un derecho suspensivo del contrato para ambos progenitores de igual duración, 16 semanas. En su razonamiento llega a una serie de conclusiones.

Primero, en su origen, este permiso por nacimiento constituía la opción que el ordenamiento jurídico ofrecía al progenitor distinto de la madre biológica. Y, no era infrecuente que la negociación colectiva mejorara la duración de este permiso legal. De ahí que las normas se refirieran a este permiso como "previsto legal o convencionalmente".

Segundo, cuando se legisló sobre la causa de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, la duración de dicha causa era inferior a la duración de la suspensión del contrato por maternidad. Tercero, la equiparación legal de la duración de esta suspensión del contrato de ambos progenitores tiene lugar cuando la norma que decide esa equiparación (el Real Decreto-ley 6/2019, que modifica el ET), decide igualmente eliminar del ET el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, hasta entonces previsto en el artículo 37.3 b) ET y que la redacción vigente del precepto legal no reconoce ya, a pesar de no fijarlo específicamente en el apartado de las normas derogadas con su entrada en vigor (argumento utilizado para defender el mantenimiento de este permiso convencional).

Cuarto, tanto en el caso de la madre biológica como en el del otro progenitor, son obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, conforme el

artículo 48.4 ET. Las finalidades son distintas; en el caso de la madre tiene como objeto asegurar la protección de su salud, mientras que en el caso del otro progenitor, buscar dar cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil (Artículo 48.4 ET). Esta preceptiva inmediatez al momento posterior al parto de la suspensión del contrato por la causa de nacimiento, *deja sin espacio al anterior permiso retribuido de dos días por nacimiento, que, además de tratarse de un permiso retribuido y no de una causa de suspensión del contrato de trabajo, tiene que disfrutarse asimismo de forma inmediatamente posterior al parto. El permiso retribuido por nacimiento estaba vinculado al momento mismo del nacimiento y no a otro momento posterior*” (FJ 4.1.d). Por eso, el Tribunal Supremo finaliza su razonamiento indicando que la inaplicación del precepto convencional se debe fundamentalmente a que el párrafo establece un momento temporal de ejercicio del permiso retribuido de tres días por nacimiento de hijo ("desde la fecha en que se produzca el parto") que no es compatible ni puede conciliarse con las previsiones sobre el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento<sup>181</sup>.

A la vista de dicha doctrina, *no será posible entender infringido el art. 3.1.b) ET, ya que con invocación de la doctrina constitucional, del artículo. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida, insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario.*” (FJ 4.3). Por tanto, no será posible adicionar a las dieciséis semanas del permiso de paternidad, un permiso por nacimiento de hijo de otros cuatro días, *en atención a que el precepto convencional y el pacto que lo desarrolla, ha perdido su finalidad y alcance una vez entró en vigor el RDL 6/2019, de 1 de marzo*” (FJ 5).

No obstante, no existe un criterio uniforme. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco<sup>182</sup>, así como la Audiencia Nacional<sup>183</sup> se han pronunciado sobre este asunto considerando compatible el disfrute del permiso junto a la suspensión de contrato por nacimiento. Los argumentos esgrimidos, según mi parecer, insuficientes y desacertados para apoyar la concurrencia del precepto convencional y la norma legal, son los siguientes<sup>184</sup>:

1. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, que deberán respetar los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la

---

<sup>181</sup> STSJ CANT 522/2021 de 9 de julio (Rec. 463/2021), FJ 4.4.c).

<sup>182</sup> STSJ PV 1428/2019, de 16 de julio.

<sup>183</sup> SSAN 22/2020, de 21 de febrero; 93/2020, de 30 de octubre; 140/2019, de 29 de noviembre.

<sup>184</sup> SAN 140/2019, de 29 de noviembre (FJ 4).

aplicación de la norma más favorable para el trabajador. La Ley se limita a fijar unas condiciones "mínimas" e imperativas pero que, precisamente en cuanto mínimas, dejan abierta la posibilidad de ser elevadas o mejoradas por otras normas, básicamente por los convenios colectivos.

2. La disposición derogatoria única del RDL 6/2019 no deroga expresamente las normas convencionales que mejoren o superen lo dispuesto en el ET.
3. Las normas convencionales pueden complementar o mejorar los derechos básicos regulados en el ET, conforme el principio de favorabilidad de sus efectos positivos, al margen de la prioridad y preferencia aplicativa jerárquica.
4. Las normas de derecho necesario relativo permiten su mejora, pero no su empeoramiento vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo.
5. Aunque se suprima por Ley la regulación del permiso por nacimiento de hijo, el derecho *no queda automáticamente eliminado del régimen jurídico aplicable a los trabajadores, ya que continúa previsto en el convenio colectivo, que mantiene su carácter de fuente del derecho reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral ex art. 3.1.b) ET, en tanto la nueva norma legal no genera ningún tipo de contradicción con la regulación convencional. Así pues, respecto de la vigencia del derecho al permiso por nacimiento, desaparece el respaldo de mínimos de rango legal del permiso, y pasa a regirse exclusivamente y de manera autónoma por lo dispuesto en el convenio colectivo, y en su caso, por las mejoras que puedan pactarse mediante acuerdo con el empresario” (FJ 4).*
6. Debe utilizarse el criterio hermenéutico más favorable al ejercicio del derecho de conciliación entre trabajadores de un sexo o de otro, por lo que el permiso podrá ser disfrutado tanto por hombres, como por madres no biológicas como por madres biológicas, y lo que efectivamente supondría una discriminación directa de sexo con arreglo al art. 8 de la LO 3/2007 sería la hipotética denegación del mismo por el hecho de ser madre biológica.

A tenor de lo expuesto, deberemos esperar a que se consolide jurisprudencia sobre esta materia, ya que hasta el momento tenemos diferentes criterios por parte de los tribunales, aunque, según mi opinión, el Tribunal Supremo ha sido determinante a la hora de explicar por qué no puede aplicarse tal precepto convencional, derogado por la nueva normativa.



En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional, su doctrina ha ido evolucionando lejos de la dinámica a favor de la corresponsabilidad que actualmente rige. En el año 2018, el Pleno del Tribunal sentenció que *la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, que se refiere a la protección integral de las madres. De ahí, que las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre*<sup>185</sup>. Según el Magistrado Andrés Ollero, la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de Seguridad Social dispensada en el supuesto de parto es diferente según se trate de la madre o del padre. En el caso de la madre, el fin primordial que siempre ha seguido el legislador al establecer el descanso por maternidad es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio. Frente a esta posición, la Magistrada Dña. María Luisa Balaguer Callejón formula voto particular, según mi opinión, mucho más acertado y adecuado a la urgente reforma legislativa que exigía nuestro ordenamiento en relación a la corresponsabilidad real de hombres y mujeres en el cuidado de los hijos, y centrándose en la diferenciación clara entre la finalidad de las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad —en conexión con los artículos 15 y 43 CE—, y la finalidad, con igual cabida constitucional, de aquellas garantías de igualdad de trato en el mercado laboral —artículos 14 y 35.1 CE—, y del desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal —artículo 18 CE—, que deben ser proyectadas en igual medida tanto a hombres como mujeres con descendencia, a riesgo de convertirse, de no ser así, en medidas generadoras de discriminación indirecta<sup>186</sup>.

Las medidas de estricta protección de la maternidad (Directiva 92/85/CEE), tendentes a proteger la situación física asociada al parto, que no incluyen la protección de la lactancia, deben distinguirse de las medidas que buscan asegurar la igualdad de trato en el empleo y la ausencia de discriminación directa e indirecta (Directiva 2006/54/CE), así como de las medidas que procuran asegurar la conciliación de la vida personal y familiar (Directiva 2010/18/UE).

---

<sup>185</sup> STC 117/2018, de 20 de octubre (Rec. 6299/2017).

<sup>186</sup> Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el Recurso de amparo núm. 6299-2017 (Punto 3).

Actualmente es innegable que para hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que tiene el hecho de la maternidad y la lactancia en su situación laboral, debiendo compensar las desventajas reales que soporta a la hora de conservar su empleo. La mayor dificultad a la que se enfrenta la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación<sup>187</sup>. El embarazo y la lactancia son circunstancias vinculadas indefectiblemente a ellas, que las perjudican en su posición de trabajadoras, y que tal desventaja debe encontrar compensación a través de una serie de garantías, medidas previstas específicamente para las mujeres. El debate que más nos interesa, y que el Tribunal Constitucional no ha llegado a abordar hasta la fecha, consiste en analizar el impacto negativo que tienen parte de esas medidas garantistas en el tratamiento igualitario de las mujeres en el marco del mercado laboral. En otras palabras, explicar por qué las medidas de protección de la parentalidad, al dirigirse exclusivamente o con una naturaleza reforzada hacia las mujeres, si bien pueden favorecer a quienes ya están en el mercado laboral, sin duda se erigen como un fuerte obstáculo tanto en el acceso y en la promoción de quienes están dentro, al generar un efecto de desincentivo en quien contrata que solo afecta a las mujeres, y que, por tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral.

Previa la entrada en vigor del RD 6/2019, de 1 de marzo, la doctrina jurisprudencial entendía que las dieciséis semanas del permiso de maternidad iban exclusivamente destinadas a proteger el hecho biológico de la maternidad, por lo que la finalidad perseguida por el legislador era distinta de la que le inspiraba cuando desarrollaba el permiso de paternidad. En este caso, el objetivo era favorecer la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, justificando esta diferencia para la distinta duración de ambos permisos. La configuración de los mismos perjudicaban de forma notoria a las mujeres, al basarse en una diferenciación indefectiblemente discriminatoria. Si bien es evidente que la naturaleza del “permiso de paternidad” no es la protección de la maternidad entendida como fenómeno biológico exclusivamente vinculado a las mujeres, es preciso reconocer que la finalidad del “permiso de maternidad” no es única. La finalidad exclusiva de este permiso no es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del permiso de paternidad es (solo) la conciliación,

---

<sup>187</sup> STC 66/2014, de 5 de mayo (Rec. 3256-2012), FJ 2.

sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de ambos sexos. No se trata únicamente *de asegurar al padre el disfrute de su derecho a conciliar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, sino de repartir entre ambos progenitores el coste laboral que tiene la decisión de tener hijos, de modo que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer*”<sup>188</sup>.

El centro del análisis debe ser por tanto, el reparto equitativo de las responsabilidades familiares, no tratándose únicamente de la corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino de la repercusión externa que la asunción de responsabilidades familiares tiene en el ámbito laboral. No se trata ya sólo de realizar una crítica feroz sobre la persistente responsabilidad prácticamente exclusiva que sigue recayendo en la mujer respecto a los hijos y familiares, porque es esta la realidad actual a pesar de los avances innegables, sino que se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esta realidad social, dirigidas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esta situación, y siguen sin asegurar la igualdad real de las mujeres en el acceso al mundo laboral y su promoción dentro del mismo.

Por otro lado, aunque la unificación del permiso de maternidad y paternidad y ampliación hasta las 16 semanas (6 semanas iniciales obligatorias a tiempo completo) han configurado un nuevo escenario para las trabajadoras y trabajadores, cada vez más cerca de alcanzar la corresponsabilidad real, se considera, y así ha sido criticado, que 16 semanas (4 meses) no son suficientes. En consecuencia, la actual Ministra de Derechos Sociales, Ione Belarra, tiene la intención de ampliar hasta 6 meses este permiso por nacimiento de hijo. El instrumento para ello será la Ley de diversidad familiar y apoyo a las familias en la que trabaja su departamento, cuyo anteproyecto prevén tener listo a final de este año 2021. La norma tendrá como fin reconocer los distintos tipos de hogares, con especial atención a los monomarentales —8 de cada 10 familias con un solo progenitor están formados por mujeres—, los formados por progenitores del colectivo LGTBI, y los que cuentan con menos recursos. Asimismo contempla la creación de una prestación por crianza con “carácter universal”, que no dependerá de

---

<sup>188</sup> Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el Recurso de amparo núm. 6299-2017 (Punto 4).

cuestiones como la cotización a la Seguridad Social, y será compatible con otras prestaciones.

Un reciente informe de UNICEF sobre medidas para combatir la pobreza infantil en España<sup>189</sup> recomienda impulsar una prestación por hijo a cargo universal, para todos los hogares con niños a cargo, como existe en una amplia mayoría de países europeos como pago mensual a las familias con hijos a cargo hasta que cumplen los 18 años. Un tercio de los países fija la edad límite en los 16 años, y en algún caso aislado se llega a prolongar hasta los 20 años. Además, en casi todos los países se alarga el período de cobro si se realizan estudios posteriores al plazo fijado, y en muchos de ellos no hay límite de edad si los hijos están incapacitados para la actividad laboral. En la mayoría de los países –más de dos tercios– este tipo de prestación no varía con la renta, aunque sí lo hace con la edad de cada hijo y su número<sup>190</sup>.

De los 28 países que componen la UE en 2019, 17 cuentan con este tipo de prestación. Según la cuantía otorgada en transferencias periódicas es posible hacer tres grandes agrupaciones<sup>191</sup>:

- En la primera estarían los cinco países con transferencias mensuales superiores a los 110€: Luxemburgo, Alemania, Austria, Irlanda y Francia.
- En la segunda se encontraría el grupo más amplio, con ocho países con prestaciones entre 95€ y 70€ mensuales: Dinamarca, Reino Unido, Suecia, Bélgica, Finlandia, Países Bajos y Estonia.
- El último grupo incluiría a los cinco países con ayudas por debajo de los 70€, en su mayoría del este de Europa: Hungría, Lituania, Eslovaquia, Letonia y Rumania.
- En países como Alemania, Austria, Bélgica, Francia o Reino Unido, la ayuda universal se combina con distintas prestaciones consistentes como apoyo adicional a las familias con menos recursos.
- En el caso de Francia y Austria, estas prestaciones se concentran en los colectivos más vulnerables a la pobreza, como las familias numerosas o las monoparentales. Por su parte, Países Bajos y Finlandia tienen también

---

<sup>189</sup> Cantó O. y Alaya L., “¿Cómo reducir la pobreza infantil en España? Análisis y Recomendaciones”, UNICEF, 2020.

<sup>190</sup> Cantó O. y Alaya L., Op. Cit, pp.16-17.

<sup>191</sup> Cantó O. y Alaya L., Op. Cit, p.17.

algunas prestaciones focalizadas para cubrir determinados gastos clave, como los médicos o cuidado de los hijos.

Por su lado, el Gobierno ha ampliado la partida destinada a "Protección a la familia, pobreza infantil y plan concertado" prácticamente un 60% en los Presupuestos Generales del Estado de 2021, hasta alcanzar los 159 millones de euros. Así, se añaden 59 millones más en este Capítulo con respecto al año anterior.

Finalmente, aunque para combatir la pobreza infantil haya que tener en cuenta muchas más partidas presupuestarias, es destacable el notable incremento de esta partida. No obstante, a pesar de esta mejora en materia de infancia, una partida muy relevante se queda congelada en las cuentas públicas de 2021. Se trata de las prestaciones familiares por hijo a cargo para hogares de muy escasos recursos. Según la disposición adicional cuadragésima primera del Proyecto de Presupuestos, estas cuantías se mantienen en 2021 sin ningún incremento. La previsión de gasto en esta partida es de 1.402 millones de euros, un 23,7% menos que el año pasado, debido al descenso de beneficiarios que ahora están percibiendo el ingreso mínimo vital.

#### **4.1.2 Permiso por cuidado de bebé lactante**

En primer lugar, es importante tener en cuenta que este permiso se otorga tanto al padre como a la madre, con independencia si la lactancia es natural o artificial, y prohibiendo transferir su ejercicio entre los progenitores, al ser un derecho individual de cada trabajador previsto en el artículo 37.4 ET. En segundo lugar, se trata de un permiso compatible con la reducción de jornada por cuidado de hijos. En tercer lugar, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso corresponden al trabajador, y deberá solicitarlo a la empresa con un plazo de preaviso mínimo de 15 días. Es decir, es el trabajador el que decide el número de horas que se reduce y la forma en que lo hace hasta los 9 meses del bebé lactante, incrementándose cada modalidad de reducción proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La ley fija como tope máximo de edad del bebé lactante nueve meses, no obstante, esta edad puede modificarse vía negociación colectiva. Y así lo han hecho diversos Convenios Colectivos y Planes de Igualdad. Entre ellos, destacamos el

Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (2020-2024)<sup>192</sup>, el V Convenio colectivo de Retevisión I, SAU (2019-2023)<sup>193</sup>, el Convenio Colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU (2019-2023)<sup>194</sup>, el VII Convenio Marco estatal servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal (2018-2022)<sup>195</sup>, y el Convenio colectivo de Helados y Postres, S.A (2017-2022)<sup>196</sup>,

El ejercicio de este permiso ofrece varias modalidades:

- 1 hora de ausencia por cada día de trabajo.
- Dos fracciones al día.
- Media hora de ausencia por cada día de trabajo.
- Acumulación en jornadas completas si así lo refleja el convenio colectivo. Es la opción más recomendable, ya que permite al trabajador/a poder disfrutar de 15 días a jornada completa tras la suspensión por nacimiento de hijo/a. No obstante, la Ley prevé esta acumulación como algo opcional, pudiendo estar previsto en el convenio o ser acordado entre el empresario y el trabajador/a. La realidad práctica muestra lo insuficiente e ineficiente que resulta tener únicamente una hora al día, o fraccionarlo en dos, para poder cuidar del bebé lactante. Los trabajadores, y especialmente las mujeres prefieren ampliar el periodo de suspensión de contrato después de las 16 semanas, debiendo estar así previsto en la norma. Además, en muchas ocasiones los trabajadores varones ignoran su posibilidad de disfrutar de este permiso, al tener la idea que es dirigido exclusivamente a ellas.

---

<sup>192</sup> Artículo 36. “*III. Lactancia. Los trabajadores por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo [...]*”.

<sup>193</sup> Artículo 34. “*Lactancia. Los trabajadores/as, por lactancia de un hijo/hija menor de 12 meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo [...]*”.

<sup>194</sup> Artículo 37. “*Permiso por cuidado de lactante: Los empleados/as, por lactancia de un menor de doce meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones [...]*”.

<sup>195</sup> Artículo 56: “*El personal, por lactancia de un hijo o hija menor de 12 meses, tendrá derecho a 1 hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en 2 fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple*”.

<sup>196</sup> Artículo 19: [...] “*Los/las trabajadores/as, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. Este derecho se amplía a 12 meses a partir del momento de la firma del presente convenio*”.

Destaco a continuación diversos Convenios Colectivos y Planes de Igualdad, resultado de una lucha en la negociación para mejorar la previsión legal y avanzar en corresponsabilidad, especialmente referidos a la posibilidad de acumular las horas de lactancia, opción preferido por todos. Prueba de ello es el IV Convenio Colectivo del grupo VIPS (2020-2024) que establece en su artículo 30.II que los/as trabajadores/as *podrán acumular el derecho al permiso de lactancia en 18 días continuados siempre y cuando el ejercicio de esta facultad se realice al finalizar el periodo de baja por nacimiento, y siempre y cuando se preavise del ejercicio de este Derecho con quince días de antelación a la reincorporación tras la baja por nacimiento*". También el II Convenio colectivo de la Asociación Centro (2019-2023) que en su artículo 79 establece la posibilidad de acumular las horas en un periodo de 15 días<sup>197</sup>. Lo mismo prevé el Convenio Colectivo de la empresa Pescados Barandica, S.A. (2019-2023) en su artículo 33.1<sup>198</sup>, y el Convenio Colectivo para el Sector de Empleados de Fincas Urbanas (2017-2020) en su artículo 33<sup>199</sup>. De forma similar sigue el Convenio Colectivo del Igualatorio Médico-Quirúrgico Colegial, SA (2019-2021), en su artículo 16.3, no obstante, en esta ocasión fija la posibilidad de sustituirlo *por un permiso retribuido de 15 días laborables con la misma finalidad, para el supuesto de un solo hijo, y de 14 días laborables por cada hijo, incluido el primero, en los supuestos de parto múltiple, a disfrutar en ambos supuestos de forma ininterrumpida a continuación del alta por maternidad*".

Por su parte, el Convenio colectivo de ámbito nacional de la fabricación de alimentos compuestos para animales (2019-2023) permite la acumulación en jornadas completas y consecutivas por un total de 14 días laborables, al igual que el Convenio colectivo del Grupo Acrismatic (2019-2023). El Convenio Colectivo de la Federación

---

<sup>197</sup> *"Quien haga uso de este derecho, podrá acumular las horas en un período de 15 días naturales debiendo ser disfrutadas inmediatamente después del permiso de maternidad, debiendo informar, por escrito, a la Entidad con un plazo de 15 días de antelación"*.

<sup>198</sup> *"Las personas trabajadoras, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad, o, con carácter alternativo, sustituirse, a voluntad del trabajador, por un permiso retribuido de 15 días naturales a continuación del descanso de maternidad, preavisando con al menos 15 días naturales[...]"*.

<sup>199</sup> *"Por voluntad del trabajador o trabajadora, podrá optar por disfrutar este permiso acumulado en jornadas completas a continuación de la baja maternal, estableciéndose para ello 15 días laborables"*.

Estatal de Servicios de CCOO (2019-2023) amplía dos días más, llegando a dieciséis días laborables, como el Colectivo Grupo Importaco Frutos Secos (2019-2023). Mientras que el Plan de Igualdad CIDI SA Centro Cantabria (2018-2022) fija la acumulación en 18 días naturales tras el permiso por maternidad o paternidad, el Convenio Colectivo Comisiones Obreras de Cantabria (2019-2023) llega hasta 20 días laborales de acumulación de forma ininterrumpida a continuación de la suspensión por maternidad/paternidad, siendo superado en un día por el Convenio Colectivo de la empresa Clínica Mompía SAU (2019-2021)<sup>200</sup>. Pero sin duda, los Convenios Colectivos que mayor garantía y más avances logran en esta materia son, tanto el Convenio Colectivo Mercadona S.A (2019-2023), al poner *en disposición de los trabajadores o trabajadoras, la posibilidad de optar por acumular el disfrute de este derecho de reducción de jornada por lactancia en 30 días naturales, uniéndolo en su caso al periodo de baja por maternidad o paternidad*” (Artículo 26.12), como el Convenio colectivo de Radio Televisión Española (2020-2024) al establecer que su plantilla podrá sustituir, *con carácter voluntario, el permiso habitual por cuidado del lactante para los descendientes de primer grado de consanguinidad menores de doce meses por un permiso de cinco semanas, que se acumularán a su permiso de madre biológica y/u otro progenitor*”(Artículo 44.a).

Es importante conocer que este permiso por cuidado de lactante no supondrá ningún tipo de pérdida de su retribución, y es el mismo independientemente de la jornada realizada<sup>201</sup>. En los contratos a tiempo parcial, no se reduce el permiso de

---

<sup>200</sup> “*Aquellos trabajadores que deseen sustituir este derecho por la acumulación en jornadas completas, podrán disfrutar de 21 días hábiles de forma continuada posteriormente al disfrute de la prestación de maternidad. El periodo de disfrute de este derecho por la acumulación en jornadas completas terminará cuando el recién nacido cumpla su segundo año*”.

<sup>201</sup> Pongamos un ejemplo práctico: Si un trabajador tiene el horario diario estipulado de 9:00 a 18:00 horas, podrá solicitar reducción de jornada de 11 a 12 porque en ese periodo debe cuidar a su hijo que está en una guardería cercana. O podrá reducir la jornada media hora al principio y al final de la jornada, en ese caso entrará a trabajar a las 10:00 y saldrá a las 17:30. O sólo disfrutar de media hora diaria, por ejemplo, entrando todos los días a las 10.30. O, en caso que se prevea en el convenio o llegue a un acuerdo con el empresario, podrá acumular las horas de este permiso para conseguir jornadas completas. En ese caso, imaginemos que se reincorpora al trabajo tras la suspensión por nacimiento y cuidado de menor, y quedan 5 meses hasta que su hijo cumpla 9 meses, en vez de disfrutar durante estos 5 meses de un permiso de una hora diaria, podrá acumular esta hora diaria en días enteros, teniendo derecho a 15 días más de permiso de lactancia acumulado.



lactancia, se disfruta como si se tratara de contrato a jornada completa. Y en caso que coincida con el periodo de vacaciones: se tiene derecho a disfrutar de éstas una vez termine el permiso, aunque haya terminado el año natural. Pongamos el caso de una trabajadora que tiene derecho a 5 días de vacaciones del año 2020, solicita la lactancia acumulada, y tiene un permiso de 15 días que disfruta del 20 de diciembre de 2020 al 5 de enero de 2021. A pesar de haber terminado el año, como le quedaban 5 días de vacaciones, podrá pedirlos al acabar el permiso.

Por otro lado, la fijación de la concreción horaria corresponde al trabajador/a dentro de su jornada ordinaria. En caso de no llegar a un acuerdo con la empresa sobre dicha concreción, se seguirá el procedimiento establecido en el art. 139 LJS, para reclamación de derechos de conciliación. Es fundamental que el trabajador/a siga el procedimiento establecido legalmente o en su propio convenio a la hora de solicitar el permiso, fijando perfectamente la opción deseada, con fijación del periodo de inicio y finalización. En muchas ocasiones, esta solicitud se realiza verbalmente, o el trabajador/a comenta a directamente a su superior o al departamento de RRHH su intención de disfrutar de tal permiso. Al no quedar recogido formalmente, porque no envía la solicitud escrita vía buro fax (lo más recomendable) para que quede constancia fehaciente o por correo electrónico, el trabajador/a tendrá serios problemas a la hora de demostrar que ha sido despedido o perjudicado en sus condiciones laborales con motivo de su intención conciliatoria. Por ello, es imprescindible que siempre quede constancia de cualquier intención de disfrute de sus derechos conciliatorios como trabajadores con responsabilidades familiares.

Se reproduce a continuación a modo de ejemplo ilustrativo un modelo de solicitud del permiso de cuidado de lactante:

A LA ATENCIÓN DEL EMPRESARIO/RRHH DE LA EMPRESA XXX

D./Dña. \_\_\_\_\_, con DNI \_\_\_\_\_, mayor de edad, trabajador/a de la empresa \_\_\_\_\_, con domicilio a efectos de notificación en \_\_\_\_\_, y número de teléfono \_\_\_\_\_, comparece en su propio nombre y por medio de la presente solicita el disfrute del permiso por cuidado de lactante previsto en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Tengo intención de ejercer dicho permiso a partir del día [fecha], cumpliendo de esta manera la obligación legal de preavisar con 15 días de antelación, a fin de no causar ningún tipo de perturbación en el ejercicio normal de la empresa, ni perjudicar la productividad y organización de la misma.

En cuanto a la modalidad que deseo disfrutar:

(opción 1) ausentarme durante una hora de mi puesto de trabajo. Concretamente ejerceré el permiso entre las [x] horas y las [y] horas.

(opción 2) ausentarme durante una hora de mi puesto de trabajo, dividida en dos fracciones. Ejerceré el permiso entre las [w] horas y las [x] horas y entre las [y] y las [z].

(opción 3) reduciendo mi jornada laboral en media hora, de forma que mi jornada laboral se extenderá de las [x] a las [y] horas.

(opción 4) conforme el art. del Convenio Colectivo o Plan de Igualdad, disfrutar de la posibilidad de acumulación en jornadas completas tras la finalización de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, que tendrá lugar el \_\_\_\_\_.

En....., a..... de..... de 20...

Atentamente

(...).

FDO.

En caso que tanto el/la trabajador/a como el otro progenitor ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses. La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por

las empresas en las que se trabaje. En estos casos, durante el periodo entre los 9 y 12 meses del lactante, los progenitores verán reducido su salario en la misma proporción que su reducción de jornada, aunque pueden optar a una prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Esta nueva prestación se denomina “Corresponsabilidad en el cuidado del lactante”, e implica la reducción de la jornada de trabajo en media hora. La prestación económica es equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal, en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo<sup>202</sup>. Aunque el derecho a esta nueva prestación se reconocerá cuando ambos progenitores reduzcan su jornada para el cuidado del lactante, con la misma duración y régimen, únicamente podrá beneficiarse uno de ellos. Por lo que, si bien representa en un principio, una mejora en los derechos conciliatorios de los trabajadores, en la práctica sigue siendo insuficiente, al no poder beneficiarse ambos progenitores de esta prestación que obliga a uno de ellos a dejar de trabajar sin ninguna compensación económica, dificultando igualmente la propia corresponsabilidad, objetivo con el que nace este nuevo permiso.

La transposición de este permiso por cuidado de lactante en la negociación colectiva es fundamental, no sólo en relación a reproducir el texto legislativo, sino a establecer la posibilidad de acumular tal permiso en 15 días después de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijo, y aumentar la edad del lactante, llegando hasta los 12 meses. En la práctica, es la única forma de facilitar la conciliación de los trabajadores. No obstante, si revisamos dicha previsión en los convenios sectoriales a nivel autonómico (por ejemplo Cantabria), nos daremos cuenta que todavía queda mucho por hacer, ya que la mayoría de ellos ni siquiera recogen dicho permiso<sup>203</sup>, o prevén las opciones legalmente establecidas sin hacer mención de la opción de acumular

---

<sup>202</sup> Seguridad Social, “Corresponsabilidad en el cuidado del lactante”. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/61f8b540-c867-43cf-926d-77476b975f36>

<sup>203</sup> Convenio Colectivo de las empresas Consignatarias de Buques y Contratistas de Carga y Descarga de la Comunicad Autónoma de Cantabria (2020-2022); Convenio Colectivo para el Sector de Empleados de Fincas Urbanas (2017-2020); Convenio Colectivo del sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia (2016-2020); Convenio Colectivo Regional de Empresas Organizadoras del Juego de Bingo en Cantabria (2019-2022).

las horas en 15 días<sup>204</sup>. Mientras que otros, en vez de establecer el derecho a acumular todas las horas en 15 días, al no adaptarse a la nueva normativa, fijan un periodo menor, como el Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Cantabria, (2019-2021), que en su artículo 11º prevé una licencia retribuida de doce días laborales.

En relación a los Planes de Igualdad vigentes, la realidad es que no son demasiados los que regulan esta materia en específico. Las razones pueden encontrarse en una previsión ya existente en el convenio de aplicación, o en la mera decisión de no querer otorgar dicha acumulación. Es por ello que, en caso de no conseguir que se regule vía negociación de convenio colectivo sectorial o empresarial, los negociadores, especialmente los representantes de los trabajadores, deberían instar a implantarlo en el Plan de Igualdad, pues de lo contrario, los trabajadores deberán llegar a un acuerdo con el empresario, siendo ésta opción la más difícil y menos recomendable, ya que dependerá de la propia decisión del empresario, y su deseo por hacer efectiva la conciliación de sus trabajadores. Si la empresa no está atravesando un buen momento económico, o la productividad es mayor de lo habitual, lo más probable es que deniegue la solicitud de acumular los 15 días de permiso. De este modo, la negociación colectiva y no la propia lucha de los trabajadores (muchos de ellos ni siquiera se atreven a solicitar sus derechos previstos por miedo a represalias), debe ser la vía utilizada para intentar mejorar su calidad de vida y propias condiciones laborales.

Este ejemplo es seguido en el Plan de Igualdad de Enviser Servicios Medioambientales, SA (2018-Vigente), el Plan de Igualdad de Urbaser, SA (2018-Vigente), el II Plan de Igualdad de acciona servicios urbanos S.L.U (2018-vigente), o el III Plan de Igualdad OHL Servicios-Ingesan (2021-2025). Por otro lado, encontramos planes que dan un paso más, al reconocer la acumulación de 16 días naturales, como es el caso del II Plan de Igualdad de ONET Iberia Soluciones, S.A.U. (2018- 2022)<sup>205</sup>, o el

---

<sup>204</sup> Artículo 27 del Convenio Colectivo del Comercio Textil de Cantabria (2019-2020); Artículo 34 del Convenio Colectivo para el Sector del Comercio de Detallistas de Alimentación de Cantabria (2018-2022).

<sup>205</sup> Artículo 6.2.10: *“La acumulación de lactancia se podrá hacer en jornadas completas de 16 días naturales, salvo mejora en el convenio de aplicación”*.

II Plan de Igualdad de Securitas Seguridad España (2020/2024)<sup>206</sup>. En su caso, el I Plan de Igualdad de Seguridad Integral Secoex, S.A (2018- 2022) reconoce igualmente la acumulación en jornadas completas de 15 días laborables, pero prevé esta materia en el apartado de Salud Laboral, debido a una incorrecta percepción o entendimiento de este permiso, cuyo fin primordial es la propia conciliación de ambos progenitores, no proteger la salud de la trabajadora, sino que ambos se corresponsabilicen en el cuidado del bebé lactante. El hecho de ubicarlo en este apartado puede confundir a la plantilla, al confundir la verdadera esencia del permiso y los destinatarios del mismo. Igual de criticable, por ser insuficiente, será la mera referencia a intentar favorecer la acumulación en días según la política de conciliación interna. Esto es lo que se establece en el Plan de Igualdad de Sadyt, SA, y Valoriza Agua, S.L (2018-2022).

#### **4.1.3 Reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar dependiente**

Los trabajadores, hombres y mujeres, tienen derecho a la reducción de su jornada laboral para el cuidado de un hijo menor de 12 años, con una disminución proporcional del salario. Para ello, deberán preavisar al empresario sobre su intención de disfrutar del permiso con, al menos, 15 días de antelación, determinando en la petición, dentro de la jornada laboral, tanto el período de disfrute como la concreción horaria en la que se pretenda disfrutar del permiso. La reducción de la jornada tiene que ser mínimo de un octavo y máximo de mitad de la jornada ordinaria de trabajo. Dentro de esos márgenes, se puede indicar lo que se quiera. Esta reducción está prevista en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

Es fundamental (aunque la Ley no obliga a ello) realizar la solicitud por escrito y de forma fehaciente, por ejemplo, enviando un burofax, o bien entregándolo personalmente a algún responsable de Recursos Humanos, quien deberá sellar y firmar una de las dos copias que se quedará el/la trabajador/a como resguardo, dando un plazo para su contestación. Si la empresa no contesta a la solicitud, o contesta denegándola, no se podrá empezar a disfrutar del permiso de forma unilateral, sino que el/la

---

<sup>206</sup> Medida 14. “*El personal que solicite la acumulación de lactancia tendrá derecho a acumular este permiso en jornadas completas de 16 días. Este derecho se multiplicará en los casos de partos múltiples por cada hijo/a*”.

trabajador/a deberá presentar demanda ante el Juzgado de lo Social, en el plazo de 20 días hábiles, a contar desde la negativa de la empresa.

El trabajador puede solicitar la reducción de jornada y la concreción de jornada que mejor le convenga, pero la empresa se puede negar si la concreción horaria solicitada le resulta perjudicial por motivos técnicos u organizativos. En caso que la empresa deniegue la propuesta del trabajador, lo único que podrá hacer es demandar si no está conforme con la alternativa planteada por la empresa, aunque es preferible intentar negociar y llegar a un entendimiento. Es importante tener en cuenta que es el trabajador el que propone la reducción de jornada, y la empresa quien debe negociar y ofrecer alternativas, pero nunca imponer un horario determinado en un proceso de negociación de reducción de jornada. Tampoco podrá negarse a la reducción de jornada ni al porcentaje de jornada que se quiere reducir, sólo al horario escogido por el trabajador, y en su caso, deberá proponer otro.

Esta reducción de jornada diaria podrá disfrutarse cuando se tenga a cargo a un menor de 12 años (aunque la negociación colectiva puede estipular una edad superior), con la disminución proporcional del salario. Esta concreción se hará dentro de la jornada ordinaria del/la trabajador/a, es decir, dentro del horario que el/la trabajador/a realiza en el momento que solicita la reducción, independientemente del horario recogido en el contrato de trabajo o el que realizan los compañeros, o el horario de apertura del centro de trabajo. Asimismo, esta reducción deberá ser diaria, es decir, el/la trabajador/a deberá reducir todos los días su jornada, no siendo posible reducir unos días y otros no, o reducir unas horas de un día para acumularlas y eliminar un día de trabajo, salvo acuerdo con la empresa o previsión convencional. Por ejemplo, en el caso de la empresa Solvay, sus trabajadores podrán exigir a la empresa la acumulación en jornadas completas o medias jornadas o bien jornada continuada, ya que su Plan de Igualdad así lo establece<sup>207</sup>.

Esta reducción podrá solicitarse con cualquier tipo de contrato o antigüedad, de hecho, es un derecho que no podrá ser limitado por convenio, ni por imposiciones de la empresa. Y podrá solicitarse en cualquier momento hasta la edad máxima de 12 años

---

<sup>207</sup> “Toda trabajador/a que tenga derecho a reducción de jornada puede acogerse a la acumulación en jornadas completas o medias jornadas, o bien puede acogerse a una jornada continuada, siempre que en este último caso las necesidades del servicio lo permitan”.

del hijo o hija. De este modo, en caso de tener dos hijos, por ejemplo uno de 12 años y otro de 5, con indicar que tiene un hijo menor de 12 años, ya tendrá derecho a solicitar la reducción, sin necesidad de acreditar otra cuestión. Si por el contrario, se está disfrutando de una reducción de jornada y el hijo supera la edad máxima de 12 años, pero tiene otro menor, deberá entonces presentar un escrito indicando que cambia el hecho causante de la guarda legal, manteniendo las condiciones actuales.

Otro aspecto a tener en cuenta es que se puede disfrutar de forma interrumpida, es decir, el trabajador/a podrá solicitar reducción de jornada los meses de verano, reincorporarse en septiembre, y volver a solicitarlo el año que viene, así hasta que el menor cumpla los 12 años. También está prevista para una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos ni desempeñen una actividad retribuida, y para el periodo de hospitalización y tratamiento continuado, del menor a cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. En este caso, el progenitor tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella.

Por convenio colectivo, se podrá establecer que la reducción de jornada se pueda acumular en jornadas completas. Las reducciones de jornada contempladas constituyen un derecho individual de los trabajadores, pero si dos o más trabajadores de una empresa generaran este derecho por un mismo sujeto causante, el empresario puede limitar el ejercicio simultáneo de la reducción de jornada, siempre que existan razones justificadas de organización en la empresa.

En cuanto al despido de los/as trabajadores/as que hayan solicitado o estén disfrutando de esta reducción, será calificado como nulo, condenando a la empresa a readmitir al trabajador o la trabajadora en su actual puesto de trabajo en las mismas condiciones. De este modo, el trabajador/a con reducción de jornada por cuidado de un hijo o un familiar tiene una doble protección ante el despido. En caso de despido objetivo, la empresa estará obligada a justificar las causas del despido, pero además, tendrá que acreditar por qué ha despedido a ese trabajador y no a otro. Esto no significa

la existencia de una preferencia en el puesto de trabajo, pero sí que exige la obligación de desvirtuar el posible móvil discriminatorio.

A continuación se expone un modelo de solicitud de reducción de jornada, con todos los requisitos exigidos legalmente, tratando de evitar cualquier problema posterior, y sirviendo de prueba documental en el caso de acudir a la vía judicial, por rechazo o pasitivismo de la empresa:

A LA ATENCIÓN DEL EMPRESARIO/RRHH DE LA EMPRESA XXX

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 202\_\_

Don / Doña \_\_\_\_\_, con DNI \_\_\_\_\_, mayor de edad, trabajador/a de la empresa \_\_\_\_\_, con domicilio a efectos de notificación en \_\_\_\_\_, y número de teléfono \_\_\_\_\_, comparece en su propio nombre y por medio de la presente solicita la reducción de jornada conforme lo estipulado en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores con el objeto de poder conciliar mi vida laboral y familiar como consecuencia de tener bajo mi guardia y custodia a mi hijo \_\_\_\_\_ nacido el \_\_\_\_\_, menor de doce años.

La reducción de jornada consistirá en \_\_\_\_\_ horas diarias/semanales.

Esa reducción deseo que se haga efectiva el día \_\_\_\_\_, siendo dicho día el primero en el que comenzaría a disfrutar de la reducción de jornada, cumpliendo por tanto, y a fin de evitar posibles molestias, la obligación de preaviso de \_\_\_\_\_ naturales que indica el Convenio/Estatuto de los Trabajadores.

El horario/turno de la reducción de jornada que solicito y propongo es el siguiente \_\_\_\_\_, y, en principio la reducción de jornada será disfrutada hasta \_\_\_\_\_, con la posibilidad de extinción previa.

Si en el plazo estipulado por ley, no hay contestación por parte de la Empresa, daré por denegada dicha solicitud.



Quedo a su disposición para cualquier información adicional que necesite, y para cualquier formulario que deba rellenar, así como cualquier propuesta horaria o de jornada que deba negociarse por posibles problemas técnicos, organizativos, de la empresa. Rogándole acuse recibo del presente documento, reciba un cordial saludo.

En....., a..... de..... de 20...

Fdo:

Recibí:

EL/LA TRABAJADOR/A

LA EMPRESA

El reforzamiento de estos derechos por vía del reconocimiento de su dimensión constitucional aparece como un elemento básico de su desarrollo. En línea con la doctora Reche Tello, la evolución jurisprudencial en este aspecto se puede dividir en tres etapas, marcadas por tres sentencias paradigmáticas: la primera vinculada a la protección del menor y la familia (STS de 20 de julio de 2000), una segunda que conecta los derechos de conciliación con las responsabilidades familiares y personales ex. art. 14 CE (STC 26/2011, de 14 de marzo), y una tercera que dirige el enfoque hacia la tutela de la mujer, sin cuestionar su rol tradicional (STC 3/2007, de 15 de enero). En esta última sentencia, el Tribunal Constitucional declara que denegar a una trabajadora una reducción de jornada con el único argumento de que su solicitud no se ajusta a los criterios legales, sin entrar a analizar la dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, constituye discriminación indirecta por razón de sexo, *habida cuenta de que son las mujeres notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho*” (FJ 4)<sup>208</sup>.

Según Rodríguez Ruiz, el Tribunal Constitucional se mueve aún con titubeos dogmáticos a la hora de valorar los parámetros constitucionales de la igualdad y los derechos, siendo cómplice de dicha resistencia, especialmente en materia de corresponsabilidad familiar, donde se limita a verificar si los tribunales de la jurisdicción social han incorporado o no en sus razonamientos la dimensión constitucional de la conciliación, sin entrar a analizar si lo han hecho en términos conformes a los parámetros constitucionales. Tampoco entrará a valorar la existencia de

---

<sup>208</sup> Reche N., “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, p.221.

infracción constitucional por violación del artículo 14, en conjunción con el 39 CE en caso que esa dimensión sí se haya sido tomada en cuenta, con independencia de cómo se haya hecho. No la encontró en la STC 24/2011, de 14 de marzo, donde una trabajadora de la empresa Telefónica, con turnos rotativos, solicitó su adscripción permanente al turno de mañana para cuidar de su hija recién nacida, amparándose en el artículo 34.8 ET. Su solicitud fue denegada por la empresa y desestimada en todas las instancias judiciales, con el argumento de que el artículo 34.8 hacía depender tal adscripción de la existencia de un acuerdo colectivo o individual. La recurrente alegó ante el Tribunal Constitucional la violación de su derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, apelando a la dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, el Tribunal denegó el amparo con el argumento de que, a diferencia de lo que ocurría en la STC 3/2007, dicha dimensión sí había sido tomada en cuenta por los órganos judiciales, con independencia de cuál fuera su decisión final. Por lo que, no consideró necesario entrar a examinar los términos en que los tribunales habían tomado en consideración dicha dimensión, sino que, le bastó con constatar que de un modo u otro, lo hicieron<sup>209</sup>.

Las consideraciones del Tribunal Constitucional en torno al papel que tienen las mujeres en la familia presiden su jurisprudencia sobre la dimensión constitucional de la conciliación en el terreno laboral. Estas consideraciones resucitan la cuestión de la influencia que tienen a la hora de retroalimentar la construcción moderna del género. Sin duda, el mejor antídoto frente a este riesgo consiste en problematizar la construcción moderna de la masculinidad. El Tribunal tuvo oportunidad de hacerlo en la STC 26/2011, de 14 de marzo. En ella, como en casos anteriores, el Tribunal resolvió un recurso de amparo contra la denegación de una solicitud de reducción de jornada laboral. Sin embargo, este caso presentaba una peculiaridad: el recurso fue presentado por un trabajador varón. Esta circunstancia ofreció al Tribunal la posibilidad de enfrentarse a la dimensión constitucional, no sólo de la conciliación familiar y laboral, sino de la obligación de orientarla hacia la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

---

<sup>209</sup> Rodríguez B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, pp.364-365.

El recurrente alegaba que el rechazo de su pretensión implicaba convertir, no a él, sino *a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender el cuidado de los hijos*” (FJ 4). Es precisamente el sexo del recurrente lo que otorga al caso especial relevancia constitucional, al permitirle *perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral*” (FJ 2). No obstante, y esto es lo interesante, el Tribunal no concluyó la existencia de discriminación por razón de sexo, sino que más bien, concibió el caso como un supuesto de discriminación por razón de circunstancias familiares. De este modo, el Tribunal Constitucional asumió que tanto la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene como objetivo proteger a las mujeres, como la denegación de la solicitud de conciliación familiar y laboral a hombres tienen contenido discriminatorio que afecta a la construcción del género. Con el fin de hacer ambas consideraciones compatibles, construyó la prohibición de discriminación por circunstancias familiares de manera que protege por igual ambos sexos, logrando complementar el alcance de la primera sin diluir su cometido de poner fin a la discriminación estructural de las mujeres<sup>210</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha avanzado en la protección de las mujeres trabajadoras a no ser despedidas o sufrir cualquier menoscabo en sus condiciones laborales con motivo del deseo de disfrutar de cualquier medida conciliatoria. Un ejemplo de ello es la STS 835/2020, de 2 de octubre (Rec. 4443/2017) que declara la nulidad automática del despido de una trabajadora producido durante el disfrute de la reducción de jornada para cuidado de hijos. El Tribunal establece que no debe aplicarse la técnica procesal propia del despido discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, por lo que deberá ser la propia empresa quien acredite la existencia de justificación objetiva y razonable en su decisión.

