

El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022

Legal developments on the regulation of the affirmative action according Law 15/2022

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

Investigadora predoctoral

Universidad Pontificia Comillas ICADE

Recibido: 10/4/2023

Aceptado: 7/5/2023

doi: 10.20318/femeris.2023.7785

Resumen. Las medidas de acción positivas son un elemento más del principio de igualdad de oportunidades y su finalidad es evitar la perpetuación de las situaciones de desigualdad, las cuales son fuente de discriminación. El derecho, tanto nacional como internacional, ha ido acogiendo de forma paulatina la admisión y regulación de las mismas; al que hay que sumar la labor de la jurisprudencia porque ha ayudado a esclarecer los requisitos que ellas deben cumplir. Recientemente, ha entrado en vigor la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que es el instrumento más moderno del derecho antidiscriminatorio nacional con el que culmina el proceso de trasposición de las Directivas antidiscriminatorias de la UE, y que contiene referencias a las relaciones laborales. En este trabajo se van a recalcar cuáles son los elementos que todo instrumento susceptible de ser considerado acción positiva debe cumplir, porque de no hacerlo carecería de legitimidad. Ello nos ayudará a estudiar qué son las medidas de acción positiva y qué respaldo jurídico han tenido en nuestro ordenamiento, especialmente en lo que respecta al ámbito laboral. En este sentido, se hará, por un lado, una comparación entre el escenario previo, centrado en la protección de las personas con discapacidad y la mujer, con la negociación colectiva como protagonista; y por otro, se analizarán las novedades que introduce esta Ley 15/2022. Aunque es innegable la trascendencia social que esta ley presenta, por cuanto amplía la protección frente a la discriminación a nuevos sujetos, ya adelantamos que no destaca por las novedades que aporta en el régimen jurídico de la acción positiva.

Palabras clave: Igualdad, no discriminación, acción positiva, negociación colectiva, trabajo femenino.

Abstract. Positive action is part of the principle of equal opportunities, and their purpose is to avoid the situations of inequality which are source of discrimination. International and national law, has gradually been accepting its admission, and finally, not only regulates but also promotes them. Thanks to the case law the requirements of the measures of affirmative action are identified. In Spain, recently has entered into force the Law 15/2022, of July 12, about equality and non-discrimination, which culminates the process of transposition of the EU anti-discrimination Directives. Similarly, the latter also contains some references labour relations. The aim of this paper is to emphasize what are the requirements that every mea-

*bsanchezg@comillas.edu

sure must satisfy to be considered a positive action, otherwise it would lack legitimacy. This will help to study what positive action measures are and what legal support they have had in our legal system, especially with regard to the workplace. Hereinafter, we will do, on the one hand, a comparison between the previous scenario, focused on the protection of people with disabilities and women, with collective bargaining as the leading role, and, on the other hand, we will assess the novelties introduced by this Law 15/2022. Although the social value of this law is undeniable because it extends the protection against discrimination to new subjects, we already anticipated that it does not stand out due to the novelties it brings to the legal regime of positive action.

Keywords: equality, non-discrimination, affirmative action, collective bargaining, women's work.

1. Las medidas de acción positiva y la igualdad: de su admisión a su reconocimiento normativo

Las medidas de acción positiva, aparentemente, parecen quebrantar la idea de igualdad formal porque suponen la inclusión de un criterio de diferencia de tratamiento hacia un determinado grupo de personas. Probablemente, por esta razón, en un primer momento, carecieron de un respaldo legal definido que dificultó su uso. Sin embargo, la igualdad no se agota aquí y da un paso más hasta alcanzar la igualdad material, que se refiere al mandato que tienen los poderes públicos de conseguir la plena realización de la igualdad. La Constitución española (CE), es reflejo de ello en sus artículos 14, sobre la igualdad ante la ley; y 9.2 sobre el mandato de los poderes públicos para promover las condiciones de igualdad.

El legislador ha demostrado ser conocedor de que ciertos grupos de personas poseen una posibilidad mayor de sufrir un trato desigual, para los que ha configurado un derecho fundamental de contenido autónomo, que cuenta con unas garantías especiales. Pero, tan importante es la protección de esos sujetos como la prevención de las situaciones discriminatorias, lo cual puede conseguirse mediante las acciones positivas (CASAS BAAMONDE, 2018). Así, el TC (Tribunal Constitucional) ha matizado que será posible otorgar una diferencia de trato cuando sea necesaria para que los poderes públicos cumplan su cometido contenido en el art. 9.2 CE. Ha reconocido el TC que "la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva y de trato"¹. Toda práctica que pretende corregir una situación discriminatoria, aunque introduzca una diferencia de trato, no es contraria al art. 14 CE si no que está justificada por dicho precepto, así como por el art. 9.2 CE. Esto implica que pueden justificarse medidas aparentemente discriminatorias, cuando su finalidad es acabar con la desigualdad².

En el marco comunitario, la Directiva 27/207/CEE, fue la primera norma que recogió la idea de que los Estados miembros aprobasen medidas de acción positiva (art. 4) para acabar con la discriminación de las mujeres en el marco de las relaciones laborales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), entonces Tribunal de la Comunidad Económica Europea, resolvió dos importantes asuntos que permitieron precisar el senti-

¹ STC 109/1993, FJ 5º, de 25 de marzo.