Por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, su labor en relación a esta materia es digna de reconocimiento. Podemos encontrar numerosas sentencias que avalan la protección blindada a las trabajadoras con responsabilidades familiares, evitando cualquier tipo de discriminación por razón de sexo y maternidad<sup>211</sup>. Entre ellas,

---

<sup>210</sup> Rodríguez B., Op. Cit., pp. 365-366.

<sup>211</sup> STSJ 431/2010, de 14 de mayo (Rec. 5343/2009); STSJ ICAN 1501/2017, de 15 de diciembre (Rec. 1249/2017); STSJ ICAN 255/2019, de 12 de marzo (Rec. 19/2019); STSJ AND

cabe destacar la STSJ de Murcia 113/2020, de 27 de enero (Rec. 1350/2018), que estima la demanda interpuesta por una trabajadora con turnos rotatorios de mañana y tarde que solicita realizar su actividad únicamente por la mañana, reduciendo su jornada por cuidado de hijos, recibiendo la oposición a esta concreción horaria por parte de la empresa. El Tribunal reconoce la concreción horaria de la reducción de jornada como un derecho individual del trabajador/a que solo decae en supuestos excepcionales, como el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. En esta ocasión, la trabajadora no mantuvo su pretensión inicial de tutela de derechos fundamentales, no obstante, declara el Tribunal que dicho desistimiento no implica que no se reconozca la indemnización por daños morales. Asimismo, se verifica que la denegación inicial por parte de la empresa de la medida solicitada provocó a la trabajadora un daño moral, causante de una situación de baja por ansiedad. Finalmente se otorga a la trabajadora una indemnización no por vulneración de derechos fundamentales prevista en el artículo 183 de la LRJS, sino por los perjuicios ocasionados a que hace referencia el artículo 139.1 a) de la LRJS. Esta misma línea es seguida por la STSJ de Canarias 118/2016, de 15 de febrero, que fija una indemnización paralela por el daño moral producido a causa de la negativa empresarial a reconocer la concreción horaria solicitada por la trabajadora en el marco de una reducción de jornada por cuidado de menor discapacitado, asimilando la negativa a reducir la jornada a la falta grave prevista en el artículo 7.5 de la LISOS.

#### **4.1.4 Adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo**

Desde el año 2019, es posible solicitar la adaptación y distribución de la jornada, sin necesidad de reducirla, y manteniendo la retribución, con el fin de hacer efectiva la conciliación familiar y laboral (artículo 34.8 ET). Anteriormente, la única forma de

---

623/2019, de 11 de abril (Rec. 1082/2019); STSJ GAL 4756/2019 , de 22 de julio (Rec. 1992/2019); STSJ CL 180/2019, de 26 de Julio (Rec. 238/2019); STSJ ICAN 533/2019, de 27 de agosto (Rec. 858/2019); STSJ ICAN 858/2019, de 27 de agosto (Rec. 533/2019); STSJ 6109/2019, de 11 de noviembre (Rec. 4352/2019); STSJM 1200/2019, de 5 de diciembre (Rec. 584/2019); STSJ ICAN 243/2020, de 14 de febrero (Rec. 1429/2019); STSJM 1125/2020, de 21 de diciembre (Rec. 1186/2018); STSJ PV 22/2021, de 12 de enero (Rec. 1581/2020); STSJM 13/2021, de 15 de enero (Rec. 737/2020); STSJM 120/2021, de 10 de febrero (Rec. 703/2020).

adaptar el horario era solicitar la reducción de jornada. Se trata en todo caso de un derecho a solicitar y no a exigir, ya que no consiste en un derecho absoluto, por lo que la empresa podrá negarse si existen razones para ello. La novedad de esta nueva posibilidad es que obliga a la empresa a negociar y, en caso de negativa, tener que justificar por qué niega la solicitud. También, al no existir reducción de jornada, no existe reducción de salario, se cobra lo mismo al trabajar las mismas horas.

A la hora de solicitarlo de forma escrita a la empresa (no es obligatorio que sea por escrito pero sí es recomendable), el trabajador/a deberá expresar su necesidad de conciliar su vida laboral y familiar y explicar de forma genérica o precisa (la jurisprudencia establece que no será necesario entrar en detalle) cuál es su situación familiar y por qué necesita adaptar la jornada, indicando el nuevo horario o jornada propuesto. No existe un límite establecido a la hora de solicitar la adaptación, incluso se puede solicitar cambio de centro de trabajo, también el trabajo a distancia. Cuestión diferente es que la empresa pueda oponerse a este tipo de trabajo por cuestiones organizativas. La jurisprudencia considera que no es necesario que se acredite la situación familiar, sino que es la empresa quien tiene que acreditar que no es posible la adaptación solicitada, al tratarse de un derecho personalísimo e individual de la persona trabajadora. Por ejemplo, nada tendrá que acreditar en relación a si el otro progenitor tiene más fácil conciliar o no, o si tiene familiares como abuelos o tíos que puedan cuidar de sus hijos.

Por otro lado, acerca de cuándo se podrá solicitar esta adaptación de jornada, el Estatuto de los trabajadores no es claro, ya que meramente indica que la solicitud deberá hacerse cuando se tenga que conciliar la vida laboral y familiar, aunque sí que establece que en el caso de solicitar la adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar con hijos a cargo, podrá solicitarse hasta que éstos cumplan doce años (la jurisprudencia ha ampliado la edad si se acredita la existencia de necesidades especiales).

Una vez solicitada, la empresa abrirá un proceso de negociación con el/la trabajador/a durante un periodo máximo de 30 días. Finalizada la negociación, o el plazo de treinta días, la empresa comunicará por escrito la aceptación o negativa de la petición, o planteará una propuesta alternativa. Y en caso que la empresa niegue el derecho, estará obligada a fundamentar las causas y razones objetivas por las cuales se

opone. Si la empresa no contesta, se entiende que se opone al derecho y el/la trabajador/a podrá presentar una demanda conforme el artículo 139 LJRS.

La jurisprudencia considera que las empresas pueden justificar la negativa al horario solicitado por alguna de las siguientes causas:

- Imposibilidad a la hora de encontrar un sustituto para ese trabajador en ese u otro horario que solicita conciliar, o
- Coincidencia en el mismo intervalo de tiempo de una parte importante de la plantilla que solicita el mismo derecho, o
- La función desempeñada por el trabajador tiene una importancia estratégica dentro de la empresa difícilmente sustituible.

En este caso, la obligación de la empresa será intentar, en la medida de lo posible, ofrecer algún tipo de alternativa al trabajador para que su derecho a conciliar la vida familiar y laboral no quede vacío de contenido. Lo importante es que el trabajador intente acreditar en el juicio las razones por las cuales solicita o es necesario la reducción, aunque el mayor peso recaerá sobre la empresa, que deberá demostrar de forma clara e indubitada la causa por la que niega la concreción horaria propuesta por el trabajador. En cuanto a su finalización, esta adaptación de la jornada debería terminar cuando finalice la causa que motivó la solicitud. En dicho caso, el/la trabajador/a seguirá la jornada que venía realizando anteriormente.

Todavía no existe una sólida base jurisprudencial sobre este permiso, debido a su reciente entrada en vigor, siendo por el momento los jueces de lo social quienes mayoritariamente se han pronunciado. En algunos casos concediendo la adaptación de la jornada a la trabajadora al no responder ni negociar la empresa cuando solicitó dicha adaptación<sup>212</sup>. En otros casos permitiendo al trabajador fijar su turno de trabajo sin realizar turnos rotativos además de conceder una indemnización<sup>213</sup>. Pero también encontramos denegaciones de la concreción horaria porque el trabajador no acredita ningún tipo de necesidad por el cual era necesaria la adaptación de la jornada<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> SJSM N° 23, de 29 noviembre de 2019, n° 494/2019, (Rec. 1021/2019).

<sup>213</sup> SJSM N° 23, de 26 noviembre de 2019, n° 486/2019, (Rec. 1107/2019).

<sup>214</sup> SJS Pamplona/Iruña N° 2, de fecha de 20 noviembre de 2019, (Rec. 685/2019).

Antes de cerrar el apartado dedicado a la adaptación de la jornada, considero preciso aclarar dos puntos importantes. Primero, las medidas propuestas por el trabajador han de ser razonables y proporcionadas en relación con sus necesidades y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa y por ello, sólo la concurrencia de *razones objetivas* legitimará la negativa de la empresa. No obstante, la aplicación práctica de estos límites no siempre es sencilla, y unido a la posición dispar de cuestiones de tanta importancia, fácilmente justificaría una intervención normativa para su clarificación. En este sentido, es necesario determinar que la *“necesidad de conciliación”* debe identificarse con la necesidad de conciliación *“propia”* (del titular del derecho), así como clarificar que no debe demostrarse la imposibilidad de que concilie la pareja (o incluso otro familiar o un cuidador)<sup>215</sup>. Por esta razón tampoco puede considerarse que el juez esté facultado para determinar quién de los dos progenitores debe conciliar en aras a fomentar la corresponsabilidad<sup>216</sup>. En otras palabras, *la presencia o no de terceros que a su vez pudieran también intervenir en el cuidado del familiar afectado, incluso directamente, no altera el ejercicio de tal derecho. No solo por el carácter individual del mismo (...) sino porque tal cuidado puede adquirir modos diversos en lo que a su práctica diaria”*<sup>217</sup>

El segundo punto importante a clarificar es que, para legitimar la negativa de la empresa, no basta alegar razones organizativas de carácter genérico sino que es preciso evidenciar con argumentos sólidos por qué le resulta imposible aceptar la propuesta efectuada por el titular del derecho. Así lo ha expuesto la doctora Viqueira Pérez. Esto es, qué le impide aceptar el disfrute del derecho en los términos planteados por el

---

<sup>215</sup> El titular del derecho no debe estar obligado a demostrar la imposibilidad de que concilie su cónyuge (u otro familiar) porque el derecho de adaptación se configura en el art. 34.8 ET como un derecho de titularidad individual cuyo ejercicio no se condiciona a la existencia de una suerte de *necesidad insuperable de conciliar* derivada de la imposibilidad de atender la conciliación a través de otras medidas y/o con ayuda de otras personas. Este derecho de adaptación depende, únicamente, de la existencia de los presupuestos objetivos que dan derecho a conciliar: tener hijos o familiares a los que cuidar y verse imposibilitado para hacerlo manteniendo el régimen de prestación de trabajo. En este sentido se manifiesta la STSJ PV de 20 de octubre de 2020 (Rec. 1157/2020) que señala que *“es un derecho individual a ejercer por la trabajadora (...) siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos legalmente”*.

<sup>216</sup> Sobre ello, con muy sólida argumentación las STSJ Galicia 22 de julio de 2019 y 28 de mayo de 2019.

<sup>217</sup> STSJ PV de 20 de octubre de 2020 (Rec. 1157/2020).

trabajador (En este sentido, entre otras, STSJ AND de 3 mayo y STSJ GAL de 20 noviembre de 2017)<sup>218</sup>.

#### **4.1.5 Excedencia por cuidado de hijos y familiares**

El/La trabajador/a tendrá derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo (art.46.3 ap.1 ET), a contar desde la fecha de nacimiento, salvo mejoras convencionales<sup>219</sup>. El periodo en que permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad y asimismo tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado/a por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. La Ley establece que la reserva del puesto de trabajo perdura durante el primer año, y transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, en ocasiones se amplía esta reserva del puesto durante todo el tiempo de excedencia, siempre que el Convenio o Plan de igualdad de aplicación así lo establezca. Un ejemplo de ello es el Plan de Igualdad Prosegur (2019-2023)<sup>220</sup>.

También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo duración mayor fijada por negociación colectiva, los/as trabajadores/as para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no desempeñe actividad retribuida y que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo (art.46.3 ap.2 ET). Sobre este último requisito se ha pronunciado el Tribunal Supremo recientemente, en concreto, en la sentencia nº 161/2021, de 5 de febrero, que determina la no inclusión del supuesto de hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso en la excedencia

---

<sup>218</sup> Viqueira C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, en *Revista de jurisprudencia laboral*, Núm. 4, 2021.

<sup>219</sup> Por ejemplo, el Convenio Colectivo Ford España SL (2019-2023) amplía la reserva del puesto de trabajo durante el período de excedencia por el cuidado de hija o hijo hasta 36 meses.

<sup>220</sup> Artículo 6.2.1: “Reserva de trabajo durante todo el tiempo de excedencia por cuidado de personas dependientes, siguiendo los trámites legalmente establecidos”.



para cuidado de familiar. Realiza el Tribunal, según la catedrática García Romero, una interpretación sistemática y finalista del artículo 46.3.2º del Estatuto de los Trabajadores. En este caso, una trabajadora solicitó excedencia durante un año para atender al cuidado de su hijo de nueve años que necesitaba ayuda escolar, que es denegada por la empresa, por no concurrir las condiciones del artículo 46.3 ET. Para la Sala, no es fácil encajar una necesidad de ayuda escolar para superar el curso académico, en la expresión de que “*el familiar no pueda valerse por sí mismo*”, y dispone que no parece que las previsiones legales sobre la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares del artículo 46.3 ET planteen ningún problema de compatibilidad con las Directivas europeas, cuyos permisos, al menos el de paternidad y el parental, se relacionan más bien, antes que con aquellas excedencias, con las causas de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo<sup>221</sup>.

Ambas excedencias, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Y en caso que un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

En relación al reingreso, la solicitud deberá presentarse como mínimo con un mes de antelación a la finalización del periodo de excedencia (salvo especificación de convenio). En caso de no solicitar el reingreso, en tiempo y forma, el trabajador será considerado en situación de excedencia voluntaria. La negativa al reingreso por parte de la empresa, por inexistencia de vacante u otra causa, se equipará a un despido, con la posibilidad de demandar, debiendo el empresario abonar los salarios de tramitación correspondientes al período que va desde la negativa al reingreso, a la fecha del acto de conciliación, y cotizar por ellos, computándose a efectos de carencia para el desempleo.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha establecido que la excedencia voluntaria por cuidado de hijos o cuidado de otros familiares dependientes debe equipararse a

---

<sup>221</sup> García B., “La excedencia por cuidado de familiares no incluye la atención de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso”, en *Revista de jurisprudencia laboral*, Núm. 3, 2021.

todos los efectos a servicio activo. Así, se evita que la carrera profesional de los trabajadores con responsabilidades familiares que ejerzan este derecho (en su gran mayoría mujeres), se vea afectada negativamente. Lo ha dictado en la sentencia n° 1678/2020, de 17 de diciembre, en relación a los concursos para la provisión de puestos de trabajo.

Asimismo, el disfrute de este tipo de excedencia no puede, en ningún caso, perjudicar profesionalmente al titular del derecho (mujeres en la mayoría de los casos). Un ejemplo pragmático se refleja en la STSJ CANT 932/2017, de 22 de diciembre. En ella, el Tribunal analiza la negativa de una empresa a reincorporar a una trabajadora tras el disfrute de su excedencia voluntaria, a pesar de acreditarse la necesidad permanente de mano de obra en la empresa, y la incorporación de nuevos empleados tras su deseo de reingreso. Por todo ello, el Tribunal declara su derecho al reingreso a jornada completa.

Finalmente, a través de la negociación colectiva también puede confeccionarse nuevos tipos de excedencias destinadas a la propia conciliación del trabajador o trabajadora. Así, el Convenio Colectivo de Paradores de Turismo de España (2019-2023), prevé una excedencia especial de uno a doce meses con la reserva del puesto de trabajo en el mismo establecimiento, para aquel trabajador o trabajadora con antigüedad en la empresa de un año, que concurra alguna de las siguientes causas, a valoración de la Dirección de Recursos Humanos y Gestión del Talento:

- Por cuidado de familiares de hasta tercer grado a cargo del trabajador.
- Por estudios oficiales para el desarrollo de su puesto de trabajo o puestos de otras áreas funcionales, siempre que el horario de éste impida la simultaneidad con la asistencia al trabajo.
- Por traslado del cónyuge.
- Situaciones personales graves.

## **5 Propuesta de medidas conciliatorias a nivel empresarial, gubernamental y social**

Resulta evidente que la disponibilidad de opciones para conciliar la vida laboral y personal influye en la decisión de abandonar el mercado de trabajo o reducir la

jornada laboral si se tienen hijos o se tiene que cuidar a un familiar dependiente, así como en la decisión de tener hijos o de cuándo tenerlos<sup>222</sup>.

Actualmente, España es el país europeo con menor tasa de fertilidad: apenas nacen 34,8 hijos por cada 1.000 mujeres en edad fértil. Esta alarmante realidad amenaza el sostenimiento de las pensiones y el Estado del bienestar de cara a las próximas décadas. A ello debemos sumarle la pandemia que ha agravado una atonía demográfica muy preocupante no tanto por el impacto que pueda tener sobre la población, sino porque es el resultado de condicionantes no deseados que afectan a la vida de la gente. Un saldo vegetativo negativo puede compensarse con flujos migratorios, y de hecho, España ha aumentado su población, pasando de 40,4 millones de habitantes en 2001 a 47,3 en julio de 2020 gracias a la inmigración. Sin embargo, sigue latente la frustración de no poder tener todos los hijos que se desean. La tasa de fecundidad ha caído hasta 1,18 hijos por mujer, y la edad de primera maternidad está ya en 32,3 años de media. La incertidumbre por la situación económica y el miedo al virus provocaron un descenso en el número de embarazos que incide sobre todo en la natalidad de este año<sup>223</sup>. La solución a esta realidad radicaría en una efectiva política de fomento de natalidad, sin embargo, el problema de España sigue siendo la caída dramática de la población de mujeres en edad fértil. Desde el año 2002 hasta 2018, el número de mujeres españolas residiendo en España en edad fértil ha caído en más de 1,6 millones. Esto significa que en apenas 16 años, España ha perdido al 22% de mujeres fértiles que podrían mejorar la situación demográfica actual<sup>224</sup>.

A nivel empresarial, una propuesta de mejora pasaría por ayudar a la estabilidad familiar. En este sentido, se podrían implantar políticas integrales de apoyo a la familia, por ejemplo implantando una reducción de la jornada laboral que permita a los trabajadores tener una mayor flexibilidad para conciliar su jornada laboral a la escolar

---

<sup>222</sup> Rodríguez M<sup>a</sup> L., “Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad: Ejes claves para la gestión del mercado de trabajo actual”, en *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y Propuestas*, Laborum (Ed.), 2016, p.64.

<sup>223</sup> El País, “El desastre demográfico”, Editorial, 2021. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2021-06-21/desastre-demografico.html>

<sup>224</sup> Gorrín J.G. y Escudero J., “ Por qué la única solución que tiene España al drama de la natalidad es la inmigración”, en *El Confidencial*, 2018. Disponible en: [https://www.elconfidencial.com/economia/2018-12-16/solucion-drama-natalidad-espana-inmigracion\\_1709082/](https://www.elconfidencial.com/economia/2018-12-16/solucion-drama-natalidad-espana-inmigracion_1709082/)

de sus hijos, ya que uno de los principales problemas que ven los trabajadores en conciliar su trabajo y su vida personal y familiar, es el horario laboral, al ser incompatible trabajar más de ocho diarias y asumir la responsabilidad de tener hijos. Por este motivo, en Suecia ya han experimentado estas medidas y su resultado ha sido muy positivo, aumentando la productividad de los empleados con menos horas de trabajo, y permitiendo que esta reducción de la jornada haga disponer a los ciudadanos de más tiempo para sus responsabilidades familiares y personales.

En el caso de España, la empresa “Desigual” se ha convertido recientemente en la primera gran firma de moda en adoptar la jornada laboral de cuatro días semanales, con descanso de viernes a domingo, si así lo aceptan los 502 empleados de sus oficinas centrales, quienes representan más del 90% de la plantilla de su sede. El sistema prevé que uno de los cuatro días laborables sea en modalidad de teletrabajo, y se planifiquen mensualmente los horarios, con la posibilidad de elegir un lunes y un jueves al mes como máximo, mientras que el impacto por esta reducción horaria en el salario será de entre el 4% y el 5,8%, proporcionalmente inferior, ya que trabajarán un 13% menos tiempo, al asumir desde la empresa la mitad del coste<sup>225</sup>. Por parte de la empresa, auguran que esta medida no tendrá ningún impacto económico al no realizarse con frecuencia horas extraordinarias, y que ganarán eficiencia y capacidad de atraer y retener talento. También aseguran que están trabajando en un plan más amplio para favorecer la conciliación al resto de sus empleados y departamentos donde no se aplicará la jornada de 4 días, como el personal de las tiendas, logística y comerciales.

No obstante, a pesar de que a priori pueda parecer una medida positiva a favor de la conciliación, en realidad simula una jornada de cuatro días insuficiente, porque no se mantiene el salario ni se compensa con el incremento de productividad, sino que se trata de una reducción de jornada con reducción de salario, seguramente ocasionado por una crisis económica de la empresa. Por lo que, este tipo de medidas, que se proclaman como herramientas clave para hacer realidad, o mejorar la conciliación de los trabajadores, termina siendo en la práctica, un perjuicio económico para los mismos. A diferencia de la empresa Software DELSOL, situada en Mengíbar (Jaén), que se ha

---

<sup>225</sup> López E., “Desigual propone la jornada de 4 días en su sede central”, en *El Economista*, 2021. Disponible en:

<https://www.eleconomista.es/catalunya/noticias/11384538/09/21/Desigual-propone-la-jornada-de-4-dias-en-su-sede-central.html>

convertido en la primera empresa en implantar la jornada laboral de cuatro días, y casi un año después de su implantación no sólo ha continuado su crecimiento, a pesar de la pandemia, sino que ha aumentado la plantilla y mejorado las condiciones laborales de sus trabajadores.

Mientras que otras empresas optan por comprometerse a realizar una prueba piloto de dicha jornada de cuatro días, como es el caso de Telefónica. En la firma de la prórroga del convenio colectivo, la compañía se compromete a hacer esta prueba piloto en el último trimestre del año, con una duración de seis meses. Sin embargo, nos volvemos a encontrar con una reducción de jornada vinculada a una reducción salarial, aunque no por todas las horas que se dejan de trabajar. La pérdida será menor porque la compañía bonificará un 20% de los conceptos retributivos fijos, pero sigue sin efectuarse una verdadera jornada de cuatro días, sin ningún tipo de pérdida económica ni empeoramiento en las condiciones laborales de los trabajadores. La realidad es que el trabajador/a debe sacrificar un 16% del salario a cambio de tener un día a la semana libre (y trabajar cuatro días con jornadas de ocho horas). Es decir, existe menos carga de trabajo en un grupo reducido de la plantilla, pero con un coste menor para la empresa. Un aspecto positivo es la posibilidad fijada en la prórroga del convenio para elegir la modalidad de teletrabajo durante dos días, pudiendo ampliarse a tres o incluso cuatro en algunos departamentos. Por ello, es esperable que muchos empleados abandonen Madrid (donde trabaja el 80% de la corporación) para irse a otras provincias, con un menor coste de vida, o que la empresa rechace poner en práctica este Proyecto a causa del escaso seguimiento que ha tenido por parte de la plantilla (motivados por el sacrificio económico que supone)<sup>226</sup>.

De este modo, mientras numerosas firmas no dan con la clave, otras sí lo han logrado. Y lo han hecho sin que suponga un menoscabo en el salario o vacaciones de los trabajadores, que mantienen sus mismas condiciones laborales, con la diferencia de trabajar sólo cuatro días a la semana (de lunes a jueves), en jornada de 9 horas. Este es el caso de CIB, una multinacional de software dedicada a tecnologías de la información, especializada en optimización de procesos de negocios. En nuestro país tiene oficinas tanto en Canarias como en Valencia.

---

<sup>226</sup> Herranz A., “Telefónica, primera gran empresa que probará la semana laboral de cuatro días en España”, en *Xataka Pro*, 2021. Disponible en: <https://www.xataka.com/pro/telefonica-primera-gran-empresa-que-probara-semana-laboral-cuatro-dias-espana>

Por su parte, el Gobierno ha aprobado recientemente un proyecto piloto junto a la formación política Más País, con el objetivo de implantar la semana laboral de 4 días en las compañías sin recortar el salario de sus empleados. El acuerdo consistente en otorgar 250.000 euros de media por compañía ha sido posible gracias a los 50 millones de euros procedentes de los fondos europeos, y beneficiará a entre 3.000 y 6.000 trabajadores de empresas, principalmente PYMES. El dinero se destinará a compensar los gastos ocasionados por la reducción de jornada, para la contratación de más trabajadores, para la digitalización de sus procedimientos, y para ayudas a la innovación o a la formación. Las empresas tendrán plena libertad en el modo de utilizarlo, siempre que implanten la jornada de 4 días, y no perjudiquen a sus empleados.

Más adelante, una vez termine el diseño del proyecto, el Gobierno pondrá en marcha una convocatoria para que otras compañías puedan adherirse. El objetivo es que las empresas seleccionadas sean una muestra representativa del tejido productivo español, aunque la previsión es que sea más fácil implantar la semana de 4 días en compañías de sectores como consultoría, programación, abogacía o arquitectura. No obstante, se pretende que esta prueba piloto se extienda a empresas de hostelería y turismo. Durante un año, un grupo de expertos independientes del ámbito universitario, en colaboración con sindicatos y patronal estudiarán los efectos de la medida en el mercado laboral<sup>227</sup>. Esta medida no sólo repercutirá favorablemente a la hora de hacer realidad la conciliación laboral y personal de los trabajadores, sino que también mejorará la productividad y bienestar de los mismos.

Los estudios confirman que en España se trabaja más que en la media de la UE, pero la productividad es menor. Según datos de Eurostat de 2019: en España se trabaja una media de 37,5 horas semanales por persona, por encima de la media europea (37,1) y de países como Alemania (34,8 horas semanales trabajadas), Irlanda (36,5), o Países Bajos (30,4). Sin embargo, esta diferencia de horas trabajadas no se traducen en una mayor productividad por empleado, que en España está 1,3 puntos por debajo de la media de comunitaria, mientras países como Alemania están 3,2 puntos por encima,

---

<sup>227</sup> Moreno M.A., “200 empresas españolas probarán la semana laboral de 4 días con una ayuda del Gobierno de 250.000 euros”, en *Business Insider*, 2021. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/200-empresas-probaran-semana-laboral-4-dias-ayudas-publicas-821363>

Países Bajos 8,5 puntos por encima e incluso Irlanda llega a duplicar esa productividad per cápita respecto a los socios europeos.

El panorama expuesto determina la urgente y necesaria reforma laboral que debe tener lugar en nuestro país, sin que argumentos erróneos sobre el perjuicio a la productividad de la empresa tengan ya cabida. La fijación legislativa de una jornada máxima semanal de 37,5 horas y la implantación convencional o empresarial de la jornada de 4 días representan a priori, una posible solución a la dificultosa conciliación a la que se enfrentan actualmente los trabajadores, acompañadas en todo caso, de medidas específicas como el derecho de disfrute de una bolsa de horas para asuntos personales, reducción de jornada, adaptación horaria, y permisos específicos de maternidad y paternidad.

En el seno económico, las familias también necesitan ayudas específicas para poder hacer frente a los numerosos gastos. Alemania cuenta con ayudas para fomentar la natalidad y cada niño que vive y está empadronado en el país recibe 184 euros al mes hasta los 18 años. Por su parte, Francia remunera a las madres que quieran sumar a su baja maternal una excedencia laboral. En el caso de España, cada Comunidad Autónoma se ocupa de estas ayudas. Así, en el caso de Cantabria, el Gobierno otorga una ayuda directa de 100 euros por hijo menor de 3 años nacido en Cantabria para madres naturales o adoptivas empadronadas y residentes, de manera efectiva, junto con los hijos, en cualquier municipio de Cantabria con una población igual o inferior a 2.000 habitantes, en que la madre haya tenido empadronamiento y residencia efectiva con una antelación mínima de 12 meses respecto de la fecha de nacimiento del menor. La subvención es exclusiva de la madre, y sólo ella puede solicitar la ayuda, siempre que se halle cotizando a la Seguridad Social. Esta subvención se concederá por año natural y alcanzará la cuantía de 100 € al mes por cada hijo menor. Respecto al segundo hijo, el Gobierno otorga una subvención a las madres por el nacimiento o adopción de segundo o sucesivo hijo modulada en función de la renta, lugar de residencia de la madre y condición de familia numerosa o mono parental en las cuantías que se indican:

<b>Renta situada entre:</b>	<b>Subvención económica</b>
<b>30.001 euros y los 42.000 euros</b>	400 euros
<b>18.001 euros y los 30.000 euros</b>	600 euros

<b>Por debajo de 18.001 euros</b>	900 euros
<b>Madre empadronada y residente en municipio de Cantabria igual o inferior a 3.000 habitantes, con un año mínimo de antelación respecto al nacimiento del menor causante de la subvención, para cualquiera de los tramos de renta citados</b>	1.000 euros
<b>Madre que alcance la condición de integrante de familia numerosa con este segundo nacimiento o adopción, o tenga reconocida la condición de Familia monoparental para cualquiera de los tramos de renta citados</b>	1.500 euros

En cuanto al tercer hijo o sucesivo, se otorgará la cantidad de 1.500€. Y en caso de nacimiento o adopción múltiple, se otorgará en pago único, una subvención de 2.000 euros para el caso de nacimiento o adopción múltiple doble y de 3.000 euros para el caso de nacimiento o adopción triple o superior. Esta subvención es incompatible con la subvención por el nacimiento o adopción de segundo o sucesivo hijo<sup>228</sup>.

En la práctica, las madres se encuentran con muchas dificultades para ser beneficiarias de dichas ayudas, ya que a la hora de solicitar, por ejemplo, la ayuda por primer hijo, no suelen vivir en una población inferior a 2.000 habitantes, constituyendo el principal motivo de denegación de la ayuda, y teniendo como resultado que no puedan acceder a ningún tipo de subvención ni verse motivadas a tener hijos, unido a la problemática de natalidad que actualmente sufre el país, por lo que la solución más inmediata e idónea pasaría por suprimir este requisito. Al fin y al cabo, el objetivo de estas ayudas es mejorar la estabilidad económica de la mujer que decida tener un hijo, acompañado posteriormente de las medidas laborales pertinentes, pero si estas ayudas son meramente teóricas, y en la práctica no funcionan, porque no se están otorgando al no cumplir la mayoría uno de los requisitos, se debe intervenir y modificar lo que sea necesario para que estas ayudas sean una realidad para todas, y no sólo para una minoría.

Al contrario de lo que ha ocurrido con otros países europeos, España no ha aprovechado la oportunidad de implementar políticas centradas en la conciliación de la

<sup>228</sup> Subvención Fomento Natalidad del Gobierno de Cantabria. (Decreto 23/2015 de 23 de abril modificado por Decreto 26/2016, de 5 de mayo y por el Decreto 66/2020, de 1 de octubre). Disponible en: <https://natalidad.cantabria.es/ayudasdirectas>



vida familiar y laboral o ha trabajado de forma suficiente en otros aspectos como puede ser la precariedad en el mercado laboral. Aunque se espera que la situación mejore considerablemente con la entrada en vigor del RD 6/2019, de 1 de marzo, que unifica los permisos de paternidad y maternidad, modifica el permiso por cuidado de lactante e introduce un nuevo permiso destinado a la adaptación horaria y otro a la corresponsabilidad para cuidado de lactante. También es cierto que cada vez existe mayor concienciación por parte de las empresas y organizaciones sobre la importancia de gestionar la conciliación, sin embargo, todavía queda mucho camino por recorrer. Si hombres y mujeres no disponen de suficientes permisos laborales y flexibilidad en el trabajo, optarán por abandonar el mercado laboral por completo o por un largo periodo de tiempo de manera ininterrumpida, en lugar de afrontar unas condiciones laborales que les imposibilite conciliar su trabajo y responsabilidades familiares. Asimismo, la insuficiencia de incentivos para hacer uso de permisos de paternidad pueden reforzar aún más las diferencias de género entre trabajo y cuidados. Al ser las mujeres las principales usuarias de los permisos por motivos familiares, su situación en el mercado laboral es más débil de cara a encontrar empleo, mantenerse en el mismo o ascender profesionalmente (incluida la de mujeres sin hijos, debido a la percepción de que, en el futuro, podrán tenerlos). Esta situación está mejorando, pero de forma ralentizada, ya que en la práctica siguen siendo cuestionadas acerca de su intención de formar una familia en las entrevistas de trabajo, despedidas al conocer la empresa su estado de gestación, o trasladadas a puestos de peor remuneración y categoría. También siguen ausentándose en los procesos de promoción profesional, ven denegadas sus solicitudes de adaptación horaria o el horario fijado en su solicitud de reducción horaria.

Toda esta realidad aún persistente está unida a las formas de organización de la actividad laboral dentro de la empresa, y la ausencia de modalidades de trabajo flexibles, que fomenta el abandono del mercado laboral de de los trabajadores con responsabilidades familiares (especialmente mujeres), a causa de las dificultades de conciliar su jornada laboral con el cuidado de hijos o familiares. En general, la actitud de las empresas respecto a la organización del trabajo no varía y sigue centrada en la presencia en el puesto de trabajo en jornadas a tiempo completo, o incluso más largas, no respetando la jornada máxima semanal fijada en el Estatuto de los Trabajadores, superando también el límite de horas extraordinarias, y cotizando por menos horas de

las trabajadas. Son pocas las empresas que aplican políticas favorables a la familia para atraer y mantener a mujeres altamente cualificadas.

En lo que respecta a los servicios sociales de asistencia, la escasez de los mismos o incluso su ausencia, refuerza el papel de las mujeres como principales cuidadoras de niños y familiares dependientes. Así lo afirma la catedrática Rodríguez Copé, quien critica que en muchos Estados miembros, los servicios de cuidado de larga duración (para personas de avanzada edad, personas dependientes), no están tampoco lo suficientemente desarrollados para responder a la demanda, lo que contribuye a dificultar el empleo femenino y el crecimiento<sup>229</sup>.

En el caso de Cantabria, el Ayuntamiento de Santander pone a disposición de sus ciudadanos, un servicio de becas de Guardería, consistentes en becas dirigidas a familias con niños y niñas de entre 4 meses y 6 años, que cumplan unas condiciones de ingresos familiares, pudiendo en algunos casos recibir una bonificación del 100% del coste de la estancia en la guardería<sup>230</sup>. Esta medida denominada “cheque-guardería” también se suele disponer en los Convenios colectivos de empresa. En ocasiones, la empresa se responsabilizará de todos los costes de la guardería, en otras ocasiones llegará a un acuerdo con la guardería más cercana para ofrecer una rebaja a sus trabajadores. E incluso, algunas empresas ofrecen sus propias instalaciones en cada centro de trabajo para convertirlas en espacios de guardería donde pueden permanecer los hijos de las trabajadoras hasta la finalización de su jornada, siendo esta medida altamente positiva, ya que de no existir plazas para los menores de tres años en su municipio, deberán asumir el coste de una privada, contratar a una persona o reducir su tiempo de trabajo. Cualquiera de estas opciones supone una importante disminución de sus ingresos. En el mejor de los casos, los progenitores habrán de adaptar su horario de trabajo al horario de la guardería. Tampoco es deseable que un bebé permanezca siete u ocho horas fuera de casa; a ese tiempo hay que sumarle el tiempo que su padre o madre tarde en llegar desde que sale de trabajar. Mientras que la guardería en la empresa tiene

---

<sup>229</sup> Rodríguez M<sup>a</sup> L., Op Cit, p.65.

<sup>230</sup> Disponible en: <https://sede.santander.es/tramites/solicitud-becas-guarderia>

los mismos horarios que los padres, por lo que éstos no tienen prisa por salir para ir a recogerlos y por tanto la realización de horas extras no es un problema<sup>231</sup>.

Otras ventajas que tiene la adopción de esta medida es que evita la impuntualidad y el absentismo laboral, pues los padres evitan el tráfico y los retrasos provocados por viaje hasta la guardería. También mejora el rendimiento y la satisfacción en el trabajo, pues los padres no tienen que estar preocupándose de los hijos durante su jornada laboral. Por otro lado, podrán visitar a sus hijos durante los descansos e incluso comer juntos, y contribuirá a que tengan una valoración muy positiva hacia la empresa, pues se preocupa por sus trabajadores y por la conciliación familiar de éstos, convirtiéndose así en una empresa familiarmente responsable (EFR).

Este proyecto sigue el modelo de los países nórdicos, donde tienen ya una experiencia de 10 años, demostrando que la apertura de estas guarderías ha reducido el absentismo laboral a un tercio del que existía. No obstante, a pesar de que todo son ventajas, lo cierto es que en España todavía no está instaurada esta tendencia, salvo algunas grandes empresas como Mercadona, El Pozo, Casa Tarradellas, Caja Madrid, Banco Santander, la Agencia Tributaria, Tous, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), El Hospital de Fuenlabrada, Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Barcelona, CSIC o Casa Tarradellas.

Como anteriormente hemos mencionado, una insuficiente política o inversión en los servicios de cuidado para personas de avanzada edad o personas dependientes, contribuye a dificultar el empleo femenino, en concreto, su mantenimiento en el puesto de trabajo y promoción, ya que generalmente son ellas quienes abandonan el mercado laboral de forma temporal o indefinida para dedicarse a los cuidados de sus familiares. Con el fin de evitar esta situación y poner el foco en estas personas de avanzada edad que ya no pueden cuidar de sí mismas, el Instituto Cántabro de Servicios Sociales de Cantabria (ICASS) pone a disposición una serie de servicios y prestaciones económicas destinadas a acompañar a estas personas en su día a día, evitando que tengan que ser sus familiares más cercanos quienes deban ocuparse de ellas todo el tiempo, y con ello, abandonar su vida laboral y personal.

---

<sup>231</sup> Fino R., “Empresas con guardería, un buen lugar para trabajar”, en *Superrrheroes sesame*. Disponible en: <https://superrrheroes.sesametime.com/empresas-con-guarderia-un-buen-lugar-para-trabajar/>

A continuación se expone en qué consiste cada una de estas ayudas que ofrece el ICASS, con datos extraídos del mismo Instituto:

<b>PRESTACIÓN/SERVICIO</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>
<b>PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y APOYO A CUIDADORES NO PROFESIONALES (SAAD)</b>	<p>Se trata de una prestación económica de carácter mensual destinada a que la persona en situación de dependencia pueda ser atendida por cuidadores no profesionales de su entorno.</p>
<b>SERVICIO DE TELE ASISTENCIA DOMICILIARIA (SAAD)</b>	<p>Se trata de un servicio (sin coste) de comunicación permanente que permite a la persona usuaria pedir ayuda en situaciones de emergencia desde el domicilio. Consiste en un dispositivo conectado a la línea telefónica, a través del cual el usuario, cuando lo necesite, sólo tiene que apretar un botón de un colgante que le pone en contacto con el centro de atención, donde le atenderán y movilizarán los recursos necesarios. Este servicio es incompatible con el servicio de atención residencial.</p> <p>Beneficiarios: Personas en situación de dependencia que vivan solos o lo estén gran parte del día o convivan con personas en situaciones similares.</p>
<b>SERVICIO DE CENTRO DE DÍA (SAAD)</b>	<p>Se trata de un servicio que ofrece una atención integral durante el día a las personas en situación de dependencia, desarrolla actividades para el mantenimiento de la autonomía personal y el apoyo a las familias y cuidadores. Existen diferentes centros de día adaptados a las y necesidades de apoyo de las personas usuarias: centros de día para personas mayores, centros de día para personas con discapacidad, centros de día de atención especializada, etc. El servicio implica una participación económica de la persona que se determinará en función de su renta y patrimonio.</p>

<b>SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL PERMANENTE (SAAD)</b>	<p>Se trata de un servicio (con coste) que ofrece atención integral, continuada y permanente a las personas en situación de dependencia en todas las necesidades, cuando ya no puede permanecer en su propio domicilio. El servicio implica una participación económica de la persona usuaria en el coste total del servicio que se determinará en función de su renta y patrimonio.</p>
<b>SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA (SAAD)</b>	<p>Se trata de un servicio que ofrece a las personas reconocidas en situación de dependencia, una serie de atenciones de apoyo en su domicilio, realizadas por personal cualificado. Entre ellas encontramos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria, que incluye: <ul style="list-style-type: none"> <li>o Apoyo y asistencia para levantarse, acostarse, efectuar la higiene personal, vestirse, comer, realizar cambios posturales, movilizaciones, apoyo a la incontinencia, etc.</li> <li>o Actividades de atención personal, acompañamiento, apoyo psicosocial y desarrollo de hábitos saludables.</li> <li>o Atención de las necesidades domésticas: limpieza de la casa, compra de alimentos y productos de uso común, cocina, lavado, planchado, repaso de ropa, etc.</li> </ul> </li> </ul>

Como vemos, el marco ofrecido en nuestra Comunidad Autónoma intenta otorgar la máxima ayuda e independencia a quienes tienen que cuidar de sus familiares más dependientes, sin embargo, para muchas familias es insuficiente, especialmente para aquellas con trabajos precarios y bajo salario, o en situación de paro. En caso de no cumplir todos los requisitos para acceder a estas ayudas, y no tener tampoco servicios de guardería en su centro de trabajo, deberán enfrentarse al elevado coste de los servicios de cuidado de niños y cuidado de larga duración, convirtiéndose finalmente en factores que desincentiven el trabajo.

Expuestos los obstáculos para el logro de una adecuada conciliación de intereses familiares y profesionales, debemos apuntar finalmente que el reparto equilibrado de las tareas productivas y reproductivas, desde una perspectiva que armonice los espacios de familia y de trabajo de una forma más equitativa, constituye un elemento clave para la adquisición de un mayor grado de autonomía personal y económica para ambos progenitores, siendo la única manera de revertir la histórica exclusión de la mujer a las tareas del hogar y los cuidados. Para conseguirlo, algunas de las medidas más eficaces enfocadas a la corresponsabilidad que podrían implantar las empresas pasarían por fijar horarios más flexibles (especialmente en la entrada y salida) que repercuta en mayor tiempo personal y familiar, apostar por una empresa saludable con menos estrés y presión laboral, ampliar los permisos legalmente establecidos por nacimiento, al igual que proporcionar ayudas económicas por nacimiento de hijo, flexibilizar la adaptación del periodo vacacional coincidiendo con el periodo escolar, extender la prioridad en la formación profesional a aquellos que se reincorporen tras un permiso conciliatorio, o prohibir cualquier perjuicio en sus condiciones laborales por disfrutar de una medida conciliatoria<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> Rodríguez M<sup>a</sup> L., Op. Cit., p.66.

## **CAPÍTULO IV. DISCRIMINACIÓN SALARIAL Y FIN DE LA RELACIÓN LABORAL**

### **1. Discriminación retributiva por razón de sexo**

Los salarios de las mujeres son inferiores a los salarios de los hombres. Esta afirmación, confirmada por todas las estadísticas, constituye un punto de partida insoslayable. Es evidente que también existen mujeres con salarios muy elevados y hombres con salarios más bien modestos, pero los grandes números siguen poniendo de relieve una brecha salarial importante, de la cual los datos en nuestro país son fiel reflejo de lo que sucede en toda la Unión Europea, superior en todo caso a los diecisiete puntos porcentuales (aunque con alguna diferencia variable, en función de las estadísticas utilizadas)<sup>233</sup>.

A la hora de encontrar una explicación que justifique esta menor retribución femenina, propone el catedrático Cabeza Pereiro atender a los casos específicos que justifiquen el mayor salario de un trabajador en comparación con una trabajadora. Por ejemplo, teniendo en cuenta sus diferentes situaciones individuales, en razón de una mayor formación profesional o que resulte más adecuada al puesto en concreto, una mayor experiencia profesional, ser beneficiario de varios complementos convencionales como el de antigüedad, penosidad o nocturnidad, o que existan condicionantes derivados de la edad de uno y otra. Puede que un hombre cobre más que una mujer a causa de la modalidad de contrato que ostenten ambos. Quizá ella mantenga una relación laboral más precaria, sujeta a contrato temporal, a tiempo parcial, es autónoma, o es cedida por una empresa de trabajo temporal—, aunque tal circunstancia ubicaría el debate en el contexto de la discriminación por la modalidad de contrato, prohibida por algunas Directivas. Por supuesto que muchas explicaciones radican en aspectos tan relevantes como los sectores productivos en los que se desarrollen los trabajos de la

---

<sup>233</sup> En países como Bélgica, Italia, Luxemburgo y Polonia la brecha salarial de género varía menos del 8%, sin embargo en Alemania, Chequia y Estonia varía en más del 20%. Una brecha salarial alta quiere decir que en el mercado laboral las mujeres están más concentradas en sectores mal pagados y/o que un porcentaje significativo de población femenina trabaja a tiempo parcial. No obstante, una brecha salarial de género baja, como vemos en algunos Estados de la UE, no significa que no exista discriminación retributiva (no existe ningún país que pueda presumir de carecer de discriminación retributiva), sino que esto ocurre cuando hay una tasa femenina de empleo más baja.

mujer y del hombre que se comparan a título individual, o el ámbito geográfico en que presten sus servicios. También la dimensión de la empresa y su concreta estructura pueden afectar directamente a la diferencia retributiva.

Es decir, la comparación singular de dos trabajadores de sexos opuestos, puede encontrar argumentos más que suficientes que justifiquen la diferencia retributiva, por muy pertinente que parezca a primera vista el contraste entre sus respectivos salarios. Pero cuando se trasciende el plano individual y se alcanza el colectivo, las explicaciones singulares pierden validez. O por lo menos exigen revisarse desde una perspectiva distinta. En este punto, la discriminación se formula como hipótesis, y se aventura la posibilidad de que probablemente la brecha salarial existe porque las mujeres sufren una discriminación en razón de su sexo, como hemos visto, en todas las esferas dentro del mercado laboral, y en concreto, en materia retributiva.

La diferente retribución puede producirse entre dos personas que realizan un trabajo igual o que desempeñan un trabajo de igual valor. En el primer caso, la identidad del contenido de la prestación de servicios hace que resulte muy fácil apreciar prima facie la disparidad de tratamiento, por lo que el análisis se desplaza más bien a las posibles causas que, lícitamente, la justifiquen. En caso contrario, la existencia de una práctica empresarial discriminatoria, que se reconocerá en los tribunales. En el segundo, el contraste resulta más complejo. Primero, porque se extiende a la propia apreciación de si resulta pertinente comparar dos puestos distintos. Segundo, porque implica llevar a cabo un profundo análisis sobre la descripción precisa de cada puesto de trabajo—en muchas ocasiones no se recoge una descripción de cada puesto de trabajo en los convenios colectivos, ni en el contrato de trabajo—, para concluir que ambos puestos tienen igual valor, y por ello, deben ser retribuidos de igual modo.