² STC 128/1987, de 16 de julio; STC 269/1994 de 3 de octubre; STC 109/1993, de 25 de marzo.

do de las medidas de acción positiva: Kalanke y Marschall³. El paulatino reconocimiento de las medidas de acción positiva como parte del acervo del derecho antidiscriminatorio europeo culmina con su consagración como Derecho originario tras la firma del Tratado de Ámsterdam en 1990, que facilitó la aprobación de las Directivas antidiscriminatorias⁴, que superan la concepción de la discriminación vinculada únicamente al sexo, para referirse también a la edad, discapacidad, u orientación sexual; regularizan los tipos de discriminación directa e indirecta, los definen como venía haciendo la jurisprudencia, e inciden en la posibilidad de que se aprueben medidas de acción positiva porque no vulneraría el principio de igualdad de trato. El derecho comunitario se limita a su admisión (art. 8 y 9 del Tratado de Funcionamiento Europeo) y faculta a los Estados miembros a aprobar medidas para erradicar la discriminación (art. 157.4 TFUE), pero no a su promoción ni incentivación (SÁNCHEZ TRIGUEROS, 2019) pero permite que los Estados las implementen para corregir la desigualdad de género en el ámbito sociolaboral. Lo mismo puede afirmarse de las Directivas sobre no discriminación. Dada esa premisa, el papel del TJUE ha sido el de analizar la compatibilidad de las medidas de acción positiva adoptada por los Estados con el Derecho Comunitario. Las sentencias Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsen, Briheche, Lommers, Roca Álvarez, Maïstrellis, entre otras, muestran un panorama de cierta complicación y, desde luego, de muchos condicionantes para admitir la validez de la acción positiva de referencia, porque abordan la materia desde un puro enfoque anti discriminatorio. El presente trabajo repasa sucesivamente esos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo. De su estudio deriva toda una serie de requisitos para que pueda entenderse legítima la acción positiva en favor de la mujer: 1.

En la legislación española hay que destacar como las más desarrolladas, por un lado, contra la discriminación de las mujeres: la Ley orgánica, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁵, y la Ley, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶ (LOIEMH); y, por otro lado, contra la discriminación de las personas con discapacidad: Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre⁷(LGDPD). La acción positiva como medida de erradicación de estas discriminaciones ocupa un lugar central al reconocerse como necesaria la “acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación”⁸. Estas leyes abrieron paso a la proliferación de medidas de acción positiva en diversos ámbitos como en el laboral, pues

³ STJUE de 17 de octubre de 1995, y de 11 de noviembre de 1997 respectivamente.

⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27.11.2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación; Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29.06.2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se suman a ellas en 2006 la Directiva 2006/54/UE, de 5.07.2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que unificó las normas que se habían aprobado en los años anteriores en materia de igualdad laboral entre hombres y mujeres, que se completó con la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13.12.2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, BOE nº 313.

⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, BOE nº 71.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, BOE nº 289.

⁸ Exposición de motivos LOIEMH.

fomentan su adopción⁹, y en otros casos incluso se llegaron a concretar algunas de las medidas haciendo obligatorio su cumplimiento¹⁰. Cabe mencionar, sin hacer un examen exhaustivo, que la regulación autonómica reconoce el posible uso de estos mecanismos especialmente para la igualdad entre hombres y mujeres incluso antes de la aprobación en 2007 de la LOIEMH¹¹.

El último eslabón en la regulación del derecho antidiscriminatorio español es la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹² (Ley 15/2022), objeto de estudio en las sucesivas páginas de este trabajo.

2. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a medidas de acción positiva?

La expresión *medidas de acción positiva* presente en la norma jurídica, es, en realidad, un concepto que podemos llamar “concepto paraguas”. Construye una definición en función de su finalidad, que será “prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos protegidos” (art. 5 Directiva 2000/43 y art. 7 Directiva 2000/73), “garantizar en la práctica la plena igualdad” (art. 3 Directiva 2006/54, o “corregir situaciones patentes de desigualdad” (art. 11 LOIEMH). Se trata de un término abierto porque, al no especificar la naturaleza que han de adoptar estas medidas, pueden incluirse una amplia variedad de actuaciones bajo su significado, siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos, que respeten su objetivo fundamental: alcanzar la igualdad de oportunidades.

Dentro de la amplia variedad de medidas de acción positiva, las técnicas más usadas son aquellas que contienen una diferencia de trato, generalmente una ventaja, como las cuotas o los criterios de preferencia, hacia algún colectivo protegido. En situaciones de escasez de recursos, como ocurre con las oportunidades de empleo, se interviene directamente en su adjudicación para fomentar un reparto equitativo. Son técnicas que se han llamado discriminación positiva (REY MARTÍNEZ, 1996; RUIZ MIGUEL, 1996) ya que introducen un criterio de selección, aunque en vez de para excluir, para incluir, como expresión y consecuencia del principio de igualdad de oportunidades (QUINTANILLA NAVARRO, 2005).

Las desigualdades dependen de múltiples factores que hacen de ellas complejos escenarios sociales. Sería excesivamente simplista pensar que las medidas de acción positiva dirigidas únicamente a los grupos protegidos serán suficientes para paliar las situaciones de desigualdad. Por eso, en ciertas ocasiones ello supone permitir que sean destinatarios de las medidas de acción positiva sujetos no protegidos por la norma, para que indirectamente queden beneficiados otros expresamente previstos. Esta es la técnica que se pue-

⁹ Mediante los planes de igualdad en la empresa (Cap. III LOIEMH).