Con todo, argumenta Cabeza Pereiro que el estudio del distinto salario derivado de trabajo de igual valor pone en la senda de la discriminación indirecta, el debate en torno a la discriminación por razón de sexo, en concreto, sobre determinadas concepciones en torno al perjuicio que sufren la mayoría de las mujeres, en este caso en el ámbito de la remuneración. Puede tratarse de la concesión de una menor importancia a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres, por una especie de devaluación de lo femenino. Y también la existencia de una muy marcada diferencia entre trabajos “de hombres” y trabajos “de mujeres” porque el mercado laboral sigue



segregado de forma muy notoria. Al mismo tiempo, la adopción de decisiones en base a la obediencia a ciertos estereotipos o seguimiento de algunas tradiciones que terminan perjudicando a las trabajadoras. Del mismo modo, la asunción predominante por ellas de tareas de cuidado, en particular de las obligaciones familiares, y su difícil conciliación con las que se derivan del contrato de trabajo<sup>234</sup>.

En las páginas que siguen se analizan, a partir de la normativa supranacional y nacional en vigor, las complicadas causas que generan la brecha salarial y las posibles medidas que pueden adoptarse para superarla, tanto a nivel legislativo, convencional como jurisprudencial, y alcanzar que la igualdad de retribución por los trabajos de igual valor sea la única realidad en el mercado laboral.

### **1.1.1 La perspectiva supranacional de la brecha salarial entre hombres y mujeres**

Las distintas oportunidades entre trabajadores y trabajadoras en el mercado laboral repercuten directamente en su diferencia retributiva, según corrobora el Informe de la Comisión Europea al respecto, que define nítidamente la “brecha salarial” como *la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores*<sup>235</sup>. Desde sus orígenes, la UE ha contado con una importante y nutrida política en materia de igualdad entre hombres y mujeres, vinculada al principio de libre circulación de trabajadores. En línea de lo manifestado por López Balaguer y Rodríguez Rodríguez, la inclusión del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma de 1957 se debe en parte, al impulso de Francia, al prever posibles repercusiones

---

<sup>234</sup> Cabeza J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma 1 de discriminación sistémica”, en *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, Núm. 25, 2012, pp. 81-82.

<sup>235</sup> Comisión Europea, “Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea”. Recuperado de <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1460.pdf> (Consultado el 12/10/2021). Por término medio, las mujeres de la UE ganan aproximadamente un 16,4% menos que los hombres.

negativas, en términos de competitividad económica, para los Estados que ya contaban con ese mandato en su legislación interna<sup>236</sup>.

El elenco de fuentes normativas en esta materia resulta desbordante. Prescindiendo de otros instrumentos internacionales de contenido más genérico, la fuente más importante en el ámbito de Naciones Unidas es el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)<sup>237</sup>. El artículo 11.d) impone el deber a los Estados miembros de adoptar todas las medidas apropiadas a fin de evitar la discriminación entre mujeres y hombres y de asegurar a todas las mujeres, en condiciones de igualdad, *el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo*". Más específico es el Convenio n.º 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, de 1951<sup>238</sup>, del que merece destacarse su artículo 2, conforme al cual todo EM deberá, *empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*". Este principio deberá aplicarse a través de la legislación nacional, por cualquier sistema para la fijación de la remuneración, también mediante contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores, o por la acción conjunta de estos diversos medios. En referencia al Consejo de Europa, es básica la alusión a la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996 y a su art. 4.3 que establece el compromiso de las partes contratantes a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor<sup>239</sup>.

La normativa de la Unión Europea ha seguido esta misma dinámica, incorporando el Derecho originario, desde el Tratado de Roma (1957), una alusión a la no discriminación salarial, en concreto en su art. 119, que expresaba el principio de igual salario por trabajo de igual valor. Y así se mantuvo hasta el Tratado de Ámsterdam, incorporado en el propio art. 119 el derecho a igual salario por trabajo de

---

<sup>236</sup> López M. y Rodríguez E., "La discriminación retributiva por razón de sexo", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, Núm. 431, 2019, pp. 48-49.

<sup>237</sup> Ratificado por España el 5 de enero de 1984.

<sup>238</sup> Ratificada por España por instrumento de 29 de abril de 1980.

<sup>239</sup> Cabeza J, Op. Cit, pp. 82-83.

igual valor, que luego pasó a numerarse como art. 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y que ha transitado hasta el vigente artículo 157.

El principio de igualdad de retribución previsto en el artículo 119 del Tratado, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo<sup>240</sup>.

A partir de este reconocimiento individual y restringido a la esfera de las remuneraciones, la necesidad de ampliar el principio de igualdad entre sexos se ha extendido a todo el ámbito de las relaciones laborales. En base en estas disposiciones, el Consejo de las Comunidades Europeas promulga la Directiva 75/177/CEE<sup>241</sup>. Por consiguiente, no es hasta 1975 cuando el Derecho Comunitario incorpora formalmente, y sólo a nivel de Derecho derivado, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor. Y en aplicación de esa norma, el entonces Tribunal de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 8 de abril de 1976, C-43/75, asunto Derfrenne II, lo considera de eficacia directa horizontal, declarando contrario al derecho comunitario aquellos criterios aparentemente neutros previstos en convenios colectivos que perjudican especialmente a un grupo de individuos por su pertenencia al mismo, sin justificación objetiva<sup>242</sup>. También se ha pronunciado sobre la cuestión de la correcta valoración de los puestos de trabajo en sentencia de 31 de mayo de 1995, C- 400/93, asunto Jämo, y sentencia de 28 de octubre de 2013, C-247/11, asunto Kenny. A partir de este momento, la igualdad en el ámbito laboral se expande a todos los aspectos de las relaciones de trabajo<sup>243</sup>.

En estas condiciones, el Tribunal muy pronto admitió que, si bien desde una esfera teórica podría entenderse que el art. 119 del Tratado únicamente se dirigía a los Estados, la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras se extendería a todos los

---

<sup>240</sup> Cabeza J, Op. Cit, pp. 83-84.

<sup>241</sup> Directiva 75/177/CEE, de 10 de febrero, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos.

<sup>242</sup> SSTJCEE de 31 de enero de 1981, C-96/80, asunto Jenkins; 1 de julio de 1986, C-237/85, asunto Dato; 17 de octubre de 1989, C-109/88, asunto Danfoss.

<sup>243</sup> López M. y Rodríguez E., Op Cit., p. 49.

convenios que regulan de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares. Esta idea representa una manifestación del efecto directo vertical y horizontal de ciertas disposiciones de la Unión Europea, así como del *self executing* del ahora art. 157 TFUE. Y, por supuesto, afecta a la parte trabajadora, que no podrá ser objeto de una interpretación restrictiva, conforme las normas internas de cada Estado. A diferencia de los autónomos, que no serán amparados por esta idea, que ya se expresaba en el asunto Defrenne II, y ha sido reiterada ulterior doctrina, prescindiendo en muchas ocasiones de la Directiva de desarrollo<sup>244</sup>.

Conviene precisar que, en su origen, los objetivos del art. 119 del Tratado de Roma eran predominantemente económicos, vinculados a la competencia entre los Estados Miembros. Así se expresa claramente en la exposición de motivos de la Directiva 75/117/CEE. En realidad, no es hasta el Tratado de Ámsterdam cuando el principio de igualdad retributiva se tiñe de un claro matiz social, y el derecho a la igualdad se desvincula totalmente de componentes de mercado común. Como expresa ahora el art. 10 del TFUE, *en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo*". Por su parte, la Directiva 2002/73/CE introdujo algunas reglas instrumentales que también tienen su utilidad en el ámbito de la discriminación retributiva. Entre ellas, una definición de discriminación indirecta —art. 2.1.b)—, que hunde sus raíces en la Directiva 97/80/CE, pero que se modifica sustancialmente en la Directiva 2002/73/ CE. Y, sin duda, el Tít. III el cual, bajo la rúbrica «disposiciones horizontales» aborda el problema fundamental de la efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva, con un contenido que no tiene parangón en otras normas derivadas referidas a otras causas de discriminación<sup>245</sup>.

La Directiva 76/207/CEE<sup>246</sup>, que prohibió la discriminación laboral entre hombres y mujeres, fue considerada la «Directiva Marco» en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, convirtiéndose en el germen de medidas colectivas en el mismo sentido<sup>247</sup>. Así se ha defendido desde los órganos judiciales —entre ellos, el magistrado Lousada Arochena—, y desde la doctrina —por ejemplo, la catedrática Ballester Pastor—. De hecho, el TJUE hizo una

---

<sup>244</sup> Cabeza J., Op. Cit., pp. 87-88.

<sup>245</sup> Cabeza J, Op. Cit, pp. 85-86.

<sup>246</sup> 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.

<sup>247</sup> Lousada J. F., “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Tirant lo Blanch (Ed.), Valencia, 2014, p. 248.

interpretación amplia del principio de igualdad en base a este texto<sup>248</sup>. Con posterioridad, la Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, incorporó esta jurisprudencia y definió los conceptos de “discriminación directa” y “discriminación indirecta” en relación con el sexo de la persona trabajadora, prohibiendo *todo trato desfavorable o práctica aparentemente neutra que suponga una desventaja particular con respecto a personas de otro sexo en condiciones objetivamente iguales para el acceso al empleo, la promoción profesional, la participación en los órganos de representación de la empresa, y en el resto de las condiciones de trabajo, como la protección frente al despido*<sup>249</sup>. Finalmente, la Directiva 2006/54/CE<sup>250</sup> se refiere al principio de igualdad entre hombres y mujeres como fundamental en el derecho comunitario, e incide en la igualdad de retribución, incluyendo todas las prestaciones o indemnizaciones con cargo a la propia empresa<sup>251</sup> y los regímenes profesionales de Seguridad Social. En este sentido, es significativa la STJUE de 22 de noviembre de 2012<sup>252</sup>, donde el Tribunal establece la existencia de una clara discriminación indirecta causada por la normativa española sobre los trabajadores a tiempo parcial dado que son un porcentaje muy elevado de mujeres y esto influye peyorativamente sobre las carreras de cotización de las pensiones contributivas.

Respecto a la repercusión material y efectiva de la discriminación por razón de sexo sufrida por una trabajadora, se prevé en el artículo 18 de la Directiva la correspondiente indemnización o reparación a través del reconocimiento de una indemnización en concepto de daños punitivos<sup>253</sup>. Por su lado, el artículo 25 insta a los Estados a regular un sistema de sanciones, con la posibilidad de incluir la indemnización a la víctima. En otras palabras, no prescribe a los Estados unas medidas

---

<sup>248</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)”, en Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica, Núm. 2, 1998, p. 730.

<sup>249</sup> Por ejemplo, STJUE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto Rinner-Küh, y STJUE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto Kirsammer-Hack.

<sup>250</sup> Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), DO L204/23. Según expresa su Considerando.

<sup>251</sup> STJCE de 17 de mayo de 1990, C-262/88, asunto Barber/Guardian Royal Exchange AssuranceGroup.

<sup>252</sup> C-385/11, asunto Isabel Elbal Moreno/INSS y TGSS.

<sup>253</sup> SSTJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl; y 2 de agosto de 1993, C-271/91, asunto Marshall II

concretas, sino que les otorga la libertad para adoptar las sanciones que estimen convenientes, *siempre que puedan garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz*”<sup>254</sup> y *tener un efecto disuasorio real respecto del empresario*” (art. 18 Directiva 2006/54/CE). De manera que, si se trata de una indemnización, deberá ser, *en todo caso, adecuada al perjuicio sufrido*”<sup>255</sup>. El elemento disuasorio de la indemnización o de la reparación no comprende la condición punitiva, en sentido estricto<sup>256</sup>, pero lo cierto es que, a partir de esta regulación, el principio de igualdad de trato y no discriminación se impone desde la estrategia «gender mainstreaming» en el ámbito europeo<sup>257</sup>.

En este último periodo, hemos sido testigos de una significativa elaboración de documentos que reivindican la centralidad del principio de igualdad en todos los ámbitos y, de manera destacada, en el empleo, trabajo y retribución<sup>258</sup>. Entre ellos, el “Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres (2006-2010)”, o las Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre el Pacto europeo por la igualdad de género (2011-2020). Al tiempo que normas pioneras de la UE se han referido a la adopción de medidas por los Estados miembros destinadas a garantizar la igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación<sup>259</sup>.

No obstante, también se han identificado los principales puntos críticos en los que continúan persistiendo las desigualdades derivadas del sexo del trabajador<sup>260</sup>. Fundamentalmente se constata que las mujeres siguen siendo mayoría en los sectores con inferior retribución, a la vez que aparecen infrarrepresentadas en los puestos de alta dirección. Casas Baamonde afirma, de manera muy acertada, que la maternidad se consolida como el principal inconveniente para acceder o mantener el empleo de la madre trabajadora y, de la misma manera, el rol de cuidadoras del hogar familiar y de familiares dependientes se afianza, en detrimento de su tiempo y su capacidad para

---

<sup>254</sup> Sentencias Von Colson and Kamann, C-14/83, apdo. 24, y Harz, C-79/83, apdo. 24

<sup>255</sup> Sentencias Von Colson and Kamann, C-14/83, y Harz, C-79/83.

<sup>256</sup> STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, asunto Arjona Camacho.

<sup>257</sup> Rodríguez E., “Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares”, Bomarzo (Ed.), Albacete, 2010, pp. 30-35.

<sup>258</sup> Artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, de 12 de diciembre de 2007, DO núm. C. 303, de 14 de diciembre de 2007

<sup>259</sup> Artículo 157.3 del TFUE, DOUE de 30 de marzo de 2010. También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), artículos 20 y 21.).

<sup>260</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, «Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015).

disponer de él libremente, abocándolas a trabajos a tiempo parcial, temporales o informales<sup>261</sup>. Las consecuencias inmediatas se trasladan a la brecha salarial de género, llegando a alcanzar el 28% en algunos Estados miembros y el 40% de media en la UE, en el ámbito de las pensiones. De seguir así, se prevé que la brecha laboral de género siga aumentando, hasta alcanzar el 9% en 2055<sup>262</sup>.

En 2015, la tasa de empleo femenina alcanzó el 64,3%, frente al 75,9% en el caso de la masculina. En 2015, la tasa media de empleo de las mujeres con un hijo menor de 6 años se situó un 9% por debajo de la correspondiente a las mujeres sin hijos de corta edad, llegando la diferencia a superar el 30% en algunos países. En concreto, la brecha de género en materia de empleo fue de 24,7 % en el caso de las mujeres con un hijo menor de 6 años, de 25,6 % en el caso de las mujeres con dos hijos (el más pequeño menor de 6 años) y de 35,4 % en el caso de las mujeres con tres hijos o más. Además, existe mayor probabilidad en las mujeres que asumen el papel de cuidadoras informales de familiares mayores o dependientes que los hombres<sup>263</sup>.

López Balaguer y Rodríguez Rodríguez defienden que con el fin de mejorar el acceso a las medidas conciliatorias e incidir en su disfrute por parte de los trabajadores varones, en marco de la corresponsabilidad, es fundamental que se refuercen las garantías en el empleo estable de las mujeres embarazadas, en especial, su protección frente al despido y su reincorporación al trabajo después de dar a luz. A la vez que se debe instar a los interlocutores sociales y legisladores de cada Estado para que establezcan sanciones efectivas y disuasorias a la hora de aplicar el principio de igualdad de trato. El hecho de que las mujeres adquieran puestos de dirección y rompan con el denominado «techo de cristal», implica que los derechos y obligaciones vinculados al cuidado de sus familiares no supongan ningún perjuicio profesional sobre ellas, como tradicionales destinatarias de estos permisos, lo que en muchos casos ha conllevado a la «desprofesionalización» y su precariedad laboral. Los Estados miembros tienen la obligación de erradicar estas diferencias y fomentar la

---

<sup>261</sup> Casas Baamonde, M. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, Núm. 9, 2017, pp. 867-868.

<sup>262</sup> López M. y Rodríguez E., Op Cit., pp. 50-53.

<sup>263</sup> OECD, “Closing the Gender Gap. Act now”, OECD Publishing, 2012. Disponible en: [https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now\\_9789264179370-en#page4](https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now_9789264179370-en#page4) [Consultado el 12/10/2021].

corresponsabilidad entre los trabajadores, evitando perpetuar los roles de género. Hasta el momento, ninguno lo ha conseguido, si bien existen notables diferencias entre unos y otros en su esfuerzo por lograrlo<sup>264</sup>.

El 5 de marzo de 2010, la Comisión Europea aprobó la Carta de la Mujer con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. De este modo, busca reiterar y reforzar su compromiso para hacer realidad la igualdad entre mujeres y hombres, a través de la aplicación de la perspectiva de género en todas las políticas que se adopten, y mediante medidas específicas para promover dicha igualdad, dedicando todos los recursos necesarios para conseguirlo. Uno de los Pilares de esta Declaración se titula “Salario igual a trabajo igual y trabajo de igual valor”. En él, establece que por término medio, las mujeres de la Unión Europea aún ganan un 18 % menos que los hombres por hora trabajada. Disponen de menos recursos durante su vida activa y en la jubilación, se enfrentan a más dificultades para acceder a financiación y, por tanto, se ven más afectadas que los hombres por todas las formas de pobreza, incluida la pobreza en situación de empleo. En base a ello, la Comisión Europea reafirma su compromiso en favor de una firme movilización de todos los instrumentos, legislativos y no legislativos, para reducir la diferencia salarial entre mujeres y hombres, con el objetivo de que, antes de que finalice su mandato, se haya reducido perceptiblemente la diferencia de retribución entre mujeres y hombres en la Unión Europea<sup>265</sup>.

A su vez, en diciembre de 2015, publicó también el “Compromiso estratégico que daba continuidad a su Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2016-2019”. Y dos años más tarde, adoptó el el “Plan de Acción de la UE 2017-2019”. Se establece que si bien la igualdad de género es uno de los valores fundamentales de la Unión Europea, no es una realidad en el trabajo, ya que las mujeres de la UE, en todos los sectores de la economía, ganan de media un 16 % menos que los hombres. Esta

---

<sup>264</sup> López M. y Rodríguez E., Op Cit., pp. 53-55.

<sup>265</sup> Comisión Europea, “Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres Una Carta de la Mujer”, 2010, Bruselas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0078:FIN:ES:PDF>



brecha de género ha permanecido estable durante los últimos 5 años. Con el ritmo de cambio actual, solo se cerraría al inicio del próximo milenio.

Este Plan de Acción cuenta con un Informe que habla de la “Recomendación sobre el principio de igualdad de retribución de hombres y mujeres a través de la transparencia”. La transparencia salarial representa un factor clave a la hora de hacer efectiva la igualdad de retribución. En la práctica, el conocimiento por parte de los trabajadores de los distintos niveles salariales dentro de la empresa puede motivarles a acudir a los tribunales y demandar su derecho a la igualdad retributiva por trabajo de igual valor, o facilitar a los sindicatos su lucha por la mala praxis empresarial. Esta Recomendación propone cuatro medidas específicas que tienen como objetivo ayudar a los Estados miembros a mejorar la transparencia salarial. Primero, el derecho de las personas a solicitar información sobre los niveles salariales. Segundo, la obligación de expedir informes a nivel de empresa. Tercero, la obligación empresarial de llevar a cabo las auditorías salariales. Y por último, la inclusión de la igualdad de retribución en la negociación colectiva. Se propone a los Estados miembros que apliquen aquellas medidas que les resulten más adecuadas según las circunstancias. No obstante, a pesar de esta proposición, únicamente 11 Estados (entre ellos Bélgica o Dinamarca) disponen de legislación en vigor sobre transparencia salarial y de éstos, sólo 6 han adoptado nuevas medidas sobre el tema a tratar o han mejorado las ya existentes. De las cuatro medidas citadas, tiene especial importancia la auditoría salarial<sup>266</sup>.

La sentencia de 17 de octubre de 1989 (asunto H.K./Danfoss, 109/88), citada por la posterior de 27 de octubre de 1993 (asunto Enderby, C-127/1992), ha reconocido el papel fundamental que juega la transparencia salarial en la lucha por evitar la discriminación retributiva. De este modo, afirma el Tribunal de Justicia de la UE que en el caso de que una empresa aplique un sistema retributivo caracterizado por la ausencia total de transparencia, recaerá sobre el/la empresario/a la carga de la prueba para demostrar que su política salarial no es discriminatoria, una vez que la trabajadora haya demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadore/as por cuenta ajena, que la retribución media de los “trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”. Asimismo, la STJUE de 9 de diciembre de 2004 (asunto

---

<sup>266</sup> Comisión Europea., “Informe sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la Transparencia”, *Informe de la Comisión Europea*, 2017, p. 6.

Barber, C- 19/02) ha concluido que sólo se garantizará el principio de igualdad retributiva si se aplica la transparencia salarial a cada uno de los elementos de la retribución que perciben, respectivamente, los trabajadores y las trabajadoras, con excepción de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los interesados. A ello ha de añadirse que la Jurisprudencia, tanto europea como interna, ha venido acogiendo supuestos en que la opacidad en las retribuciones conduce a la estimación de existencia de discriminación retributiva, en caso de no justificar de manera objetiva y razonable hasta desvirtuar el indicio (acreditado) de dicha discriminación retributiva por razón de género<sup>267</sup>.

España ha transpuesto la obligatoriedad de esta medida a través del RD 902/2020, de 13 de octubre, obligando a todas aquellas empresas con más de 50 trabajadores a realizar dicha auditoría, cuyo resultado formará parte del diagnóstico del Plan de Igualdad, así como el contenido del registro retributivo. El Ministerio de Igualdad todavía sigue trabajando en el instrumento que las empresas utilizarán para llevar a cabo la auditoría retributiva, por lo que hasta entonces (se cree que será en octubre), no podrá firmarse ningún Plan de Igualdad que no contenga dicha auditoría conforme la citada normativa, salvo aquellas empresas de menor magnitud y complejidad que puedan hacerlo con sus propios medios. Una vez esté disponible dicho instrumento, aquellos negociadores y asesores seguramente deban formarse para saber utilizarlo. Actualmente, el Ministerio ofrece un instrumento para realizar el registro retributivo, y otro para realizar la auditoría retributiva denominado “Sistema de valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”<sup>268</sup>, que podrá utilizarse en tanto en cuanto no esté aprobado el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo conforme el Real Decreto. Más adelante profundizaremos sobre la normativa interna en relación a la Igualdad retributiva, con especial atención al RD 902/2020, y el régimen jurídico de los Planes de Igualdad, herramienta clave para la transparencia salarial y el control efectivo de las prácticas discriminatorias por parte de las empresas.

Por último cabe citar la iniciativa promovida por la Comisión Europea que consiste en una propuesta de Directiva sobre la “Brecha salarial de género:

---

<sup>267</sup> Martínez M., “La desigualdad retributiva entre mujeres y hombres. una visión jurisprudencial”, Conferencia impartida en las Segundas Jornadas Jurídicas de Derecho laboral y sindical: “La precariedad laboral: desigualdad y discriminación”, p. 20.

<sup>268</sup> <https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>

transparencia en la remuneración de hombres y mujeres”<sup>269</sup>. Esta iniciativa pretende introducir medidas vinculantes de transparencia salarial, aumentar la transparencia de los sistemas de remuneración, mejorar la compensación pública de los conceptos jurídicos pertinentes y reforzar los mecanismos de ejecución. También, velar porque las mujeres y hombres reciban un salario igual por un mismo trabajo, a través de la proposición de disposiciones vinculantes en materia de transparencia salarial, o hacer que las normas de la UE relativas a la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres y los hombres funcionen en la práctica, garantizando que los Estados miembros transpongan y apliquen las normas, fomentando un equilibrio en el reparto de los permisos de hombres y mujeres por motivos laborales y las fórmulas de trabajo flexible.

Del mismo modo, la doctrina jurisprudencial, tanto europea como interna, es consciente de que la desigualdad retributiva constituye uno de los problemas más importantes al que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de género en el ámbito de las relaciones laborales. Y es por ello que ha desarrollado una loable labor en la prohibición de toda discriminación por razón de sexo en lo que respecta a los elementos y condiciones de retribución, en tanto que la diferencia de trato no pueda justificarse o sea insuficiente para alcanzar el objetivo perseguido. También en poner de manifiesto la desigualdad retributiva resultante del diferente ejercicio de los derechos conciliatorios, o de conceptos retributivos que priman a un sexo, ignorando las cualidades del otro. Además, tiene en cuenta también el valor del trabajo a tiempo parcial en este ámbito, poniendo de relieve la cuestión de la retribución global o por partes, así como de la formación profesional y la dificultad de promoción. Todos estos factores son determinantes a la hora de agravar la desigualdad retributiva. La jurisprudencia es plena concedora de ello, y a través de un esfuerzo arduo durante años, ha conseguido delimitar y condenar aquellas prácticas empresariales que tienen como resultado la discriminación retributiva, en muchas ocasiones, verdaderamente difícil de identificar y acreditar.

---

<sup>269</sup> Comisión Europea, “Brecha salarial de género: transparencia en la remuneración de hombres y mujeres”, Programa de trabajo de la Comisión, Propuesta de directiva, 2020. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12098-Strengthening-the-principle-of-equal-pay-between-men-and-women-through-pay-transparency> (Fecha de la última consulta: 22 de octubre de 2021).

### 1.1.2 La incidencia de los complementos retributivos en la brecha salarial

El principio de igual retribución implica que, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya igual valor, se prohíba toda discriminación por razón de sexo en lo que respecta a los elementos y condiciones de retribución, en tanto que la diferencia de trato no pueda justificarse o sea insuficiente para alcanzar el objetivo perseguido. Así ha sido entendido por la Jurisprudencia del TJUE en doctrina reiterada<sup>270</sup>. Constituyen, pues, conceptos determinantes del enjuiciamiento sobre la vulneración de este principio de igualdad de retribución, tanto ésta, como el denominado trabajo de igual valor, y la justificación objetiva y razonable que pueda desvirtuar el carácter antijurídico de la diferencia de retribución.

Entre los conceptos que ha incluido la doctrina del TJUE en la retribución, cabe mencionar los siguientes: (1) Ventajas unilaterales concedidas por el empresario una vez extinguido el contrato<sup>271</sup>; (2) Indemnización por razón de participación en cursos de formación de miembros del comité de empresa (STJCE de 4 de junio de 1992, asunto Bötel, C-360/90); (3) Primas especiales de fin de año (STJCE de 9 de septiembre de 1999, asunto Krüger, C-281/1997); (4) Complemento salarial por horarios incómodos (STJCE de 30 de marzo de 2000, asunto JämO, C-236/1997), (5) Gratificaciones por Navidad (STJCE de 21 de octubre de 1999, asunto Lewen, C-333/97). En relación a éstas últimas, conviene precisar que el TJUE en sentencia de 21 de octubre de 1999<sup>272</sup>, concluyó que constituye una retribución a efectos del artículo 119 del Tratado CE, aún cuando dicha gratificación sea concedida con carácter voluntario por el empleador y se abone principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa. En cambio, se precisó que dicha gratificación no encajaría en el concepto de remuneración contemplado en el artículo 11. 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo<sup>273</sup>. Del mismo modo, las contribuciones empresariales a fondos de pensiones (STJCE de 11 de marzo de 1981, asunto Worringham, C-69/80; y STJCE 13 de mayo

---

<sup>270</sup> SSTJCE de 30 de marzo de 2000, JämO, C-236/98, de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, C-381/99, y de 27 de mayo de 2004, Elsner-Lakeberg, C-284/02.

<sup>271</sup> STJCE de 9 de febrero de 1982, asunto Garland, C-12/81. Se reconocieron aquéllas a los trabajadores ferroviarios jubilados, y no a las trabajadoras.

<sup>272</sup> STJCE de 21 de octubre de 1999 (asunto Lewen, C-333/97).

<sup>273</sup> de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

de 1986, asunto Bilka, C-170/1984) también han sido consideradas retribución. Estas dos últimas representan una retribución que queda diferida al futuro, lo que, según la magistrada Martínez Miranda, denota la ausencia de equiparación, en la doctrina del TJCE, entre retribución y salario<sup>274</sup>.

Los complementos salariales son los primeros causantes de las discriminaciones salariales, ya que los criterios de algunos complementos son muy arbitrarios. Pueden actuar como elementos de discriminación al no guardar relación directa con el contenido de la prestación o las aptitudes de los trabajadores y las trabajadoras. Se valora excesivamente el esfuerzo físico como elemento definitorio de los complementos mientras que la tensión psicológica, la sensibilidad, la habilidad, cualidades asociadas tradicionalmente a trabajos femeninos, son infravaloradas. Esto constituye una forma de discriminación indirecta ya que el esfuerzo físico o la exposición a toxicidad se asocia a trabajos realizados normalmente por hombres. Por ello, se ha de procurar que en la negociación colectiva se revisen los criterios de aquellos complementos salariales causantes de discriminación como pueden ser la “penosidad” o la “peligrosidad”. Los negociantes tienen el deber de crear nuevos elementos que puedan ser objeto de medición, con el objeto de acortar diferencias para las mujeres y facilitar la transparencia del sistema de remuneración, ausente de cualquier tipo de discriminación.

En algunos convenios se incluyen complementos dirigidos únicamente a las trabajadoras para excluirlas del ámbito laboral, como por ejemplo la “dote por matrimonio”. Esta cláusula, al ser una medida anticonstitucional, nunca deber ser aplicada. En el proceso de negociación colectiva se ha de lograr un compromiso por parte de la empresa de establecer una estructura salarial transparente, sencilla y con perspectiva de género. Se debe redefinir y valorar los puestos de trabajo asegurando que el sistema de valoración se pacte con la representación de trabajadores y trabajadoras, asegurando que los criterios de evaluación de los diferentes puestos de trabajo se ajusten al principio de igual remuneración por trabajos de igual valor<sup>275</sup>.

El papel de la negociación colectiva, en este punto, es fundamental. Por lo que, una vez disponen de la plantilla de la empresa, la tabla de retribución del convenio y la

---

<sup>274</sup> Martínez M., Op. Cit., p. 6.

<sup>275</sup> CCOO & Instituto de la Mujer, “Negociación Colectiva e Igualdad de Oportunidades”, pp. 32-33.

tabla de equivalencia del Acuerdo General del Sector, deben constatar los siguientes factores<sup>276</sup>:

1. Si existen categorías “femeninas”, constando si tienen salarios iguales o inferiores a categorías masculinas equivalentes.
2. Si existe una doble escala salarial para nuevas contrataciones, para menores de una determinada edad, para contrato eventuales, etc. En este grupo se sitúan mayormente las mujeres.
3. Si se definen los complementos de forma clara, estableciendo de forma explícita los criterios por los que se conceden (antigüedad, disponibilidad horaria, rendimiento, beneficios obtenidos por la empresa, etc.)
4. Si constan mecanismos de revisión salarial, y los responsables de tal actuación.
5. Si se otorga un tratamiento equitativo a las personas contratadas a tiempo parcial y con contratos temporales en todo lo relacionado con complementos salariales, beneficios sociales, acceso a la formación y a la promoción.
6. Si se contempla en el texto del convenio el concepto de igual retribución por trabajos de igual valor. Esta cláusula suele reflejarse en los Planes de Igualdad, con menos frecuencia en los convenios colectivos. A modo ilustrativo, se muestra a continuación esta cláusula contenida en dos convenios estatales, uno de empresa y otro sectorial:

Artículo 55. Antidiscriminación e igualdad. Cláusulas de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.

*“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella (Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, «BOE» número 161, de 6 de julio de 2002”.* **Convenio colectivo de Servicios Securitas, SA. (BOE núm. 165, de 12 de julio de 2017).**

<sup>276</sup> CCOO & Instituto de la Mujer, Op. Cit., pp. 53.

Artículo 59. Igualdad de remuneración por razón de sexo.

*“La empresa está obligada a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución, salarial o extrasalarial ya sea directa o indirecta, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de sus elementos o condiciones”.* **Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. (BOE núm. 169, de 16 de julio de 2019)**

La propia determinación de qué es objeto de complemento puede incluir un sesgo de género. Muestra de ello es considerar retribuable la peligrosidad en el manejo de maquinaria (normalmente masculinizado), y no la asociada al uso de productos químicos de limpieza (normalmente feminizado). Ídem con los riesgos físicos y psicológicos. Respecto a la disponibilidad ocurre lo mismo, ya que es considerado un complemento puntual (es decir, que se da en determinadas circunstancias, y por lo tanto no se asocia automáticamente al puesto). Por ello, debe evitarse la consideración de circunstancias que no tienen relación directa con el puesto. Los complementos por disponibilidad se otorgan frecuentemente cuando no es realmente necesaria para la organización: complementos de prolongación de jornada, complemento de jornada partida y de disponibilidad horaria. Las mujeres se encuentran con mayores dificultades a la hora de acceder a estos complementos, que, de no estar justificados, premian el “presentismo” frente a la productividad y el cumplimiento de objetivos. Otro ejemplo discriminatorio se produce al considerar retribuíbles determinadas circunstancias asociadas al puesto, pese a ser perfectamente justificables desde el punto de vista del trabajo, provocando discriminación indirecta en las mujeres. En estos casos, la solución no pasaría por prescindir de dichas circunstancias, sino adecuar las condiciones, o redefinirlos, procurando que sean atribuibles por igual a mujeres y hombres. En el caso de las horas extraordinarias, reuniones o cursos de formación fuera del horario laboral, o los propios desplazamientos, suponen un efecto de desventaja para las mujeres, dado que puede resultarles más complejo realizarlas por estar cuidando a hijos/as o familiares dependientes, por su propio rol de género, o incluso por no darse las condiciones de contorno (por ejemplo, falta de seguridad en el entorno del centro de trabajo o en el desplazamiento hasta el domicilio, para el caso de horas extras). En relación con el plus

de asistencia, también constituye una fuente de discriminación por razón de sexo, según qué ausencias incluya o excluya para generarlo<sup>277</sup>.

Uno de los complementos que mayor influencia tiene desde el punto de vista de género es el complemento de antigüedad, ya que está condicionado por decisiones relacionadas con el disfrute de los derechos conciliatorios, ejercidos en su mayor parte por mujeres, así como por su tardía incorporación al mercado laboral.

No obstante, teniendo esto claro, no existe una línea jurisprudencial clara sobre los supuestos que deben estimarse como causantes de discriminación retributiva por razón de género, por cuanto los tribunales vienen resolviendo de forma altamente casuística la materia, sin poder extraerse conclusiones generales. Si revisamos cualquier base de datos jurisprudencial, veremos que existen escasas sentencias que traten directamente la discriminación retributiva. Conviene referirse, siquiera sea brevemente, a que el Plan de Acción de la Unión Europea 2017- 2019, que tiene por objeto abordar la brecha salarial, contempla como uno de sus objetivos combatir la penalización de los cuidados, ámbito altamente feminizado, por lo que, en aquellas normas o textos convencionales que no tengan en cuenta la detracción de tales períodos de cara al cómputo de antigüedad, este complemento actuará consecuentemente en detrimento de la lucha contra la brecha salarial.

La doctrina del TJCE abordó esta materia en la sentencia de 17 de octubre de 1989 (asunto Danfoos, C-109/88). Al respecto, expuso que tanto el criterio de antigüedad como el de la formación profesional, pueden redundar en un trato menos favorable para las trabajadoras, en la medida en que las mujeres han entrado más recientemente que los hombres en el mercado de trabajo y sufren con más frecuencia interrupciones en su carrera profesional. No obstante, la antigüedad, al ser un factor de la experiencia, que coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas, puede justificar al empresario a retribuirlo sin tener que demostrar la importancia que reviste para la ejecución de las tareas específicas confiadas al trabajador. Es por ello que el/la empresario/a podrá o deberá justificar la aplicación del criterio de la flexibilidad, entendiéndose en el sentido de adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, así como el de la formación profesional, demostrando que dicha adaptabilidad

---

<sup>277</sup> Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, “Recomendaciones para actuar frente a la brecha salarial de género en una organización”, 2015, p. 19.



revista importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al /a la trabajador/a, pero no ocurrirá lo mismo a la hora de utilizar el criterio de antigüedad, no teniendo por qué justificar de modo especial su utilización.

Más adelante, el Tribunal estableció que, a pesar de que la antigüedad vaya pareja con la experiencia, que posibilita en principio al/a la trabajador/a cumplir mejor su tarea, la objetividad de semejante criterio depende de todas las circunstancias de cada caso y, especialmente, de la relación entre la naturaleza de la función a realizar y la experiencia que proporciona el ejercicio de esta función después de un determinado número de horas de trabajo efectuadas<sup>278</sup>. Más recientemente, en sentencia de 3 de octubre de 2006 (asunto Cadman, C-17/05), el TJUE expone la idoneidad del criterio de antigüedad para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al/a la trabajador/a en condiciones de cumplir mejor sus tareas, por lo que el/la empresario/a no estará obligado/a a justificar de manera especial la idoneidad de su uso en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el/la trabajador/a facilite datos que puedan hacer dudar al respecto<sup>279</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo que se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta materia, ha sido determinante a la hora de establecer que la antigüedad en la empresa no constituye criterio diferenciador comprendido en las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE o por los arts. 4.2.c) y 17.1 ET. Tampoco vulnera el principio de igualdad en general, porque la antigüedad es una causa objetiva y razonable que justifica el diferente trato retributivo. Tuvo ocasión de hacerlo en la sentencia de 13 de octubre de 2004 (Rec. 132/2003). En ella enjuicia el supuesto de un Convenio Colectivo —en concreto, el convenio de la entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)—, en cuyo artículo 125 se fija que el salario de ocupación, que recompensa lo que el trabajador hace, tiene tres tramos (junior, medio y experimentado) en función del período de permanencia en la ocupación. El objetivo de estos tramos es garantizar una adecuada progresión retributiva dentro del puesto, sin que exista ninguna vinculación a la cualificación o experiencia del trabajador, sino exclusivamente al número de años de ejercicio de una ocupación. El apartado 7 establece que en caso de promoción profesional, el trabajador tendrá derecho

---

<sup>278</sup> STJCE de 7 de febrero de 1991, as. C-184/89, caso *Helga Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*.

<sup>279</sup> Martínez M., Op. Cit., pp. 27-28.

a percibir el tramo de salario de ocupación de la ocupación de destino equivalente al que percibe en la ocupación de origen. En este contexto, la recurrente sostiene que el trabajo realizado por los trabajadores de una misma categoría profesional es idéntico, y ello con independencia del período de permanencia en la ocupación o categoría, por lo que considera que la previsión de estos tres tramos retributivos para cada ocupación o categoría, si todos realizan idénticos trabajos, son *claramente discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, porque todos deben cobrar igual salario de ocupación si todos hacen lo mismo. Y añade que para que no fuera discriminatorio el precepto cuya ilegalidad se pide se debería haber vinculado el salario de ocupación no al tiempo de permanencia en la ocupación, sino en otros elementos o parámetros, como pueden ser la formación, la experiencia, la profesionalidad, la complejidad operativa, etc*” (FJ 3). Finalmente, el Tribunal Supremo determina que esta normativa convencional no vulnera los principios de igualdad y no discriminación. Primero, considera que es claro que la antigüedad en la empresa no es criterio diferenciador comprendido en las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE o por los arts. 4.2.c) y 17.1 ET. Segundo, afirma que no se vulnera el principio de igualdad en general, ya que la antigüedad es una causa objetiva y razonable que justifica el diferente trato retributivo, en este caso en lo que se refiere al llamado salario de ocupación. Y es que, ante todo, no se está ante un salario base pues el salario de ocupación es propiamente un complemento retributivo. En relación con ello, se pronuncia a favor de la previsión de estos tramos señalados para dicho salario de ocupación que pretenden garantizar una adecuada progresión retributiva del puesto. La finalidad de premiar la mayor eficacia, perfección y madurez que, en principio, acompaña al trabajo profesional con el transcurso del tiempo, aparece como objetivamente razonable. Este mismo criterio se mantuvo en sentencia de 17 de enero de 2002 (Rec. 1204/2001), también en relación con la retribución de la antigüedad, estableciendo que la antigüedad consiste en un criterio que *justifica de modo objetivo y razonable la desigualdad en la retribución del trabajo y cuya regulación puede y debe realizarse en Convenio Colectivo a tenor del art. 25 del Estatuto de los Trabajadores*” (FJ 3). Asimismo, continúa diciendo que esta antigüedad puede afectar tanto a la permanencia en la empresa como a la continuidad en la categoría, y por ello que el Convenio colectivo regule este complemento de antigüedad *en función de los trienios de los servicios prestados a la misma, no significa que el complemento compensable se cuantifique en función de la permanencia en la categoría, pues tanto una como otra antigüedad son criterios*

*objetivos y razonables para retribuir el trabajo*” (FJ 3). Por lo que, cabe señalar —y así lo hace el catedrático Luque Parra—, que el hecho de la mayor o menor antigüedad impide que pueda afirmarse que se esté ante supuestos realmente iguales<sup>280</sup>.

En este punto, cabe mencionar la vinculación directa que tiene la antigüedad del/la trabajador/a a la hora de promocionar profesionalmente (lo que, evidentemente, implica una diferencia retributiva). La doctrina judicial viene exigiendo la prueba de que el precepto convencional, aparentemente neutro, provoque una desventaja sólo a algunas personas o por alguno de los motivos de discriminación enumerados en el artículo 14 de la Constitución, o en los artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, concretamente por razón de sexo. A tal efecto, reviste particular importancia la acreditación de que el grupo discriminado se encuentre conformado mayoritariamente por mujeres, frente al dato de que el presuntamente privilegiado lo esté mayoritariamente por hombres<sup>281</sup>. Si revisamos los textos convencionales, tanto a nivel empresa como sectorial, observamos que prácticamente todos incluyen la antigüedad del trabajador o trabajadora en el baremo a la hora de ascender profesionalmente. Mientras que otros criterios como la formación, cualificación, disponibilidad, idiomas, son utilizados por unos y otros, la antigüedad está presente en todos los procesos de promoción. Aunque es cierto que los Planes de Igualdad tienden a utilizar otros criterios más neutros, que reúnan a todos los trabajadores, sin distinción, y a pesar de estudios y opiniones doctrinales que abogan por dejar de utilizar este criterio ya que discrimina indirectamente a las mujeres, en la práctica seguirá siendo utilizado como hasta ahora.

El RD 902/2020, de 13 de octubre, también ha tenido en cuenta el impacto de la antigüedad en la posición del trabajador o trabajadora en la empresa (unido a su retribución). De este modo, a la hora de elaborar el Diagnóstico del Plan de Igualdad, en el cuarto paso dedicado a abordar los procesos y procedimientos relativos a la selección de personal, formación y promoción, con el fin de identificar aquellos aspectos de las políticas de gestión de personas que puedan dar lugar a desigualdades entre mujeres y

---

<sup>280</sup> Luque M., “DOSSIER: Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de dobles escalas salariales y aplicación del principio de igualdad”, en *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, Núm. 4, 2005, pp. 6-7.

<sup>281</sup> Entre tales resoluciones, cabe citar las SSTSJ Galicia de 19 de julio de 2018 (recursos 1364/2018 y 1356/2018), en relación al cómputo de la antigüedad a efectos de promoción profesional del personal fijo discontinuo frente a los/as ligadas por relación funcional.

hombres, establece el Real Decreto que los negociadores del Plan deberán analizar si en la promoción incide (y cómo lo hace) el peso otorgado a la antigüedad de la persona trabajadora, y la adecuación de las capacidades al perfil del puesto de trabajo a cubrir. Asimismo, a la hora de elaborar la auditoría retributiva, se deberán reunir una serie de datos que permitirán extraer una serie de conclusiones, entre ellas, si se accede a la política de incentivos y pluses a través de criterios objetivos (valoración del desempeño) o intervienen otros de carácter subjetivo (negociación individual) o vinculados a situaciones contractuales (antigüedad, nivel jerárquico...) del que puedan quedar excluidas mayor número de trabajadoras.

El Plan de Igualdad de Aenor Internacional (2021-2024), prevé como uno de sus objetivos: asegurar la igualdad y equidad retributiva entre mujeres y hombres dentro de una misma categoría profesional. La acción específica para lograrlo será analizar la auditoría salarial por antigüedad en base a trienios y categoría profesional con el fin de detectar algún indicio de brecha salarial entre mujeres y hombres con igual antigüedad y clasificación. Por su lado, el I Plan de Igualdad de Play Orenes, S.L (2021-2025), prevé analizar los criterios empleados para la aplicación de complementos salariales variables y plasmarlo en un documento público, de manera que se lleve a cabo una política más transparente en materia de retribución. Similar acción establece el II Plan de Igualdad de Zara España, S.A y Lefties (2020-2024), que obliga revisar y publicar los criterios de los complementos salariales variables para llevar a cabo política transparente en materia de retribución.

No obstante, las dos medidas que más se repiten en los Planes de Igualdad sobre esta materia concreta son las referidas a la realización de un estudio salarial de toda la plantilla en el que se analice la información estadística sobre los valores medios y mediana de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales (donde incluya los criterios para la percepción de todos los conceptos retributivos), de mujeres y hombres en los diferentes niveles jerárquicos, departamentos, puestos, tipo de contrato y jornada, para su traslado a la Comisión de Igualdad. Y en segundo lugar, su compromiso por garantizar la objetividad de todos los conceptos que se definen en la estructura salarial de la empresa, revisando y publicando los criterios de los complementos salariales variables. Entre otros, encontramos estas medidas en el II Plan de Igualdad de Securitas Seguridad España (2020/ 2024), el II Plan de Igualdad de Oportunidades de Protección y Seguridad Técnica, S.A (2020-2024), el Plan de

Igualdad de INV Compañía de Servicios Integrales, S.L (2020-2024), el III Plan de Igualdad de Lincamar (2020-2024), el I Plan de Igualdad de Saminsa, (2019-23), el I Plan de Igualdad de Onet Iberia Soluciones, S.A.U., (2018-22), y el II Plan de Igualdad de ISS Facility Services S.A (2020-2023).