¹⁰ Consideramos que se fomenta el uso de cuotas de reserva de puesto de trabajo para personas con discapacidad en la empresa privada porque la negociación colectiva puede liberar de esta obligación, no así en la empresa pública donde siempre será obligatorio (art. 42 LGDPD).

¹¹ Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León (BOE nº 71, de 24.03. 2003) o Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, BOE (nº 38, de 13.02.2008).

¹² BOE nº 167, de 13.07.2022.

de emplear para fomentar la corresponsabilidad al conceder ventajas que solo operarán cuando sean los hombres quienes ejerciten derechos de conciliación de titularidad neutra, poniendo freno al reparto de tareas según los roles de género.

A pesar de lo que se ha expuesto en las líneas precedentes, creemos conveniente defender el empleo y la generalización del uso de término acción positiva, en detrimento de otros, por su mayor alcance y recorrido. En un lenguaje jurídico, discriminar será el resultado de una acción, práctica u omisión que coloque a una persona o grupo de personas, que comparte un rasgo personal, en una situación peyorativa en relación con otros sujetos comparables, sin existir justificación alguna para ello. Para la RAE (Real Academia de la Lengua Española) discriminar también puede significar, meramente, “seleccionar excluyendo”. Pero aporta mayor rigor jurídico reservar el uso de la palabra discriminación exclusivamente a aquellos supuestos que son discriminatorios, de acuerdo con la descripción que hace la norma¹³.

El empleo del término *discriminación inversa, positiva*, o simplemente, *diferenciación* crea en el receptor del lenguaje una connotación negativa, porque asocia discriminación a una situación injusta, pese a que la motivación de las medidas de acción positiva es totalmente opuesta: eliminar situaciones injustas. Un lenguaje inadecuado en este caso ensombrece la verdadera intención y fundamento de estas actuaciones, y contribuye a que se produzca un rechazo ante cualquier medida de acción positiva por ser considerada, erróneamente, discriminatoria (BARRERE UNZUETA, 2003). Si una medida de acción positiva concreta produjese un resultado desfavorable, entonces, más que tratarse de una acción positiva, sería una acción discriminatoria.

Por esta razón creemos más conveniente el uso de *medidas de acción positiva o acción afirmativa* en cualquiera de los casos, y porque el legislador siempre ha hecho uso de ella. Estas medidas tienen su origen en los Estados Unidos donde se acuñó el término *affirmative action*, traducido de la lengua anglosajona al castellano como acción afirmativa o acción positiva; y desde entonces hasta hoy, la regulación, a nivel nacional y comunitario, usa este término y no otros. Cuestión distinta es que, dentro de la acción afirmativa, se empleen diferentes técnicas, en función del contenido o de los destinatarios, y que puedan llamarse discriminación positiva para ilustrar su contenido.

Por último, bajo el término de medidas de acción positiva no deberían incluirse acciones de promoción de la igualdad. La distinción entre ambos la realiza la LGDPD, que diferencia entre medidas contra la discriminación (art. 65) y las medidas de acción positiva propiamente dichas (art. 67). Las primeras tienen su fundamento en la obligación empresarial de hacer que sus actos no generen ninguna conducta tipificada como directa o indirectamente discriminatoria, de manera que, aun cuando no estuviesen previstas en la norma podría, estas actuaciones serían de obligado cumplimiento como expresión

¹³ Más reciente es el art. 6.1 de la Ley 15/2022: “La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas (...) y la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas”.

del derecho a no ser discriminado. En cambio, las medidas de acción positiva son aquellas que otorgan algún tipo de ventaja que rompe con la igualdad de trato, con el fin de alcanzar la igualdad. Una medida en promoción de la igualdad emplea parámetros neutros para que la causa protegida no determine el futuro de su aplicación, por ejemplo, empleando un currículum ciego donde no tenga cabida ninguna información sobre circunstancias personales. La forma de actuación de las medidas de acción positiva es distinta, porque las características protegidas participan como elementos principales que determinan su aplicación.

3. Requisitos de las medidas de acción positiva

Es pacífica la doctrina que acepta el uso de medidas de acción positiva, volviéndose algo más dispar cuando hay que decidir su legitimidad una vez que se materializan en instrumentos concretos. La jurisprudencia del TJUE y de los tribunales españoles ha ido matizando el concepto de acción positiva, recogiendo algunas de sus consideraciones por el legislador, para establecer unos criterios que permitan adivinar si una pretendida medida de acción positiva se adecúa a la legalidad o no. Se resumen a continuación estos criterios:

i. Justificación dada por la existencia de una situación discriminatoria preexistente. Esto es, que un grupo de personas se enfrenten a desventajas estructurales enraizadas en la sociedad, y que este grupo sea individualizable porque sus miembros compartan una característica protegida por la ley.