### **1.1.3 La incorrecta valoración de los puestos de trabajo**

La desigualdad retributiva entre hombres y mujeres, o lo que es coloquialmente conocido como “brecha salarial” ha adquirido una nueva dimensión, de mayor complejidad. El problema de la diferencia retributiva no recae mayoritariamente en una distinta retribución por el mismo trabajo. No es común ver a dos trabajadores de distinto sexo con el mismo puesto o categoría profesional que cobren diferentes salarios. Ya hoy deja de cobrar sentido los momentos históricos en los que el trabajo de la mujer daba lugar a una menor retribución por su carácter de “media fuerza”. Aquellas diferencias retributivas que hoy podemos calificar como manifestaciones de discriminación directa, en la actualidad son menos frecuentes (aunque en ocasiones se producen). Se han corregido las manifestaciones externas de discriminación retributiva pero, en realidad, se mantienen estereotipos de género muy arraigados y percepciones sexistas acerca del valor del trabajo femenino que no expresan como tales (y ni siquiera se perciben como tales) por lo que requieren tareas de identificación más complejas. La incorrecta valoración de los puestos de trabajo tiene como resultado la desigualdad retributiva, pero ser capaz de identificar, por ejemplo, a la hora de analizar un convenio colectivo, qué categorías no están bien valoradas, qué puestos de trabajo deberían residir en otras categorías, o aquellos grupos/categorías que deberían tener mismo valor aunque su contenido sea distinto, es una tarea que requiere no sólo tiempo y dedicación, sino perspectiva de género y conocimientos precisos de la materia. Los representantes de los trabajadores y de la empresa deben formarse en igualdad. La definición de los grupos profesionales, que en principio parece una tarea simple, puede desembocar en el origen de la brecha salarial de la empresa. Una vez tenemos todos los grupos profesionales definidos, y tablas salariales asignadas, el equipo de RRHH de la empresa llevará a cabo las precisas contrataciones en base a estos grupos. Difícilmente puede existir una plantilla perfectamente organizada, donde cada trabajador enga el puesto y categoría

correspondiente a su formación y funciones a realizar, si el propio Convenio no ha definido de forma correcta cada puesto de trabajo. Lo que conllevará a que no perciban la retribución correspondiente, disponiendo como única opción para revertir su situación en los tribunales.

La segregación horizontal de las actividades profesionales por razón de género (actividades/profesiones/tareas masculinizadas y feminizadas), y en concreto, la preferencia de las mujeres por profesiones feminizadas, tiene una evidente causa cultural, pero también tiene una explicación práctica, que se resume en tres ideas básicas. La primera consiste en la percepción de que en determinadas profesiones masculinizadas sufrirán mayor discriminación. La segunda consiste en la creencia de que se enfrentarán a mayores obstáculos profesionales, teniendo por ello, menos posibilidades para encontrar trabajo. Y la tercer consistente en el miedo a sufrir un clima de trabajo hostil e incluso tendente al acoso. Por ello comparto la tesis de Ballester Pastor referida a completar las políticas educativas y promocionales contra la segregación horizontal con políticas antidiscriminatorias en el trabajo. Y no sólo basta con eso, la necesaria inclusión de un Protocolo de actuación contra el Acoso por razón de sexo, sexual y moral, publicando en sus centros de trabajo, ya sea vía telemática o en los tablones de anuncios, el procedimiento que debe seguir todo aquel o aquella trabajadora que sufra cualquier acto hostil por parte de otro compañero o superior jerárquico, además de proporcionar apoyo psicológico y acompañamiento en todo el proceso, es más que necesario para terminar con la discriminación en el trabajo. Así como la posibilidad de denunciar el comportamiento o acto hostil de forma anónima, evitando que la trabajadora afectada deba comunicárselo directamente al empresario. Por tanto, lo recomendable en estos casos es posibilitar una vía anónima, por ejemplo, mediante el correo electrónico, fijando la persona acosadora y los actos reprochables de acoso. A partir de ahí, iniciar una investigación interna y secreta de lo sucedido, sin desvelar la identidad de la supuesta víctima de acoso.

Otro aspecto en el que deben trabajar las empresas es el de intentar atraer a trabajadores del sexo subrepresentado en cada categoría profesional, o adoptar medidas de acción positiva tanto en los procesos de selección como promoción, así como en los

cursos de formación profesional, con el objetivo de reequilibrar la plantilla, y acabar con la segregación ocupacional<sup>282</sup>.

Es fundamental entender que la diferencia retributiva ocasionada por la segregación horizontal no sólo se combate con la mayor participación de mujeres en las profesiones en las que se encuentren infrarrepresentadas, sino que también exige la correcta valoración de los puestos de trabajo, tanto de aquellos masculinizados como feminizados. La incorrecta valoración de los puestos de trabajo entronca directamente con la percepción que tienen los sujetos en relación a la histórica valoración del trabajo realizado por mujeres y por hombres fruto de la desigual asignación de valor del trabajo, interiorizada en el aprendizaje social del sistema sexo-género y la socialización diferenciada<sup>283</sup>. Su aplicación, por tanto, se enfrenta tanto a obstáculos puramente económicos, como a estereotipos que durante muchos años han infravalorado y en ocasiones despreciado tanto los trabajos desarrollados fundamentalmente por mujeres como las supuestas habilidades que se consideran inherentes a ellas.

La teoría sexo/género proporciona una reflexión sobre la diferencia existente entre el sexo y el género, entre los hechos biológicos y los hechos socio-culturales, respectivamente. El concepto sexo refleja las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, sobre todo las que atañen a sus diferencias genitales y a su papel en la reproducción. A su vez, el concepto género expresa lo que cada cultura (en cada época) ha identificado como propio de un sexo o de otro. Así, mientras “sexo” es un concepto biológico, puede afirmarse que “género” es un concepto cultural. El género es lo que cada cultura (en cada época) ha definido como “propio de hombres” o “propio de mujeres”. Cada cultura ha interpretado las diferencias sexuales a la luz de sus intereses y necesidades, dando lugar a formas heterogéneas de articular la intervención de hombres y mujeres en la vida social. Que el género no sea un hecho biológico sino cultural, permite entender por qué algunos pueblos establecen para mujeres y hombres funciones distintas a las que unos y otras desempeñan en la cultura occidental. La razón de ello es que han interpretado “bajo otra luz” lo que es propio de cada sexo. Existe una jerarquía cultural de valores que concede una situación superior al género masculino

---

<sup>282</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., “La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo”, Bomarzo (Ed.), 2018, pp. 19-20.

<sup>283</sup> Ídem.

frente al femenino (de modo que la complementariedad se reduce a la auxiliariedad de un género respecto a otro). Los rasgos y características definitorios de “lo masculino” son apreciados socialmente como más importantes que los femeninos, y lo mismo ocurre con las funciones y papeles sociales que cada género desarrolla. Las construcciones culturales que nuestra sociedad ha creado sobre las diferencias sexuales han provocado una situación injusta entre las personas, al valorar como superior a un grupo sexual sobre otro. El conjunto de pautas que el género impone a hombre y mujeres restringe a ambos la capacidad de elegir libremente, porque les empuja a actuar conforme a la deseabilidad social, y no en función de sus genuinos intereses. No obstante, a la hora de configurar sus identidades individuales, la desigual valoración de los conjuntos masculino y femenino, perjudica fundamentalmente a las mujeres, a quienes la sociedad confiere un papel secundario frente al hegemónico o dominante de los varones.

Y este es el aspecto en el que existen pronunciamientos jurisprudenciales de notable interés que evidencian que la actuación jurídica es posible y efectiva para alterar estereotipos. La STC 145/1991, de 1 de julio, es paradigmática y ejemplifica perfectamente el problema de la infravaloración de los trabajos mayoritariamente ocupados por mujeres. Se trata de la primera sentencia del TC que denuncia categorías feminizadas realizadas según criterios sexistas. En este caso, las limpiadoras del Hospital Provincial de Madrid “Gregorio Marañón” denunciaban la discriminación salarial que sufrían frente a la categoría de peones, ocupada por hombres, al percibir una retribución mejor, realizando tareas similares. En la demanda se alegaba que la asignación de dos categorías distintas en la clasificación profesional a quienes realizaban las mismas funciones no respondía a criterios neutros, sino que la diferente denominación y pertenencia a una u otra categoría se determinaba por criterios sexistas. La discriminación seguiría existiendo aún si hubiera alguna mujer Peón o algún hombre con la categoría de Limpiador, ya que la diferencia retributiva existente entre las categorías era debida principalmente al hecho de que una categoría era propia de personal femenino y otra de personal masculino, siendo el valor del trabajo en ambos casos el mismo, si se tenía en cuenta el conjunto de factores, y no sólo la fuerza física, que en este caso además era irrelevante. La cualificación requerida era la misma, a lo sumo, se requería más conocimientos específicos para las tareas de limpieza. El factor determinante de la distinta e inferior retribución de la categoría de limpiadora era



únicamente la feminización, lo que constituía una forma de discriminación indirecta. El Tribunal establece que el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca *a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo, excluye que la valoración de forma diferente del trabajo realizado tenga lugar por criterios vinculados al sexo de los trabajadores, y en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino*” (FJ 4).

El diferente tratamiento retributivo entre Peones y Limpiadoras en atención a la penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la categoría de Peón constituye un criterio irrazonable que ha provocado consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer. Se ha partido, establece el Tribunal, *de una premisa no demostrada, la mayor penosidad y esfuerzo físico, dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos* (FJ 5, párr. 1º). El órgano judicial debió entrar a analizar si las mismas calificaciones podían encubrir una discriminación indirecta por razón de sexo, comprobando si la diversificación, incluso formalmente correcta, enmascaraba la infravaloración de “trabajos de valor igual”, pero predominantemente desempeñados por mujeres, *porque si ese resultado se produce, se habrá completado el supuesto de hecho de una discriminación por razón de sexo [...] al resultar globalmente de este procedimiento de valoración un trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios técnicos racionales, desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador*” (FJ 5, párr.2º). Así lo ha puesto de manifiesto el TJCE en su Sentencia de 1 de julio de 1988 (asunto Dummler-dato Druck (69)), y así cabe apreciarlo también para interpretar adecuadamente la prohibición contenida en el art. 14 de la CE.

La feminización de la categoría segregada (que demuestra incluso el hecho de que sea denominada en femenino) y la asignación de un nivel retributivo inferior, permite suponer que no se persigue otro objetivo que minusvalorar el trabajo prestado, sin que existan razones objetivas que permitan sostener el “desigual valor” respecto de

otras categorías. Podría objetarse que la diferencia retributiva pretende ajustarse al mayor esfuerzo físico de los Peones, pero tampoco esta objeción es determinante. De hecho, *cuando se emplean criterios tan genéricos para delimitar el ámbito de la categoría de Peón, y el esfuerzo físico, real o presunto, resulta que el único factor concreto al que anudar la superior retribución demuestra cómo se aprecian exclusivamente “valores correspondientes a los rasgos medios de trabajadores de un solo sexo para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso” (TJCE S I Jul. 1988, cit.), y ello constituye también una violación de la prohibición de discriminación salarial por ruptura del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres” (FJ 5, párr. 4º)*<sup>284</sup>.

Esta sentencia del TC, que prácticamente reproducía los argumentos aportados por el TJUE en el asunto DATO<sup>285</sup> tuvo notable interés al ser la primera sentencia en España que aplicó el concepto de igual retribución por trabajo de igual valor y, por tanto, comparó trabajos que no tenían ninguna similitud en su contenido pero que sí tenían igual valor en relación a las condiciones requeridas. Previamente, los Tribunales españoles aplicaban el principio de igual retribución por trabajo igual, por lo que era muy difícil que prosperaran reclamaciones de discriminación retributiva por razón de sexo si las actividades desarrolladas no eran exactamente iguales y prácticamente las imposibilitaba cuando a pesar de tener el mismo valor eran diferentes. El derecho a la igualdad retributiva por trabajo no solo igual, sino también de igual valor, no es, por tanto, un fenómeno reciente. De hecho el derecho a la igual retribución por trabajo de igual valor se encontraba ya en el Convenio 100 de OIT de 1951. Algo más tardío fue su reconocimiento expreso en la normativa de la UE y, especialmente en el Estatuto de los Trabajadores, pero en todo caso, se trata actualmente de un principio indiscutible y totalmente consolidado<sup>286</sup>.

Rescatamos ahora otra sentencia paradigmática y un tanto curiosa. Nos referimos a la STC 286/1994 de 27 de octubre, de la fábrica de “Galletas Fontaneda”. Esta sentencia se apoya en la anteriormente comentada, sin atreverse a dar más pasos

---

<sup>284</sup> Elósegui M., “Igualdad y diferencia hombre-mujer según el tribunal constitucional español”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Núm. 52, 1998, pp. 28-31. Disponible en: <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Elosegui.pdf> [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2021].

<sup>285</sup> STJUE de 1 de julio de 1986, as. 237/85, caso Gisela Rummler contra Dato-Druck GmbH.

<sup>286</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., Op Cit., pp. 21-22.

hacia adelante. En ella encontramos dos demandas diferentes, por parte de las trabajadoras de la fábrica de “Galletas Fontaneda”, que complican el razonamiento. Por una parte, a cuatro mujeres que trabajan en el departamento de producción que reciben el salario de una categoría inferior, la de envasado y empaquetado. Otra parte de la demanda es la equiparación del sueldo de ambos departamentos. El de producción está ocupado por varones, el de envasado y empaquetado está compuesto en su totalidad por mujeres. El Tribunal determina la inexistencia de criterio objetivo para diferenciar estos dos departamentos, y avala la existencia de un sistema de adscripción departamental del personal que responde a una división de trabajo basada en el sexo, sin origen en el convenio colectivo, sino en una práctica inveterada de adscripción del personal masculino o femenino preferentemente a alguno de los departamentos. Mientras que las tareas de producción están reservadas a los hombres, el departamento de envasados se reserva a las mujeres, el cual tiene asignado un nivel retributivo inferior (FJ 4). Asimismo, añade la posibilidad de que en la génesis de esta evidente segregación ocupacional *estuviera presente una vez más la idea preconcebida de la fortaleza física y cierta debilidad de la mujer en relación con el varón* (FJ 4). Y, a pesar de reconocer que en principio no debe haber impedimento físico alguno para que el personal femenino del departamento de envasado desempeñe los puestos de trabajo ocupados por los hombres, y que dada la naturaleza técnica y mecanización de ambos procesos, el esfuerzo físico no constituye un elemento de relevancia para el desarrollo de las tareas de producción, no se atreve a llegar a esa conclusión y se ampara en los criterios de la empresa para valorar más un tipo de trabajo que el otro, de manera que así queda justificada la diferencia salarial, que no estaría basada en criterios sexistas.

En este caso, el Tribunal considera que lo que está en cuestión no es la corrección del reparto de tareas, puesto que ese reparto diferenciado de tareas no fue objeto de debate ni corresponde a la posible discriminación salarial, *sino a la igualdad en el acceso al trabajo, en cuanto exista un obstáculo infundado al pase a uno u otro sector, o a la comunicabilidad de los sexos entre ambos. Pero esto es un problema que no puede resolverse a través de una pretensión de discriminación salarial, en tanto no se cumpla el necesario presupuesto de la existencia de un trabajo de igual valor* (FJ 4).

Centrado el debate exclusivamente en la discriminación salarial, y no cuestionada la división sexista de tareas, lo que está en juego es exclusivamente si la diferencia salarial entre ambos grupos o departamentos constituye una discriminación

por razón de sexo contraria al derecho reconocido en el art. 14 C.E. Finalmente reconoce a las trabajadoras adscritas al departamento de empaquetado que trabajan en el departamento de producción el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo en materia salarial, y declara el derecho de las trabajadoras del departamento de envase, empaquetado y acabado, incluidas en el departamento de producción, a percibir el salario base en la misma cuantía que el asignado a los trabajadores adscritos al departamento de producción<sup>287</sup>.

En este sentido, un paso importante en la jurisprudencia ha sido la STC 58/1994, de 28 de febrero, referente a la empresa Puig. En este caso, el TC dió el paso que no se atrevió a dar en el caso anteriormente mencionado. Se trataba ahora de 140 empleadas de las secciones de envasado quienes denunciaban una situación discriminatoria. La categoría de profesional de industria (de 1.<sup>a</sup> y de 2.<sup>a</sup>), de ayudante especializado y de peón habían sido ocupadas en la empresa exclusivamente por hombres, mientras que las de oficiales (de 1.<sup>a</sup> y de 2.<sup>a</sup>) por mujeres. El criterio sostenido en la empresa consistía en la contratación de mujeres para los puestos de trabajo desempeñado por oficiales y, en concreto, para los puestos de las cadenas o líneas de producción. El Tribunal constata que no existe impedimento físico para que las labores correspondientes a las categorías expuestas sean realizadas por trabajadores de uno u otro sexo. La discrepancia por tanto, no debe centrarse en la determinación de los hechos, sino en su calificación jurídica, si han de considerarse o no de igual valor los trabajos desempeñados preferentemente por hombres (FJ 2). Por ello, a pesar que el Convenio Colectivo de empresa no “feminiza” terminológicamente las categorías, otorgando a cada una de ellas una definición neutra, no puede negarse que, tratándose de un Acuerdo de empresa, se ha realizado atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en aquella —que los negociadores debían de conocer— y, muy especialmente, a la efectiva feminización de ciertas categorías. De ahí que, eventualmente, la discriminación no se explique únicamente por la práctica de empresa, sino por el clausulado del Convenio que, con esta neutralidad terminológica, podría encubrir la realidad de categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno y otro sexo. Por otro lado, se ha de examinar si en la evaluación de los trabajos encomendados a las diversas categorías existe una diferenciación salarial en perjuicio de un determinado sexo, en este caso de las mujeres pertenecientes mayoritariamente a la categoría salarialmente infravalorada. (FJ 4). La prohibición de discriminación por sexo

---

<sup>287</sup> Elósegui M., Op. Cit., pp. 31-32.

*en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro* (STC 145/1991; Directiva CEE 756117 cit. art. 1. párrafo 2), F.º 5). Finalmente, el Tribunal declara el derecho de los trabajadores y trabajadoras, con categoría de oficiales de 1ª y 2ª de actividades complementarias, a percibir el complemento de cantidad y calidad en la misma cuantía que el asignado a los profesionales de 1ª y 2ª de industria, respectivamente<sup>288</sup>.

La problemática sobre la invisibilidad de las condiciones y factores que concurren en los puestos de trabajo ocupados mayoritariamente por mujeres tiene diversas manifestaciones. De un lado, no sólo los convenios colectivos pueden tener esta tendencia, sino también las actuaciones empresariales, que pueden infravalorar los trabajos feminizados a la hora de configurar las retribuciones o en el momento de atribuir bonos o complementos, establecidos en el convenio o creados por la propia empresa. De otro lado, debemos tener en cuenta que la manifestación de esta infravaloración del trabajo de las mujeres en los convenios en muchas ocasiones adquiere formas que hemos asumido como normales y que en realidad son muy cuestionables. Por ejemplo, en el sector industria es frecuente que las características adicionales a un puesto de trabajo que constituyen complemento de puesto, dispongan de tratamiento específico y se retribuyan adicionalmente (complementos de toxicidad, penosidad, etc.), a diferencia de los sectores y actividades feminizados cuyas características especiales de los puestos de trabajo no suelen dar lugar a complementos adicionales, sino que se encuentran subsumidos en el propio trabajo (Las actividades de limpieza o de asistencia personal/social son buena prueba de ello). Otro ejemplo es la forma desigual en la que se definen los trabajos masculinizados y feminizados: mientras que los masculinizados suelen tener una mayor concreción en su configuración (el sector industria es un buen ejemplo), para los trabajos feminizados destacan las menciones genéricas a funciones de asistencia o de apoyo generalmente sin mención de actividades concretas, por lo que en la práctica terminan por incluir todo tipo de tareas a las que añaden sucesivamente otras que van apareciendo y que van integrándose en el referido campo de invisibilidad. Un buen ejemplo de ello se encuentra en el sector de administración y servicio que plasman perfectamente este segundo tipo de multiactividad infravalorada. También el factor de la responsabilidad como elemento

---

<sup>288</sup> *Ibidem*, pp. 33-34.

determinante de una mayor retribución suele ser elemento de infravaloración del trabajo desarrollado por las mujeres. Esto lo vemos en los convenios colectivos, que automáticamente alegan la concurrencia de responsabilidad atendiendo a la mayor jerarquía, sin tener en cuenta que la responsabilidad puede también ser característica de los puestos jerárquicamente inferiores<sup>289</sup>.

La valoración doble o las repeticiones en la descripción suponen una doble valoración que se puede evitar homogeneizando las denominaciones de las características de los puestos. Si en la definición de cada puesto se incluyen tareas o funciones que en realidad responde a lo mismo, o requieren de una misma habilidad o conocimiento, esto puede hacer que sea valorada dos veces en lugar de una. Este hecho suele suceder en los puestos masculinizados, ya que los hombres consideran que su trabajo es merecedor de valoración, en mayor medida que las mujeres. Debe tenerse también en cuenta que, si aparecen tareas o funciones equivalentes con diferentes nombres, pueden dar lugar a una connotación y valoración distinta. Un ejemplo de ello es denominar “dirección” a la gestión de equipos o departamentos cuando estos puestos están ocupados por hombres, y referirse a la misma como “coordinación” cuando se trata de puestos ocupados por mujeres. En este caso se produce de nuevo una infravaloración. En consecuencia, y como afirma García Gil, se perjudica claramente la objetividad al no considerar relevantes determinados factores en puestos feminizados, debido a un sesgo de género. Otro ejemplo: a priori puede parecer que las personas que ocupan puestos de atención al cliente tienen mejores condiciones de trabajo al no tener que enfrentarse a tantos desplazamientos, desarrollar su jornada en la oficina etc., no obstante, pueden sufrir ciertos perjuicios que es preciso considerar respecto a los riesgos psicosociales: reducidas dimensiones del puesto físico de trabajo, limitaciones en las pausas, ruido de ambiente, estrés, sedentarismo, etc. La objetividad y neutralidad quedan garantizadas en mayor medida cuando los resultados se miden cuantitativamente, es decir, cuando se evalúa por pares y con personal cualificado experto en género. La incorporación de la perspectiva de género es fundamental para garantizar la objetividad y evitar la arbitrariedad que puede estar influida por los estereotipos de género. Al definir los factores también es importante cuidar que no se mida el mismo aspecto bajo dos factores supuestamente distintos; por ejemplo,

---

<sup>289</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., Op. Cit., pp. 22-24.

autonomía en la toma de decisiones e iniciativa en la resolución de problemas, teniendo como resultado una desigual valoración por la misma función o tarea<sup>290</sup>.

La clasificación de lo/as trabajadore/as en la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo aplicable no basta, por sí sola, para concluir que realizan el mismo trabajo o un trabajo de valor igual. Esto fue establecido por el Tribunal de Justicia de la UE en una sentencia paradigmática (asunto Brunnhofer)<sup>291</sup> en relación a la descripción del trabajo de igual valor, a los efectos de apreciar discriminación por retribución. Analiza en esta ocasión los conceptos de “mismo trabajo”, “mismo puesto de trabajo”, y “trabajo de igual valor” a los que se refieren los artículos 119 del Tratado y 1 de la Directiva, considerando que tales términos revisten un carácter puramente cualitativo, en cuanto están exclusivamente ligados a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado por los interesados (con cita de las sentencias Macarthys, y de 1 de julio de 1986, Rummler, 237/85)

La efectividad del derecho a la correcta valoración de los puestos de trabajo es el reto pendiente en España, a pesar de ser uno de los países europeos que más esfuerzos institucionales y legislativos ha tenido en relación a la igualdad retributiva, especialmente tras la entrada en vigor del RD 902/2020 y la obligatoriedad de los Planes de Igualdad. Mientras que otros aspectos relacionados con la discriminación por razón de sexo han sido abordados, con mayor o menor éxito, la problemática sobre la discriminación retributiva entre hombres y mujeres ha sido históricamente tratada como un tema secundario en nuestro país, del que además existe una enorme ignorancia e incluso rechazo a la hora de tratarlo en cualquier debate político, o incluso conversación informal. En todo caso, existen ciertas estrategias o medidas específicas que pueden corregir algunos aspectos a corto o medio plazo y que incluso pueden servir como motor para modificar los rígidos estereotipos de género instaurados en la sociedad.

Primero, deberían establecerse medidas que refuercen la actuación del Instituto de la Mujer, así como de órganos similares de las CCAA, e incrementar sus prerrogativas de actuación judicial como sujetos legitimados en conflictos colectivos e impugnación de convenios colectivos extraestatutarios. Además, se podría establecer

---

<sup>290</sup> García M<sup>a</sup> B., “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”, en *Femeris: Revista multidisciplinaria de estudios de género*, Vol. 6, Núm. 2, p. 81.

<sup>291</sup> STJCE de 26 de junio de 2001 (asunto Brunnhofer, C-381/1999).

como trámite obligatorio en los procesos judiciales por discriminación indirecta, la elaboración de un informe realizado por parte de aquellos institutos y entidades especializados en la materia, tanto en la jurisdicción social como contencioso administrativa. Y debería reforzarse y formularse con mayor precisión el apoyo técnico y la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Segundo, debería procederse a la supresión de obstáculos para la reclamación judicial por discriminación retributiva y empezar a considerarse extender la legitimación para la impugnación de convenios colectivos estatutarios a las asociaciones de ámbito estatal en defensa de los intereses de las mujeres (por extensión de la legitimación difusa del art. 11 bis LEC), así como el derecho a la personación en algunos procesos por discriminación.

Tercero, todas las medidas que se acometan (particularmente en materia de información) deberían reflejarse en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social con el fin de garantizar el control de su cumplimiento.

Cuarto, podría considerarse la creación de una Unidad especializada en materia de igualdad de trato en todas las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social (con acceso a formación específica) así como la creación de una Dirección General para la igualdad retributiva dependiente de la Secretaría de Estado de servicios sociales y de una Comisión interministerial.

Quinto, la reformulación del trabajo a tiempo parcial no se puede demorar más. Resulta fundamental para evitar que siga siendo un espacio infraprotegido que no se escoge voluntariamente, sino que es la última opción para los sujetos más vulnerables del mercado de trabajo, que son las mujeres (motivado principalmente por razones conciliatorias). La feminización del colectivo de trabajadore/as a tiempo parcial hace que su igualación de condiciones respecto a los trabajadore/as a tiempo completo sea una medida obligada para la igualdad efectiva. En el ámbito de la Seguridad Social debe llevarse a cabo una nueva regulación de la cobertura dispensada a los trabajadore/as a tiempo parcial para acabar con el el tratamiento peyorativo que otorga nuestro sistema de Seguridad Social para esta modalidad contractual, y de la que hemos sido advertidos (asuntos Elba Moreno y Espadas Recio), sean ya corregidos y con ello se consiga minorar la brecha de género en las pensiones (sobre este punto cabe mencionar el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que



busca reparar el perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres por asumir un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos que se proyecta en el ámbito de las pensiones).

Sexto, debe asegurarse la presencia de técnicos/as expertos en igualdad de género en la negociación y representación en las Administraciones Públicas, y en las comisiones de negociación de los convenios colectivos y Planes de Igualdad, especialmente en materia de correcta valoración de los puestos de trabajo. Deben establecerse mecanismos de información entre la empresa y la Tesorería de la Seguridad Social en materia de retribución de hombres y mujeres. Y toda la normativa sobre la igualdad retributiva entre hombres y mujeres debe extenderse a todos los colectivos. Todos los principios y mecanismos para la igualdad retributiva deben extenderse a la normativa sobre los planes y fondos de pensiones, sobre seguros privados, sobre cooperativas y a las empresas y grupos de dimensión comunitaria entre otras normas<sup>292</sup>.

#### **1.1.4 Identificación y efectos de la opacidad retributiva**

El problema de los estereotipos de género que invisibilizan y/o infravaloran las condiciones y factores que concurren en las actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres tiene también otra manifestación: la opacidad retributiva. Unas estructuras salariales opacas y la falta de información disponible sobre los niveles salariales de las personas trabajadoras que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor constituyen los principales motivos que han dificultado la identificación de la existencia de discriminación retributiva entre mujeres y hombres. La opacidad tiene fundamentalmente dos manifestaciones: de un lado, existe opacidad retributiva cuando se configuran, por convenio o por empresa, retribuciones variables de diferente naturaleza (complementos, bonus, premios, etc.) condicionadas a la concurrencia de factores imprecisos o incluso arbitrarios, y en todo caso carentes de objetividad y de transparencia, y por supuesto, perspectiva de género. Cuando la aplicación de estos conceptos retributivos no reglados genera una diferencia entre hombres y mujeres concurre discriminación retributiva. De otro lado, también existe opacidad retributiva

---

<sup>292</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., Op. Cit., pp. 81-87.

cuando no es posible acceder a la retribución abonada al resto de trabajadores/as en la empresa, lo que impide advertir la existencia de diferencias que podrían ser constitutivas de discriminación<sup>293</sup>. Algunos países como Suecia, Noruega o Finlandia, publican los datos fiscales de sus ciudadanos, permitiendo un conocimiento generalizado de las retribuciones por parte de la ciudadanía que comprende también a los compañeros/as de trabajo y que facilita la identificación de la discriminación retributiva.

En el caso de nuestro país, el conocimiento por parte de los representantes de los trabajadores de las retribuciones de los trabajadores/as no plantea problemas de adecuación con el derecho a la intimidad de las personas. Así lo estableció en su momento el Tribunal Constitucional con relación al contenido de la copia básica del contrato de trabajo (STC 143/1993, de 22 de abril), como tampoco atenta a la intimidad la solicitud de tales datos por parte de quien tiene capacidad para investigar los incumplimientos empresariales (Inspección de Trabajo) o por parte de los tribunales.

No obstante, no es momento ahora de entrar a valorar si un sistema de acceso público a las declaraciones de renta de los ciudadanos similar al de los países nórdicos se acomodaría o no al texto constitucional español. Baste, al respecto, señalar que a efectos de identificar la discriminación retributiva es suficiente el conocimiento de los datos retributivos generales en la empresa, eso sí, convenientemente desglosados y promediados<sup>294</sup>. Este es el mecanismo para la transparencia salarial establecido en la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, y así lo ha recogido el RD 902/2020, de 13 de octubre. En base a esta norma, las empresas obligadas a disponer de un Plan de Igualdad deberán facilitar todos los datos retributivos de la plantilla, incluyendo a los altos directivos, aspecto que mayores complicaciones supone a la empresa, llegando a denegar tal solicitud, amparándose en la protección de datos y derecho a la intimidad. Con todos los datos referidos al salario base, medias aritméticas, complementos salariales, bonus, etc., los representantes de los trabajadores y empresa analizarán la existencia de discriminación retributiva, y de existir, implantarán medidas correctoras para acabar con ella. En la elaboración del Plan de Igualdad, esta parte es la que más dificultades plantea, tanto desde la obligación de aportar los datos por parte de

---

<sup>293</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., Op. Cit., p.25.

<sup>294</sup> *Ibíd.*, 27-28.

la empresa, como de utilizar los instrumentos correspondientes con enfoque de género para analizar la brecha salarial existente.

De otro lado, la opacidad en la configuración de partidas retributivas variables, que se produce cuando, o bien los complementos quedan vinculados a que se alcance un objetivo que no se encuentra correctamente definido (por ejemplo, algunos complementos vinculados a la calidad del trabajo o a la implicación del trabajador/a, sin fijar los parámetros objetivos que establezcan cuándo se entenderá que concurre aquella calidad o implicación) o simplemente cuando se fijan complementos sin causa alguna o de existir, es ficticia o imprecisa hasta el punto de que no puede saberse cuándo procede su aplicación. En definitiva, lo que se está describiendo no es ningún caso aislado, sino un fenómeno bastante habitual en la práctica de la negociación colectiva española y también en la práctica empresarial, que otorga al empresario la libertad para determinar los beneficiarios/as de determinadas retribuciones variables, así como su contenido. En caso de generar una diferencia por razón de género y, no ser capaz el empresario, al operar la inversión de la carga de la prueba, de acreditar que no concurre causa discriminatoria (mediante la aportación de razones objetivas de aplicación de dichas cuantías variables), éste será el responsable de discriminación retributiva por razón de género. La única política empresarial posible es la aplicación de criterios objetivos y razonables a la hora de definir conceptos retributivos variables. Ésta tiene que ser la regla general de actuación en todas las empresas, de cara a la defensa ante una eventual demanda por discriminación retributiva por razón de sexo<sup>295</sup>.

Por último, hacemos referencia a la opacidad por desconocimiento de la retribución abonada en la empresa al resto de trabajadores/as. El acceso a la información desagregada por género, tanto de los trabajadores como de sus representantes es esencial para plantear demandas por discriminación salarial. Se genera una presunción de discriminación (prueba de indicios) a partir de la cual corresponde al empresario aportar la correspondiente justificación objetiva, razonable y proporcionada. La transparencia salarial constituye, de este modo, el instrumento esencial para posibilitar las reclamaciones judiciales y, consiguientemente, también para fomentar al empresario a la instauración de sistemas de retribución objetivos.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> *Ibíd.*, pp. 25-26.

<sup>296</sup> *Ibíd.*, pp. 27-28.

La Comisión Europea presentó el 4 de marzo de 2021 una Propuesta sobre transparencia retributiva para garantizar que las europeas y los europeos reciban la misma retribución por el mismo trabajo. Se trata de una de las prioridades políticas de la presidenta Von der Leyen, y viene a fijar medidas de transparencia retributiva, como la necesidad de informar previamente a quien postule a un puesto de trabajo sobre cuál va a ser su salario, o la obligación para las grandes empresas de informar sobre la brecha retributiva de género. También se centra en reforzar los instrumentos para que los trabajadores puedan hacer valer sus derechos, y además facilita el acceso a la justicia. Los empleadores no podrán solicitar a quien se presente a un proceso de selección su historial salarial, y tendrán que proporcionar información retributiva anonimizada cuando así lo soliciten los empleados. Por último, quien haya sido víctima de discriminación retributiva tendrá derecho a una indemnización<sup>297</sup>. Las medidas propuestas deben aumentar la concienciación sobre las condiciones salariales en las empresas y dar más herramientas a empresarios y trabajadores para hacer frente a la discriminación salarial en el trabajo. También deberían abordar una serie de factores que contribuyen a la diferencia salarial existente. Esta Propuesta es un importante paso en pos de la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, no obstante, se considera que no será suficiente para acabar con la brecha salarial aún vigente en todos los países de la Unión Europea.

### **1.1.5 La afectación de los derechos conciliatorios en la brecha salarial y la promoción profesional**

Los sectores y las profesiones siguen segregados: la mayoría de los trabajadores europeos tienen principalmente colegas de su mismo sexo, y los sectores más “feminizados” suelen estar peor pagados que aquellos en los que se concentran los hombres<sup>298</sup>. A pesar de la puesta en marcha de varias iniciativas para impulsar a las

---

<sup>297</sup> Comisión Europea, “Transparencia retributiva: a igual trabajo, igual retribución”, Comunidad de Prensa (4 de marzo de 2021). Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_881](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_881) [Fecha de consulta: 26/10/2021].

<sup>298</sup> Actualmente, y según un informe del SEPE publicado en 2019, casi 9 de cada 10 mujeres trabajan en el sector terciario. Dentro del sector, están sobrerrepresentadas en comercio al por

mujeres a entrar en sectores dominados por los hombres, como la ciencia, la ingeniería y la tecnología, con significativo éxito, el nivel de segregación profesional y sectorial apenas ha cambiado en general. Además, en casi todos los sectores, los hombres tienen más facilidades para ascender profesionalmente a funciones de supervisión o dirección, llegando a lo más alto, mientras que menos del 5% de los directores generales son mujeres. Esta segregación «vertical» explica una proporción significativa de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

Persisten los estereotipos sobre el papel de los hombres y las mujeres en la sociedad y su posición en la familia, al mismo tiempo que la idea sobre un mayor interés y facilidad de los chicos por las carreras de ciencias, y de sus compañeras por trabajos más relacionados con los cuidados, aún pervive. Estas son las principales causas de la brecha salarial. Los hombres, en promedio, dedican mucho menos tiempo al cuidado de los niños o de familiares dependientes, mientras que las mujeres se doblegan por compatibilizar ambas tareas (la profesional y la doméstica), teniendo como resultado el abandono de su puesto de trabajo al no poder dedicar ese tiempo al trabajo remunerado. Las políticas en materia de equilibrio entre la vida privada y la vida profesional, si están bien diseñadas, pueden ayudar a reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres. También es fundamental mostrar en el colegio referentes femeninos en la ciencia y la tecnología, e impulsar a las chicas estudiantes a elegir estos estudios, otorgándoles la suficiente confianza que necesitan.

La inversión en establecimientos de cuidado formal y en permisos relacionados con la familia desde una perspectiva corresponsable, contribuirá a reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres, ya que dará lugar a menores interrupciones de la carrera profesional y a un empleo menos discontinuo para las mujeres. Sería conveniente empezar a pensar en modelo de trabajo más flexible (jornada de trabajo de 4 días, flexibilidad de los horarios de trabajo en la entrada y salida, reducción de la jornada laboral, trabajo a distancia, etc.) para los hombres y las mujeres, y

---

menor, hostelería, enseñanza, servicios a las empresas, administración pública, servicios domésticos y servicios personales. Destacan en la categoría de teleoperadora y camarera de hotel (kellys) o limpiadoras. Mientras que su presencia es más bien escasa en puestos relacionados con las tecnologías, ingeniería, ciencias, que reciben una retribución y reconocimiento mucho mayor, con mejores condiciones laborales.

no considerarlas un coste para los empresarios que, a menudo, suelen penalizar a los empleados en forma de desventajas salariales<sup>299</sup>.

La cuestión de la discriminación retributiva por razón de sexo adquiere una dimensión particular cuando se pone en conexión con el embarazo y la maternidad. El punto de partido se encuentra en el art. 2.2.c de la Directiva 2006/54. Igualmente, el pronunciamiento del TJUE en el asunto Dekker tiene gran relevancia porque la discriminación por razón de embarazo o maternidad adquiere desde entonces un rango muy elevado y una protección muy intensa al definirse como discriminación directa por razón de sexo cualquier perjuicio de la mujer en su carrera profesional por el hecho de su embarazo o maternidad, sin que ninguna justificación fundada en razones objetivas o razonables sobre la actividad empresarial sean suficientes para desvincular el móvil discriminatorio. Una especificación de este principio vuelve a aparecer en el art. 15 de la Directiva 2006/54 en relación a la reincorporación de la trabajadora tras un permiso de maternidad. Son bastantes las sentencias del TJUE en las que se establece que la maternidad o el embarazo no pueden tener repercusiones negativas en los derechos laborales y condiciones de trabajo de la mujer<sup>300</sup>.

La STJCE de 30 de abril de 1998 (asunto Thibault, C-136/1995) califica como discriminatoria por razón de género la práctica empresarial de privar a una mujer del acceso a una promoción profesional en razón de un período de ausencia por el disfrute de un permiso por maternidad. En idéntico sentido, cabe citar la STJCE de 21 de octubre de 1999 (asunto Lewen, C-333/97). En ella, el Tribunal establece que el artículo 119 del Tratado se opone a que un/a empleador/a excluya a "los trabajadores femeninos" que disfruten de su permiso parental del pago de una gratificación de carácter voluntario que se concede como prestación excepcional con motivo de la Navidad, sin tener en cuenta el trabajo realizado durante todo el año, ni los períodos de descanso por maternidad, cuando dicha gratificación tiene la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año. No obstante, se precisa que ni el artículo 119 del Tratado, ni el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, ni la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34/CE del Consejo, se oponen a que se niegue el pago de tal gratificación cuando la concesión de la gratificación sólo esté sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de

---

<sup>299</sup> Martínez M., Op. Cit., p. 31.

<sup>300</sup> Ballester M<sup>a</sup>, Op. Cit., p. 28-29.

su concesión. Sin embargo, excluye de la protección del artículo 119 del Tratado, y demás normativa invocada, la situación en la que un empleador, al conceder esta gratificación de Navidad a una mujer en permiso parental, tenga en cuenta, con el objeto de reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de permiso parental; lo que no vulneraría aquella normativa. A tal efecto, distingue el permiso parental del descanso por maternidad<sup>301</sup>.

Igualmente, la ilegalidad de los detrimentos profesionales en la posición de las mujeres abarca incluso a conceptos tan asentados como el de antigüedad: el TJUE ha interpretado que, si la toma de posesión se demora por encontrarse la trabajadora en situación de permiso de maternidad, la antigüedad de la misma debe reconducirse al momento en que, pudiendo haber tomado posesión, no pudo hacerlo por encontrarse en permiso de maternidad, y no a otro este momento posterior (asunto Sarkatzis Herrero<sup>302</sup>). Asimismo, también se ha considerado contraria al Derecho Comunitario la negativa empresarial a reducir la duración de un permiso parental para el cuidado de hijos con el fin de sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo posterior (asunto Kiiski<sup>303</sup>). También entra en este ámbito de protección frente a la discriminación por razón de sexo la formación profesional. De este modo, la mujer no se verá perjudicada en su derecho a la formación pertinente a su puesto de trabajo por estar disfrutando de un permiso de maternidad, y ello a pesar de tener la garantía de poder participar en la siguiente formación que se organice, cuya fecha sea incierta (asunto Napoli<sup>304</sup>). En definitiva, el permiso de maternidad constituye un derecho de aplicación absoluta e incondicionada, cuyo ejercicio no puede tener ningún tipo de repercusión negativa en la persona trabajadora, y que requiere siempre una interpretación compatibilizadora de derechos (así lo ha definido el Tribunal de Justicia de la UE)<sup>305</sup>.

A pesar de esta loable labor jurisprudencial y legislativa por parte de la UE en relación a la discriminación retributiva, persisten parcelas cuya protección aún es insuficiente. Me refiero, por ejemplo, a las excepciones que admite la propia normativa de la UE en relación a la retribución a la que la trabajadora tiene derecho durante las

---

<sup>301</sup> Martínez M., Op. Cit., pp. 31-32.

<sup>302</sup> STJUE de 16 de febrero de 2006, as. C-294/04.

<sup>303</sup> STJUE de 20 de septiembre de 2007, as. C-116/06.

<sup>304</sup> STJUE de 6 de marzo de 2014, as. C-595/12.

<sup>305</sup> Ballester M<sup>a</sup>, Op. Cit., p. 29-30.

situaciones de embarazo o maternidad. El art. 11. 1 de la Directiva 92/85 establece que las trabajadoras en situación de embarazo o maternidad tienen derecho a una retribución sencillamente “adecuada”, es decir, deben garantizarse unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrumpir su actividad por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo que será determinado por cada Estado Miembro. De este modo, durante las situaciones de embarazo o maternidad, necesariamente no se deberá garantizar que las trabajadoras perciban lo mismo que percibían antes de estas situaciones, sino que basta con que garanticen la misma retribución que percibirían si se encontrasen en situación de baja por enfermedad. Existe una declaración del Consejo y de la Comisión Europea aprobada el mismo día que la propia Directiva, que indica que el parámetro retributivo mínimo vinculado a la percepción de la prestación por enfermedad no pretende equiparar en modo alguno el embarazo y el parto con una enfermedad. Lo cierto es que la conexión entre la cuantía mínima de la prestación por maternidad y la prestación por enfermedad parece ignorar el principio antidiscriminatorio de que las trabajadoras en situación de maternidad o embarazo no deben sufrir perjuicio alguno en sus derechos y oportunidades laborales. También parece operar una asimilación a la enfermedad (aunque expresamente se niegue) que se refuerza por el hecho de que la Directiva 92/85 de maternidad es en realidad una Directiva de Prevención de Riesgos Laborales. En situaciones como ésta es cuando se echa en falta una Directiva de maternidad que no se enmarque en el ámbito de la prevención de riesgos laborales como la actual 92/85, sino que tenga carácter antidiscriminatorio por razón de sexo. A pesar de los intentos en reformar la Directiva con esta intención, el proceso de reforma de la misma se abandonó de forma definitiva en 2015<sup>306</sup>.

Con estos antecedentes normativos el TJUE tenía un arduo escenario al que enfrentarse. En el asunto Gillespie, a pesar de no reconocer el derecho de la trabajadora en situación de permiso por maternidad a percibir la misma retribución recibida con anterioridad, sí precisó que sí tenía derecho a un incremento de sus cuantías salariales si durante el tiempo del permiso de maternidad si se incrementaban para el resto de trabajadores/as de la empresa. Con posterioridad los pronunciamientos del TJUE han seguido la misma tónica. Sin embargo, en el supuesto de suspensión de trabajo por razón de incompatibilidad con el trabajo y en el caso de cambio de puesto de trabajo por

---

<sup>306</sup> *Ibidem*, pp. 30-31.



razón de embarazo la jurisprudencia del TJUE ha sido más matizada. Así, en el asunto Gassmary<sup>307</sup> el TJUE estableció que la trabajadora embarazada dispensada provisionalmente de trabajar con motivo de su embarazo no mantiene su derecho a percibir el complemento de puesto que sí percibía cuando estaba trabajando. No obstante, realiza una reflexión interesante, al establecer que *en lo que atañe a las trabajadoras embarazadas dispensadas de trabajar, [...] los Estados miembros o en su caso los interlocutores sociales pueden garantizar la percepción de ingresos en forma de una prestación adecuada, de una remuneración o de una combinación de ambas, pero las opciones que realicen en tal aspecto y la cuantía del ingreso que se fije no deben perjudicar ese efecto útil*” (párr. 70).

El mismo día de dictarse esta sentencia se produjo la sentencia del TJUE en el asunto Parviainen<sup>308</sup>. Tal vez la voluntad del Tribunal al emitirlas con la misma fecha era conseguir su referencia conjunta. En el asunto Parviainen no se planteaba un supuesto de ausencia del trabajo por embarazo, como en Gassmayr, sino de cambio de puesto por incompatibilidad con el embarazo. A pesar de esta diferencia, el Tribunal aplicó similares criterios de utilidad y señaló en ambas que las cuantías garantizadas eran el salario base y aquellos complementos vinculados a la persona<sup>309</sup>.

En el caso de nuestro país, los tribunales han seguido la misma dinámica, llegando aún más lejos. El Tribunal Supremo ha considerado que constituye discriminación por razón de género la detracción de determinado importe de la retribución variable por tener en cuenta el permiso obligatorio por maternidad (seis semanas posteriores al parto)<sup>310</sup>. En similar sentido, cabe citar la STC 162/2016, de 3 de octubre, en que se declara la existencia de esta discriminación por razón de sexo ocasionada esta vez por el perjuicio económico sufrido como consecuencia de la omisión de toma de posesión de determinado destino, por imposibilidad, al encontrarse la trabajadora de licencia por riesgo durante el embarazo, así como la STC 2/2017, de 16 de enero, que estima la discriminación por razón de sexo, al impedir a la trabajadora -de baja laboral por embarazo de riesgo- que pudiera ejercitar un derecho de preferencia reconocido en su convenio colectivo, para que le fueran concedidas otras condiciones de

---

<sup>307</sup> STJUE de 1 de julio de 2010, as. C-194/08.

<sup>308</sup> STJUE de 1 de julio 2010, as. C-471/08.

<sup>309</sup> Ballester M<sup>a</sup>, Op. Cit., pp. 31-32.

<sup>310</sup> STS de 27 de mayo de 2015 (Rec. 103/2014).

horario de trabajo que reputaba mejoras en cuanto a sus intereses, y a las que habría podido optar si se hubiera encontrado en situación de activo laboral en el momento en que la empresa fijó una nueva jornada de trabajo semanal ampliada<sup>311</sup>.

A partir de lo expuesto podría considerarse que en España se garantiza que las trabajadoras en situación de embarazo o maternidad tienen en todo caso asegurada la percepción de las cuantías percibidas con anterioridad: efectivamente, en caso de suspensión del contrato por maternidad o riesgo durante el embarazo o la lactancia, los art. 179, 187 y 189 de la LGSS garantizan la percepción del 100% de la base reguladora. Y en caso de proceder la adaptación del puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia la doctrina del TS en sentencia de 24 de enero de 2017 establece que la trabajadora tendrá derecho al mantenimiento íntegro de todas sus percepciones anteriores a pesar de ser percepciones vinculadas al puesto de trabajo (de este modo, la doctrina del TS supera la doctrina del TJUE establecida en el asunto Parviainen). No obstante, el ordenamiento español no está totalmente blindado frente a posibles diferencias en las percepciones por parte de las trabajadoras en situación de embarazo o maternidad. Por ejemplo, en el caso de las trabajadoras que perciban retribuciones que superen las bases máximas de cotización, con derecho a prestaciones de maternidad calculadas conforme a bases reguladoras inferiores a las percepciones reales anteriores. En estos casos la garantía del 100% de la base reguladora no garantiza el 100% de las retribuciones anteriores, y por lo tanto, se produciría un perjuicio económico para la trabajadora que ejercita sus derechos vinculados a la maternidad<sup>312</sup>.

## **2. Discriminación en la finalización de la relación laboral: despido o cese por razón de embarazo**

La prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE ha servido de fuente interpretativa del art.10 CE. Esta previsión representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por

---

<sup>311</sup> Martínez M., Op. Cit., p. 32.

<sup>312</sup> Ballester M<sup>a</sup>, Op. Cit., pp. 35-36.

la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Constitucional desde hace más de 20 años, en concreto, fue recogido por primera vez en la STC 166/1988, de 26 de septiembre. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer. Diremos en consecuencia, que esta prohibición de discriminación entre sexos pretende dar un paso más por la consecución de igualdad, en contraste con el principio genérico de la misma, que sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, mientras que esta prohibición impone como fin y como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo podrá ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los hombres y las mujeres<sup>313</sup>.

El examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE refrenda la amplitud de esta protección<sup>314</sup>. En efecto, el art. 5 d) del Convenio núm. 158 de la OIT prohíbe que el embarazo pueda constituir causa justificada para la resolución de la relación de trabajo. El Ordenamiento comunitario lo ha entendido de la misma forma. De la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo<sup>315</sup>, aunque no se haya producido la comunicación expresa del estado de gestación al empresario<sup>316</sup>.

La protección del embarazo de la mujer trabajadora como medio para atacar la discriminación que sufre aquella que opta por la maternidad, no sólo facilita la inserción laboral de la mujer, sino que ofrece un alcance transversal incuestionable, del que deriva un efecto reflejo sobre otras materias nucleares de nuestra sociedad. Como bien argumenta Sánchez Pérez, resulta esencial acabar con las situaciones discriminatorias que acompañan el empleo de la mujer trabajadora, con el fin de acercarnos a una situación deseable de igualdad de género en el ámbito laboral, y de superar los

---

<sup>313</sup> STC 17/2003, de 30 de enero (Rec. 1150/1999), FJ3.

<sup>314</sup> STC 41/2002, de 25 de febrero (Rec. 1203/1997).

<sup>315</sup> SSTJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz, y de 14 de julio de 1994, asunto Webb.

<sup>316</sup> STJCE de 4 de octubre de 2001, as. C-109/00, caso *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*.

bajísimos índices de natalidad que amenazan tanto nuestra estabilidad futura, como el sistema de pensiones de las próximas generaciones<sup>317</sup>.

El despido de una trabajadora durante su embarazo o su permiso de maternidad, por razones conexas con el embarazo o el nacimiento de un hijo, constituye una discriminación directa por razón de sexo contraria a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, con independencia de la comunicación expresa al empresario sobre su estado de gestación<sup>318</sup>.

Esta Directiva también protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo<sup>319</sup>, ampara a la empleada con contrato temporal o indefinido siempre que aquél sea el fundamento extintivo<sup>320</sup>, prohíbe la no contratación debida al embarazo<sup>321</sup> o la no renovación por esa causa<sup>322</sup>, incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo<sup>323</sup>, y determina que será igualmente discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal por causa del embarazo impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo<sup>324</sup>. Por su parte, el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE<sup>325</sup> establece no sólo la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado al empresario durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad —conformándose así el espacio temporal sobre el que se extiende la protección—, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la

---

<sup>317</sup> Sánchez J, “La discriminación laboral por razón de embarazo”, en *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2019, p. 348.

<sup>318</sup> STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto *Tele Danmark*.

<sup>319</sup> STJCE de 30 de junio de 1998, asunto *Brown*.

<sup>320</sup> STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto *Tele Danmark*.

<sup>321</sup> STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*.

<sup>322</sup> STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto *Jiménez Melgar*.

<sup>323</sup> STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto *Mahlburg*.

<sup>324</sup> Respecto del trabajo nocturno: STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann-Beltermann*.

<sup>325</sup> Es preciso saber que dicha previsión tendrá efecto directo cuando un Estado miembro no haya establecido medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado. Así lo ha entendido la STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto *Jiménez Melgar*.

trabajadora, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período<sup>326</sup>.

En cuanto a nuestra normativa interna, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, se incorporaron estas disposiciones sin requerir expresamente que se haya producido la comunicación formal al empresario. Diremos, por tanto, que la protección frente a la extinción del contrato de trabajo por razón de embarazo en concreto y el principio de igualdad por razón de sexo en general, tiene fundamento constitucional, ex art. 10.2 CE, en las fuentes interpretativas del art. 14 CE. Este principio, que ha sido desarrollado por la Ley 3/2007, de 22 de Marzo, tiene que ser aplicado con especial rigor a la hora de abordar las reivindicaciones laborales de las mujeres relacionadas con situaciones de embarazo y maternidad. Así lo defiende el catedrático Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>327</sup>. La restricción de estos derechos conecta íntimamente con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras (art. 14 CE). De la misma forma que, la inaplicación o aplicación inadecuada de cláusulas convencionales que reconocen derechos puede suponer la discriminación directa hacia mujeres que no han ejercido el derecho por su maternidad.

Es cierto, y así lo hemos expuesto, que se ha avanzado de manera significativa en esta materia, en aras de conseguir la igualdad formal, a través de los numerosos instrumentos internacionales mencionados que se han ido transponiendo a los Estados Miembros. No obstante, la igualdad formal e igualdad efectiva y real en muchas ocasiones, no van de la mano.

La normativa comunitaria no sólo prohíbe la notificación del cese relacionado con el embarazo o nacimiento del hijo durante el período que comprende la protección legalmente dispensada, sino también la adopción de las medidas preparatorias que puedan acompañar tal decisión, previamente a la expiración del período. Y ello, pese a que la notificación se realizara fuera del límite temporal de protección determinado en la norma, pues de otro modo, se perdería el efecto garantista de la protección dispensada a la trabajadora embarazada<sup>328</sup>. Si se realizase una interpretación contraria, limitando la

---

<sup>326</sup> “Durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8”.

<sup>327</sup> Bercovitz R., “Vuelta de tuerca contra la discriminación por razón de sexo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 4, 2017.

<sup>328</sup> Sánchez J., Op. Cit, p. 348.

prohibición de despido solamente a la notificación de una decisión de despido durante el período de protección (referido en el artículo 10 de la Directiva 92/85), privaría a este artículo de su efecto útil y podría generar un riesgo de elusión de esta prohibición por parte de los empresarios, en detrimento de los derechos reconocidos por la Directiva 92/85 a las mujeres embarazadas. No obstante, se ha de recordar las excepciones previstas en el art.10.1 Directiva 92/85 sobre los casos no inherentes a su estado, admitidos por las legislaciones nacionales, permitiendo que la trabajadora embarazada sea despedida.

En nuestro país, la normativa protectora existente parte de la transposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, así como del artículo 55.5, ET a tenor del cual *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*". Se despliega así una herramienta protectora de la trabajadora embarazada que opera de forma objetiva y que se traduce en la nulidad del despido. Pero sin duda, la normativa que recientemente mayor cambio y avance ha supuesto para la protección de la mujer trabajadora, ha sido la entrada en vigor, en fecha tan representativa como el 8 de marzo, del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*. Esta norma contiene siete artículos, correspondientes a la modificación de siete leyes que, sin duda, inciden de forma directa en la igualdad entre mujeres y hombres. A continuación expondré, en forma de cuadro organizativo, todas las reformas legislativas con especial incidencia en la protección de la maternidad:

#### **MATERIAS MODIFICADAS POR EL RD 6/2019, DE 1 DE MARZO**

CONTRATOS FORMATIVOS  
Y CONTRATOS A TIEMPO  
PARCIAL.

- En los contratos formativos, en relación a las situaciones que interrumpen el cómputo de su duración, tanto del contrato en prácticas como del contrato para la formación y el aprendizaje, se alude

Nueva redacción del art. 11.1 b), 11.2 b) y 12.4d) ET.

a «nacimiento» en vez de a maternidad y paternidad, y se incorpora la «violencia de género» como causa de interrupción.

- En los contratos a tiempo parcial, se garantiza la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, a través de un inciso final en el art. 12.4 d), conforme el art. 4.2.c) ET.

- Terminológicamente, se sustituye el término «trabajador» por «persona trabajadora». Ello plasma el uso de un lenguaje inclusivo que se traslada a los preceptos afectados por la reforma, sin extenderse al resto del texto, mediante una cláusula general de ajuste terminológico.

#### PERÍODO DE PRUEBA

Nueva redacción del art. 14.2ET y 14.3ET.

- Se blindan, durante el periodo de prueba de los contratos, las situaciones de embarazo; desde la fecha del inicio del embarazo (y no desde la fecha de conocimiento por la empresa) hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4 del ET, o maternidad.

- Aplicación de la nulidad objetiva a la extinción del contrato de trabajo por desistimiento del empresario durante el período de prueba, salvo que concurren motivos no relacionados con estas situaciones.

- En el listado de situaciones que, por acuerdo entre ambas partes, interrumpen el cómputo del periodo de prueba, se sustituyen los términos «maternidad» y «paternidad» por «nacimiento», para atender a los diferentes modelos de familia y se incorpora la «violencia de género».

#### PERMISOS RETRIBUIDOS

Nueva redacción del art.37.3 b), 37.4 y 37.5 ET.

- Desaparece la referencia «el nacimiento de hijo» de los supuestos que generan permiso de dos días. [art. 37.3 b)].

- En la regulación del permiso del artículo 37.4, hasta ahora «para la lactancia del menor» y desde la reforma para el cuidado del lactante (derecho a ausentarse una hora del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones, hasta que el menor cumpla 9 meses, y que se incrementará proporcionalmente en casos de nacimiento, adopción, guarda con adopción o acogimiento múltiples), se observan ajustes terminológicos sustituyendo «lactancia» por «cuidado del lactante» y «parto» por «nacimiento».

- En la regulación del permiso por nacimiento prematuro o por hospitalización de hijo/a después del parto (art.37.5ET) se hacen los siguientes ajustes terminológicos: se sustituyen los términos «madre»,

**EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Nueva redacción del art.53.4 y 55.5 ET.

«padre» e «hijos» por «personas trabajadoras» y por «hija o hija», respectivamente.

- Nueva redacción del art. 53.4 ET sobre la descripción de los supuestos que llevan a aparejada la nulidad de la decisión extintiva empresarial por causas objetivas.

- Se amplía de 9 a 12 meses el tiempo en el que se podría considerar nulo el despido tras la finalización de los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

- Se refuerzan las garantías en la declaración de la extinción por causas objetivas procedente, exigiéndose no sólo que la resolución contractual no se base en motivos relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia, sino que, que se acredite suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

- Nueva descripción de los supuestos que llevan a aparejada la nulidad del despido disciplinario [nueva redacción de las letras a), b) y c) del art. 55.5].

Tras la entrada en vigor de todas estas reformas, el escenario actual en relación a la protección o blindaje de la trabajadora embarazada ha mejorado considerablemente. Actualmente, toda decisión extintiva efectuada durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, o la notificada en una fecha en la que que el plazo de preaviso finalice dentro de dichos periodos, será nula. Así lo establece el art. 53.4 a) del ET. Esta protección se extenderá también al periodo vigente entre la fecha de inicio del embarazo y el comienzo del periodo de suspensión de cualquiera de los previstos en los artículos 37.4, 5 y 6 ET —referidos al permiso por cuidado de bebé lactante, cuidado de bebé prematuro hospitalizado y reducción de jornada por cuidado de menor de 12 años—, así como el periodo de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos o familiares, incluso desde el momento que hayan solicitado tal disfrute.

El art. 2.13 del RD-Ley 6/2019 modifica el art. 53.4 c), 55 a) y 55c) del ET para ampliar de 9 a 12 meses el despido, tanto objetivo como disciplinario, de los



trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento. Estos 12 meses computan desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento. Hasta ahora, ese período protegido estaba fijado en nueve meses. Lo expuesto tendrá aplicación salvo en aquellos supuestos en los que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

Es importante tener en cuenta que la declaración de nulidad del despido implicará que la empresa deba proceder a la readmisión del trabajador en su mismo puesto y tenga que abonarle los salarios de tramitación desde la fecha del despido.

Otro aspecto susceptible de reforma que quizá ha pasado algo más desapercibida que otras, ha sido el blindaje de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba. El RD 6/2019 modifica así el apartado 2º del art. 14.2 del ET, disponiendo que la resolución empresarial en este periodo será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por nacimiento de hijo *salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o la maternidad*”, es decir, que se invoquen otras causas, como la baja productividad.

A la vista de esta nueva redacción sobre el período de prueba, si bien es cierto que todavía se permitiría a las empresas extinguir la relación laboral de una trabajadora por no superación del período de prueba, en estos casos el empresario vendría obligado a tener que acreditar la existencia de las causas que motivan esa extinción durante el período de prueba y que dichas causas son absolutamente ajenas a la situación de embarazo o la maternidad.

En resumen, una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5 b) del ET, que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o

no se acredita, el despido no podrá ser declarado procedente; pero tampoco podrá ser declarado improcedente sino que, necesariamente, deberá ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente.

Por tanto, cuando una trabajadora se encuentre disfrutando de su jornada reducida para cuidar a sus hijos o de un permiso por cuidado de bebé lactante, gozará de una protección especial contra despidos. Nunca podrá ser despedida por estar disfrutando o haber solicitado cualquiera de estas medidas conciliatorias. Tanto es así que, como acabamos de ver, el despido se consideraría nulo, siempre que no se acredite su procedencia.

En el caso de que las causas del despido sean objetivas (organizativas, económicas o técnicas) deberán estar debidamente justificadas y motivadas. Estas no pueden deberse a causas discriminatorias, como es el caso de los supuestos recogidos en el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores.

### **2.1.1 Evolución jurisprudencial en la protección por cese por razón de maternidad**

La seguridad y protección que dispone a día de hoy la trabajadora embarazada ha sido fruto de una larga lucha contra su discriminación, tanto en el seno legislativo como jurisprudencial, observando en este último, doctrina que a lo largo de los años se ha ido modificando, y perfilando los presupuestos ahora exigibles, consiguiendo una protección efectiva en razón de maternidad.

En el año 2002, declara el Tribunal Constitucional<sup>329</sup> que la constancia expresa del desconocimiento de la empresa sobre la situación de gestación de la trabajadora imposibilita atribuir una transgresión de la prohibición de no discriminación sobre la decisión extintiva empresarial. Acreditaba además, la insuficiencia de existencia de embarazo de la trabajadora para probar la discriminación y consecuente nulidad del despido, exigiendo circunstancias concretas para fundamentar la existencia de un trato discriminatorio. Y mantenía que —como rige a día de hoy y ha reiterado desde

---

<sup>329</sup> STC 41/2002, de 25 de febrero (Rec. 1203-1997).

1981<sup>330</sup>— una vez alegado que el despido encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, se traslada al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional<sup>331</sup>. Pero, para que opere este desplazamiento del *onus probandi*, no basta con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio<sup>332</sup>, sino que debe acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de la supuesta discriminación, siendo necesario aportar una «prueba verosímil»<sup>333</sup>, o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general, además de la existencia de sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación<sup>334</sup>. A partir de ahí, el empresario tendrá el deber de probar que los hechos motivadores del despido constituyen causa legítima de despido, ausente en todo caso de móvil atentatorio de los derechos fundamentales<sup>335</sup>”. Y una vez despejada toda vulneración del art. 14 CE, los Tribunales tendrán el deber de expresar la convicción de que la extinción fue absolutamente extraña a una conducta discriminatoria por razón de sexo, sino que, en todo caso, habría tenido lugar por existir causas suficientes para entender como razonable la decisión empresarial, desde la perspectiva organizativa o disciplinaria<sup>336</sup>.

Sin embargo, la doctrina hasta ahora expuesta ha evolucionado, extendiéndose la nulidad objetiva *ex art. 55.5 b ET*, incluso a las situaciones en las que la empresa es desconocedora de la situación de embarazo de la trabajadora<sup>337</sup>. El despido injustificado en caso de embarazo, aún no siendo conocido por el empresario, también conllevará la calificación de nulidad objetiva y por ende, la readmisión de la trabajadora<sup>338</sup>.

En el año 2003, dos sentencias fueron esenciales para perfilar la doctrina constitucional en esta materia, sirviendo como base para los fallos posteriores. En la

---

<sup>330</sup> STC 38/1981, de 23 de noviembre.

<sup>331</sup> STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5.

<sup>332</sup> STC 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2

<sup>333</sup> STC 207/2001, de 22 de octubre, FJ 5.

<sup>334</sup> STC 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 3.

<sup>335</sup> Ídem, FJ 3.

<sup>336</sup> SSTC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993 y 180/1994.

<sup>337</sup> SSTC 92/2008 y 124/2009.

<sup>338</sup> STS 28 de noviembre 2017 (Rec. 3657/2015).

primera de ellas<sup>339</sup>, el Tribunal estudia la finalización de la relación laboral (de un contrato temporal) por vencimiento del término pactado, alegando la actora que en realidad se estaba encubriendo la auténtica causa resolutoria: su estado de embarazo. El Tribunal modificó la doctrina anterior, ya que no hace constar el conocimiento del embarazo por parte del empleador, limitándose a afirmar que la trabajadora dio cuenta de su estado a sus compañeros de trabajo, sin recoger explícitamente que la noticia fuera de público conocimiento, ni que existieran otros hechos de los que derivar que aquél hubiera llegado a los rectores de la institución que decidieron cesarla. Por tanto, el conocimiento del embarazo por parte de quienes adoptaron la decisión extintiva se declara que no fue probado de forma expresa, a pesar de resultar fuertemente indicativo que admitieran tener noticia de aquél, personas con cargos de entidad en el organismo.

Lo que quiero destacar de esta importantísima y pionera sentencia es que el silencio de los hechos sobre esa circunstancia no fue por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario, al concurrir otros datos que permitían deducir la probabilidad de la lesión, sobre todo cuando el desconocimiento empresarial del embarazo tampoco fue declarado (a diferencia de lo que sucedía en la anterior sentencia que hemos comentado<sup>340</sup>), por lo que no fue exigible la comunicación al empresario de su embarazo, estableciéndose que este hecho pertenece al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 CE), sin tener la obligación de comunicarlo. El hecho de estar o no embarazada, en ningún caso, debe motivar un perjuicio en su carrera profesional ni constituir causa válida para extinguir su contrato, o llevarle a una posición diferente que al resto de sus compañeros<sup>341</sup>.

La segunda sentencia dictada en 2003, fecha del 2 de junio<sup>342</sup> estudió el caso del cese en un puesto de libre designación, por pérdida de confianza y errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, se consiguió acreditar una discriminación directa oculta, vulnerando el derecho de la trabajadora embarazada a no ser discriminada por razón de embarazo y sexo. Se probó que la causa del cese era debido a su embarazo. El empleador, que tiene la carga de la prueba para demostrar que

---

<sup>339</sup> STC 17/2003, de 30 de enero (Rec. 1150/1999).

<sup>340</sup> STC 41/2002, de 25 de febrero (Rec. 1203-1997).

<sup>341</sup> En este sentido, la ya citada STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark, declaraba que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado cuando éste no precisa tener noticia para el cumplimiento de sus obligaciones.

<sup>342</sup> STC 98/2003, de 2 de junio (Rec. 3165/1998).

su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, no consiguió en este caso desvirtuarlo, afirmándose la existencia de relación de causa-efecto entre el anuncio de su embarazo, y la resolución administrativa que declaró su cese.

El resto de jurisprudencia del TC sobre esta materia en concreto analiza diferentes situaciones que afectan a trabajadoras embarazadas, llegando a la misma conclusión: declaración de nulidad del despido por razón de discriminación por sexo y embarazo. En algunos casos, veremos cómo se extingue el contrato temporal de una trabajadora a causa de su embarazo, bajo la motivación formal de fin de contrato por terminación de obra o servicio, sin embargo, esto no coincide en la práctica, al no producirse dicha terminación<sup>343</sup>. En otras ocasiones, lo que ocurre es que se contrata a una persona para sustituir a la trabajadora embarazada durante su baja médica, pero no consigue el empleador aportar pruebas para eliminar la apariencia discriminatoria y acreditar que el despido fuese ajeno al embarazo de la trabajadora<sup>344</sup>. También suele observarse con frecuencia despidos de trabajadoras embarazadas por razón de no superación del periodo de prueba, motivado por las frecuentes bajas laborales a causa de embarazo de alto riesgo, declarándose el despido nulo.

Lo mismo sucede con la suspensión de contrato de trabajo de trabajadora a causa de su embarazo, quien, tras ser calificada como trabajadora "no apta circunstancial" por razón de embarazo tras reconocimiento médico, es comunicada por la empresa que su contrato de trabajo será suspendido, sin derecho a contraprestación salarial, debido a la imposibilidad para desempeñar sus funciones, en razón de su falta de aptitud para el puesto (como consecuencia del embarazo). En estas situaciones, la decisión empresarial de suspensión del contrato se declarará carente de justificación razonable, en caso que la empresa haya incumplido su obligación de efectuar una evaluación de riesgos y asignarle funciones en otro puesto o categoría, exento de riesgos, manteniendo sus derechos económicos, y respetando su formación y dignidad<sup>345</sup>.

Desde el año 2008, el Alto Tribunal viene fijando el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de despido -no justificado- de la trabajadora

---

<sup>343</sup> STC 17/2007, de 12 de Febrero (Rec. 2192/2003).

<sup>344</sup> STC 74/2008, de 23 de junio (Rec. 4975/2006).

<sup>345</sup> STC 161/2004, de 4 de octubre (Rec. 4295/2001).

gestante, aunque el empleador no tenga conocimiento del embarazo<sup>346</sup>. Conforme el doctor y abogado Viera Álvarez, el criterio jurisprudencial ofrece una interpretación transparente relativa al despido de las trabajadoras embarazadas de modo que, salvo que resulte justificado y procedente, será considerado de forma automática nulo. Y ello, de forma independiente a que el empleador pueda conocer o no el estado de gestación de la empleada<sup>347</sup>.

Aunque si bien es cierto que la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto en la Ley 39/1999, serán posibles, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE. De este modo, una vez el legislador opta por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela reforzadora de otros derechos constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor, privando de esta manera al precepto legal de las garantías establecidas, y con las que la trabajadora se entiende amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental, de acuerdo con su contenido previamente definido. De esta forma, deberemos aplicar lo expuesto a la exigencia del previo conocimiento empresarial del embarazo para aplicar la regla de nulidad del art. 55.5.b ET<sup>348</sup>.

Esta sentencia de 2008 es de gran trascendencia, desmarcando parcialmente al art. 55.5.b ET de la Directiva 92/85, en el sentido de que no venía condicionado por el requisito de la comunicación del embarazo al ser la comunitaria una norma de mínimos, alegando la coherencia de esta protección reforzada con los derechos a la intimidad personal y familiar. La tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas era homogénea hasta ella, siguiendo el esquema clásico de este tipo de situaciones en las que estaba en juego la garantía del art. 14 ET, panorama que cambia radicalmente. Se

---

<sup>346</sup> Desde la pionera STS 17 de octubre 2008 (Rec. 1957/2007), siguiendo el criterio de la STC 92/2008.

<sup>347</sup> Viera C., “La nulidad del despido de la mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Núm. 3, 2009, pp. 263-273.

<sup>348</sup> STC 124/2009, de 18 de mayo.

trata de evitar que tanto su condición de mujer y su derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, al mismo tiempo que incida de forma negativa el pleno desarrollo de su maternidad.

La doctrina constitucional puede resumirse en dos fases. La primera de ellas aborda la petición de nulidad desde un punto de vista “causal”, y la segunda de ellas analiza desde un punto de vista “objetivo”, la eventual lesión de la tutela judicial efectiva, debido a la interpretación arbitraria de los órganos judiciales, del art. 55.5.b ET, al exigir la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, cuando dicho requisito no figura en el precepto legal. A su vez, debe realizarse una diferenciación en los supuestos de despido de las trabajadoras embarazadas; sobre si la decisión extintiva responde a un móvil discriminatorio o bien, si dicha actuación simplemente coincide en el tiempo, con el estado de gestación de la empleada, sin que tal circunstancia personal la conozca siquiera el empleador. Si se trata del primero, la nulidad del despido procedería directamente de la quiebra del art. 14 CE; mientras que en el segundo supuesto, ello supondría la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE en relación con el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha sentado doctrina, juzgando con perspectiva de género y generando sentencias de enorme valor en la lucha por la igualdad de la mujer en el trabajo. Ha establecido que el despido de la trabajadora embarazada, con argumentos *mutatis mutandis*, son perfectamente aplicables al caso de la trabajadora que viene disfrutando de reducción de jornada por guarda legal de un menor en el momento de ser despedida<sup>349</sup>. Se declara así la nulidad del despido, en vez de la calificación de improcedente, como garantía objetiva del art. 55.5 ET y no automática, al margen de cualquier móvil discriminatorio y del conocimiento o no del empleador del estado de gestación de la trabajadora. De esta manera, el Tribunal rectifica de la doctrina anteriormente establecida, y declara la imposibilidad de interpretar de forma restrictiva

---

<sup>349</sup> Tanto la STS de 20 de Julio de 2018 como STS de 14 de enero de 2015, sirven como referente a los supuestos de despido de la trabajadora embarazada que disfruta de la reducción de jornada por cuidado de menor, otorgando idéntica protección jurídica en orden a la calificación del despido, de la situación de embarazo que al periodo de disfrute de reducción de jornada por cuidado de un menor.

y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor, que prive al precepto (art.28) de aquellas garantías legales y con las que la trabajadora puede entenderse amparada<sup>350</sup>.

Se trata de la sentencia del 17 de octubre de 2008, que releva a la trabajadora de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa, en base a que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas guarda una vinculación directa con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, reconociendo el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad y la lactancia, como el problema más importante al que se enfrenta. En este contexto, se afirma que el precepto analizado (art. 55.5, párrafo 2º, letra b ET) es configurador de una “nulidad objetiva”, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero, y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de la existencia de indicios de tratamiento discriminatorio o incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

La protección establecida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, es más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, al dispensar a la trabajadora de la carga de acreditar indicio alguno sobre la vulneración del derecho fundamental, y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo. Es por esto que parte de la doctrina considera que aunque en algunas sentencias se declara que el simple hecho de embarazo no representa un indicio como tal, cuando la situación de la trabajadora era previamente conocida a la contratación, y sin constituir ningún impedimento su estado de gestación, (forzando la literalidad del art. 55.5.b ET), sí que se debería considerar nulo, aunque no discriminatorio, el despido de una trabajadora embarazada cuyo estado de gestación fue conocido por el empresario en el momento de su contratación, a pesar de la dificultad probatoria de achacarle una motivación discriminatoria por razón de sexo<sup>351</sup>.

La extensión de esta protección legal del embarazo alcanza todos los casos, con independencia de las causas formales de despido, que estén motivados por su estado de gestación, constituyendo discriminación por razón de sexo y embarazo. En el resto de

---

<sup>350</sup> SSTs de 17 de octubre de 2008 (Rec. 1957/2007); de 16 de enero de 2009 (Rec. 1758/2008); de 17 de marzo de 2009 (Rec. 2251/2008); 13 de abril de 2009 (Rec. 2351/2008); 30 de abril de 2009, (Rec. 2428/2008).

<sup>351</sup> Gallego F., Op. Cit., 131-135.



casos, por ejemplo, cuando la mujer trabajadora embarazada es despedida a causa de concurrencia de causas económicas y organizativas vinculadas al descenso de ventas, pérdidas continuadas y plantilla sobredimensionada, este despido será declarado procedente<sup>352</sup>. O por ejemplo, ante una crisis empresarial, se declarará procedente el despido objetivo plural por causas económicas que afecte a una trabajadora embarazada si resulta acreditado que se enmarca en un contexto de medidas adoptadas por la crisis empresarial, ajenas a todo móvil discriminatorio, y con independencia que la plantilla sea mayoritariamente femenina<sup>353</sup>. También extiende la nulidad del despido de mujer embarazada al contrato de trabajo temporal, estableciendo que no existe discrepancia sobre esta calificación<sup>354</sup>. No obstante, en lo que sí existe tal discrepancia es en la fijación de los efectos de un contrato temporal ya vencido, en los que se otorga el mismo tratamiento de la trabajadora con respecto a cualquier otro trabajador, y se declara que una vez llega a su fin, no podrá ser considerado como un despido prohibido, salvo motivación por embarazo<sup>355</sup>.

A tenor de todo lo expuesto, concluimos que la evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en la calificación del despido de la mujer trabajadora como nulo, al compás de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, con independencia del conocimiento del embarazo por parte del empresario es digna de

---

<sup>352</sup> STSJM 101/2014, de 31 de enero (Rec. 1773/2013).

<sup>353</sup> STSJM 163/2015, de 2 de marzo (Rec. 767/2014).

<sup>354</sup> La protección de la mujer contra el despido por causa de su maternidad no depende de las características del contrato. En la sentencia de 4 de octubre de 2001<sup>354</sup>, el Tribunal declaró que la Directiva 92/85 (en concreto, su artículo 10) tiene efecto directo y podrá ser invocada por los particulares ante las jurisdicciones nacionales. Lo más interesante de esta sentencia es que el Tribunal estimó que la protección abarca todo tipo de contratos, desde los contratos de trabajo de duración determinada, hasta los contratos celebrados por tiempo indefinido, pues la Directiva no distingue en función del tipo de contratos. Si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación los contratos de duración determinada, lo hubiera hecho constar. Y será al juez nacional a quien le corresponde comprobar si la falta de renovación, cuando los contratos forman parte de una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora. En todo caso establece que, la negativa de contratación de la trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer su actividad laboral, debido a su embarazo, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

<sup>355</sup> Mangas A., “Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Balance”, en *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons (Ed.), 2008.

elogio, ya que toma postura a favor de la erradicación de la desigualdad en el trabajo. Por consiguiente, todo despido de la trabajadora embarazada que no sea procedente, se ha de calificar como nulo, conociere o no el empresario su estado.

### **2.1.2 Despido de la trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo y prioridad de permanencia**

Seguidamente, se tratará el despido de la trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo. Para ello, nos centraremos en la transposición por la normativa española del art.10 de la Directiva 92/85CEE, que prohíbe, salvo casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas. No obstante, la normativa nacional sí permite el despido colectivo que afecte a una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, por razones no relacionadas con el embarazo, siempre que el empresario comunique por escrito los motivos justificados de tal despido. Ambas afirmaciones no son incompatibles, en cambio, sí lo será aquella decisión de despido motivado por razones esencialmente relacionadas con su embarazo.

Los Estados miembros deberán garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin necesidad de establecer prioridad de permanencia, o de recolocación en otro puesto de trabajo. Al mismo tiempo que debe llevarse a cabo una distinción expresa entre la protección contra el despido con carácter preventivo, y la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación.

Todo lo expuesto queda recogido en la STJUE de 22 de febrero de 2018<sup>356</sup>, que pone de manifiesto los límites del Derecho de la UE en materia de tutela del despido de las trabajadoras embarazadas, así como las carencias del ordenamiento interno nacional,

---

<sup>356</sup> STJUE de 22 de febrero de 2018, as. C 103/16, caso *Jessica Porras Guisado v. Bankia, S.A., Sección Sindical de Bankia de CCOO, Sección Sindical de Bankia de UGT, Sección Sindical de Bankia de ACCAM, Sección Sindical de Bankia de SATE, Sección Sindical de Bankia de CSICA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*.

y plantea la necesidad de fortalecer las garantías de estabilidad en el empleo de las mujeres, haciendo hincapié en el carácter excepcional que debería revestir cualquier excepción a la regla general de prohibición del despido de la trabajadora en tales situaciones. Del mismo modo, advierte sobre la necesidad de tomar en consideración la política preventiva de riesgos laborales relacionada con la maternidad, especialmente la situación de riesgo para la salud de la trabajadora embarazada, ocasionada por su despido<sup>357</sup>.

En esta sentencia, la Abogado general pone de manifiesto que el conflicto sobre el grado de intensidad temporal de la protección, condicionada o no a la información al empleador del embarazo, aún no se ha abordado directamente por el TJUE, y por ello le pide que se pronuncie —aunque es el órgano jurisdiccional nacional quien tiene que decidir si la normativa interna ofrece un grado de protección mayor o menor—, en base al principio de cooperación entre el Tribunal europeo y nacional, siendo muy útil para el segundo saber si la protección contra el despido prevista en el artículo 10 de la Directiva de maternidad, ampara a una trabajadora que en el momento en que se efectuó su despido en el marco de un despido colectivo, no había informado de su estado al empresario. Habrá que esperar a una próxima sentencia.

El Tribunal subraya, por otro lado, que de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada salvo casos excepcionales no imputables a su estado, y la consideración como despido colectivo de los efectuados por motivos no inherentes a los trabajadores —conforme la redacción del art. 10.1 de la Directiva 92/85—, extraemos que si el embarazo hubiera sido la razón de su despido, nos encontraríamos ante la nulidad de la decisión empresarial (tutela reparatoria). De contrario, si la decisión no guarda relación con el embarazo, sí será posible la extinción (siendo motivos debidamente justificados y tras la comunicación por escrito a la trabajadora).

La conclusión de esta tesis es la unión entre el concepto de “motivos no inherentes a los trabajadores (para despidos colectivos) y el de “casos excepcionales no inherentes a las trabajadoras (para despidos individuales derivados de una previa decisión de despido colectivo). En conclusión, el TJUE entiende que la normativa

---

<sup>357</sup> Fernández, J. A., “Afectación de la mujer embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela preventiva es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, Núm. 425.426, p. 152.

protectora de la trabajadora embarazada ante un despido (art. 10.1 Directiva 92/85) debe interpretarse *en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59*". En esta ocasión, la tesis del TJUE se ha apartado de la defendida por la Abogado general que es del parecer contrario —que comparto—, entendiendo que se debe proporcionar la máxima protección a la trabajadora embarazada para prevenir los riesgos físicos o psíquicos para su salud, y lo sustenta en la regulación del despido colectivo que regula situaciones fácticas que aparecen con frecuencia en las relaciones de trabajo, y que no incluye ninguna referencia a los "casos excepcionales", a los que se refiere la normativa sobre protección de la mujer embarazada.

Siguiendo la tesis que defiende, considero que las condiciones en las que el artículo 10.1 de la Directiva admite el despido de una trabajadora embarazada, como son los "casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales", no deben interpretarse en el sentido de que corresponden exactamente a la expresión "uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores" que figura en el artículo 1.1 letra a), de la Directiva sobre despidos colectivos. Lo que no supone que una situación particular que dé lugar a un despido colectivo no pueda calificarse —cuando las circunstancias lo justifiquen—, como «caso excepcional» en el sentido de la primera disposición, debiendo ser el órgano jurisdiccional nacional el responsable de comprobar la existencia de tales circunstancias. En razón a ello, no comparto la doctrina que entiende que un despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la empresa cumpla la condición de casos excepcionales no inherentes al embarazo.

Otro aspecto interesante que se trata en esta pionera sentencia es el contenido mínimo de la carta de despido en el marco de un despido colectivo. Resuelve el Tribunal que el empleador, frente al despido de una trabajadora embarazada que no guarde relación alguna con su estado, deberá comunicar por escrito los motivos que justifican la decisión, debiendo quedar acreditados en el marco de la tramitación del despido, bien por existir sentencia judicial, o bien por haberse alcanzado acuerdo en el seno de la comisión negociadora, y que pueden ser de carácter económico, técnico, organizativo o de producción. Por consiguiente, la obligación del empleador es de explicar cuáles son las causas que justifican el despido de la trabajadora, concluyendo

que el art. 10.2 de la Directiva 92/85 no se opone a la normativa que sólo prevea tal obligación, como es el caso de la normativa española (motivos que justifican el despido y los criterios de selección seguidos)<sup>358</sup>.

La situación de embarazo de la trabajadora la posiciona en un lugar más vulnerable que el resto de sus compañeros, tanto por la posibilidad de sufrir discriminación por su factor biológico, como por el riesgo físico/psicológico al que se enfrenta tras el despido. Ambas circunstancias legitiman a mi parecer, la obligación de informar por escrito sobre los motivos debidamente justificados relacionados con casos excepcionales no inherentes al embarazo que admiten el despido, siendo el órgano jurisdiccional nacional el que compruebe si el escrito se ajusta a tales criterios, además de exponer de forma concreta y clara los criterios por los que se ha seleccionado a la trabajadora embarazada, blindando así de una mayor protección a la trabajadora embarazada en el marco del despido colectivo.

De este modo, podemos encontrarnos con dos situaciones<sup>359</sup>:

- a. La carta de despido no expresa de forma concreta y suficiente los criterios por los que se ha seleccionado a la trabajadora embarazada, pero en el acto del juicio se acredita por la empresa cuáles han sido los criterios aplicados, de manera que los mismos sean ajenos a la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales. En este caso, el despido será declarado improcedente, salvo que sean aplicables las garantías que conducen a la nulidad objetiva.
- b. La carta de despido no expresa de forma concreta y suficiente los criterios por los que se ha seleccionado a la trabajadora embarazada y en el acto del juicio no se acredita por la empresa cuáles hayan sido los criterios aplicados, de manera que los mismos sean ajenos a la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales. En este caso, el despido será declarado nulo.

---

<sup>358</sup> Rojo E., “Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos Directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16)”, en el *Blog de Eduardo ojo Torrecillas*, 2018.

<sup>359</sup> STSJ CL de 28 de mayo de 2018 (Rec. 713/2018).

No obstante, el contenido que considero más relevante de la sentencia en relación a cómo será interpretado por los tribunales nacionales, se centra en la tutela preventiva —las medidas adoptadas a evitar que se produzca el despido de una trabajadora embarazada—, más allá si la consecuencia de la decisión empresarial contraria a derecho sea la de nulidad del despido y abono de indemnización por daños morales (tutela reparadora). Aquí sí hay unanimidad de pareceres entre el TJUE y la Abogado general. El primero recuerda que la transposición de una Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar su plena eficacia (dentro del amplio margen de apreciación de que disponen sobre los procedimientos y medios para llevarlo a cabo). Si aplicamos esta regla a la trasposición del art. 10 de la Directiva 92/85, llegaríamos a la conclusión que deberá regularse en el ordenamiento nacional una normativa que evite los despidos, y otra que sancione las conductas contraria a derecho, es decir, la adopción de medidas que prevengan en un caso y reparen en otro, las conductas consistentes en el despido de una trabajadora embarazada por consecuencia de su estado biológico.

El Tribunal afirma de manera contundente — como ya hizo en la sentencia de 11 de octubre de 2007— que la protección excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, así como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo, y concluye que la tutela reparadora (nulidad + readmisión + indemnización por daños morales) no puede sustituir a la protección de carácter preventivo. De ahí la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas que garanticen garantizar dicha protección, sin limitarse a la declaración de nulidad del despido.

En última instancia, trataremos la cuestión sobre la prioridad de permanencia para las trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo, así como la prioridad para su recolocación si ello fuera posible.

Ya sabemos que la normativa española no prevé expresamente dicha permanencia (a salvo de los acuerdos que pudieran llegarse en sede convencional), y es por ello que el TSJ se dirige al TJUE para obtener un pronunciamiento acerca de si esta normativa se opone al art. 10.1 de la Directiva 92/85. Su respuesta parte de la regla general de la prohibición del despido durante el período de embarazo prevista en la norma comunitaria y la no inclusión de este supuesto dentro de los que la normativa española incluye la prioridad de permanencia por vía legal (representantes de los

trabajadores) o por vía convencional. No establece preferencia de permanencia ni tampoco prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, con independencia de que la normativa nacional pueda regular disposiciones más favorables en punto a la protección de las trabajadoras embarazadas.

La Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que, por vía de excepción, se admitirán respecto a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Sin embargo, dicha Directiva que contiene disposiciones mínimas, otorga la facultad de los Estados miembros a garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas. Por su parte, la Abogado general defiende la posibilidad de recolocación, permitiendo a la trabajadora continuar prestando sus servicios en otro puesto similar a sus funciones, y respetando en todo caso su dignidad y formación. Y señala que la sala autonómica no plantea si existe una obligación absoluta de permanencia, y como el art. 10.1 regula la prohibición del despido salvo casos excepcionales no inherentes al estado biológico, concluye que dicho precepto no exige que el Estado miembro regule la prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas, aunque sí podrá adoptar medidas que establezcan una protección adicional si lo considera oportuno. Ni en la Directiva 92/85, ni tampoco en la específica de los despidos colectivos 98/59, existe la obligación de adoptar legislación por parte de un Estado para regular dicha la prioridad de permanencia. Sin embargo, la negociación colectiva sí tiene la facultad de adoptar medidas que prioricen su permanencia, y así lo observamos en acuerdos alcanzados entre las partes en el período de consultas del Expediente de despido colectivo, donde se recoge la prioridad de permanencia de las mujeres embarazadas, o aquéllas que hayan dado a luz en los últimos 9 meses.

Según mi criterio, es la opción que se debería seguir siempre. El hecho de haber dado a luz, comporta unas consecuencias que pueden ir más allá del solo hecho de ser madre, por ejemplo, la necesaria recuperación física o la lactancia. Lo que se pretende proteger es tanto la situación de embarazo, como de postparto que sufren de forma exclusiva las mujeres, y que merece una protección especial. No tiene sentido hablar de discriminación desde una posición radicalmente distinta de la protegida, como puede ser la de un padre que denuncie que la cláusula convencional que prioriza la permanencia de las embarazadas es discriminatoria. El razonamiento de constituir discriminación por

su condición de padre, porque colocaría, o se daría a las trabajadoras embarazadas un trato favorable, frente a quien estaría en una situación comparable, es completamente ilógico, y demuestra, no haber comprendido nada sobre la protección de la maternidad en el seno laboral.

Es cierto que es indiscutible que no estaríamos ante una norma "aparentemente neutra". No obstante, la tutela de la mujer embarazada o en período de lactancia, y en el ámbito particular de la prevención de riesgos laborales, descansa en la legalidad, y se realiza específicamente en la propia normativa comunitaria, como sucede en la Directiva 92/85/CEE, de 19/10/1992, que sanciona con una rotundidad que podría calificarse incluso como poco habitual, la prohibición del despido de personas integradas en dicho colectivo, exigiendo de los Estados, las medidas necesarias para prohibir el despido de dichas trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad. Asimismo, en el Preámbulo de la norma comunitaria se justifica la medida advirtiendo que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, siendo conveniente establecer una prohibición de despido. A partir de ello, debe negarse categóricamente la existencia de discriminación en la afectación de un trabajador varón en el despido colectivo, dado que en ningún caso nos encontramos ante situaciones comparables de los que se desprenda una situación desfavorable por la condición sexual de la trabajadora.

A su vez, el Tribunal Supremo ha sentado doctrina recientemente sobre la obligatoriedad de hacer constar en la papeleta de conciliación el estado de gestación de la trabajadora que ha sido despedida. El conocimiento de este hecho por la empresa no exime a la trabajadora de expresarlo en la papeleta, con independencia de que no se pueda tomar en consideración luego en el acto del juicio a efectos de nulidad. De este modo, en caso de producirse una variación sustancial de la demanda y observarse una incongruencia entre la papeleta de conciliación y la demanda respecto a la existencia de embarazo, al no hacer constar en la papeleta que en la fecha del despido la trabajadora estaba embarazada, y sí consignarse este dato en la demanda, el despido será declarado improcedente (y no nulo). Todo ello con independencia que posteriormente aclare la trabajadora que la causa de despido estaba motivada por razón de embarazo, ya que el Tribunal apreciará la excepción de falta de congruencia y declarará la improcedencia del



despido, en razón de no tomar en consideración el hecho del embarazo, aún siendo conocedora de tal hecho la empresa, por haberse alegado en los escritos de ampliación de la demanda, hechos distintos de los aducidos en conciliación<sup>360</sup>.