Es entendible que la mayor parte de las medidas de acción positiva se hayan destinado a paliar la desigualdad entre hombres y mujeres, pues es la causa de discriminación más arraigada en la sociedad y a la que mayor esfuerzo normativo se ha dedicado. Así ha sido en Europa, porque en Estados Unidos su prioridad ha sido acabar con la discriminación racial. Al final, la promoción de estas medidas está sujeta a la realidad social de cada país y no deja de ser una opción legislativa. Las medidas de acción positiva pueden extenderse a otros grupos sociales también protegidos por el derecho a la no discriminación, bien porque aparezcan recogidos expresamente por la norma, o bien porque son susceptibles de inclusión en la cláusula de apertura de las mismas, tal y como ocurrió con la aprobación de cuotas de acceso al empleo público reservadas para personas con discapacidad antes de que este motivo se recogiese como causa protegida¹⁴.

No obstante, el carácter necesario de la medida no se cumple por la mera acreditación en términos generales de la desigualdad de colectivo. Debe atenderse a una situación concreta que conlleve una desigualdad en un aspecto preciso, objeto de corrección con la

¹⁴ STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 5º: "No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT [Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983]) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad"

puesta en práctica de la medida en cuestión¹⁵. La discriminación se manifiesta en diferentes escenarios, siendo uno de ellos el ámbito laboral. En este caso, por ejemplo, se refleja en las menores oportunidades de acceso a procesos de selección y la menor contratación; en las peores condiciones de trabajo: en una formación más pobre; y en una mayor dificultad de promoción profesional. Las medidas de acción positiva han de tomar en consideración una situación puntual de discriminación, y deben desarrollarse con el objetivo de revertirla. Por ejemplo, dada la infrarrepresentación de las mujeres en determinados sectores de la Administración, se les otorga cierta preferencia en la contratación¹⁶; o en los casos en los que es necesaria formación especializada para tareas que apenas cuentan con participación femenina, se les reserva puestos en programas para que ellas mejoren su cualificación¹⁷.

ii. Contribución a la realización de la igualdad de oportunidades. Venimos sosteniendo que estas medidas son una expresión de la igualdad de oportunidades, y no solo una excepción de la misma, como defendía la doctrina del TJUE más tradicional¹⁸. Pero, para obtener dicha consideración deben promover la igualdad de manera efectiva, con la cautela de no convertirse en un obstáculo para ello.

Por esta razón, no se admiten las medidas proteccionistas que, bajo una apariencia de acción positiva, perpetúan los estereotipos asociados al rasgo protegido. Por ejemplo, se ha dicho que el tratamiento diferenciado que se ofrece a las mujeres al prever un descanso nocturno de mayor duración para ellas¹⁹, concederles un plus de salario de nocturnidad²⁰, o prohibir su trabajo en las minas no promueve su igualdad²¹. Una actitud excesivamente paternalista en estos casos no ayuda a la liberalización de perjuicios a la mujer (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 2001). De hecho, cuando las normas consolidan las diferencias entre ambos sexos, o entre sujetos cualquiera que sea su característica protegida, lejos de fomentar la igualdad, perpetúan la desigualdad, y pueden llegar a ser discriminatorias por sí mismas.

Especial mención merece la consideración de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar destinadas exclusivamente a la mujer, pues perpetúan los roles de género femeninos asociados al cuidado, y han dejado de verse como un medio de acción positiva en pro de la igualdad. Ahora se habla de medidas de corresponsabilidad que involucren al otro progenitor en el cuidado tanto de menores como de mayores (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2022). Pero no siempre ha sido así, y prueba de ello es, por ejemplo, la evolución del criterio jurisprudencial que ha seguido el reconocimiento del permiso de lactancia solo a la mujer por su condición biológica de madre. Ha pasado de su defensa²², a su rechazo

¹⁵ En el asunto Kalanke se dice que “[las medidas de acción positiva deben tener una] finalidad precisa y limitada que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad”.

¹⁶ STJUE, asunto Badeck C-158/97.

¹⁷ Por ejemplo, el Convenio colectivo del Grupo Cofely (Convenio colectivo del Grupo Cofely, BOE nº 289, de 3.12.2021) prevé que su Plan de Igualdad contenga acciones específicas de formación de las mujeres en sectores donde estén subrepresentadas como por ejemplo en habilidades directivas.

¹⁸ Sentencias Kalanke, Marschall, Badeck.

¹⁹ STC 81/1982, de 21 de noviembre.

²⁰ STC 28/1992, de 9 de marzo.

²¹ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

²² STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5º y 6º: “[el permiso de lactancia reconocido para las mujeres] halla un funda-

por ser contrario a su finalidad igualadora y provocar el efecto contrario, al facilitar la reducción de su tiempo de trabajo en ellas y provocar su alejamiento del mercado laboral²³.

iii. Adecuación a su finalidad. Con adecuación nos referimos a la conexión que debe existir entre la realización de la medida y la finalidad concreta perseguida: una medida es adecuada cuando es idónea para cumplir el propósito para el que se ha creado. Menos claro queda determinar hasta qué punto es necesario que la medida cumpla con su finalidad de una manera eficiente y eficaz. Es evidente que un cierto grado de éxito es necesario porque si no estaríamos ante una medida totalmente inadecuada, pero creemos que no sería correcto vincular exclusivamente su adecuación al éxito.