### **2.1.3 Desistimiento empresarial durante el periodo de prueba por razón de maternidad**

Ya finalizando este bloque, pasaremos ahora a tratar el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba por razón de embarazo/maternidad de la trabajadora.

Durante el período de prueba del contrato de trabajo, y siempre que éste se haya establecido conforme los requisitos legales y convencionales que lo regulan, la extinción del contrato (desistimiento) puede producirse de manera unilateral o por ambos contratantes, sin necesidad de alegación, mucho menos acreditación, de los motivos del cese. Sin embargo, esta inexigencia de causa y legitimidad presunta que rodea a la decisión no pueden ampararse en ningún caso, en el ejercicio de una facultad extintiva que lesione derechos fundamentales como el de igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora. De no ser así, quedaría afectada la estabilidad en el empleo, desde su concepción individual como derecho al trabajo<sup>361</sup>. Es el legislador quien debe configurar la causalidad que debe observarse en la extinción contractual; y en materia de prueba, el legislador, hasta el RD 6/2019, de 1 de marzo, optó por no fijar ninguna formalidad, no exigiéndose para su efectividad, comunicación escrita ni expresión de la causa que la motivara. De este modo, esta norma introdujo una significativa modificación en el artículo 14 del ET que regula el período de prueba, y en concreto, la extinción durante el mismo, logrando blindar de protección a la trabajadora embarazada tras un largo periodo de cambios doctrinales sobre la materia.

En el año 2013, el Tribunal Constitucional establece que el blindaje frente al despido de las trabajadoras en situación de embarazo no puede extenderse automáticamente al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, ya que son dos situaciones diferentes. De este modo, se consideraba que el legislador optó de forma

---

<sup>360</sup> STS 528/2020, de 25 de junio (Rec. 877/2017).

<sup>361</sup> Gallego F., Op. Cit., p.117.

consciente por rebajar el régimen de tutela reforzada del artículo 55.5 b) ET cuando la situación contractual se situase en el marco del periodo de prueba, donde el contrato aún no es firme<sup>362</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo desde el año 2011<sup>363</sup>, ha venido estableciendo que el art. 55.5.b) ET no era de aplicación a las extinciones contractuales producidas durante el periodo de prueba, pues en tales casos, el cese sólo podía calificarse como nulo cuando existiera discriminación por causa de embarazo<sup>364</sup>.

Toda esta doctrina, como hemos mencionado, fue evolucionando hasta llegar a la protección efectiva que rige hoy durante el periodo de prueba. Los derechos y bienes constitucionalmente protegidos en caso de extinción del contrato de una trabajadora embarazada no se limitan al derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que la tutela reforzada no debe extenderse sólo a este derecho, sino también al resto de derechos y bienes constitucionales implicados: el derecho a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas (art. 40.2 CE), y la protección a la familia y a los hijos (art. 39 CE). La protección constitucional y su desarrollo legal, en el caso de las trabajadoras embarazadas, debe ser la misma en los supuestos de despido y de extinción contractual durante el periodo de prueba, con independencia que el empresario tenga o no conocimiento de la situación de embarazo.

Un razonamiento que cobra fuerza es la inexistencia de distinción, por parte de la jurisprudencia constitucional y la ordinaria, de las causas en cuanto a la protección de la trabajadora embarazada frente a la extinción del contrato de trabajo. En nuestro ordenamiento jurídico existen despidos no causales, aunque con la obligación de abonar una indemnización por extinción, en concreto, los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes por el empresario (art. 56.2 ET), y las extinciones por causas objetivas reconocidas como improcedentes en los contratos de fomento de la contratación indefinida. Y en ninguno de estos supuestos se plantean dudas respecto a la aplicación del art. 55.5.b) ET cuando el despido afecte a trabajadoras embarazadas. Otro argumento utilizado para refrendar la necesaria equiparación a los ceses durante el periodo de prueba fue que la Directiva 92/85 contemplaba un concepto amplio de

---

<sup>362</sup> STC 173/2013 de 10 de octubre (Rec. 3773/2011).

<sup>363</sup> STS de 18 de abril de 2011.

<sup>364</sup> Cordero V., “La extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 28, 2012.

despido que comprende las extinciones no causales, como el desistimiento durante el periodo de prueba. Y si la Directiva resultaba aplicable a estos supuestos, también lo debía ser su normativa de transposición.

Por todo lo anterior, debemos entender que existe base jurídica para aplicar la tutela reforzada frente al despido de las trabajadoras embarazadas en las extinciones contractuales durante el periodo de prueba, sin exigir conocimiento del embarazo por el empresario, al igual que la anterior normativa de protección frente al despido se aplicaba indistintamente tanto a las extinciones causales como a las no causales. Al fin y al cabo, el dato del embarazo pertenece a la esfera más íntima de la persona, y la trabajadora tiene el derecho a preservarlo del conocimiento ajeno. Al eximir de la prueba el conocimiento empresarial, se corrige la dificultad probatoria que supone para la trabajadora, además de ser atentatorio para su dignidad. En consecuencia, la concurrencia del embarazo sí es suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial cuando el empresario acredite que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo, y que en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria<sup>365</sup>.

El resultado de todas las premisas jurisprudenciales y doctrinales sobre la necesaria extensión de protección a las trabajadoras embarazadas en el periodo de prueba se tradujo en la entrada en vigor del RDL 6/2019, de 1 de marzo. Esta normativa contiene relevantes medidas en el ámbito de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Y una de estas medidas, que quizá ha pasado algo más desapercibida que otras, es precisamente, la modificación del apartado 2º del artículo 14 ET, ya que introduce un segundo párrafo que dispone lo siguiente:

*“La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o la maternidad”.*

A la vista de esta nueva redacción, es cierto que todavía se permite a las empresas extinguir la relación laboral de una trabajadora por no superación del período de prueba, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de

---

<sup>365</sup> Ídem.

permiso por nacimiento, sin embargo, el empresario deberá acreditar la existencia de las causas que motivan la extinción durante el período de prueba, y que dichas causas son absolutamente ajenas a la situación de embarazo o la maternidad.

En cualquier caso, cabe plantearse si con esta reforma se estaría exigiendo causalizar todas las extinciones realizadas en el transcurso de un período de prueba de las trabajadoras embarazadas cuya relación laboral, originariamente, podía ser finalizada por desistimiento unilateral de cualquiera de las partes, sin derecho a indemnización, y sin necesidad de exponer ni explicar causa extintiva alguna. Además de tener en cuenta que no siempre se declarará nula la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada por no haber superado el período de prueba, en caso de no acreditarse que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación de la trabajadora, o justificara su decisión en móvil ajeno de propósito atentatorio de derechos fundamentales, al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora, y/o apoyar esta decisión objetiva en otros despidos producidos el mismo día, o similar, y por mismos motivos que la trabajadora embarazada<sup>366</sup>. Y por el contrario, cuando sí se consiga probar que el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba ha tenido como causa el estado de embarazo, o cualquier factor relacionado con su condición de mujer y madre, se aplicará el régimen de la nulidad objetiva y automática.

---

<sup>366</sup> STC 173/2013 de 10 de octubre (Rec. 3773/2011).

## **CAPÍTULO V. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA POSICIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO**

### **1. Buenas prácticas de Igualdad en la empresa**

#### **1.1.1 Propuesta de medidas hacia la Corresponsabilidad en Convenios y Planes de Igualdad**

A continuación pretendo exponer, a modo de “buenas prácticas”, una serie de medidas extraídas de diferentes convenios colectivos y Planes de Igualdad, con el objeto de servir como referencia o inspiración para futuras negociaciones colectivas, acompañadas de los indicadores pertinentes para controlar su implantación y grado de efectividad.

La primera medida es referida al uso de canales de comunicación interna de la empresa, así como los que se desarrollen en el futuro para informar a la plantilla de los permisos, suspensiones de contrato y excedencias que contempla la legislación y las mejoras de la empresa, visibilizando la posibilidad de su disfrute por los hombres. El indicador para ello puede ser el control del número de informaciones, comunicados colgados en los tabloneros de anuncios/nº de centros, así como la información específica para los hombres colgada en los tabloneros y otros canales.

La segunda medida será establecer que las personas que se acojan a una jornada distinta de la completa puedan participar en los cursos de formación y en los procesos de promoción. El medidor para ello será el desarrollo de un informe sobre las promociones en relación con el disfrute de permisos de conciliación. Una tercera medida estaría relacionada con la recogida de datos estadísticos desagregados por sexo, grupo profesional y tipo de contrato de los diferentes permisos, suspensiones de contrato y excedencias relacionadas con la conciliación, teniendo como medidor el control del número de permisos, suspensiones de contrato y excedencias solicitados y disfrutados por mujeres y hombres.

Otra medida esencial para que la conciliación de la plantilla sea efectiva en la empresa es la fijación de las reuniones de trabajo dentro del horario de trabajo establecido. Y en caso de inconveniente o imposibilidad, que se desarrolle vía telemática desde casa, fuera del horario laboral. Para ello, deberá llevarse a cabo por el

Departamento de RRHH un cuadrante de todas las reuniones con horario establecido, y notificado con suficiente antelación para permitir a las personas facilitar la organización de su vida personal y laboral<sup>367</sup>. Al mismo tiempo deberá asegurarse que se otorgue preferencia en la movilidad geográfica voluntaria y solicitud de cambio de centro, cuando la solicitud tenga motivos de cuidados de personas dependientes (menores de 8 años y familiares de primer o segundo grado), siempre que en la persona se den condiciones de idoneidad y competencia. Deberá estudiarse el número de veces que se ha solicitado y aplicado por sexo.

Por otro lado, la fijación de una bolsa de 3 días al año para el disfrute de temas conciliatorios y/o personales, así como de una bolsa retribuida de 16 horas al año para acompañamiento a consultas médicas del cónyuge o pareja de hecho y parientes de primer grado<sup>368</sup>. Al igual que otra bolsa de hasta un máximo de 10 horas al año como permiso retribuido, previo aviso y justificación, para:

- Visitas médicas o de rehabilitación del empleado o para acompañamiento a visitas médicas de familiares (cónyuge y familiares de primer grado por consanguinidad y afinidad).
- Asistencia a tutorías escolares de hijos y eventos escolares<sup>369</sup>.

En todos estos casos, se llevará a cabo un seguimiento del uso de la bolsa por número de hombres y mujeres.

En este contexto, es recomendable que durante la negociación colectiva se incremente la edad del hijo para reducción de jornada por razones de guarda legal por cuidado directo de hijo/a, de 12 a 14 años, así como aumentar de 3 a 4 años el periodo de excedencia voluntaria por cuidado de hijos previsto en el art.46.3 ET<sup>370</sup>, y de 2 a 3 años el periodo de excedencia voluntaria para 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<sup>371</sup>.

Una de las medidas más importantes y sobre la que urgentemente debería legislarse, es la referida a la adopción de la medida de acción positiva a favor de

---

<sup>367</sup> Plan de Igualdad Actren Mantenimiento ferroviario (2017-2021).

<sup>368</sup> Plan de Igualdad Grupo de Empresas Maxam (2017-2021).

<sup>369</sup> Art. 22 VI Convenio colectivo del Grupo de empresas Generali España (2017-2021).

<sup>370</sup> Plan de Igualdad de Paradores de Turismo de España SA (2016-2020).

<sup>371</sup> Plan de Igualdad CIDI SA centro Cantabria (2018-2022).

aquellas personas trabajadoras que se reincorporan al trabajo tras disfrutar de sus derechos conciliatorios para que accedan a los cursos de formación profesional realizados en su ausencia. También la relacionada a garantizar los derechos de conciliación para las parejas de hecho, incluyendo los días de permiso remunerado, siempre que se acredite documentalmente su correcta inscripción (certificación comunidad autónoma u organismo competente)<sup>372</sup>. Y el permiso retribuido por días completos para las trabajadoras en tratamientos de técnicas de reproducción asistida con un máximo de 5 días anuales y debidamente justificados<sup>373</sup>.

Trataremos ahora las medidas que mayores dificultades plantean en el proceso de negociación, y que se observan en escasos convenios, a pesar de tener mucha efectividad a la hora de facilitar la conciliación de los trabajadores progenitores. Primero, la medida referida al disfrute, en caso de fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho del/la trabajador/a con hijos menores de edad, de una licencia con reserva del puesto de trabajo, no superior a un mes, con una retribución económica equivalente al 50 % de su salario mensual<sup>374</sup>. Segundo, la referida a la flexibilización en una hora el horario de entrada y salida de la jornada para quienes tengan a su cargo personas mayores, descendientes de primer grado de consanguinidad menores de 14 años o personas con discapacidad psíquica, física o sensorial acreditada, así como quien tenga a su cargo directo un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, de mutuo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora<sup>375</sup>. Tercero, el derecho del trabajador con hijo menor de tres años, a solicitar no prestar servicios en sábados, domingos y festivos y ser adscritos a un turno de trabajo adaptado al horario de guardería, previa justificación del mismo<sup>376</sup>.

Cabe mencionar una medida que cada vez se negocia con más frecuencia, como es la referida al cheque-guardería. De este modo, puede establecerse que las trabajadoras y los trabajadores que tengan matriculados a sus hijos en guarderías o centros de educación infantil y tengan una antigüedad superior a seis meses, puedan

---

<sup>372</sup> Plan de Igualdad Compañía de Vigilancia Aragonesa SL (2017-2021); Plan de Igualdad Actren Mantenimiento ferroviario (2017-2021).

<sup>373</sup> Plan de Igualdad Paradores de España SA (2016-2020).

<sup>374</sup> Art.14 Convenio Colectivo Heineken España (2017-2021).

<sup>375</sup> Convenio Radio Televisión española SA (2020-2024).

<sup>376</sup> Convenio colectivo Grupo Vips (2020-2024).

solicitar una ayuda que se recibirá a través de un Cheque Guardería por importe de 60 euros brutos mensuales por hijo con una duración máxima de doce mensualidades<sup>377</sup>.

Respecto a las vacaciones, una medida que algunos convenios suelen adoptar es la fijación de prioridad de aquellos trabajadores que acrediten tener hijos menores sometidos a su custodia y cursando estudios reglados para que estos coincidan con los periodos vacacionales escolares en los periodos no estivales y para aquel personal que se encuentre afectado por sistema de turnos de trabajo<sup>378</sup>. Otros convenios regulan la situación de aquellos trabajadores con hijos menores que, por convenio regulador o sentencia judicial de separación o divorcio, se dispusiera que sólo pueden coincidir con sus hijas/os en calendario escolar, teniendo derecho a que la mitad del disfrute de sus vacaciones coincida con dicho calendario<sup>379</sup>, o directamente dar preferencia en la adjudicación de estos turnos de vacaciones para obligarles a hacerse cargo de sus hijos durante este periodo<sup>380</sup>. Y más allá del régimen de vacaciones, debería regularse también su adaptación horaria y movilidad geográfica con el objetivo de que puedan atender situaciones parentales relacionadas con el régimen de visitas sus hijos/as u otras situaciones para padres o madres separados/divorciados o cuya guardia y custodia recaiga en uno de los dos progenitores<sup>381</sup>.

En relación a las trabajadoras en estado de gestación, una de las medidas más positivas y efectivas para su conciliación y protección de maternidad es otorgarles la posibilidad de solicitar, por ejemplo a partir del sexto mes de gestación, la jornada laboral continuada en horario de mañana hasta su reincorporación<sup>382</sup>.

Y por último, para el caso de las personas con reducción de jornada, como alternativa a esta, y como instrumento de conciliación de la vida personal y laboral, se podrán arbitrar las medidas necesarias para favorecer sistemas de trabajo a distancia en aquellos puestos que, dentro de su perfil, incluyan tareas susceptibles de ser realizadas mediante la modalidad de teletrabajo. El indicador de esta medida será el estudio del número de solicitudes de teletrabajo y traslados a este régimen por hombres y mujeres y responsabilidades familiares.

---

<sup>377</sup> Plan de Igualdad Redexis Gas SA (2017-2021).

<sup>378</sup> Convenio Colectivo Logirail SAU (2019-2023).

<sup>379</sup> Plan de Igualdad Compañía de Vigilancia Aragonesa S.L (2017-2021).

<sup>380</sup> Convenio colectivo Grupo Vips (2020-2024).

<sup>381</sup> Plan de Igualdad Semark AC Group (2016-2020).

<sup>382</sup> Convenio Acquajet Semae SLU (2019-2023).



### **1.1.2 El teletrabajo: ¿nuevo aliado para la Igualdad y Conciliación?**

El artículo 4.5 LTD señala que las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de la adaptación a la jornada establecido en el art. 34.8 ET, con el fin de no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar. Aunque, a primera vista, pudiera parecer que dicha declaración es totalmente redundante, puesto que uno de los ejes de la modalidad de teletrabajo es su posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, sin embargo, su razón de ser va más allá, pretendiendo lograr una corresponsabilidad efectiva y real, incidiendo en que el teletrabajo no suponga un obstáculo para ello. De hecho, como es sabido, el incremento progresivo del ritmo de incorporación de mujeres al mercado laboral no ha ido acompañado de transformaciones sociales profundas, en el sentido de repartir de forma equilibrada los roles de cuidado de la familia y responsabilidades domésticas, pues en nuestra sociedad siguen siendo ellas las que más tiempo dedican a este tipo de tareas<sup>383</sup>.

Desde la paulatina implantación del teletrabajo en España, dos son los principales problemas detectados.

Desde un punto de vista general, lo cierto es que el porcentaje de trabajadores empleados bajo esta modalidad alcanzaba, hasta el año 2020, en sus mejores datos, el 9 % en CCAA como Madrid o Comunidad Valenciana, alcanzando los 1,4 millones de puestos de trabajo en el cómputo del Estado. No parece un volumen desmesurado y ello puede deberse principalmente a dos causas. (1) El modelo productivo español prima la unidad de tiempo sobre la unidad de obra al responder a una actividad enfocada al sector servicios desde el punto de vista de atención al cliente. (2) La todavía reticencia de los empresarios a la hora de permitir a su plantilla trabajar desde un lugar distinto al centro habitual de trabajo, por miedo a reducir su poder de control y fiscalización de sus resultados.

Asimismo debe analizarse la incidencia del teletrabajo como medida de fomento de la conciliación, pero también las repercusiones desde una perspectiva de género. En este sentido, diversos autores apuntan a la posibilidad de que las nuevas tecnologías, que en sí mismas, por su naturaleza, han supuesto un paso adelante materia de igualdad,

---

<sup>383</sup> Poquet R., “El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico”, Aranzadi (Ed.), 2020, pp. 111-112.

puedan suponer un paso atrás<sup>384</sup>. Para la catedrática Blázquez Agudo, esto se debe a que se ha malinterpretado el teletrabajo como una medida de conciliación, desde una perspectiva que facilita el poder quedarse en casa cuidando a los hijos, cuando el trabajo implica que no se puede hacer más que eso. Si esto se mantiene así, volveremos al punto de partida: *las mujeres teletrabajaremos más para intentar conciliar*”, señala. Una visión que comparte su compañera Nieto Rojas, al considerar que el *teletrabajo no debe ser una medida de conciliación porque es cambiar el lugar desde el que se realizan las tareas, pero perpetúa los roles*”. La experta argumenta que si sólo las mujeres se acogen a este tipo de programas, se perpetuará la situación de partida: “*Se producirá un efecto boomerang como con todas las medidas de conciliación que han acabado frenando la carrera de las mujeres*”<sup>385</sup>.

El teletrabajo presenta diversos aspectos positivos y negativos. Desde el punto de vista positivo, permite la aparición de la nueva figura denominada “nómada digital”. Trabajadores de distintas partes del mundo se trasladan a otras ciudades, de forma temporal o permanente, en base a sus preferencias personales, debido a la flexibilidad que otorga esta nueva forma de prestación de servicios, que no fija un centro de trabajo físico. Por ejemplo, la empresa Google hace depender la retribución salarial según el nivel de vida del trabajador, dependiendo el lugar donde viva. En segundo lugar, reduce los costes de oficina, en relación a los espacios de alquiler, luz, etc, así como del Plus transporte. En tercer lugar, reduce el absentismo, y ayuda a combatir el cambio climático (en 3 días de teletrabajo, se reduce un 10%; mientras que en 4 días, se reduce un 15%).

Desde el punto de vista negativo, aumenta la fatiga del trabajador, al no existir un lugar de descanso, sino que todo se desarrolla en el mismo lugar. En segundo lugar, se da la paradoja de la autonomía, ya que si bien en apariencia parece otorgarse mayor libertad, en la práctica ocurre más bien lo contrario. En tercer lugar, aumenta el riesgo del coste de medios de la empresa, en relación a la protección de datos, contratación y

---

<sup>384</sup> López J.M., “El teletrabajo como medida de fomento de igualdad y conciliación”, en *Los retos de la igualdad en un escenario de transformación digital*, Dykinson (Ed.), 2019, pp.134-135.

<sup>385</sup> Tringado B., “La conciliación es un caramelo envenenado para las mujeres”, 2021. Disponible en: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/06/09/fortunas/1623263293\\_936586.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/06/09/fortunas/1623263293_936586.html) [Fecha de consulta: 6/12/2021].

despidos. En cuarto lugar, se dificulta el acceso a la libertad sindical y la individualización de las relaciones de trabajo. Asimismo, aumenta la brecha de la seguridad, el aislamiento laboral y la desvinculación con la política de la empresa y sus objetivos.

Pero sin duda, los dos efectos más perjudiciales de la implantación del teletrabajo es, primero, el riesgo psicosocial a causa del aumento de la jornada de trabajo. En este sentido, tienen lugar jornadas laborales más largas, lo que conlleva mayor estrés, conflictos familiares, mayor desconcentración, estrechándose la línea que separa la vida personal y familiar. Una solución a ello puede ser la aplicación de la herramienta de la adaptación de jornada. Segundo, la perpetuación de los roles de género. Con la llegada de la pandemia, se produce un incremento del número de mujeres que teletrabajan respecto a los hombres (casi 5 puntos porcentuales). En la práctica, parece que este problema se traslada a la negociación colectiva.

Por último, me gustaría ahora hacer mención de una reciente sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27/07/2021<sup>386</sup>, que refleja perfectamente la irrupción de las tecnologías y el teletrabajo en nuestro marco laboral, consiguiendo cada vez, más prerrogativas para su implantación en las empresas. Ciertamente comparto con Rojo Torrecilla que la crisis sanitaria, el desarrollo acelerado del teletrabajo y la necesidad empresarial de reorganizar la dinámica de trabajo, y los espacios en los que se desarrolla, para adecuarse a las obligaciones derivadas del distanciamiento social, han provocado la aparición de problemas que manifiestan la necesidad de encontrar el justo equilibrio entre el poder de dirección empresarial y los derechos de los trabajadores. El uso de los algoritmos también constituye un factor que incide en la organización empresarial<sup>387</sup>.

En esta ocasión, la Audiencia Nacional falla a favor de una empresa que pretendía instaurar un sistema denominado “*hot desking*”, consistente en una aplicación informática a través de la cual, los trabajadores debían reservar sus puestos de trabajo de

---

<sup>386</sup> SAN núm. 180/2021 de 27 julio.

<sup>387</sup> Rojo E., “Obligación de trabajar... y de reservar puesto de trabajo. Como la tecnología puede modificar la organización empresarial y la de las personas trabajadoras. Notas a propósito de la sentencia de la AN de 27 de julio de 2021”, en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2021. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/obligacion-de-trabajar-y-de-reservar.html> [Fecha de consulta: 6/12/2021].

manera semanal, pudiendo estar localizados en distintos lugares de las instalaciones de la compañía. Se rechaza la petición de los sindicatos de que los empleados mantengan un puesto físico fijo, al igual que con esta alteración se haya llevado a cabo un modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Este asunto enfrentaba al sindicato Coordinadora Sindical de Clase (CSC) y la empresa Ayesa Advanced Technologies S.A., que, con motivo de la pandemia, decidió cambiar de sede y modificar sus dinámicas de trabajo. De ahí que diseñara un procedimiento denominado *Smart Job*, que incluía la adjudicación de puestos de trabajo (*hot desk*) mediante solicitudes que los trabajadores debían realizar por medio de una aplicación informática. Este nuevo método afectaba a la totalidad de la plantilla repartida por todo el país, buscando maximizar la flexibilidad del uso de la oficina. Para CSC, con este nuevo método los trabajadores dejarían de tener un espacio de trabajo físico habitual y de no ejecutarse la reserva de sus puestos, estos se quedarían sin un lugar en el que poder llevar a cabo su tarea. Sin embargo, la Audiencia estima que *nos encontramos ante un nuevo criterio empresarial de organización del trabajo que no afecta a las materias contempladas en el artículo 41 ET, y que responde a razones de eficacia y eficiencia organizativa para un mejor aprovechamiento de los recursos materiales que precisa la empresa para la ejecución de su fin empresarial*". (FJ 4.3)<sup>388</sup>.

Según Molina Navarrete, era cuestión de tiempo que una organización del trabajo digitalizada, con mayor presencia de teletrabajo, pronto descubriera que la "asignación de puestos físicos" fijos carece de racionalidad económica. De ahí que se busquen aplicaciones que faciliten su asignación múltiple, pero sucesiva. El "alma económica" de la norma laboral avala este modelo de organización. Lo que no tiene tan claro es que su "alma social" no requiera, para legitimarlo, un proceso de consulta-negociación ex art. 41 ET y lo deje únicamente a la decisión empresarial ex art. 20 ET, como expresión de la libertad de empresa y la potestad organizativa de la empresa.

Finalmente, el teletrabajo supone una nueva modalidad que despierta mucha controversia en relación a si realmente puede ayudar a una mejora conciliación de la vida personal y profesional, o si por el contrario va a reforzar los roles de género tan

---

<sup>388</sup> Pérez G.R., "La Audiencia Nacional avala las 'mesas calientes' en las empresas", ElPaís, 2021. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2021-09-02/la-audiencia-nacional-avala-las-mesas-calientes-en-las-empresas.html> [Fecha de consulta: 6/12/2021].

arraigados en la sociedad, sin llegar a convertirse, como parte de la doctrina defiende, en una herramienta de valor en aras de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales. Por el momento, es preciso seguir analizando en profundidad los efectos que esta nueva forma de trabajar va a tener en la situación profesional de hombres y mujeres, y en caso de presentar una desventaja para las mujeres, adoptar todas las medidas correctoras pertinentes.

### **1.1.3 Hacia la Igualdad retributiva entre hombres y mujeres: entrada en vigor del RD 902/2020, de 13 de octubre**

A continuación quiero tratar la nueva realidad introducida por el RDL 6/2019 que permitirá dar un paso más en la Igualdad Retributiva. Al ser una novedad legislativa muy reciente, analizaremos en qué consiste, y cómo deben actuar las empresas en base a estas dos herramientas, si bien no tenemos aún demasiada información o ejemplos prácticos para extraer una conclusión de su efectividad.

El Real Decreto-ley 6/2019 introduce la obligatoriedad de disponer de un registro salarial por parte de las empresas conforme la modificación del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores. Este Real Decreto modifica el artículo 46.2 de la LOIEMH al incluir la auditoría salarial en el diagnóstico de los Planes de Igualdad además de prever su desarrollo reglamentario en el artículo 46.6. Este hecho crea un vínculo entre el Real Decreto 901/2020 de Planes de Igualdad y el Real Decreto 902/2020 de igualdad retributiva, al ser en éste último donde se realiza el desarrollo reglamentario tanto del registro salarial como de la auditoría salarial. Ambas herramientas son utilizadas para la realización del Diagnóstico correspondiente a cada Plan, en base a toda la información recogida, tal y como se recoge en el Anexo del Real Decreto 901/2020.

El Real Decreto 902/2020 sobre igualdad retributiva integra la transparencia salarial en las empresas y en los convenios además de garantizar el derecho a la información retributiva, permitiendo conocer la situación real de las empresas en relación a las retribuciones de toda la plantilla. Esto va a permitir identificar la posible existencia de diferencias retributivas y los motivos de las mismas, permitiendo proponer

medidas acordes a la situación a corregir. Como vemos, este Real Decreto sigue la misma dinámica que la Unión Europea propone en relación a la igualdad retributiva. Para alcanzar estos objetivos, este Reglamento articula el funcionamiento del registro salarial así como de las auditorías salariales, obligatorias en aquellas empresas que tengan Plan de igualdad (actualmente, todas aquellas con 50 trabajadores o más).

La finalidad de esta norma es fijar medidas específicas en cada empresa para hacer efectivo el derecho a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva. En base a ello se procederá a desarrollar los mecanismos para identificar y corregir la discriminación existente y luchar contra la misma, promoviendo las condiciones que sean necesarias.

El ámbito de aplicación abarca tanto el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores—incluyendo a las personas trabajadoras a tiempo parcial que tienen los mismos derechos, incluidos los retributivos, que las personas trabajadoras a tiempo completo—, como el ámbito referido al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas<sup>389</sup>.

Las organizaciones sindicales y empresariales más representativas junto con una representación de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Igualdad, se reunirán semestralmente para analizar la efectividad de la lucha contra la brecha salarial y la aplicación de este reglamento. Asimismo, procederán a la elaboración de guías de buenas prácticas para la negociación colectiva y una guía técnica para la realización de auditorías retributivas.

Conforme el art. 5 del RD 902/2020, todas las empresas deben disponer de un registro retributivo de toda su plantilla, incluida el personal directivo y los altos cargos. Este registro deberá incluir los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extra salariales de la plantilla desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. A tales efectos, deberán establecerse en el registro desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, o puesto. A su vez, esta información deberá estar desagregada en atención a la naturaleza de la

---

<sup>389</sup> CCOO, “Guía para no perderse en el Real Decreto 902/2020 de igualdad retributiva”, 2021, pp. 5-6.

retribución, *incluyendo salario base, cada uno de los complementos y cada una de las percepciones extra salariales, especificando de modo diferenciado cada percepción* (art. 5 RD 902/2020). El registro deberá reflejar —conforme el art. 6 a) del RD 902/2020—, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme los resultados de la valoración de puestos de trabajo aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional. Cuando en una empresa con al menos 50 trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25% o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

El periodo de este registro se fija en un año natural. En relación al acceso a este registro, en las empresas con representación legal de las personas trabajadoras, el acceso se facilitará a dicha representación, que tendrá derecho a conocer el contenido íntegro del mismo. En cambio, en las empresas sin representación legal de las personas trabajadoras la información que se facilitará se basará en las diferencias porcentuales existentes en las retribuciones promediadas entre mujeres y hombres; esta información estará desagregada en base a la naturaleza de la retribución y al sistema de clasificación aplicable. También es importante conocer que existirán diferencias entre unos registros y otros. Por ejemplo, las empresas que tengan que hacer una auditoría retributiva, tendrán un registro retributivo acorde a las siguientes especificidades: primero, el registro reflejará además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo. Segundo, el registro incluirá la justificación a la que se refiere el artículo 28.3 del ET, respecto a cuando la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las de otro en un 25%<sup>390</sup>.

Para identificar las posibles situaciones de discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva, será necesario disponer de información, desagregada por sexo, sobre la política retributiva de la empresa, los criterios de atribución de complementos, incentivos o cualesquiera otros beneficios y percepciones, ya sean de

---

<sup>390</sup> CCOO, Op. Cit., pp. 9-10.

naturaleza salarial o extra salarial y el sistema de clasificación profesional<sup>391</sup>. A tal efecto, serán fuentes de información para el análisis las siguientes:

- Datos extraídos de la Tabla obtenida en la fase de recogida de información.
- Resultados de la auditoría retributiva, realizada conforme el RD 902/2020, de 13 de octubre.
- En tanto en cuanto no esté aprobado el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo, se recomienda utilizar el Sistema de valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género disponible en el enlace siguiente: <https://www.igualdadnlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>
- Datos del registro retributivo con el contenido previsto en el art. 28.2 del ET, con las peculiaridades que establece el art. 6 del RD 902/2020, de 13 de octubre, para las empresas con auditoría retributiva. El Instituto de la mujer también ofrece un instrumento Excel para llevar a cabo el Registro retributivo: <https://www.igualdadnlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>

Por otro lado, en cuanto al contenido de la auditoría retributiva, conforme el art. 8 RD 902/2020, debe llevarse a cabo una evaluación de los puestos de trabajo, atendiendo a la valoración de puestos de trabajo de igual valor. El principio de igual retribución por trabajo de igual valor (art. 28.1 ET) vincula a todas las empresas, independientemente del número de personas trabajadoras, y a todos los convenios y acuerdos colectivos. Conforme el art. 28.1 ET, un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes. A tales efectos, podrán ser relevantes, entre otros factores y condiciones: la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, o la capacidad de resolución de conflictos y de organización (art. 4.3 RD 902/2020). Una correcta valoración de los puestos de trabajo requiere que se apliquen los criterios de adecuación,

---

<sup>391</sup> Instituto de las Mujeres, “Guía para la elaboración de planes de igualdad en las empresas”, Ministerio de Igualdad, 2021, p. 31.



totalidad y objetividad. La valoración de puestos de trabajo tiene por objeto realizar una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo, teniendo en cuenta su incidencia y permitiendo la asignación de una puntuación o valor numérico al mismo (art. 4.4 RD 902/2020). Los factores de valoración deben ser considerados de manera objetiva y deben estar vinculados de manera estricta con el desarrollo de la actividad laboral. La valoración debe referirse a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de trabajo de la empresa, y ser adecuada al sector de actividad, tipo de organización de la empresa y otras características que puedan ser significativas, con independencia de la modalidad de contrato de trabajo. El diagnóstico de la situación retributiva en la empresa también implica analizar la relevancia de otros factores desencadenantes de la diferencia retributiva, así como las posibles desigualdades que pudieran apreciarse en el diseño de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa, o las dificultades que las personas trabajadoras pudieran encontrar en su promoción profesional o económica derivadas de otros factores como las actuaciones empresariales discrecionales en materia de movilidad o las exigencias de disponibilidad no justificadas (art. 8.1. 2º RD 902/2020). En el diseño de la auditoría, debe establecerse un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas, con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento. El plan de actuación deberá contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos (art. 8.1.2º b) RD 902/2020).

A partir de la información aportada por estos elementos y de cualquier otra que resulte de interés, el diagnóstico contendrá información y análisis sobre:

- Los sistemas y criterios de valoración de puestos de trabajo, tareas o funciones, y de los sistemas y/o criterios de clasificación profesional utilizados por grupos profesionales y/o categorías, analizando la posible existencia de sesgos de género y de discriminación, directa o indirecta, entre mujeres y hombres, conforme el art. 22 ET.
- La distribución de la plantilla conforme al sistema utilizado en la empresa para hacer la clasificación profesional.
- El salario base, complementos y cada uno de los restantes conceptos, diferenciando salariales y extra salariales, así como su naturaleza y origen,

cruzados por grupos, categorías profesionales, puesto, tipo de jornada, tipo de contrato y duración.

Todo ello permitirá analizar en primer lugar, la existencia de desigualdades retributivas y de qué tipo, indicando su posible origen. En segundo lugar, los criterios en base a los cuales se establecen los diferentes conceptos salariales, que incluyen todas las percepciones retributivas, sin exclusión alguna, incluidas las retribuciones en especie y cualquiera que sea su naturaleza y origen. En tercer lugar, las conclusiones extraídas de la información que permita conocer, por ejemplo, si existen diferencias salariales entre ambos sexos, y si tales diferencias están asociadas a ocupaciones desempeñadas mayoritariamente por mujeres o por hombres, o si se accede a la política de incentivos y pluses a través de criterios objetivos (valoración del desempeño) o intervienen otros de carácter subjetivo (negociación individual) o vinculados a situaciones contractuales (antigüedad, nivel jerárquico...) del que puedan quedar excluidas mayor número de trabajadoras. También si el reconocimiento de beneficios sociales está dirigido a toda la plantilla o solo corresponde a una parte y con qué criterios se reconocen, o si se paga, por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución (satisfecha directa o indirectamente, cualquiera que sea la naturaleza de esta, salarial o extra salarial). Por otro lado, si la determinación de los grupos profesionales se ajusta a las previsiones del convenio colectivo de aplicación, o en cambio, la naturaleza de las funciones efectivamente encomendadas, las condiciones educativas profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad son equivalentes (trabajo de igual valor)<sup>392</sup>.

Previamente la firma de un Plan de Igualdad, será necesario realizar la auditoría retributiva conforme a esta normativa, ya que el resultado de la misma formará parte del Diagnóstico, así como el contenido del registro retributivo. Sin embargo, el Ministerio de Igualdad todavía sigue trabajando en el instrumento que las empresas utilizarán para llevar a cabo la auditoría retributiva, por lo que hasta entonces (se cree que será en octubre), no podrá firmarse ningún Plan de Igualdad que no contenga dicha auditoría conforme el citado Reglamento. Una vez esté disponible dicho instrumento, aquellos negociadores y asesores seguramente deban formarse para saber utilizarlo. Ante esta situación, los sindicatos instan a dejar esta parte para el final, seguir trabajando en el

---

<sup>392</sup> Instituto de la Mujer, Op. Cit., pp. 32-33.

resto de materias, y una vez se pueda utilizar el instrumento, elaborar la auditoría y firmar el Plan. Actualmente, el Ministerio ofrece un instrumento para realizar el registro retributivo, y otro para realizar la auditoría retributiva, que podrá utilizarse hasta que salga a la luz el otro instrumento de valoración de puestos de trabajo.

En relación a la actuación por parte de la UE sobre esta materia, cabe mencionar la reciente Propuesta de Directiva sobre transparencia retributiva que ha aprobado la Comisión Europea (4 de marzo de 2021)<sup>393</sup>. Esta norma pretende reforzar las exigencias mínimas en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, en los términos previstos por el artículo 157 del TFUE, prohibiendo cualquier tipo de discriminación en este sentido por medio de la transparencia retributiva y del refuerzo de los mecanismos de ejecución y control del principio. Es una norma aplicable tanto a trabajadores como a empleadores del sector privado y sector público.

Sin perjuicio de la naturaleza embrionaria de la norma, la regulación parece exhaustiva, así lo entiende López Cumbre, aun cuando buena parte de las obligaciones ya han sido desarrolladas por nuestra legislación. Con todo, se refuerzan obligaciones empresariales y derechos laborales para garantizar la igualdad retributiva, con especial incidencia en la información, en la evaluación, en la valoración y en la negociación<sup>394</sup>.

## **2. Brecha de cotización en las pensiones**

### **2.1.1 Discriminación en el sistema de cotización para acceder a la pensión de jubilación**

La presencia de las mujeres en el trabajo a tiempo parcial, la economía sumergida y en puestos de trabajo mal remunerados sigue siendo una constante

---

<sup>393</sup> “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para reforzar la aplicación del principio de igual salario por igual trabajo o trabajo de igual valor entre hombres y mujeres a través de mecanismos de transparencia y cumplimiento salarial”. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0093>

<sup>394</sup> López L., “Propuesta de Directiva sobre transparencia salarial”, 2021. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/propuesta-de-directiva-sobre-transparencia-retributiva/>

(sectores y actividades como la agricultura, trabajo a domicilio, trabajo asistencial y trabajo doméstico representan espacios de actividad económica muy feminizados). En otro orden de consideraciones, el acceso de las mujeres a puestos de máxima responsabilidad y cargos de dirección en la gestión empresarial sigue registrando niveles muy bajos de participación, lo que repercute negativamente en el desarrollo de las carreras profesionales de las mujeres, en su derecho a una pensión y, en definitiva, a la igualdad de oportunidades de ingresos, especialmente durante la vejez.

El panorama descrito explica por qué las mujeres obtienen menos ingresos a largo de su vida, acceden a pensiones más bajas y se exponen a un mayor riesgo de pobreza en la tercera edad. La menor participación de las mujeres en el mercado laboral debido a su tardío acceso y el disfrute casi exclusivo de excedencias y trabajos a tiempo parcial para el cuidado de dependientes provoca que el sistema público de pensiones perpetúe y amplíe la brecha salarial entre sexos. Los hombres mayores de 64 años han trabajado una media de 43,4 años, mientras que las mujeres sólo lo han hecho un promedio de 12,8 años, la cifra más baja de Europa. De este modo, la promoción de la independencia económica de hombres y mujeres mediante la reducción de la brecha salarial —y, especialmente, de la desigualdad de las pensiones por razón de género— constituye uno de los compromisos de la Unión Europea.

Según los datos existentes para la UE-27, las mujeres perciben pensiones que, de media, son un 38,5% inferiores a la de los hombres —cifra que supone el doble de la correspondiente a la brecha salarial entre hombre y mujeres—. Además, de media en la UE-27 el 63% de las mujeres se encuentran en el rango de las personas que perciben las pensiones más bajas y, concretamente, España se encuentra entre los países con pensiones más bajas para las mujeres, percibiendo sólo un 1% de las mismas pensiones elevadas. A ello se suman dos agravantes: (1) la menor participación femenina en el ámbito de las prestaciones contributivas y mayor en el nivel no contributivo al haberse incorporado de manera más tardía al mercado de trabajo; y (2) una alta proporción (1/3) de mujeres mayores en Europa que no han percibido ninguna prestación. Estas cifras que revelan la brecha de género en las pensiones se vinculan principalmente a los patrones sociales, la posición de las mujeres en el mercado de trabajo, al nivel educativo y la cualificación profesional, al nivel de ingresos y al estado civil, entre otros. Así lo ha entendida la catedrática Rodríguez González, quien manifiesta que en la Unión Europea, la brecha de género en las pensiones se ensancha para aquellas mujeres que

están casadas con edad comprendida entre los 65 y los 79 años (52,3%), por lo que se viene interpretando como un resultado de su decisión en priorizar el hogar al desarrollo de su carrera profesional<sup>395</sup>.

La dificultad en la erradicación de la brecha de género en las pensiones obedece a que se trata de una materia muy compleja, apreciándose notables diferencias entre los países de la UE tanto cuantitativas —oscilando entre el 46% en unos países y el 4% en otros—, como cualitativas —apreciándose en cada país distinta incidencia de los factores desencadenantes—.

Las múltiples aristas que posee el problema de la brecha de género en el Sistema de Seguridad Social y en las pensiones exige que las políticas que se apliquen para erradicarla incluyan actuaciones en diferentes ámbitos. Esta brecha de género no sólo se refiere a mejorar los derechos de las pensiones de vejez sino también a mitigar las interrupciones de las carreras de cotización de las mujeres, reducir la brecha salarial, mejorar la conciliación laboral y personal o, aumentar la tasa de empleo femenina. En aquellos sistemas públicos de pensiones —como es el caso del sistema español— en los que las pensiones se vinculan a las contribuciones en base a los ingresos del trabajo que ha hecho la persona durante su vida profesional, la desigualdad en las pensiones no es sólo el reflejo de las diferencias salariales de hombres y mujeres a lo largo de su trayectoria laboral, sino que detrás se esconde, como el verdadero factor detonante, el hecho de que las mujeres sigan haciéndose responsables de los cuidados, tanto de la familia como de la casa, lo que repercute negativamente en su carrera de cotización.

La asunción —casi en exclusiva— de las responsabilidades familiares obliga a muchas mujeres, en el peor de los escenarios, a renunciar por completo a su trabajo; en otras ocasiones, a asumir el coste derivado de las interrupciones en sus carreras de cotización, lo que puede impedirles cotizar lo suficiente o sencillamente no hacerlo en el final de la etapa antes de la jubilación, con la consecuente afectación en el cálculo global de la pensión<sup>396</sup>.

Frente a este arduo escenario, varios son los mecanismos correctores que pueden aplicarse para combatir esta brecha de género en las carreras de cotización y en el

---

<sup>395</sup> Rodríguez S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, en *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017, pp. 96-98.

<sup>396</sup> Ídem, pp. 99-100.

ámbito del sistema en la Seguridad Social. Para ello, conviene puntualizar varios aspectos fundamentales.

En primer lugar, la configuración del sistema de pensiones español es de carácter fundamentalmente contributivo. Esto permite que transmita las desigualdades de género derivadas del mercado laboral, penalizando especialmente a aquellas personas que coticen menos años y por menos importe. En segundo lugar, la escasa sensibilidad que nuestro Sistema presta al coste de la maternidad y al cuidado de los menores o personas dependientes empeora aún más la situación de las mujeres. De hecho, nuestro Sistema de Seguridad Social nunca se ha planteado eliminar los sesgos explícitos por cuestión de género en las fórmulas de cálculo de las prestaciones, ni tampoco ha incorporado medidas correctoras de las desigualdades generadas por los roles sociales, ni ha dotado de ningún tipo de cobertura económica a la actividad del cuidado de la familia. Finalmente, es preciso destacar que las reformas aprobadas en los años 2011 y 2013 en relación a la sostenibilidad financiera del Sistema, han acentuado la brecha de género en las pensiones al endurecer los requisitos para acceder a las pensiones contributivas. Todo ello ha perjudicado directamente a las mujeres, al tener vidas laborales más irregulares<sup>397</sup>.

En este contexto, uno de los grandes retos, tanto del Derecho del Trabajo como del Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI consiste en el diseño de normas eficaces susceptibles de garantizar una equitativa redistribución de roles y responsabilidades entre hombres y mujeres, que termine con la discriminación laboral que impacta tan negativamente en las prestaciones de la Seguridad Social disfrutadas por mujeres, especialmente la de jubilación, mediante la reducción de su número y cuantía. Entre ellas, una de las medidas más eficaces que, a día de hoy, garantizaría la suficiencia de las pensiones femeninas sería la reforma del complemento por mínimos para que dejara de estar topado.