Examinar el grado de satisfacción de una acción es una tarea compleja porque depende de muchos factores. En efecto, junto con el contexto social variable y dinámico, a veces resulta difícil señalar cuál es la finalidad principal de la medida de acción positiva que estamos evaluando. Pongamos como ejemplo la obligación que introdujo la LOIEMH de incorporar una cuota género²⁴ en las listas electorales de las candidaturas, sometida a una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC²⁵. Finalmente, el Tribunal convalidó esta medida de acuerdo con razones relacionadas con la igualdad y la realización del art. 9.2 CE. Entre otras, esgrimió que con la inclusión de estas cuotas se desea que la representación política democrática refleje la diversidad de la sociedad y la dualidad sexual. Tras su puesta en marcha, varios estudios han mostrado evidencias positivas sobre el aumento de mujeres ocupando cargos electivos de representación política. No obstante, los beneficios en otros aspectos son cuestionables, ya que las mujeres no han conseguido alcanzar en la misma proporción puestos de poder dentro de las organizaciones políticas, ni tampoco ha significado que se haya producido un cambio de mentalidad en la sociedad acerca la igual valía entre hombres y mujeres para ocupar puestos de poder. En definitiva, aunque no queda del todo probado que se hayan superado las barreras sociales que impedían la participación política de la mujer (BAGUES, CAMPA, 2021), las cuotas de género si han alcanzado la quizás fuese su finalidad más genuina: la realización del principio de presencia equilibrada entre hombres y mujeres en el sistema electoral, que contribuye al empoderamiento femenino

mento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla 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 con datos revelados por la estadística”

Esta sentencia cuenta con un voto particular que reconoce “al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas”.

²³ STJUE, asunto Roca Álvarez, C- 104/09. En este asunto el Tribunal responde que si solo se reconoce el permiso de lactancia a los padres cuando la madre tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena no se está contribuyendo a lograr la igualdad real entre hombres y mujeres.

²⁴ “Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico” (art. 44.1 bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General).

²⁵ STC 12/2008, de 29 de enero.

(CASAS BAAMONDE, 2018). Es más, a pesar de la controversia generada por el uso de cuotas y su efectividad, el legislador ha seguido confiando en su uso para garantizar la efectividad del principio de igualdad de trato. Por ejemplo, la UE ha publicado una directiva que amplía a los consejos de administración de las sociedades cotizadas la obligación de cumplir con el principio de presencia equilibrada, legitimando así el uso de cuotas de género²⁶.

iv. Proporcionalidad. No es sencillo determinar con exactitud qué significa e implica la proporcionalidad de las medidas, ya que ello depende de la sensibilidad que la sociedad demuestre en cada momento (GARCÍA NINET, GARRIGUES GIMÉNEZ, 2007). Sin embargo, sí se puede afirmar que no se debe hacer un uso arbitrario de las mismas, y que de su aplicación no pueden resultar más sujetos perjudicados que beneficiados (POSTIGO ASENJO, 2005).

En este sentido, el TJUE consolidó una importante regla en los asuntos Kalanke y Marschall para determinar la admisibilidad de las concretas medidas de acción positiva, que se ha ido manteniendo y matizando en pronunciamientos posteriores²⁷. Estas medidas no podrán suponer una ventaja incondicional para sus destinatarios²⁸, ni conllevar una exclusión automática para el resto. Por el contrario, sí serán válidas cuando permitan que todos los supuestos sean valorados en igualdad de condiciones y sean aplicados siempre que previamente se den unas mismas condiciones de idoneidad²⁹. Por ejemplo, la pertenencia a un grupo protegido puede ser considerada como un importante factor más a tener en cuenta a efectos de adoptar una decisión de promoción o contratación pero no un criterio decisivo.

De esta manera, se evita que, mediante la aplicación de medidas de acción positiva para el acceso a determinados puestos de trabajo o para la promoción de trabajadores y trabajadoras, decaiga el principio de mérito, que es uno de las razones por las que el uso de cuotas ha sido criticado (RUIZ MIGUEL, 1996). La jurisprudencia ha demostrado la total incompatibilidad con la igualdad de trato de los criterios de selección que dan a preferencia a candidatos con méritos inferiores a sus competidores por la única razón de pertenecer a un grupo protegido. Por eso, no sería suficiente que los candidatos, o candidatas, seleccionados posean capacitación suficiente para el puesto de trabajo, si no que sus méritos y capacidades han de ser sustancialmente equivalentes, o sensiblemente equivalentes³⁰, al resto de competidores. Ello genera el reto de evaluar cuando méritos de diversa naturaleza son sensiblemente equivalentes. Asimismo, obvia el hecho de que, para

²⁶ Directiva UE 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, DOUE n^o 315, de 7.12.2022.

²⁷ Por ejemplo, asunto Badeck *cit.* o asunto Abrahamsson (STJUE, C-407/98).

²⁸ En el asunto Kalanke se rechaza el criterio que otorga preferencia automática a las mujeres con mismas capacidades y méritos que los hombres para promocionar en los sectores en los que estuviese infrarrepresentada.

²⁹ En el asunto Marschall sí se admite el criterio enjuiciado porque "A diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la sentencia Kalanke, una normativa nacional que, como la que es objeto del procedimiento principal, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino".

³⁰ STJUE, asunto Abrahamsson, sobre la tercera cuestión.

los sujetos vulnerables especialmente las mujeres, alcanzar la igualdad de méritos puede convertirse en un obstáculo en sí mismo (BALLESTER PASTOR, 2017).

v. *Temporalidad*. Si su fundamento está en la existencia de desigualdad, su desaparición motivará la extinción de las medidas ya que decae el elemento primero que justifica su razón de ser. En algunos casos, este requisito no obstaculiza que algunas de estas medidas tengan vocación de mayor duración, porque, más que corregir una situación discriminatoria, su fundamento es reflejar la diversa estructura de la sociedad y asumir el compromiso de que todos sus miembros participen en ella en igualdad de condiciones (MONEREO PÉREZ et al., 2022). Por ejemplo, la reserva de cuotas en el empleo para personas con discapacidad parece tener intención de mantenerse porque su fundamento está en compensar la mayor dificultad que tienen estas personas en adquirir capacitación y formación dada su limitación no ligada a una situación transitoria. Quizás sólo en un futuro, donde efectivamente se hubiesen removido todos los prejuicios y estereotipos asociados a la discapacidad, y garantizado la accesibilidad universal de todas las personas a los diferentes recursos, podríamos decir que personas con discapacidad y sin ella participan en el empleo en igualdad de condiciones.

4. Las medidas de acción positiva en el ámbito laboral

El trabajo es un ámbito donde la discriminación es especialmente visible a la par que dañina, ya que es uno de los aspectos vitales a los que más tiempo y esfuerzo dedicamos. Participar en el mercado laboral, y además hacerlo sin obstáculos que perpetúen la desigualdad, es imprescindible para conseguir el pleno desarrollo social y personal de cualquier individuo. Esta necesidad, aunque viene de antiguo, sigue siendo un tema de actualidad; así lo demuestran los datos que arrojan las encuestas³¹, que evidencian que aún estamos lejos de alcanzar la igualdad real en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo de estas personas.

Las medidas de acción positiva en nuestro país se han desarrollado principalmente en torno a dos causas protegidas: el sexo y la discapacidad. La participación en el mercado laboral de las personas en las que concurren alguna de ellas se ha hecho en peores condiciones y en menor medida que en comparación con la media general. La LGDPD y la LOIEMH se enmarcan dentro de la potestad constitucional de hacer efectivo el principio de igualdad de trato, que propicia el establecimiento de un régimen jurídico para la aprobación de medidas de acción positiva. No obstante, al hacerlo en sus correspondientes ámbitos de aplicación, otros colectivos quedaban desprotegidos. La desatención por parte del legislador hacia otras causas, que ahora están adquiriendo relevancia, para nada quiere significar que su discriminación no existiese en tiempos anteriores, y simplemente es ejemplo de cómo el Derecho evoluciona a la par que lo hacen las demandas sociales

³¹ Exposición de motivos LOIEMH y Ley 15/2022.

Existe, y existía, un sistema de incentivación a la contratación de personas con dificultades de acceso al empleo, entre las que se encuentran las mujeres y las personas con discapacidad, y que hoy acoge también a los jóvenes y a las personas de avanzada edad. Este sistema se sitúa en el marco general de las políticas activas de empleo y en el régimen de las obligaciones con la Seguridad social, y aunque indudablemente también afecta a la inclusión laboral de estos colectivos, vamos a dejar fuera su análisis por cuanto no tiene que ver con aspectos que afectan directamente a cuestiones de Derecho del trabajo.

4.1. Medidas de acción positiva y discriminación por razón de género

El art. 11 de la LOIEMH reconoce la posibilidad de crear medidas de acción positiva para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Este artículo contiene una facultad, no una obligación, y se dirige tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados, sean personas físicas o jurídicas. Los sujetos privados, como el empresario, ya podían hacer uso de esta facultad: unilateralmente, por medio de la autonomía de la voluntad empresarial; o mediante acuerdo, gracias a la libertad de contenido del convenio colectivo. La inclusión expresa no cumple más que una función incentivadora.

Para lograr mayor efectividad de lo dispuesto en este artículo, y en general para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, la negociación colectiva adquiere gran protagonismo, cumpliendo así con la Directiva 2006/54 que insta a que los Estados miembros fomenten el diálogo social. El art. 43 LOIEMH reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva apruebe medidas de acción positiva, sin especificar que instrumento deba emplearse para ello. Ello no es una novedad absoluta ya que el art. 85.1 ET permitía la libertad de contenido del convenio colectivo, de manera que las partes negociadoras podrían elegir las cláusulas que incorporarían en dichos textos.

El art. 17.4 ET, relativo al principio de no discriminación, e introducido por la LOIEMH, recoge que las medidas susceptibles de ser incluidas por la negociación colectiva podrán afectar a las diferentes etapas de la relación laboral. De la literalidad de este artículo se desprende la intención del legislador de fomentar el uso de criterios que favorezcan la inclusión del “sexo menos representado”, siempre y cuando se haga en condiciones de idoneidad, siguiendo la línea jurisprudencial del TJUE. Pareciese incluso legitimar el uso de cuotas de reserva de puestos de trabajo, al contemplar que la negociación colectiva “podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación”. No obstante, continúa diciendo que esto se hará “en igualdad de condiciones de idoneidad”, como muestra de la insuperable barrera levantada por el TJUE sobre la necesaria igualdad de méritos entre candidatos. Las cuotas de reserva, en su más estricta consideración, no requieren los mismos o similares méritos entre candidatos, porque parten de la idea de que para la consecución de estos méritos también existen desigualdades, como ocurre con las cuotas de reservas de puestos para personas con discapacidad.