Por otro lado, en relación al retraso de la edad de jubilación y alargamiento de las carreras de cotización que tiene prevista la nueva reforma que se espera entre en vigor el próximo año: la revisión del modelo interno supone que la edad de jubilación será, como regla general, la de 67 años, desplazando a la vigente de 65 años, si bien tal parámetro no queda congelado en el tiempo, sino que se contempla un mecanismo de

---

<sup>397</sup> Ídem, p. 103.

revisión permanente denominado “factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social”, por lo que la edad de jubilación será algo “contingente”. Así lo ha subrayado en múltiples ocasiones el catedrático Juan Antonio Maldonado. De este modo, y en palabras de Fernández Orrico, se incrementaría en la misma medida que la esperanza de vida en el lapso temporal de referencia, si bien pudiera darse también el fenómeno contrario<sup>398</sup>. Tras esta reforma, para obtener los 38 años y 6 meses de cotización exigidos por el legislador para poder seguir jubilándose a los 65 años, sólo se computarán los días y meses naturales efectivamente cotizados o asimilados a la cotización, lo cual tiene un efecto claramente negativo para el colectivo femenino. En otras palabras, la supresión de los días-cuota para la determinación de la concurrencia del período mínimo de carencia, repercute en mayor medida en las mujeres, al constituir un colectivo con mayores problemas para acceder al período mínimo de cotización, debido a su mayor inestabilidad laboral. Si se tiene en cuenta, como afirma Martínez Barroso, que las carreras femeninas presentan mayores niveles de inactividad y de rotación en los períodos fértiles, a causa de la existencia efectiva de hijos y la discriminación generada por encontrarse en momentos biológicos en que la maternidad es potencialmente posible, el impacto de género de la nueva previsión es más que evidente<sup>399</sup>.

Un segundo aspecto susceptible de reforma es el impacto de género en los mecanismos de cobertura de lagunas, en la medida en que aquellas lagunas de cotización más remotas en el tiempo se rellenan con la mitad de la base mínima. De este modo, si tenemos en cuenta que el parámetro de referencia para determinar la base reguladora se amplía, y que las mujeres tienen los principales defectos de cotización en los períodos de tiempo coincidentes con etapas fértiles, debe concluirse que una penalización en el mecanismo de cobertura de las bases más lejanas en el tiempo pero relevantes a la hora de determinar la BR, es susceptible de tener efectos perjudiciales en la pensión resultante para el colectivo de mujeres<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> Fernández F.J., “Sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social y edad de jubilación en el Acuerdo Social y Económico”, 2011, núm. 9, 2011, pp. 383 y ss.

<sup>399</sup> Martínez, M<sup>a</sup> R., “La brecha de género en la pensión de jubilación: algunos mecanismos correctores y cuestiones pendientes”, en *Dirittifondamentali.it*, Núm. 1/2020, pp. 1349-1350.

<sup>400</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, Núm. 112, 2011, pp. 61-62, o Escalante R., “La gran injusticia de las lagunas de cotización en las bases reguladoras de las pensiones”, en *Diario La Ley*, Núm. 9133, 2018.

En cuanto a las medidas concretas tendentes a corregir la brecha de género, existe una serie de prestaciones familiares de naturaleza contributiva que, en cierto modo, pretenden paliar las insuficiencias de cotización mediante el reconocimiento del tiempo dedicado a tareas de cuidado como período cotizado. Al fin y al cabo, nos encontramos dentro de un sistema de protección social eminentemente contributivo, en el que el desarrollo de tareas invisibles sitúa a muchas mujeres en una posición de evidente vulnerabilidad. Esta realidad se ha intentado mejorar a través de estas tímidas medidas, sin olvidarnos del polémico “complemento por maternidad” en las pensiones contributivas, que se reconoce, “por su aportación demográfica a la Seguridad Social”, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias, en cualquier régimen del sistema, de determinadas pensiones contributivas.

Otra medida dirigida a reducir la brecha de género consiste en el reconocimiento de períodos de cotización ficticia “asimilados al parto” previstos en el art. 235 LGSS. Se trata en todo caso de una medida de acción positiva que atribuye cotizaciones ficticias a la mujer por el parto, cuando en dicho momento no exista relación laboral y no pueda disfrutar del descanso por maternidad. No constituye una medida compensatoria del defecto de cotización por cuidado de hijos, sino una medida compensatoria por el “hecho físico” de la maternidad. De ahí que ni siquiera se aplique al supuesto de madres adoptivas.

Como vemos, mientras que la cotización ficticia del art. 235 LGSS sirve para compensar la cotización perdida por el hecho físico del parto, el art. 236 en cambio, pretende compensar los defectos de cotización surgidos en torno al nacimiento, adopción o acogimiento de un menor, presumiendo que el cuidado requerido puede haber repercutido en el mantenimiento o acceso al mercado de trabajo, con independencia del sometimiento a probar tal obstáculo y a ser privado de tal beneficio como consecuencia de probarse su no dedicación efectiva al mismo. Se trata de otorgar ciertos beneficios por cuidado de hijos o menores que se articulan como períodos cotizados (hasta un máximo de 270 días por hijo, en 2019) para dar cobertura a situaciones de interrupción de 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 (art. 236 LGSS). Esta medida dirigida a ambos



progenitores, adoptantes o acogedores, solo podrá ser reconocida a favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo. En caso de controversia, se reconocerá el derecho a la madre, por lo que denota una cierta feminización. Por lo demás, hablamos de un beneficio que no responde a la filosofía de otros países de conceder períodos de cotización por el simple hecho de tener hijos, trabaje o no la madre (como ocurre en Alemania, por ejemplo), sino que requiere que efectivamente existan lagunas de cotización provocadas por la interrupción de la vida laboral y que las mismas estén comprendidas en un período temporal predeterminado.

Sobre este punto, podríamos discutir sobre los posibles efectos desincentivadores que este reconocimiento tiene para las madres que no trabajan, en contraposición con un escenario más justo y generoso en el caso que el legislador sí hubiera tenido en cuenta en el reconocimiento de cotizaciones a aquellas madres trabajadoras con independencia de la interrupción de su actividad laboral. No obstante, no entraremos en mayor detalle, prestando ahora atención a la prestación familiar contributiva prevista en el art. 237 LGSS, que otorga la consideración de período de cotización efectiva a los períodos de excedencia en razón del cuidado de cada hijo (tres años) previsto en el apartado 1, y del primer año en el supuesto de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con ciertos requisitos de incapacidad o dependencia económica (apartado 2), susceptibles de ampliación en la negociación colectiva a cargo del empleador.

También debe tenerse en cuenta que, en España, el disfrute de las excedencias es casi exclusivamente femenino, y que suponen un importante sacrificio económico, por lo que esta medida, lo que pretende es paliar el impacto negativo que tendrían estas lagunas de cotización en futuros derechos de pensión. No obstante, todo el período de excedencia por cuidado de familiares debería haber sido considerado como de cotización efectiva. Tal precepto extiende esta fórmula de cobertura a los períodos de reducción de jornada para el cuidado de menores y de familiares conforme el art. 37.6 ET, de modo que las cotizaciones abonadas durante este tiempo serán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que corresponda (apartado 3). De este modo, la reducción de jornada se convierte en una institución especialmente conveniente ya que permite mantener los vínculos laborales y fomenta la corresponsabilidad, si bien el alcance de la medida es muy limitado, en cuanto a duración se refiere.

En relación a las tres previsiones mencionadas, el reconocimiento de los períodos de cotización ficticia se aplica al grueso de las contingencias protegidas (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento por hijo; junto a riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal, en el supuesto de reducción de jornada y de beneficios por cuidados) excluyendo la protección por desempleo<sup>401</sup>.

Expuestas las medidas que se han ido tomando por parte del Gobierno para intentar paliar la brecha de género en la carrera de cotización, se advierte inmediatamente que la corrección se limita a intentar compensar los perjuicios en el acceso a la pensión de jubilación provocados en el colectivo de sujetos con responsabilidades familiares. No se trata de un conjunto de medidas de compensación dirigidas al colectivo femenino, sino más bien al colectivo de sujetos con responsabilidades familiares. Esta precisión resulta interesante porque refuerza el objetivo de la corresponsabilidad. Pero el mecanismo de compensación es escasamente sensible a los problemas reales que sufre el colectivo de mujeres ante una medida de alargamiento de las carreras de cotización como la proyectada. Y ello porque, aunque sin duda una de las circunstancias que ralentiza el desarrollo profesional de las mujeres es la asunción de responsabilidades familiares, no puede obviarse que existen otros factores que refuerzan la irregularidad de la vida laboral femenina a efectos de pensiones. Factores como la discriminación laboral, o el mayor tiempo que éstas invierten en formación con el fin de compensar una desigual consideración social.

Tampoco se ha planteado en nuestro país la fijación de diferentes edades de jubilación en atención al género pese a que es una medida ampliamente aplicada en países de nuestro entorno, ni se han sugerido medidas correctoras de reparto entre miembros de la unidad familiar a efectos de que la cotización del sujeto con cotización efectiva mayoritaria pueda transferir parte de las mismas al sujeto con cotización minoritaria por dedicación familiar, como sí se permite en países vecinos como Suecia. En línea a lo argumentado en numerosas ocasiones por Amparo Ballesteros, se ha optado por el más simple de los planteamientos, sin atender a la situación real del mercado de trabajo español en relación con el género<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> Martínez M<sup>a</sup> R, Op. Cit., pp. 1541-1544.

<sup>402</sup> Ballester M<sup>a</sup> A., Op. Cit., p. 64.

Igualdad y protección social parecen evolucionar de forma paralela. Sin embargo, hasta la fecha y pese a los avances logrados, sigue existiendo una diferencia de trato en materia de prestaciones y pensiones, en algunos casos discriminatoria, especialmente por razón de género. Que la brecha salarial se traduzca en una menor pensión o prestación parece resultado de un sistema contributivo que exige dar para recibir. Pero que el sistema de Seguridad Social no sea capaz de compensar las desigualdades generadas en el mercado de trabajo con una redistribución de las cargas soportadas, como bien argumenta López Cumbre, no sólo resulta inaceptable sino incoherente.

Precisamente ha sido en el ámbito de las prestaciones familiares en el que se han intensificado los esfuerzos por conseguir una mayor equiparación en la protección social. Si se equiparan permisos de maternidad y paternidad o se amplían las excedencias, las retenciones a la contratación, promoción y retribución de la mujer irán disminuyendo hasta desaparecer. Pero, además, si se consiguen paliar los efectos de las interrupciones de la mujer en su vida laboral y, por ende, en su carrera de cotización, a través de medidas que relativicen estos periodos de suspensión, se evitarán esos temores a acceder a una pensión por derecho propio.

En este contexto hay que interpretar medidas como la de los "períodos de cotización efectiva" en tanto supuestos que simulan el alta y/o la cotización en situaciones en que las carreras se suspenden por algún motivo. Sirva como referencia el art. 165 LGS, o art. 237.1 de la LGSS que permite ampliar el período de cotización efectiva a los períodos de excedencia en razón del cuidado de cada hijo.

Al margen de las diferencias que pueda haber entre uno y otro, ninguno de ellos recoge el supuesto de incapacidad temporal. Tal vez se explique esta exclusión en el escaso período de carencia exigido, o en el breve espacio de tiempo para su cumplimiento. Pero sería un argumento difícilmente aceptable si se tiene en cuenta que otras prestaciones incluidas —como la maternidad, paternidad, o desempleo—, requieren idénticos o similares períodos de carencia.

Así lo ha entendido el TSJ de la Rioja en una sentencia pionera de fecha 10/01/2019. En esta sentencia, se analiza si una trabajadora cumple el período de carencia exigible para acceder a una incapacidad temporal, tras haber disfrutado de una excedencia por cuidado de hijo de duración 2 años, de la prestación de maternidad y una

nueva excedencia. El Tribunal, atendiendo a las exigencias que contempla la LO 3/2007 sobre la "teoría del paréntesis", considera cumplido el periodo de carencia, y concede la prestación a la trabajadora demandante. Constituye éste un punto clave de la sentencia. En concreto, hasta qué punto el Juzgado de lo Social realiza una labor de integración en la interpretación, o efectúa una actividad de creación normativa, reservada en exclusiva al legislador. Como señala la Mutua en una de sus alegaciones, si el Juzgado tenía dudas sobre la configuración de la norma legal y su ajuste al marco constitucional, debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad. Pero, ni en instancia ni en fase de suplicación, consideró necesario recurrir a la ayuda del Alto Tribunal<sup>403</sup>.

### **2.1.2 Breve referencia de la inclusión de las trabajadoras del hogar en el Sistema de la Seguridad Social**

La inclusión de los empleados/as del hogar en el régimen general de la Seguridad Social operada por medio de la DA 39 de la ley 27/2011 constituye una de las reformas con mayor impacto de género, al tratarse de una alteración en el sistema de Seguridad Social largamente reivindicada, no sólo a efectos de avanzar en la progresiva eliminación de los regímenes especiales y la unificación del sistema de Seguridad Social, sino también para hacer desaparecer una de las discriminaciones indirectas por razón de género más evidentes. El ámbito subjetivo de este régimen especial está claramente feminizado, resultando claramente peyorativo no solo respecto al régimen general, sino también respecto al resto de regímenes especiales. La incorporación en el Régimen general implica una nueva etapa especialmente relevante. Sin embargo, los intentos de dispensar de protección al colectivo de trabajadores/as domésticos han sido muy tardíos. De hecho, la cobertura por contingencias profesionales que se estaba reconociendo por la vía fáctica no se incorporó al régimen especial hasta el 1 de Enero de 2011, gracias a la acción de la Ley de presupuestos para 2011 (Ley 39/2010, de 22 de Diciembre). De ahí que resultase ciertamente paradójico que nuestro país se permitiera proponer mejoras para este colectivo en la 101 Conferencia de la OIT (2011), que

---

<sup>403</sup> López, L., "Brecha de género en Seguridad Social: los periodos de cotización efectiva", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 2, 2019, pp. 1-10.

pretendía aprobar una resolución sobre trabajo doméstico, motivado por la alta tasa de trabajo no declarado que reúne este sector y que podría agravarse si el coste de la mayor protección conferida fuera inmediata e incondicionadamente transferida al empleador. Ello explica que la inclusión en el régimen general se haya producido de forma cautelosa, con numerosas incertidumbres. Por un lado, la equiparación no se producirá directamente en el Régimen general, sino a través de la creación de un sistema especial, lo que evidencia que el interés del legislador es establecer notables excepciones. De otro lado, algunas referencias resultan imprecisas en relación a la previsible desaparición del régimen especial.

La efectividad de la integración requiere una profunda sensibilidad susceptible de eliminar la tendencia a que el trabajo termine desarrollándose en el marco de la economía sumergida. Inevitablemente este efecto terminará produciéndose si todos los esfuerzos consisten fundamentalmente en la convergencia de tipos de cotización, como ha sucedido por medio de la Ley 27/2011.

La progresiva elevación de la carga en la cotización se produce por medio de un régimen transitorio que concluyó en la plena equiparación en el año 2019, teniendo como compensación una bonificación, aplicable durante 2012, 2013 y 2014, del 20% en la cotización empresarial (DT única de la ley 27/2011).

Definitivamente, pues, en la mezquina configuración de los mecanismos compensatorios frente al impacto de género motivados por el alargamiento de las carreras de cotización exigido por la Ley 27/2011 se refleja el reforzamiento del carácter contributivo del sistema a costa del sacrificio de buena parte de sus rasgos solidarios. Si bien este sobredimensionamiento del carácter contributivo del sistema ha sido defendido en múltiples ocasiones desde posiciones claramente ideologizadas como algo inevitable, realmente no lo es, sobre todo porque resulta indudable el efecto perverso que provoca en los grupos más vulnerables. Pero aún asumiendo que haya sido la opción del legislador, resulta inasumible que no se hayan aplicado medidas correctoras para aminorar los efectos perversos de género que, sin duda, tiene la reforma proyectada, no solo porque así lo exige el concepto de transversalidad, sino porque el marco actual de relaciones laborales y de Seguridad Social debería obligar a tener en cuenta en todo caso la perspectiva de género, y las peculiaridades de grupo.

Late, además, en toda la regulación supuestamente compensatoria del impacto de género motivado, un llamativo desconocimiento de las condiciones efectivas en que se desarrolla el trabajo de las mujeres y cierta desidia a realizar los estudios pertinentes para identificar y corregir los orígenes de la desprotección social de la población mayoritariamente femenina cuya situación, en términos de grupo, sin duda se agravará como consecuencia de las reformas proyectadas de Seguridad Social<sup>404</sup>.

### **2.1.3 Nueva concepción del trabajo a tiempo parcial: fin del trabajo sumergido**

El trabajo a tiempo parcial existe en nuestro país, y la cuestión sobre una supuesta infrautilización por parte de las empresas parte, a mi juicio, y conforme también ha reiterado Ballester Pastor, de una premisa falsa. No es cierto que esta modalidad no se utilice en nuestro país. Lo que realmente ocurre en la práctica es que, lo que debiera ser trabajo a tiempo parcial está copado por trabajos no declarados o sumergidos, ejercidos fundamentalmente por mujeres. De ahí que un adecuado tratamiento del trabajo a tiempo parcial sirviese para obtener la repercusión que merece en el ámbito de protección social. Esto tendría un efecto directo en todas aquellas mujeres que ocupan esta modalidad laboral, mejorando su situación en el mercado. De hecho, el tipo de trabajador adscrito a esta modalidad es el que generalmente se reconoce como trabajador a tiempo parcial en los países de nuestro entorno, y que de forma casi exclusiva se refiere a estudiantes, personas con responsabilidades familiares o aquellas sin otras perspectivas laborales, fundamentalmente hablamos de mujeres. Es lógico pensar que este tipo de trabajo existe pero el colectivo que lo ocupa permanece en el ámbito del trabajo no declarado y probablemente prefiera mantenerse en el mismo a causa de una mayor flexibilidad horaria. A este panorama expuesto debemos sumarle la deficiente regulación que tiene nuestro ordenamiento en torno a la declaración de un trabajo marginal durante la percepción de una prestación por desempleo para entender los obstáculos existentes para que aflore la economía sumergida a través de contratos a tiempo parcial. De ahí que los trabajos a tiempo parcial sumergidos únicamente puedan

---

<sup>404</sup> Ballester M<sup>a</sup> A, Op. Cit., pp. 74-77.

emerger mediante la flexibilidad horaria en beneficio del trabajador, y no del empresario.

Es, por tanto, el momento de plantearse la escasa eficacia que han tenido hasta el momento, las medidas que buscan incentivar el trabajo a tiempo parcial, otorgando beneficios temporales exclusivos para el empresario, y no para el trabajador. Así como el efecto perverso que puede tener una promoción de la contratación a tiempo parcial indiscriminada que no atienda a sus efectos colaterales. Y es que uno de los principales problemas que proyecta la promoción de la contratación a tiempo parcial es el riesgo de convertirse en una sustitución fraudulenta de la contratación a tiempo completo. Si ya nuestro país sufre un grave problema con la insuficiente declaración de los contratos a tiempo parcial, resultaría aun más grave que la promoción del trabajo a tiempo parcial potenciara la práctica de sumergir parcialmente parte del trabajo que efectivamente se ha realizado (por mujeres mayoritariamente, agravando aún más su situación). De ahí que resulten particularmente problemáticas las bonificaciones a la Seguridad Social que se otorgan al trabajo a tiempo parcial, previstas por medio del RDL 1/2011, de 11 de Febrero incluso cuando se refiere a contratos temporales. El carácter provisional de la medida no exime de crítica al sistema tal y como está configurado, debido a la tendencia que tiene nuestro sistema de alojar costumbres empresariales defectuosas a partir de cuestionables políticas promocionales<sup>405</sup>.

#### **2.1.4 El complemento por maternidad: deficiente regulación y corregido carácter “discriminatorio”**

Trataremos ahora de acercarnos a la controversia jurídica suscitada alrededor del complemento de maternidad que se preveía en el art. 60 de la LGSS, reformado por el RDL 3/2021, convirtiendo el citado complemento en el actual complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

El antiguo complemento (que sigue teniendo aplicación para todos aquellos pensionistas cuyo hecho causante se haya producido entre 2016 y febrero de 2021)

---

<sup>405</sup> Ballester M<sup>a</sup> A, Op. Cit., pp. 83-85.

estaba dirigido para las pensiones contributivas de incapacidad, jubilación y viudedad. Hablamos de un precepto que, desde antes de su promulgación, ya excitó algunos recelos entre la doctrina científica, especialmente por la particular justificación con la que el legislador legitimó su aplicación exclusiva sobre el género femenino, como era “la aportación que las madres habían hecho al sistema demográfico”. La sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA) reavivó este polémico asunto, al declarar el carácter discriminatorio de este precepto y su contrariedad al Derecho de la UE. Se trata, en todo caso, de un pronunciamiento judicial sumamente importante cuya proyección sobre nuestro ordenamiento aún no somos capaces de calibrar. Además de la existencia de una profunda desafección por parte de un concurrido sector doctrinal con el razonamiento contenido en la sentencia. A su vez, existe otra parte coincidente con el TJUE que, desde la entrada en vigor de la norma, expresó su absoluto rechazo hacia la norma.

La limitación del ámbito objetivo de esta norma no es demasiado polémica, aunque desde la doctrina sí se han expresado algunos recelos a la introducción de la pensión de viudedad y a la exclusión de otras pensiones contributivas de la Seguridad Social, como la de orfandad y la pensión en favor de familiares, sobre todo si atendemos a que éstas, eventualmente, también pueden configurarse como una prestación vitalicia. De hecho, si atendemos al genuino espíritu de la norma, tampoco queda del todo justificado, en términos de razonabilidad, su no aplicación a los subsidios o a las pensiones no contributivas. Pero en cualquiera de los casos, se trata de una opción legislativa, condicionada seguramente por la disponibilidad presupuestaria.

Cuestión distinta es la limitación del ámbito subjetivo. Según su literalidad, este complemento se reconocerá exclusivamente a las madres, biológicas o por adopción. A sensu contrario, quedan excluidos todos los varones, inclusive los progenitores masculinos unidos en una relación homosexual. Esta exclusión se extiende también a las madres de un solo hijo y a todas aquellas madres pensionistas antes del 2016 (debido a los inexistentes efectos retroactivos de la norma). Precisamente por ello, y de manera paradójica, aquellas generaciones de mujeres que han tenido más hijos, y han sufrido las



estructuras laborales y familiares más desfavorables, y para las que la brecha de género en la pensión es superior, no se beneficiarán de tal complemento<sup>406</sup>.

Sin duda, la mayor peculiaridad de este complemento, o lo que mayor interés despierta sobre su debate científico, es la justificación de esta discriminación, que es lo que despierta toda la controversia suscitada alrededor del mismo. Remitiéndonos nuevamente a la literalidad del precepto, esta diferencia de trato se fundamentaba en la contribución de las mujeres madres al sistema demográfico. Se pretendía, por esta vía, *el reconocimiento social de la maternidad por su contribución real al sistema de pensiones, considerando la maternidad como cotización demográfica, utilizando un criterio de contributividad ampliada*<sup>407</sup>. Tal criterio fue duramente criticado por la doctrina desde su entrada en vigor, en base a una doble dimensión: a) una, de naturaleza técnico-legislativa, en la que se cuestionaba la corrección jurídica de esta causa de discriminación; b) otra, de naturaleza moral, en la que se critica el premio a la procreación a favor del sistema, por cosificar a la mujer y ser tendencioso en cuanto a su papel de en la sociedad<sup>408</sup>.

Vigo Serralvo aboga por esta postura y defiende que esa justificación siempre ha sugerido una velada cosificación de la mujer y una directa perpetuación de roles, al premiar la función reproductiva en la mujer, como si fuese una función propia del género femenino. La doctrina señala que esta concreta fundamentación ha sido “clave” para determinar el carácter discriminatorio del complemento en la resolución del TJUE. Sin mucho esfuerzo dialéctico, se podría haber justificado esta medida como un corrector del desigual reparto en las tareas domésticas, aludiendo a la consecuente merma en la carrera de cotización femenina. Esta era una causa de justificación que ya ha sido avalada por nuestra doctrina judicial y científica y que aparece refrendada por

---

<sup>406</sup> Vigo F., “Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, Vol. 8, Núm. 4, 2020, p. 282.

<sup>407</sup> Granell R. y Salvador C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, en *CIRIEC España*, 2020, Núm. 98, p. 292.

<sup>408</sup> Vida R., “Prestaciones de seguridad social. Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 12 de diciembre de 2019. Asunto C-450/18”, en *Temas Laborales*, 2020, Núm. 152, p. 327.

multitud de datos estadísticos<sup>409</sup>. La omisión de esta causa tiene aún más peso si tenemos en cuenta las discusiones parlamentarias en las que sí se explicitaba que con el mismo se pretendía corregir tales desigualdades históricas.

En esta frustrada norma se presentaba el objeto de dicho complemento como el de *reducir las consecuencias de la discriminación sufrida históricamente por las mujeres y colaborar en la disminución de la brecha de género que desde el ámbito laboral se traslada al de las pensiones de la Seguridad Social*<sup>410</sup>.

Sin embargo, estos amplios objetivos no se reflejan finalmente en el Preámbulo de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016, que atribuye al mismo una finalidad única: premiar a las beneficiarias de las pensiones contributivas por su contribución demográfica a la Seguridad Social; un concepto que se presume objetivo y alejado de situaciones de necesidad efectivas, como ha sido reiterado por la catedrática Martínez Barroso<sup>411</sup>.

Finalmente, el texto que entra en vigor emplea, según parte de la doctrina, una técnica legislativa un tanto heterodoxa, incluyendo la motivación de la norma en el propio articulado – y no en el preámbulo –, y señalando el art. 60 LGSS única razón de ser: el reconocimiento a la aportación demográfica. Sobre este aspecto se han pronunciado algunos intérpretes de la norma, como el Tribunal Constitucional (Auto del Pleno del TC n. 114/2018), o el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que interpretan el art. 60 LGSS como un intento de compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, no han podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores. Esta interpretación teleológica es entendida por el profesor Vigo Serralvo como voluntariosa y, especialmente transgresora de la literalidad del precepto analizado. Entiende el profesor que la regulación del complemento tenía como objetivo político más directo el de aminorar la brecha de género en las pensiones, equiparando el poder adquisitivo entre hombres y mujeres. Sin embargo, este objetivo requería operar también sobre la pensión de viudedad que, por su propia configuración, tiene mayor

---

<sup>409</sup> Mírese, por ejemplo: UGT, “La discriminación salarial más allá de la jubilación. Brecha salarial en las pensiones de jubilación”, 2019.

<sup>410</sup> El texto íntegro del borrador de la norma viene recogido en el Real Decreto para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, 6 agosto 2018.

<sup>411</sup> Vigo F., Op. Cit., pp. 283-286.

incidencia entre el género femenino y resulta por lo general, notablemente inferior a la pensión contributiva de jubilación, que es la que disfrutan en mayor porcentaje los varones. En esta línea ya se habían introducido otras reformas tendentes a mejorar la situación de las mujeres viudas de mayor edad, y puede que, con el complemento que venimos analizando, se quiso, bienintencionadamente, transitar esa senda, aunque de manera algo forzada<sup>412</sup>.

El fallo por parte del TJUE ha sugerido diferentes posiciones dentro de la doctrina científica, llegando a mostrarse algún sector doctrinal muy crítico con esta decisión. Citamos en este sentido, el férreo parecer contra la sentencia efectuado por Martínez Barroso:

*“La tesis del TJUE ignora una realidad histórico-social que la norma española pretendía paliar en cierta medida, y que viene determinada por el hecho de que los menores salarios y las mayores lagunas de cotización en las carreras profesionales son patrimonio quasi exclusivo de las mujeres, y que en su mayor parte vienen causadas por la maternidad, identificada de manera realista con periodos que no quedan reducidos a las semanas propias de descanso maternal (o adopción), sino a un tiempo notablemente superior de sus vidas, por la perpetuación de los roles de género. Como con acierto considera la doctrina, el reduccionismo en el que incurren los miembros de la Sala Primera, los Sres. M. Saffjan y L. Bay Larsen y la Sra. C. Toader, es estimar que el objetivo de la norma española se reduce a compensar por los periodos ligados al disfrute de los permisos por maternidad. Y tal reduccionismo no puede sino conducir a una conclusión tan extravagante como considerar que los hombres resultan discriminados por esta norma, porque ellos también han contribuido demográficamente, y porque, eventualmente, también podrían verse perjudicados por su condición de padres. Dicha interpretación “formalista” lleva a la “esperpéntica” consideración de entender discriminatoria una medida que pretende compensar a las mujeres españolas por su tradicional exclusión del mercado laboral para asumir las tareas familiares, obviando, asimismo, el contexto histórico al que obedece la norma”<sup>413</sup>.*

---

<sup>412</sup> Ibídem, p. 287.

<sup>413</sup> Martínez M<sup>a</sup> R., “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto

Con similar cariz crítico, en opinión ahora Ramos Quintana:

“Termina por *dinamitar la acción positiva dirigida en exclusiva a las mujeres que, en períodos históricos precedentes y aun en la actualidad, no están en igual posición que los varones en el sistema de Seguridad Social, particularmente por la tenencia y cuidado de sus hijos e hijas*”<sup>414</sup>.

En mi opinión, es perfectamente comprensible la frustración que produce este pronunciamiento, que no tiene en cuenta ni el contexto sociocultural del país ni la realidad de las mujeres trabajadoras. Bien es cierto que, más allá de las discutibles apreciaciones sobre la corresponsabilidad paternal que efectúa el TJUE, la técnica de confección normativa es también deficiente, y es por ello que esta frustración podría canalizarse también hacia el legislador, que debería haber utilizado, o ampliado con mayor detalle la justificación que tiene el complemento, haciendo hincapié en el reconocimiento de las labores de cuidado y atención de los hijos, y no en la más elemental como era la procreación o adopción. Mas no debemos considerar que por lo expuesto queda del todo injustificada la limitación de su ámbito subjetivo, pues de ninguna forma está discriminando de forma injusta a un sector de la población —los hombres—, que no han sufrido ningún tipo de detrimento en sus carreras de cotización como consecuencia de responsabilizarse de las tareas domésticas o los cuidados familiares.

Una vez explicadas las deficiencias técnicas del complemento de maternidad y la no superación del filtro de las exigencias de prohibición de tratamientos discriminatorios previstas por el Derecho de la Unión Europea, pasaremos ahora a estudiar el nuevo complemento introducido a principios de 2021.

La notable brecha de género en la cuantía de las pensiones de Seguridad Social constituye un efecto indirecto derivada de la brecha salarial existente en el mercado de trabajo, por lo que la eliminación plena de la primera de las brechas depende de la superación de la segunda. Hasta tanto que ello no se logre, se deben adoptar ciertas medidas de corrección directa dentro de la normativa de Seguridad Social.

---

WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2020, Núm. 6.

<sup>414</sup> Ramos M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, en *Trabajo y Derecho*, 2020, Núm. 61, p. 15.

El escenario de partida consiste en una manifiesta desigualdad de género en las pensiones, que se aprecia desde la implantación del vigente sistema. Los recientes datos estadísticos extraídos del Ministerio de Seguridad Social siguen confirmando esta realidad: a principios del año 2021, la pensión media de los hombres se situaba en los 1.248,99 € al mes mientras que la de las mujeres apenas alcanzaba los 824,65 €, de modo que la pensión media de las mujeres era del 66 % respecto de la de los hombres. Este diferencial se extiende a casi todas las pensiones. Por ejemplo, en las pensiones de jubilación, la pensión media de los hombres es de 1.360,77 € al mes, mientras que la de las mujeres es de 905,50 €, es decir, la pensión de jubilación de las mujeres se sitúa en el 69,85 % de la correspondiente a los hombres. De mismo modo, la pensión media por incapacidad permanente de los hombres es de 1.047,38 € al mes, mientras que la de las mujeres es de 901,39 €. Sólo en el caso de la pensión de viudedad esta realidad se invierte, cifrándose la pensión de los hombres en el 69 % respecto de la pensión de las mujeres.

Es evidente que este escenario no deriva directamente de la normativa reguladora de nuestras pensiones contributivas, ni de los requisitos que se exigen para su percepción, ni de la fórmula de cálculo de su cuantía. Más bien al contrario, —como sostiene Cruz Villalón—, y es que puede afirmarse que el sistema contributivo en alguna de sus facetas está corregido por encima y por debajo, de modo que sin esas correcciones la brecha podría llegar a ser mucho mayor. En realidad, la causa determinante de la brecha de género en las pensiones deriva de la desigual posición de la mujer en el mercado trabajo. Las razones y causas ya han sido más que expuestas a lo largo del trabajo. Lo que ahora nos interesa es la medida en que la cuantía de las pensiones deriva de la carrera profesional del beneficiario de las pensiones, en la medida en que ésta depende de la media de cotizaciones efectuadas y del tiempo durante el que se ha estado cotizando. Al tener un salario más bajo, dominar el trabajo a tiempo parcial, los trabajos sumergidos, al haber sufrido en mayor medida interrupciones en su carrera profesional; el resultado es pensiones mucho más bajas para mujeres que para hombres, siendo todavía muchas más las mujeres que sólo acceden a la pensión de viudedad de cuantía más reducida comparada con la de jubilación: 2,16 millones de viudas con pensión frente a 189.000 pensiones de viudedad de hombre, teniendo presente que la pensión media de viudedad se sitúa en los 736,65 € al mes frente a la pensión media de jubilación que se sitúa en los 1.182,02 € al mes. Incluso la inversión

en la cuantía de la pensión de viudedad antes indicada se explica en la existencia de una separación entre el sujeto causante y el beneficiario<sup>415</sup>.

En resumidas cuentas, si bien es posible actuar sobre la brecha de género en materia de pensiones, la solución final del problema no se logrará hasta que se opere sobre las raíces del mismo, que no son otras que la brecha laboral y salarial de género en el mercado de trabajo. En la medida en que se logre una plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo en igualdad de condiciones, como efecto reflejo desaparecerá la brecha de género de las pensiones. Por mucho que se corrija tal brecha, al calcularse las pensiones por las cotizaciones de pasado, seguirá reflejándose. Prueba de ello es que actualmente la brecha en materia de pensiones (34 %) es muy superior a la que se calcula con la brecha salarial vigente (21,7 %). Por ello, aunque es previsible que vaya reduciéndose, el efecto será sobre un diferencial superior y tardará más tiempo en llegar a superarse. De ahí que fuese más conveniente adoptar medidas adicionales de corrección específica de la brecha de género en materia de pensiones, dado que las existentes resultan del todo insuficiente. En el marco expuesto tiene toda su explicación el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género que recientemente ha aprobado el Gobierno por medio del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.

Este nuevo complemento sí que tiene expresamente como objetivo la reducción de la brecha de género, al extremo de que se modifica su denominación y su alusión directa. La propia Exposición de motivos de la norma justifica así el cambio de regulación, destacando *la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones*”, tras la publicación de la sentencia del TJUE. Baste a tal efecto señalar que este nuevo complemento gira en torno al reconocimiento generalizado para todas las mujeres que hayan tenido hijos, incluso rebajando el requisito de haber tenido al menos dos hijos; y al propio tiempo, corrigiendo el efecto indirecto provocado por la sentencia del TJUE de reconocérselo a todos los hombres, a pesar que sí lo prevé para determinados casos. Eso sí, también conviene advertir que el complemento queda desvirtuado como medida de acción positiva exclusivamente favorable a las mujeres, con razón de evitar un nuevo pronunciamiento judicial, al mismo tiempo que sigue condicionado por el precedente complemento. De este modo, por un lado, cuando se extiende el reconocimiento de la

---

<sup>415</sup> Cruz J., “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Núm. 28, 2021, pp. 37-38.

prestación a los hombres, es evidente que desaparece la finalidad de reducción de la brecha de género, teniendo como fin corregir los efectos negativos de quienes hayan visto mermada su carrera profesional a resultas de tener que atender a sus hijos menores, con independencia del sexo; no es que con ello se critique la medida, pero lo cierto es que se pierde indudablemente su objetivo de reducir la brecha de género.

De otro lado, hay que señalar que el legislador no se ha atrevido a corregir los aspectos que sólo se enfocaban a ofrecer un complemento por maternidad y que no incidían en la reducción de la brecha de género. Con ello, sigue asemejándose más a un complemento de maternidad que a un auténtico complemento orientado exclusivamente a reducir la brecha de género, ciertamente por no deshechar los antecedentes legales en la nueva regulación; siendo deudor, a mi juicio, en el sentido negativo del término<sup>416</sup>.

Es cierto que sí diferencia el régimen de reconocimiento del complemento entre hombres y mujeres. Así, mientras que para las mujeres se reconoce el derecho al complemento por el mero hecho de haber tenido un hijo, estableciendo una presunción ‘*iuris et de iure*’ de perjuicio de tal circunstancia respecto de su carrera de cotización, respecto de los hombres sí requiere una serie de requisitos más estrictos y demostrativos de tal perjuicio. A juicio de Cruz Villalón, este elemento diferencial es el que permite provocar el efecto de reducción de la brecha de género, puesto que, de exigirse los mismos requisitos, el objetivo de reducir la brecha quedaría en papel mojado. Con independencia de que la propia regulación pueda ser objeto de mejora, al juicio del catedrático, esta diferencia no puede considerarse discriminatoria, al tener el espíritu de acción positiva justificada por el objetivo ya mencionado. Bien es cierto que la norma puede llegar a resultar excesivamente limitativa para los varones. Un ejemplo de ello se observa en el hecho de exigir para el reconocimiento del complemento en el caso de pensionistas de viudedad, tener al menos un hijo con derecho a percibir una pensión de orfandad.

Esta cuestión ha sido duramente criticada al considerarse que no parece muy razonable establecer una diferencia de trato respecto de los padres que quedan viudos y pueden demostrar que su carrera de cotización se ha visto mermada, a semejanza de lo que se prevé en el ámbito de la jubilación o la incapacidad. De hecho, algunos han venido defendiendo incluso que el complemento causado por tener la pensión de

---

<sup>416</sup> *Ibidem*, pp. 41-42.

viudedad exclusivamente sería de carácter temporal, ya que se perdería desde el momento que los hijos dejen de percibir la pensión de orfandad. No obstante, cabe una interpretación alternativa, como es la exigencia del requisito de percibir una pensión de orfandad a partir del momento que la madre fallece, por lo que el complemento siempre tendrá carácter permanente, al estar condicionado a una pensión de viudedad también permanente. Tal interpretación se refuerza por el hecho de precisar que el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones vinculadas a dicho complemento, añadiendo que *en consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento*”.

Otro argumento que comparto con el catedrático es la defensa a la inclusión entre los beneficiarios de quienes perciben la pensión de viudedad, especialmente cuando se trata de mujeres las beneficiarias. Se fundamenta esta crítica en que la pensión deriva de la carrera profesional del hombre y no de la mujer, lo que, determina que la pensión media de las mujeres sea superior a la de los hombres. Este argumento no puede ser tolerado, por cuanto lo relevante reside en que la regla general es que las mujeres pensionistas sólo cobran esta pensión ya que por ellas mismas, no han podido acumular una carrera de cotización suficiente para acceder a una pensión de incapacidad permanente o de jubilación y, sobre todo, porque al ser el porcentaje a aplicar a la base reguladora marcadamente inferior en la viudedad que en la jubilación, la pensión media de viudedad percibida por las mujeres (755,44 € mes) sea muy inferior a la de jubilación percibida por los hombres (1.360,77 € mes).

En tanto esta realidad no cambie, estará más que justificada la asignación del complemento para la pensión de viudedad. Insistimos, si se quiere superar el modelo de mero complemento de maternidad para convertirlo definitivamente en un complemento orientado a la reducción de la brecha de género es fundamental tener en cuenta estas situaciones de compatibilidad de pensiones<sup>417</sup>.

Por último mencionar la posición actual de los tribunales, especialmente a nivel regional, pero que se extiende a todas las CCAA. Debido a que el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado<sup>418</sup> —y no parece que lo vaya a hacer pronto—, en relación al

---

<sup>417</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>418</sup> El Tribunal Supremo ha reconocido recientemente el derecho al complemento de maternidad a un hombre funcionario de Hacienda jubilado, que pertenecía a las clases pasivas. Es cierto que existe una clara diferencia con la LGSS, ya que mientras el artículo 60 reconoce exclusivamente



complemento de maternidad, se está generando una línea jurisprudencial por parte del TSJ de Cantabria —y lo mismo ocurre en el resto de comunidades— a favor del reconocimiento del complemento a todos los pensionistas varones que se hayan jubilado, causado incapacidad o viudedad, entre el año 2016 y febrero de 2021, con independencia de haber sufrido perjuicio en sus carreras profesionales, en base a la sentencia del TJUE que considera contrario al derecho de la UE, el precepto vigente (art. 60 LGSS) en ese periodo temporal, y que se aplica a todos estos casos previos a la entrada en vigor del RDL 3/2021, de 2 de febrero.

Como defienden los abogados de la Seguridad Social de Cantabria, si atendemos a la aportación biológica de los hombres, concluimos que termina en el momento de la fecundación, y es la mujer quien debe soportar todo el proceso de la gestación, y las consecuencias físicas y mentales que conlleva, por lo que ambas situaciones no son comparables, por tanto, no existe discriminación porque no hay desigualdad. Donde sí existe desigualdad es en las carreras de cotización de ambos géneros, castigado uno de ellos, como bien sabemos, por los roles de género tan arraigados históricamente, y que aún hoy perduran. Por su parte, el abogado del Estado reitera que las mujeres se dedican con mayor rigor al cuidado de hijos, mientras que el TC entiende que no es discriminatorio, al no existir desbalance físico, y si atendemos al cuidado de los hijos: observaremos que el trato diferencial está plenamente justificado. Ciertamente cabe decir que se trata en todo caso de un complemento pequeño, por lo que sus efectos en relación al supuesto trato desfavorable tampoco van mucho más allá. Por la parte contraria, se abren numerosos procedimientos solicitando dicho complemento (en el año 2021 casi el 13% de los procedimientos versaban sobre este complemento) en base a la doctrina de la STJUE y la jurisprudencia que se va asentando por el TSJ de Cantabria.

---

a las mujeres el complemento por su aportación demográfica, en la Ley de Clases Pasivas no se hace alusión alguna a esta aportación demográfica. A priori pareciera que el criterio de la aportación no podía aplicarse a las clases pasivas, sin embargo, el TS argumenta que se trata de normativas que vienen a regular el mismo complemento, mismos supuestos, por lo que no puede concluir que no exista discriminación en materia de clases pasivas, y sí exista en el ámbito de la Seguridad Social. En razón de lo expuesto, estima el recurso. La situación para los funcionarios en relación a este complemento parece estar claro. Es el turno ahora del resto de trabajadores incluidos en el régimen general.

A continuación vamos a exponer los fundamentos jurídicos con mayor peso que encontramos en todas estas sentencias que otorgan el reconocimiento del complemento a los varones.

En primer lugar, en relación al objetivo perseguido por el precepto —como es recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social—, suelen entender los Tribunales que no justifica por sí solo que los hombres no se encuentren en situación comparable, siendo su aportación demográfica tan necesaria como la de las mujeres. Tampoco el objetivo de minorar la brecha de género entre las pensiones de hombres y mujeres a través de la atribución del complemento, justificaría tal diferencia, *pues la circunstancia de que las mujeres, estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas el cuidado de hijos, no excluye la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asume el cuidado de sus hijos; y, por esta razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera*” (STSJ CANT 607/2021 de 27 de septiembre FJ 1, párr. 15). Y respecto al argumento que generalmente se utiliza en base a la existencia de datos estadísticos sobre las diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de mujeres, considera el Tribunal en la sentencia citada que tampoco *es suficiente para justificar que las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores*” (FJ 1, párr. 15).

En segundo lugar, respecto al presupuesto de ver perjudicada su carrera profesional o haber sufrido periodos de interrupción de empleo como consecuencia del cuidado de los hijos, defiende el TSJ de Cantabria que se trata ya de un argumento sólidamente superado. El TJUE advierte que el art. 60.1 LGSS únicamente supedita la concesión del complemento a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos y perciban una pensión contributiva de cualquier Régimen de la Seguridad Social. Y finaliza concluyendo que procede interpretar y aplicar el art. 60.1 LGSS, sin la restricción por razón de sexo (entendida como complemento sólo reconocible a mujeres). De este modo, todo padre que reúna las condiciones para acceder al complemento, esto es, ser pensionista de jubilación contributiva y tener más de un hijo, tendrá derecho, en todo caso, a ver aumentada la cuantía inicial de su pensión de jubilación, por el beneficio de dicho complemento. Por lo que, determina el Tribunal, incluso cuando el solicitante no acredite que ha sufrido interrupciones en su prestación laboral durante los periodos de nacimiento de los hijos, mantendrá su derecho a percibir

dicho complemento. Así se determina, entre otras, en la STSJ PV 752/2021, de 27 de abril, que recoge jurisprudencia comunitaria del TJUE, y establece que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. Se defiende que esta doctrina debe ser aplicada igualmente en el caso de los hombres, así lo establece el Tribunal, con independencia de que *el demandante no hubiera visto perjudicada objetivamente su carrera profesional y de cotización o que haya de presumirse que haya sido la esposa la que se ha dedicado mayormente a la crianza de las hijas del matrimonio, todo ello en línea con los argumentos del TJUE*” (FJ 3. C))

En tercer lugar, en relación a los requisitos exigidos para acceder al complemento de maternidad, el TSJ defiende que la jurisprudencia es prácticamente uniforme a la hora de reconocer dicho complemento sin exigir que se acredite que el hombre ha asumido el cuidado de los hijos, o le ha supuesto un perjuicio en su carrera profesional. Esta última cuestión también ha sido analizada y resuelta por la Sala, entre otras, la STSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2021 (Rec. 229/2021), y la reciente STSJ CANT 759/2021, de 22 de noviembre. Lo expuesto hasta ahora se argumenta también en las SSTSJ CANT núm. 727/2021, de 4 de noviembre y 751/2021, de 11 de noviembre, para justificar el reconocimiento de tal complemento a padres beneficiarios de una pensión.