La falta de parámetros cuantitativos sobre cuándo hay infrarrepresentación de un sexo puede suplirse con la regla del principio de representación paritaria que esta misma

ley contiene respecto de la participación electoral, que establece una proporción 60%-40% de hombres y mujeres. Si algo demuestran las estadísticas es que las mujeres están subrepresentadas en la mayoría de los sectores económicos³², pero en aquellos casos en los que la infrarrepresentación sea más acuciante, las medidas que promocionen su contratación serán urgentes y encontrarán una mejor justificación³³.

¿La expresión “sexo menos representado” implica que también pueden establecerse medidas de acción positiva en favor de hombres? La respuesta parece ser afirmativa, ya que la desigualdad laboral de las mujeres se visibiliza entre otras formas, mediante la segregación de puestos de trabajo o sectores económicos. Si se favorece que los hombres accedan a empleos tradicionalmente feminizados, se estará contribuyendo a lograr un mercado de trabajo igualitario, en el que sexo de las personas no condicione sus oportunidades laborales (CASTRO ARGÜELLES y ÁLVAREZ ALONSO, 2007).

Con la LOIEMH se produce una intervención directa del legislador en la negociación colectiva, haciendo obligatorio el cumplimiento de ciertas actuaciones que, hasta entonces, había sido opcional. Al art. 85.1 ET le añade un nuevo párrafo que incluye la obligación de que las medidas de acción positiva sean, al menos, negociadas en el marco de la elaboración de un convenio colectivo. A efectos prácticos, ello implica un alcance limitado ya que negociar no supone que necesariamente se haya de llegar a un acuerdo (MONEREO PÉREZ, GUINDO MORALES, 2018).

La negociación colectiva tiene la capacidad de adaptarse mejor a la realidad de la empresa, razón por la cual se confía en su potencial para desarrollar medidas de acción positiva más eficientes y que mejor respondan a cada situación empresarial. Pero tras quince años de vigencia de la LOIEMH, del análisis de los convenios colectivos aprobados desde el año 2007, año de entrada en vigor de esta ley, se ha podido constatar que el resultado no ha sido del todo fructífero. La mayoría de convenios han introducido cláusulas antidiscriminatorias que meramente reproducen el contenido de la ley (LÓPEZ INSUA, 2017), y en otros casos, han tomado medidas que, aunque promocionan la igualdad, no pueden ser consideradas como acciones positivas propiamente dichas, como el fomento del uso de un lenguaje inclusivo³⁴, o el uso del currículo ciego³⁵.

Con todo esto, hay que destacar que la mayor novedad introducida por la LOIEMH es la obligación de que las empresas que cuenten con más de 50 trabajadores en plantilla realicen un plan de igualdad³⁶. El resultado del plan de igualdad, después de un correcto

³² A excepción de los que se recogen en la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, BOE nº 57, de 8.03.2005.

³³ En el sector del metal donde las diferencias son muy significantes, por ejemplo: “a partir del 1 de enero de 2006, las empresas con más de 15 trabajadores respetarán un 5% de las contrataciones para mujeres. En las de menos de 15 trabajadores, se procurará contratar mujeres con el criterio de ir equilibrando los mismos porcentajes de hombres y mujeres contratados”. (art. 37, Convenio Colectivo Agropecuario de la Provincia de Cuenca, BO Cuenca, nº 130, de 8.11.2018).

³⁴ Por ejemplo, el VII Convenio colectivo de supermercados grupo Eroski (BOE nº 101, de 28.04.2022), haciendo uso de un lenguaje no sexista y no discriminatorio, emplea el término “persona trabajadora”.

³⁵ Plan de Igualdad Ikea, año 2018, consultado en: https://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA_Plandeigualdad.pdf

³⁶ Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica

diagnóstico de situación en la empresa, es la aplicación y evaluación de distintas actuaciones para corregir las desigualdades detectadas; algunas de las cuales podrían adquirir naturaleza de acción positiva³⁷.

4.2. Medidas de acción positiva y discriminación por discapacidad

La LGDPD contempla diferentes vías de acceso al mercado laboral específicas para las personas con discapacidad, como el empleo en centros especiales o la posibilidad de realizar enclaves laborales, pero además contiene una medida de acción positiva prototípica para integrar a las personas con discapacidad en la empresa que es, en cierta medida, ha de cumplirse. Se trata del art. 42, que obliga a que las empresas que cuenten con más de 50 personas trabajadoras contraten al menos a un 2% de personas con discapacidad, elevándose este porcentaje al 7% si se trata de empresas públicas. Aunque, como se ha dicho, esta medida es relativamente obligatoria porque la negociación colectiva puede hacer que las empresas queden exoneradas de su cumplimiento en circunstancias excepcionales a cambio de realizar medidas alternativas³⁸.