En cuarto lugar, se utiliza también el argumento de la corresponsabilidad, defendiéndose que la práctica de cuidar de "facto" puede y debe ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres, y la necesidad de promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as como herramienta de avance hacia la corresponsabilidad y hacia la igualdad real entre mujeres y hombres. Así lo establece la STSJ CyL de 24 de junio de 2021 (Rec. 276/2021) y la STJUE de fecha 30/19/2010 (caso Roca Álvarez, C-104/09 (TJCE 2010, 280)), que sigue el mismo criterio incorporando el concepto de corresponsabilidad como criterio de interpretación en la acomodación al derecho de la UE de la normativa española. En esta sentencia se determinó que la preferencia materna de ciertos beneficios vinculados a los cuidados de hijos/as, puede implicar una perpetuación de roles de cuidado que puede dirigirse en

contra de las mujeres. Por ello, entiende el Tribunal —de una manera incorrecta e interesada—, sin ningún tipo de perspectiva de género, que el complemento de maternidad, tal como está configurado e interpretado por jurisprudencia comunitaria y nacional, debe aplicarse tanto a hombres como a mujeres, conforme el principio de igualdad de trato, sin entender que las mujeres son las únicas responsables del cuidado de los hijos.

Por último, en relación a los efectos económicos del reconocimiento del complemento, son varias las hipótesis posibles que se barajan en la jurisprudencia. Sin duda, la fijación de efectos desde la fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación es la que se suele solicitar desde la parte actora, y en algunos casos así lo ha entendido también el Tribunal. Por ejemplo, la STSJ de Navarra, núm. 207/2021, de 1 de julio, aplicó este carácter retroactivo. En la sentencia citada, el Tribunal establece que, al no verse modificadas las circunstancias de hecho determinantes del derecho al complemento en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación y las concurrentes al reclamarlo en 2020, ni haberse producido reforma alguna en su regulación, con independencia de que la interpretación responda al cambio hermenéutico de dicho marco normativo derivado de la jurisprudencia comunitaria, todo ello comporta que proceda *fijar la fecha de efectos económicos del complemento de maternidad en la de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación*” (FJ 4). En palabras del Tribunal: *de concederse el efecto económico desde los 3 meses anteriores a la presentación de la solicitud, se estaría manteniendo la vulneración del derecho fundamental del actor a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de S.S. y se estaría contraviniendo la Directiva 79/7/CEE del Consejo y las consecuencias perjudiciales que de ello se derivan (pérdida de un complemento de la prestación a la que tenía derecho) en contraste con la situación de una mujer que sí habría percibido el complemento durante todo ese periodo de tiempo*” (FJ 4, párr. 16). Por su parte, el Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña en sentencia núm. 138/2021, con fecha de 6 de abril, sigue la misma línea, y establece que *ha de proceder a reconocerse al actor el derecho reclamado debiendo de fijarse la fecha de efectos desde el momento mismo del reconocimiento de la prestación (1-12-17) por ser ese el momento desde el cual el actor tenía derecho a percibir el complemento de maternidad en su pensión de jubilación no pudiendo perjudicarse ese derecho por el mero hecho de que la demandada no se lo reconociera de forma indebida*” (FJ 1 E)).

Otra alternativa es la fijación de efectos económicos desde la fecha de publicación de la sentencia del TJUE (17 de febrero de 2020). Este criterio ha sido seguido, entre otras, por las SSTSJ PV 737/2021, de 27 de abril y 752/2021, de 27 de abril, conforme lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, y siguiendo el criterio fijado por el propio TS, en su sentencia de 20 de diciembre de 2017 (rec. 263/2016), en relación a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Pero sin duda, la opción preferida por los Tribunales es la fijación de efectos desde los tres meses antes de la solicitud expresa para aplicar el complemento de maternidad.

## CONCLUSIONES

**I.** El impacto de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías en la configuración del Derecho del Trabajo y la posición actual de los trabajadores en el mercado laboral es inevitable. Millones de trabajadores, tanto hombres como mujeres, sufrirán estos cambios tecnológicos, por lo que no tendrán más opción que ser flexibles, reinventarse y reciclarse profesionalmente para estar preparados para todos los cambios que acontecen. El hecho de que las mujeres puedan transicionar es posible. De hecho, las mismas fuerzas de la tecnología que están impulsando la era de la automatización también pueden allanar el camino para una mayor igualdad en la fuerza de trabajo.

No obstante, si no existe un compromiso real por parte de todos los agentes implicados y con facultad de hacer cambios, para adoptar medidas que permitan a las mujeres romper estas barreras, la transición entre ocupaciones y sectores, especialmente al intentar escalar a niveles más altos y conseguir nuevas aptitudes, y con ello, mejores condiciones laborales y económicas, será casi una utopía para ellas.

Desde mi posición, abogo firmemente por la urgente necesidad de adoptar todas las acciones pertinentes para conseguir que las mujeres adquieran las habilidades, incluidas las habilidades tecnológicas, y la movilidad y flexibilidad que el futuro del trabajo exige, otorgándoles igualdad de oportunidades para entrar en las carreras de su elección. Es urgente nivelar las condiciones de desarrollo de las aptitudes para que hombres y las mujeres puedan, en términos de igualdad, hacer frente a las transiciones necesarias que exige el futuro del trabajo. De no hacerlo, nos encontraremos indiscutiblemente con otro escenario desigual y perjudicial para la posición de la mujer.

También es fundamental ser prudentes, y no adelantarnos ni ser demasiados optimistas con ciertos instrumentos que están surgiendo, llegando al extremo de considerarlos como la solución a la situación de desigualdad aún vigente. Me estoy refiriendo, entre otros, al teletrabajo (según mi opinión, un caramelo envenenado que perpetuará y agravará la sobrecarga que recae sobre las mujeres por la asunción exclusiva de las tareas domésticas y cuidado de familiares), y a la Gig Economy. Este nuevo formato de relación laboral se ha convertido en el refugio por excelencia de miles de trabajadoras, que se han visto atraídas por el bajo costo de la mano de obra, la flexibilidad horaria y movilidad, la transparencia de las oportunidades de empleo y la

posible participación en el comercio mundial. A simple vista, parece una posible solución a la precaria situación laboral que muchas de ellas viven, logrando así su anhelada independencia económica. Sin embargo, las plataformas tienen limitaciones que deben abordarse, como la inseguridad en el transporte, los problemas de acceso a Internet o la brecha salarial existente. Con ello no quiero infravalorar o invalidar el evidente impacto que está teniendo en ellas esta nueva forma de relación laboral, especialmente el comercio electrónico. Su éxito demuestra el poder de la tecnología digital para abrir la puerta a la iniciativa empresarial al otorgarles la flexibilidad que necesitan, y al superar las dificultades que plantea el negocio tradicional para acceder al capital. Sin embargo, es importante que, a su vez, tengamos en cuenta todas las desventajas que plantea para saber abordarlas, y no dar por hecho que esto revertirá la difícil situación que aún sufren.

Otro mito que debe desmontarse es el impacto beneficioso de la digitalización en el mercado laboral. Numerosos estudios confirman lo esperado. Esta digitalización agravará la brecha de género existente, como consecuencia del impacto de los algoritmos y la robótica. Los datos utilizados por las máquinas inteligentes, creadas por hombres, contienen estereotipos de género que influyen en su toma de decisiones. Un ejemplo claro lo vemos en los procesos de selección de personal, sustituidos con mayor frecuencia por programas inteligentes que tienden a calificar con mayor puntuación a los hombres que a las mujeres. Lo expuesto vuelve a demostrar que las mujeres serán las grandes perdedoras en esta era digital, salvo que se tomen todas las medidas pertinentes para evitarlo. Varias empresas ya se han percatado de esta realidad, como Amazon, y están intentando reprogramar estas máquinas, suprimiendo los sesgos que los propios trabajadores varones, en muchas ocasiones de forma inconsciente.

**II.** Las nuevas tecnologías son el motor de la Sociedad de la Información y del Conocimiento en el mundo globalizado que vivimos. Sin embargo, debemos ser conscientes de la brecha digital existente, que va a afectar de forma notoria y preocupante a quienes representan más de la mitad de la población, a la mitad femenina, carente de aquellas habilidades especializadas en TIC necesarias para afrontar los retos actuales. De no alcanzar estas habilidades, la brecha digital seguirá siendo una realidad. Lo mismo se extiende a la vigente infrarrepresentación femenina en las carreras STEM,

sólidamente estudiada que no genera mayor controversia, a diferencia de las causas que explican el supuesto menor interés de las mujeres en estos estudios.

La idea de la facilidad o superioridad que tienen los chicos en las ramas relacionadas con la ciencia, tecnología, matemáticas, debe ser ya superada. Son numerosos los estudios que identifican la confianza y baja autoestima de las chicas a la hora de abordar esta materia como la principal causa de su escasa presencia en dichas carreras. Ningún estudio avala la dificultad que tienen, más allá de cuestiones sociales o personales, relacionadas directamente con la influencia de los estereotipos de género o la preferencia por carreras con una más clara proyección social, por considerar que las de carácter técnico carecen del mismo, y les van a suponer mayores dificultades para superar.

La problemática existente en torno a una insuficiente mano de obra (especialmente femenina) para cubrir la demanda de los nuevos puestos de trabajo que están surgiendo en relación al sector tecnológico debe abordarse con urgencia. Los datos demuestran que concluidos los estudios, las posibilidades de las mujeres de incorporarse al mercado laboral son similares a las de sus colegas varones. La desigualdad de género en el ámbito digital y técnico requiere de un profundo cambio cultural y social, y la adopción de acciones específicas destinadas a incentivar la matriculación de las mujeres en este tipo de estudios tecnológicos y técnicos.

En el plano educativo, considero que debería incrementarse la presencia y variedad de los contenidos técnicos y digitales en todo el sistema, al mismo tiempo que deberían modificarse los contenidos de los Planes de estudio, haciéndolos más atractivos para las mujeres, quienes deben adquirir la suficiente seguridad para elegir este tipo de carreras, dejando a un lado las dudas sobre su capacidad.

Desde una perspectiva empresarial, los estudios demuestran que la gestión femenina y la aportación de puntos de vista femeninos a los equipos de trabajo, altamente masculinizados, permiten resolver los problemas de una manera más creativa y enriquecedora. Asimismo, la adopción de una política empresarial consistente en flexibilizar la jornada y el horario a sus trabajadores tendrá un efecto directo en las mujeres que, como bien sabemos, tienen que organizar su tiempo entre la asunción exclusiva de las tareas domésticas y el cuidado familiar, y su desarrollo profesional, lo



que evitaría que tengan que renunciar a su promoción profesional por falta de tiempo e incompatibilidad horaria.

Por último, desde mi punto de vista, resulta clave promocionar modelos femeninos de éxito, no sólo en órganos con competencias legislativas y ejecutivas, fomentando la toma de decisiones con perspectiva de género, sino en todos los ámbitos de la sociedad, en particular en los medios de comunicación, los debates públicos y los foros científicos de discusión. Es fundamental visibilizar a mujeres científicas o líderes en el sector Tech, proyectando una imagen de normalidad de género y posibilidad de ascenso y progresión femenina en este tipo de profesiones.

También considero fundamental, aunque a primera vista no parezca tener mayor relevancia, reforzar las redes formales e informales con los superiores jerárquicos. Es un hecho indiscutible que el acceso de hombres y mujeres a las redes que les ayudan a desarrollar sus aptitudes y a progresar en su carrera no es el mismo. Con frecuencia, las mujeres manifiestan que nunca han tenido interacciones sustantivas con altos dirigentes en relación a su trabajo, o que ni siquiera han tenido interacciones informales con líderes sénior, por ejemplo, conversaciones informales o reuniones de almuerzo. Todo ello, unido a otros obstáculos a los que debe enfrentarse a la hora de ascender, como su doble jornada de trabajo, dificulta notoriamente su promoción en la empresa.

**III.** El embarazo es una de las situaciones que repercute de forma más negativa en la carrera profesional de las mujeres. Actualmente, tanto el riesgo de pérdida del empleo, como la degradación de condiciones laborales y el despido por razón de maternidad constituyen el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– al que se enfrentan.

Esta discriminación por razón de embarazo conectado con la discriminación por razón de sexo no tiene ya cabida en nuestra sociedad. La condición biológica exclusiva de la mujer —como es el embarazo— no puede suponer en ningún caso, un impedimento u obstáculo en su carrera profesional. Esta disyuntiva entre optar por la maternidad o el trabajo debe erradicarse de forma inmediata, de forma que la mujer pueda elegir libremente realizarse en ambas funciones, sin que ninguna de las decisiones quiebre su proyecto personal ni su proyección profesional. Se trata de una

aspiración razonable, a la que, no se puede dar una respuesta basada en criterios de empresa o de mercado, puesto que comporta una decisión acorde con los intereses de la sociedad.

Por parte de la autonomía colectiva, su papel en este punto ha sido muy insuficiente, siendo frecuente que las cláusulas previstas consistan en meras declaraciones de principios, a diferencia de los Planes de Igualdad que sí se han esforzado en introducir medidas específicas y efectivas.

Es importante, por otro lado, que las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral no se identifiquen únicamente como políticas activas de empleo, sin perjuicio de que el incremento de la tasa de actividad femenina pueda ser uno de sus resultados. La razón es simple: si estas medidas conciliatorias se promueven desde el fomento del empleo femenino, uno de los efectos será el mantenimiento de la desigualdad existente, no contribuyendo en absoluto a la deseada corresponsabilidad, y fomentando el fenómeno femenino de la “doble jornada”.

Finalmente, la entrada en vigor del RD 6/2019, de 1 de marzo, que modifica el marco actual de permisos conciliatorios para trabajadores, pretende lograr un reparto equitativo de las responsabilidades propias del cuidado de familiares, y ofrecer una mayor flexibilidad laboral. Sin embargo, esto no es suficiente, y en el resto de esferas deberían implantarse medidas eficientes para lograr esta corresponsabilidad. La toma de conciencia y acción por parte de todas ellas permitirán que la corresponsabilidad e igualdad de oportunidades en el empleo sean al fin, una realidad.

**IV.** La discriminación retributiva por razón de sexo no suele explicarse por la diferente retribución en base al género por un mismo trabajo. No es esto lo que ocurre generalmente en la práctica, sino que la realidad es mucho más compleja. De este modo, mientras que la desigualdad salarial pueda apreciarse entre dos personas que realizan el mismo trabajo, resultando muy fácil de apreciar prima facie la disparidad de tratamiento por razón de identidad del contenido de la prestación de servicios, la práctica más frecuente consiste en valorar de forma incorrecta un puesto de trabajo o beneficiar a un determinado grupo profesional con complementos retributivos que pueden contener sesgos de género. Esta situación discriminatoria se reconocerá en los tribunales, lo que

implica llevar a cabo un profundo análisis sobre la correcta descripción de cada puesto de trabajo y/o cada complemento retributivo para concluir que ambos puestos tengan igual valor, y por ello, deban ser retribuidos de igual modo, o que dicho complemento deba extenderse a todas las categorías profesionales, o deba suprimirse por su contenido o impacto de género. En este contexto, la negociación colectiva tiene un papel fundamental a la hora de negociar y redactar un texto carente de estereotipos de género, preocupándose por definir y valorar de forma correcta, con perspectiva de género, todos los complementos salariales, puestos de trabajo y categorías profesionales, así como incluir cláusulas específicas de compromiso por retribuir igual el trabajo de igual valor.

Creo firmemente en la existencia de una especie de devaluación de lo femenino que explica la concesión de una menor importancia a los trabajos más feminizados. Lo contrario aplico a aquellos complementos salariales otorgados con frecuencia a trabajadores varones, valorándose de forma muy distinta las habilidades y riesgos de unos y otros.

Actualmente es innegable la existencia de una fuerte segregación del mercado laboral marcada por una gran diferencia entre trabajos “de hombres” y trabajos “de mujeres”. La adopción de decisiones marcadas por la obediencia a ciertos estereotipos siguen perjudicando a las trabajadoras. Del mismo modo, la asunción predominante de las tareas de cuidado y la preferencia por contratos temporales y/o a tiempo completo refuerzan la diferente posición económica en relación a sus compañeros varones.

No obstante, debe elogiarse la seguridad y protección que dispone actualmente la trabajadora embarazada, fruto de una larga lucha contra su discriminación, tanto en el seno legislativo como jurisprudencial, disponiendo de una inmensa doctrina que ha ido perfilando los presupuestos ahora exigibles, consiguiendo una protección efectiva en razón de maternidad. La evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en relación a esta materia, al compás de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional y los avances legislativos, consiguiendo que todo despido de una trabajadora embarazada que no sea procedente, se ha de calificar como nulo, conociere o no el empresario su estado, debe ser asimismo reconocida.

V. Desde la perspectiva de mejorar la posición de la mujer en el trabajo, el papel del empresario es fundamental a la hora de implementar buenas prácticas de igualdad en cada centro de trabajo. En este contexto, el teletrabajo se ha malinterpretado como una medida de conciliación, o como según muchos han defendido, la solución a los problemas conciliatorios que tienen las mujeres trabajadoras. Si esto se mantiene así, volveremos al punto de partida, teletrabajando en mayor medida para poder conciliar. El teletrabajo no puede ser visto como una medida de conciliación. Los roles de género se perpetúan porque únicamente cambia el lugar desde el que se realizan las tareas, produciéndose, con toda seguridad, un efecto boomerang, además de agravar la ansiedad y el estrés que ya sienten las mujeres por su doble jornada, y por no disponer de un lugar de descanso, al desarrollarse todo en el mismo lugar, lo que dificulta la sensación de autonomía y libertad.

Considero que todavía es pronto para concluir los efectos que tendrá el teletrabajo en la situación profesional de hombres y mujeres. Lo que sí está claro es que, en caso de convertirse en otra desventaja para las mujeres, deberán adoptarse de inmediato medidas correctoras que reviertan la situación.

Por otro lado, la presencia mayoritaria de las mujeres en el trabajo a tiempo parcial, en la economía sumergida y en puestos de trabajo mal remunerados sigue siendo una realidad. A ello debe sumarse la escasa presencia en puestos de máxima responsabilidad y cargos de dirección, que a su vez son quienes tienen los salarios más altos. Todo esto repercute negativamente en el desarrollo de sus carreras profesionales, y especialmente en su derecho y/o cuantía de la pensión.

Lo expuesto explica por qué las mujeres obtienen menos ingresos a lo largo de su vida y acceden a pensiones más bajas. Frente a este escenario, deben adoptarse soluciones efectivas. Una de las medidas que podría garantizar la suficiencia de las pensiones femeninas sería la reforma del complemento por mínimos para que dejara de estar topado. La segunda medida que, según mi opinión, debería adoptarse es la fijación de diferentes edades de jubilación en atención al género. Otros países vecinos ya lo han hecho, cumpliendo las expectativas previstas. También considero que la medida consistente en la posibilidad de transferir parte de las cotizaciones del sujeto con mayor cotización a otro con cotización minoritario por dedicación familiar podría revertir la situación. Sin embargo, nada de lo propuesto se ha hecho, sino que se ha optado por el

más simple de los planteamientos, sin atender a la situación real del mercado de trabajo español en relación con el género. Tan sólo hay que revisar el impacto de género que tiene los mecanismos de cobertura de lagunas, cotizándose las más remotas en el tiempo con la mitad de la base mínima. Es evidente que dicha penalización tendrá efectos perjudiciales en la pensión resultante para el colectivo de mujeres.

En cuanto al reconocimiento de períodos de cotización ficticia “asimilados al parto” previstos en el art. 235 LGSS, opino que, con independencia de los beneficios que pueda tener en la pensión de muchas mujeres, no debemos olvidarnos de los posibles efectos desincentivadores para aquellas madres que no trabajan. El legislador podría haber dibujado un escenario más justo y generoso teniendo en cuenta el reconocimiento de cotizaciones a aquellas madres trabajadoras con independencia de la interrupción de su actividad laboral.

Finalmente, debo concluir con el controvertido complemento de maternidad que, sin duda, seguirá generando debate entre la doctrina y órganos judiciales.

Sin duda, abogo por la tesis seguida por los abogados de la Seguridad Social. La normativa vigente entre el año 2016 y febrero de 2021 reserva el reconocimiento de este complemento a las mujeres, con independencia de la posible crítica a la justificación legalmente otorgada. Sin mucho esfuerzo dialéctico, se podría haber justificado como un corrector del desigual reparto en las tareas domésticas, en relación a la consecuente merma en la carrera de cotización femenina. Si bien entiendo la inquietud despertada entre la doctrina más especializada por su cuestionable redacción, no comparto en absoluto su defensa a la sentencia del TJUE que determina la discriminación por razón de sexo de la presente norma. Tampoco comparto la reciente reforma motivada por la doctrina de la sentencia europea al extender el reconocimiento a los varones. Ciertamente, el legislador no se ha atrevido a corregir los aspectos que sólo se enfocaban en ofrecer un complemento por maternidad y que no incidían en la reducción de la brecha de género. De ahí que resulte decepcionante que sigamos sin estar frente a un auténtico complemento orientado exclusivamente a reducir la brecha de género, al no desechar los antecedentes legales en la nueva regulación.

## BIBLIOGRAFÍA

Abril R., “El coste de la no conciliación en el ámbito del empleo”, en *El Comité Económico y Social Europeo y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, CEU Ediciones, Madrid, 2012.

Arenas M., “Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías”, en *Anuario Facultad de Derecho: Universidad de Alcalá IV*, 2011.

Ashcraft, C., y Blithe, S., “Women in IT: The Facts”, National Center for Women & Information Technology, 2009.

Ballester M<sup>a</sup> A., “La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo”, Bomarzo (Ed.), 2018.

Ballester M<sup>a</sup> A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, Núm. 112, 2011, pp. 61-62, o Escalante R., “La gran injusticia de las lagunas de cotización en las bases reguladoras de las pensiones”, en *Diario La Ley*, Núm. 9133, 2018.

Ballester M<sup>a</sup> A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)”, en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Núm. 2, 1998.

Bercovitz R., “Vuelta de tuerca contra la discriminación por razón de sexo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 4, 2017.

Barcelona Digital Talent, “Barcelona Digital Talent Overview” 2019. Disponible en: <https://barcelonadigitaltalent.com/report/digital-talent-overview-2019/#download-form>

BCS & eSkills (2009). Women in IT Scorecard. The British Computer Society (BCS) y E-skills UK. Disponible en:

[https://www.techskills.org/globalassets/pdfs/research-2016/womeninit\\_scorecard\\_2016.pdf](https://www.techskills.org/globalassets/pdfs/research-2016/womeninit_scorecard_2016.pdf)

Blickenstaff, J. C., “Women and science careers: Leaky pipeline or gender filter? Gender and Education”, Vol. 17, Núm. 4, 2005.

Borrego A., “Principios de Economía Política”, Madrid, 1844.

Boza G., “Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo”, en *THEMIS: Revista de Derecho*, Núm. 65, 2014.

Cabeza J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma 1de discriminación sistémica”, en *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, Núm. 25, 2012.

Cantó O. y Alaya L., “¿Cómo reducir la pobreza infantil en España? Análisis y Recomendaciones”, UNICEF, 2020.

Caridad M. y Ayuso M<sup>a</sup> D., “Situación de la brecha digital de género y medidas de inclusión en España”, en *Investigación bibliotecológica*, Vol. 25, Núm. 55, 2011.

Carreras y González M., “Tratado didáctico de Economía Política”, Madrid, 1881.

Casas Baamonde, M. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, Núm. 9, 2017.

Castaño C., Fernández J.M., Vázquez S. y Martínez J.L., “La brecha digital de género. Amantes y distantes”, Observatorio E-igualdad: Universidad Complutense de Madrid.

Castaño C., “La segunda brecha digital”, Cátedra (Ed.), 2008.

Castaño C. y Webster J., “Entender el género en la ciencia y la tecnología”, en *Género, ciencia y tecnologías de la información*, Aresta (Ed.), 2014.

Clarke, C., “Computer Science. The Incredible Shrinking Woman”, en *Gender Codes. Why Women Are Leaving Computing*, J. T. Misa (Ed), New Jersey: Wiley-IEEE Computer Society Press, 2010.

Cepeda, M<sup>a</sup> I., “Discriminación por sexo en el acceso al empleo público: Caso de España”, en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 12, 2017.

Comisión Europea, “Brecha salarial de género: transparencia en la remuneración de hombres y mujeres”, Programa de trabajo de la Comisión, Propuesta de directiva, 2020. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12098-Strengthening-the-principle-of-equal-pay-between-men-and-women-through-pay-transparency>

Comisión Europea, “Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea”. Recuperado de <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1460.pdf>

Comisión Europea., “Informe sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la Transparencia”, *Informe de la Comisión Europea*, 2017.

Comisión Europea, “Transparencia retributiva: a igual trabajo, igual retribución”, Comunitado de Prensa (4 de marzo de 2021). Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_881](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_881)

Comisión Europea, “Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres Una Carta de la Mujer”, 2010, Bruselas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0078:FIN:ES:PDF>

Colmeiro M., “Tratado Elemental de Economía Política”, Vol. I, Madrid, 1845.



Conde de Campomanes, “Discurso sobre el fomento de la industria popular” de 1774, citado por la edición de J. REEDER, Instituto de Estudios Fiscales (Madrid, 1975).

Conde P., “La presencia de la mujer en el sector digital y, particularmente, en la enseñanza superior online. El caso de la Universidad Isabel I”, en *Los retos de la igualdad en un escenario de transformación digital*, Dykinson (Ed.), 2019, Madrid.

Cordero V., “La extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 28, 2012.

Corominas J., *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Vol. IV, Gredos (Madrid, 1954).

Cruz J., “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Núm. 28, 2021.

Däubler, W. “Diritto sindacale e congestione nella Germania Federale”, Milán: Franco Angeli Editore, 1977.

De la villa L., García G y García I., “Instituciones de Derecho del Trabajo”. Madrid: Editorial Ceura, 1992.

DigitalEs, “Mujeres en la economía digital en España 2018”, 2018. Disponible en: <https://www.digitales.es/documentacion/informe-mujeres-en-la-economia-digital-en-espana-20182>.

Directorate-General for Research and Innovation, “She Figures 2018”, European Commission, 2019. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/publications/she-figures-2018>

Eidelman, L. y Hazzan, O., “The shrinking pipeline in Israeli high schools”, en *Encyclopedia of gender and information technology*, 2006.

Elósegui M., “Igualdad y diferencia hombre-mujer según el tribunal constitucional español”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Núm. 52, 1998, pp. 28-31. Disponible en: <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Elosegui.pdf>

Fernández F.J., “Sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social y edad de jubilación en el Acuerdo Social y Económico”, 2011, núm. 9, 2011.

Fernández, J. A., “Afectación de la mujer embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela preventiva es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, Núm. 425-426.

Fernández J.J., “Inclusión digital de las mujeres especial referencia a la infracualificación tecnológica como elemento de género”, en *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, 2018, pp. 545-546.

Florez de Estrada A., “Curso de Economía Política”, 5ª edición, Madrid, 1840.

Galantino, L. “Formazione giurisprudenziale dei principi del Diritto del Lavoro”. Milano: Giuffré Editore, 1979.

García B., “La excedencia por cuidado de familiares no incluye la atención de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso”, en *Revista de jurisprudencia laboral*, Núm. 3.

García, I. y Tudela G., “Compendio de Derecho del Trabajo”, en *Revista de Trabajo*, Núm. 92, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1988.

García M<sup>a</sup> B., “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”, en *Femeris: Revista multidisciplinaria de estudios de género*, Vol. 6, Núm. 2.

Gil-Juarez A., Vitores A., Feliu J. y Vall-Llovera M., “Brecha digital de género: una revisión y una propuesta”, en *TESI*, Vol. 12, Núm. 2, 2011.

Gómez E., “Las mujeres, ¿cómo encuentran financiación para fundar sus proyectos empresariales?”. Disponible en: <https://www.mujeresconsejeras.com/financiacion-femenina-proyectos-empresariales/>.

Granell R. y Salvador C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, en *CIRIEC España*, 2020, Núm. 98..

Huws, U., “The Making of a Cybertariat: Virtual Work in a Real World”, New York: Monthly Review Press, 2016.

Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, “Recomendaciones para actuar frente a la brecha salarial de género en una organización”, 2015.

Juaristi E., “¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?”, CIES, Núm. 96, 2012.

López J.M., “El teletrabajo como medida de fomento de igualdad y conciliación”, en *Los retos de la igualdad en un escenario de transformación digital*, Dykinson (Ed.), 2019.

López L., “Brecha de género en Seguridad Social: los períodos de cotización efectiva”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 2, 2019.

López L., “Claves de la nueva ley del teletrabajo”, 2020. Disponible en: [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com), Octubre de 2020.

López L., "Derechos laborales digitales y su negociación", en *Revista Otrosí*, Colegio de Abogados de Madrid, número monográfico sobre "La abogacía en la era digital", 2019.

López L., “El “derecho” a la pensión futura”, en *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, Múm. 3, Ejemplar dedicado a la protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones, 2021.

López L., “Igualdad en el empleo y la ocupación entre mujeres y hombres. Nuevos derechos, obligaciones y prestaciones”, 2019. Disponible en: [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com)

López L., “Libertad de contratación y principio de igualdad de trato en el ámbito empresarial”, en *AAVV, Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2008.

López L., “Planes de igualdad: una realidad jurídica con más desarrollo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2020.

López L., “Robotización *versus* amortización”, 2019. Disponible en: [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com)

López L., “Teletrabajo ocasional”, 2020. Disponible en: [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com).

López L., “¿Y si es un robot el que te despide?”, 2019. Disponible en: [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com)

López M. y Rodríguez E., “La discriminación retributiva por razón de sexo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, Núm. 431 , 2019.

López, M<sup>a</sup>. T. y Valiño, A., “Conciliación Familiar y Laboral en la Unión Europea. Valoración de las políticas públicas”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

Lousada J. F., “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Tirant lo Blanch (Ed.), Valencia, 2014.

Luque M., “DOSSIER: Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de dobles escalas salariales y aplicación del principio de igualdad”, en *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, Núm. 4, 2005.

Madgavkar, A., Manyika, J., Krishnan, M., Ellingrud, K., Yee, L., Woetzel, J., Chui, M., Hunt, V. y Balakrishnan, S., “The future of women at work: Transitions in the age of automation”, McKinsey Global Institute, 2019.

Martínez M., “La desigualdad retributiva entre mujeres y hombres. una visión jurisprudencial”, Conferencia impartida en las Segundas Jornadas Jurídicas de Derecho laboral y sindical: “La precariedad laboral: desigualdad y discriminación”.

Mangas A., “Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Balance”, en *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons (Ed.), 2008.

Martín A., Rodríguez-Sañudo F., y García J., “Derecho del Trabajo”, Madrid: Tecnos. 2007.

Martínez J., Arufe A., y Carril X.M., “La ciencia española del Derecho del Trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, Netbiblio (Ed.), 2006.

Martínez J., “Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)”, Civitas (Madrid, 2002).

Martínez, M<sup>a</sup> R., “La brecha de género en la pensión de jubilación: algunos mecanismos correctores y cuestiones pendientes”, en *Dirittifondamenti.it*, Núm. 1/2020, pp. 1349-1350.

Martínez M<sup>a</sup> R., “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2020, Núm. 6.

Mella L., “Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género”, en *Trabajo y Derecho* 66/2020, Núm. 66, Wolters Kluwer (Ed.), 2020.

Mellström, U., “The Intersection of Gender, Race and Cultural Boundaries, or Why is Computer Science in Malaysia Dominated by Women?”, en *Social Studies of Science*, Núm. 39, 2009.

Monereo J.L., Molina C., Moreno M<sup>a</sup> N. y Vila F., “Concepto y Configuración del Derecho del Trabajo”, en *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares (Ed.), 2019.

OECD, “Closing the Gender Gap. Act now”, OECD Publishing, 2012. Disponible en: [https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now\\_9789264179370-en#page4](https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now_9789264179370-en#page4)

Pacheco, L., “La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social”, en *Revista IUS*, Vol.6, Núm. 29, 2012.

Peña M.L., “El mobbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido”, Barcelona, 2016.

Polo M<sup>a</sup> C. “Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Núm. 22, 2008.

Poquet R., “El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico”, Aranzadi (Ed.), 2020.

Ramos M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, en *Trabajo y Derecho*, 2020, Núm. 61.

Reche N., “Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014.

Rivas P., “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos”, Aranzadi (Ed.), Pamplona, 1999.

Rodríguez B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015.

Rodríguez E., “Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares”, Bomarzo (Ed.), Albacete, 2010.

Rodríguez M<sup>a</sup> L., “Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad: Ejes claves para la gestión del mercado de trabajo actual”, en *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y Propuestas*, Laborum (Ed.), 2016.

Rodríguez S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, en *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017.

Rojo E., “Obligación de trabajar... y de reservar puesto de trabajo. Como la tecnología puede modificar la organización empresarial y la de las personas trabajadoras. Notas a propósito de la sentencia de la AN de 27 de julio de 2021”, en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2021. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/obligacion-de-trabajar-y-de-reservar.html>

Rojo E., “Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos Directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16)”, en el *Blog de Eduardo ojo Torrecillas*, 2018.

Sánchez N., Ortega O. y Vall-Illovera M., “Romper la brecha digital de género. Factores implicados en la opción por una carrera tecnológica”, en *Athenea Digital*, , Vol. 12, Núm. 3, 2012.

Sáinz M., Arroyo L. y Castaño C., “Mujeres y Digitalización. De las brechas a los algoritmos”, en *Mujeres, Tecnología y Sociedad Digital*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2020.

Scasserra S., “Comercio electrónico, Futuro del Trabajo y su impacto en las mujeres”, en *Aportes de la economía feminista desde Argentina*, 2021.

Tarín, C., Guerra, E., Rivera, R., et al., “Women in the Digital Age. European Comission”, 2018. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/increase-gender-gap-digital-sector-study-women-digital-age>.

UGT, “La discriminación salarial más allá de la jubilación. Brecha salarial en las pensiones de jubilación”, 2019.

Universidad 2015, Informe 2009 “Mobbing” maternal. [Consulta 04/07/2021]. Disponible en: <http://universidad2015.ujda.es/rsc-rrhh/jornada-mobbing-maternal/jornadas-acoso-moral-madrestrabajo.htm.htm>

Vázquez S. y Castaño C., “La brecha digital de género: prácticas de e-inclusión y razones de la exclusión de las mujeres” en *Asparkía*, Núm. 22, 2011.

Vida R., “Prestaciones de seguridad social. Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 12 de diciembre de 2019. Asunto C-450/18”, en *Temas Laborales*, 2020, Núm. 152.

Viera C., “La nulidad del despido de la mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Núm. 3, 2009.



Vila F., “Mujer y Trabajo”, en *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum (Ed.), 2019.

Viqueira C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, en *Revista de jurisprudencia laboral*, Núm. 4.

Vigo F., “Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, Vol. 8, Núm. 4, 2020.

Women of the World Platform, “El Mobbing Maternal a debate”, 2019.

### **Artículos de revista en línea**

El País, “El desastre demográfico”, Editorial, 2021. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2021-06-21/desastre-demografico.html>

Fino R., “Empresas con guardería, un buen lugar para trabajar”, en *Superrrheroes sesame*. Disponible en: <https://superrrheroes.sesametime.com/empresas-con-guarderia-un-buen-lugar-para-trabajar/>

Gorrín J.G. y Escudero J., “ Por qué la única solución que tiene España al drama de la natalidad es la inmigración”, en *El Confidencial*, 2018. Disponible en: [https://www.elconfidencial.com/economia/2018-12-16/solucion-drama-natalidad-espana-inmigracion\\_1709082/](https://www.elconfidencial.com/economia/2018-12-16/solucion-drama-natalidad-espana-inmigracion_1709082/)

Gómez E., “Las mujeres, ¿cómo encuentran financiación para fundar sus proyectos empresariales?”. Disponible en: <https://www.mujeresconsejeras.com/financiacion-femenina-proyectos-empresariales/>  
[Fecha de consulta: 24/11/2021].

Herranz A., “Telefónica, primera gran empresa que probará la semana laboral de cuatro días en España”, en *Xataka Pro*, 2021. Disponible en: <https://www.xataka.com/pro/telefonica-primera-gran-empresa-que-probara-semana-laboral-cuatro-dias-espana>

Moreno M.A., “200 empresas españolas probarán la semana laboral de 4 días con una ayuda del Gobierno de 250.000 euros”, en *Business Insider*, 2021. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/200-empresas-probaran-semana-laboral-4-dias-ayudas-publicas-821363>

### **Convenios Colectivos**

Convenio colectivo Acquajet Sema SLU (2019-2023).

Convenio Colectivo de las empresas Consignatarias de Buques y Contratistas de Carga y Descarga de la Comunidad Autónoma de Cantabria (2020-2022).

Convenio Colectivo para el Sector del Comercio de Detallistas de Alimentación de Cantabria (2018-2022).

Convenio Colectivo del Comercio Textil de Cantabria (2019-2020).

Convenio Colectivo para el Sector de Empleados de Fincas Urbanas (2017-2020).

Convenio Colectivo Ford España SL (2019-2023).

Convenio colectivo del Grupo de empresas Generali España (2017-2021).

Convenio colectivo Grupo Vips (2020-2024).

Convenio Colectivo Heineken España (2017-2021).

Convenio Colectivo Logirail SAU (2019-2023).

Convenio Colectivo Regional de Empresas Organizadoras del Juego de Bingo en Cantabria (2019-2022).

Convenio Radio Televisión española S.A (2020-2024).

Convenio Colectivo del sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia (2016-2020).

## **Planes de Igualdad**

Plan de Igualdad Actren Mantenimiento ferroviario (2017-2021).

Plan de Igualdad CIDI SA centro Cantabria (2018-2022).

Plan de Igualdad Compañía de Vigilancia Aragonesa S.L (2017-2021).

Plan de Igualdad Grupo de Empresas Maxam (2017-2021).

II Plan de Igualdad de Itucermi, S.L (2020-2022)

Plan de Igualdad Paradores de España SA (2016-2020).

Plan de Igualdad de Paradores de Turismo de España SA (2016-2020).

Plan de Igualdad Redexis Gas SA (2017-2021).

Plan de Igualdad de Sagital, S.A (2019-2023).

Plan de Igualdad Semark AC Group (2016-2020).

II Plan de Igualdad de ZT Hoteles & Resorts, S.L (2019-2023).

## **Jurisprudencia**

### **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJCE de 31 de enero de 1981, C-96/80, asunto Jenkins.

STJCE de 9 de febrero de 1982, C-12/81, asunto Garland.

STJUE de 1 de julio de 1986, as. 237/85, caso *Gisela Rummler vs. Dato-Druck GmbH*.

STJCE de 10 de abril de 1984, C-14/83, caso *Sabine Von Colson y Elisabeth Kamann y Land Nordrhein-Westfalen*.

STCJE de 10 de abril de 1984, C- 79/83, caso *Dorit Harz contra Deutsche Tradax GmbH*.

STJCE de 17 de octubre de 1989, C-109/88, caso *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark vs. Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss*.

STJCE de 17 de mayo de 1990, C-262/88, caso *Barber vs. Guardian Royal Exchange*

STJCE de 8 de noviembre de 1990, as. C-177/88, caso *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker vs. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*.

STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz.

STJCE de 7 de febrero de 1991, as. C-184/89, caso *Helga Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*.

STJUE 2 de agosto de 1993, C-271/91, caso *M. Helen Marshall contra Southampton vs. South-West Hampshire Area Health Authority*.

STJCE de 5 de mayo de 1994, caso *Gabriele Habermann-Beltermann vs. Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband*.

STJCE de 14 de julio de 1994, asunto Webb.

STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl.

STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown.

STJCE de 21 de octubre de 1999, C-333/97, asunto Lewen.

STJUE de 3 de febrero de 2000, as. C-207/98, caso *Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*.

STJCE de 30 de marzo de 2000, JämO, C-236/98.

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

STJUE de 4 de octubre de 2001, as. C-109/00, caso *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*.

STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar.

STJUE de 30 de marzo de 2004, as. C-147/02, caso *Michelle K. Alabaster v. Woolwich plc, Secretary of State for Social Security*.

STJCE de 27 de mayo de 2004, Elsner-Lakeberg, C-284/02.

STJUE de 18 de noviembre de 2004, as. C-284/02, caso *Land Brandenburg v. Ursula Sassal*.

STJUE de 16 de febrero de 2006, Asunto C- 294/04.

STJUE de 20 de septiembre de 2007, as. C-116/06.

STJUE de 1 de julio de 2010, as. C 471/08, caso *Sanna Maria Parviainen v. Finnair Oyj. AssuranceGroup*.

STJUE de 1 de julio de 2010, as. C-194/08.

STJUE de 1 de julio 2010, as. C-471/08.

STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, caso *Isabel Elbal Moreno vs. INSS y TGSS*.

STJUE de 6 de marzo de 2014, as. C-595/12, caso *Loredana Napoli v. Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*.

STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, asunto Arjona Camacho.

STJUE de 22 de febrero de 2018, as. C 103/16, caso *Jessica Porras Guisado v. Bankia, S.A., Sección Sindical de Bankia de CCOO, Sección Sindical de Bankia de UGT, Sección Sindical de Bankia de ACCAM, Sección Sindical de Bankia de SATE, Sección Sindical de Bankia de CSICA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*.

### **Sentencias del Tribunal Constitucional**

STC 38/1981, de 23 de noviembre.

STC 55/1983, de 22 de junio (Rec. 474/1982).

STC 104/1987, de 17 de 1987 (Rec. 748/1986).

STC 128/1987, de 16 de julio.

STC 166/1988, de 26 de septiembre (Rec. 988/1987).

STC 114/1989, de 22 de junio (Rec. 661/1987).

STC 135/1990, de 19 de julio (Rec. 779/1988).

STC 197/1990, de 29 de noviembre (Rec. 738/1988).

STC 21/1992, de 24 de febrero (Rec. 1821/1988).

STC 7/1993, de 18 de enero (Rec. 857/1989).

STC 266/1993, de 20 de septiembre (Rec. 811/1990).

STC 109/1993, de 25 de marzo.

STC 266/1993, de 20 de septiembre.

STC 180/1994, de 20 de junio (Rec. 2511/1991).

STC 90/1997, de 6 de mayo.

STC 240/1999, de 20 de diciembre.

STC 203/2000, de 24 de julio.

STC 308/2000, de 18 de diciembre.

STC 207/2001, de 22 de octubre.

STC 41/2002, de 25 de febrero (Rec. 1203-1997).

STC 17/2003, de 30 de enero (Rec. 1150/1999).

STC 98/2003, de 2 de junio (Rec. 3165/1998).

STC 161/2004, de 4 de octubre (Rec. 4295/2001).

STC 182/2005, de 4 de julio.

STC 324/2006, de 20 de noviembre.

STC 214/2006, de 3 de julio.

STC 214/2006, de 3 de julio (Rec. 5499/2003).

STC de 3/2007, de 15 de enero.

STC 17/2007, de 12 de Febrero (Rec. 2192/2003).

STC 233/2007, de 5 de noviembre.

STC 12/2008, de 29 de enero.

STC 74/2008, de 23 de junio (Rec. 4975/2006).

STC 92/2008, de 21 de julio (Rec. 6595/2006).

STC de 6 de mayo de 2009 (Rec. 2063/2008).

STC 124/2009, de 18 de mayo.

STS 283/2011, de 20 de abril de 2011 (Rec. 87/2009).

STC 173/2013 de 10 de octubre (Rec. 3773/2011).

STC 66/2014, de 5 de mayo (Rec. 3256-2012).

STC 162/2016, de 3 de octubre.

STC 2/2017, de 16 de enero.

STC 117/2018, de 20 de octubre (Rec. 6299/2017).

STC 91/2019, de 3 de julio.

STC 108/2019, de 30 de septiembre (Rec. 2925/2018).

STC 108/2019, de 30 de septiembre (Rec. 2925/2018).

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

STS 17 de octubre 2008 (Rec. 1957/2007).

STS de 16 de enero de 2009 (Rec. 1758/2008).

STS de 17 de marzo de 2009 (Rec. 2251/2008).

STS de 13 de abril de 2009 (Rec. 2351/2008).

STS de 30 de abril de 2009, (Rec. 2428/2008).

STS de 18 de abril de 2011 (Rec. 2893/2010).

STS de 14 de enero de 2015 (Rec. 104/2014).

STS de 27 de mayo de 2015 (Rec. 103/2014).

STS 28 de noviembre 2017 (Rec. 3657/2015).

STS 802/2018 de 20 de Julio de 2018 (Rec. 2708/2016).

STS 528/2020, de 25 de junio (Rec. 877/2017).

STS 95/2021 de 26 de enero (Rec. 50/2020).

### **Sentencias del Tribunal Superior Justicia**

STSJM 431/2010, de 14 de mayo (Rec. 5343/2009).

STSJ BAL 162/2013, de 25 de marzo de 2013 (Rec. 486/2012).

STSJM 101/2014, de 31 de enero (Rec. 1773/2013).

STSJM 163/2015, de 2 de marzo (Rec. 767/2014).

STSJ ICAN 1501/2017, de 15 de diciembre (Rec. 1249/2017).

STSJ CL de 28 de mayo de 2018 (Rec. 713/2018).

STSJ ICAN 255/2019, de 12 de marzo (Rec. 19/2019).

STSJ AND 623/2019, de 11 de abril (Rec. 1082/2019).

STSJ PV 1428/2019, de 16 de julio (Rec. 16/2019).

STSJ GAL 4756/2019 , de 22 de julio (Rec. 1992/2019).

STSJ CL 180/2019, de 26 de Julio (Rec. 238/2019).

STSJ ICAN 533/2019, de 27 de agosto (Rec. 858/2019).

STSJ ICAN 858/2019, de 27 de agosto (Rec. 533/2019).

STSJ 6109/2019, de 11 de noviembre (Rec. 4352/2019).

STSJM 1200/2019, de 5 de diciembre (Rec. 584/2019).

STSJ ICAN 243/2020, de 14 de febrero (Rec. 1429/2019).

STSJPV de 20 de octubre de 2020 (Rec. 1157/2020).

STSJM 1125/2020, de 21 de diciembre (Rec. 1186/2018).

STSJ PV 22/2021, de 12 de enero (Rec. 1581/2020).

STSJM 13/2021, de 15 de enero (Rec. 737/2020).

STSJ CANT 522/2021 de 9 de julio (Rec. 463/2021).

STSJM 120/2021, de 10 de febrero (Rec. 703/2020).