Este instrumento de reserva de puestos de trabajo no se debe confundir con el criterio de preferencia como instrumento desarrollado para el objetivo de la igualdad de género en el ámbito laboral, que ya hemos comentado. La idoneidad de las personas con discapacidad que acceden al empleo gracias al sistema de cuotas no es evaluada del mismo modo que con respecto de otras personas que pudiesen acceder a dicho empleo, sino que son evaluadas solamente en comparación al resto de personas con discapacidad con quienes concurren a las plazas. Así, podría ocurrir que se ocupase el puesto de trabajo para el que opera la reserva tan solo quien supera la capacitación mínima exigida sin importar la equivalencia de méritos con el resto de candidatos o candidatas.

Las cuotas son un potente instrumento de acción positiva porque tienen un doble objetivo: a corto plazo, compensar la situación de desigualdad a la que se enfrentan estas personas en el acceso y mantenimiento del empleo; y a largo plazo, eliminar las barreras existentes mediante la superación de los estereotipos negativos con que se les asocia (REY PÉREZ, 2018). Pero el modo en que el establecimiento de cuotas de reserva para el empleo incide limitando en la libertad de contratación del empresario, hace que su uso obligatorio haya sido muy escaso. No obstante, la reserva de cuotas para personas con discapacidad

el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, BOE nº 272, de 14.10.2020.

³⁷ Por ejemplo, el Plan de igualdad del grupo Zena, dedicado a la restauración, prevé que el sexo infrarrepresentado tenga preferencia en el acceso a determinados puestos o en la promoción en estos términos: “a igualdad de competencias tendrán preferencia las mujeres en el ascenso a puestos, niveles o grupos en los que estén infrarrepresentados” o “en los procesos de selección externa para direcciones y mandos intermedios se aplicará la medida de acción positiva de que, a igualdad de condiciones y competencias, accederá al puesto la persona del sexo menos representado en esos niveles de trabajo”.

³⁸ Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, BOE nº 94, de 20.04.2005.

es legítimo, así lo señaló el TC, pues cumple con los requisitos que debe tener toda medida de acción positiva, legitimando su uso en los graves problemas de acceso al trabajo que tienen estas personas³⁹. Sin embargo, esto no las libera de poder provocar efectos secundarios indeseados, como la generalización de objeciones y suposiciones negativas acerca de las cualidades de las personas que accedieron a un puesto de trabajo a través de cuotas (RUIZ MIGUEL, 1996). Probablemente, esta sea la razón por la cual su uso se ha reservado para el acceso al empleo de las personas con discapacidad y no para otras personas discriminadas, como pueden ser las mujeres, pese a que ello hubiese acelerado la mejoría de su situación laboral (CASAS BAAMONDE, 2018).

La LGDPD diferencia entre medidas de acción positiva y medidas contra la discriminación. Dentro de este último grupo se incluye la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo cuando sea una persona con discapacidad quien lo ocupe, y requiera de ciertas modificaciones para que pueda desarrollar su prestación laboral en igualdad de oportunidades (art. 66.1). No es ahora momento de estudiar cuando se entiende que la realización de estos ajustes es asumible por la empresa, y en que supuestos no, pero sí indicaremos la naturaleza de estas medidas. Ya desde la Directiva 2000/78 (art. 5) se habla de esta obligación empresarial como una expresión del principio de igualdad de trato, y no como un instrumento de acción positiva (art. 7), y la LGDPD siguiendo con esta idea, contiene su regulación en el art. 66 relativo a las medidas contra la discriminación y no en el 67 relativo a las medidas de acción positiva.

Los ajustes razonables son una manera de garantizar la igualdad de oportunidades. Su objetivo final no es compensar o corregir una situación discriminatoria, sino asegurar la participación efectiva en el empleo de las personas con discapacidad, el desarrollo de la prestación laboral en igualdad de condiciones, y en última instancia, garantizar el derecho al trabajo; por lo tanto, la obligación de realizar ajustes razonables se concibe con intención de permanencia, y no ligada a una situación transitoria de desigualdad.

5. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y medidas de acción positiva

El pasado 12 julio se aprobó la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que por el momento, es el más reciente instrumento jurídico vigente en materia de igualdad de trato y no discriminación, y el que ofrece una mejor y más moderna trasposición de las Directivas antidiscriminatorias europeas (BLÁZQUEZ AGUDO, PÉREZ DEL PRADO, 2022).

³⁹ STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4º: “la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo (...) no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)”.

5.1. Lo nuevo y lo no tan nuevo de la Ley 15/2022

El título de la ley ya nos adelanta la finalidad e intención de la misma. Como significa el adjetivo integral según la RAE, “que comprende todos los elementos de algo”, se trata de una ley que contiene de manera ordenada los instrumentos jurídicos vigentes hasta ahora en el sistema español destinados a la eliminación de la discriminación. También es una ley de garantías porque refuerza la aplicación de las medidas de protección y reparación ya existentes en casos donde se haya constatado la existencia de la discriminación; ya que el cumplimiento de los preceptos en materia de la no discriminación venía siendo una asignatura pendiente en el caso español (BALLESTER PASTOR, 2023).

Igualmente es una ley general y transversal, ya que su contenido deberá ser respetado en cualesquiera otras áreas del Derecho. La ley hace referencia a al deber de respeto del principio de igualdad y no discriminación en ámbitos concretos, y como no podía ser de otra manera, expresamente menciona el ámbito de las relaciones laborales en su artículo noveno, el de la negociación colectiva en el décimo, y el del trabajo por cuenta ajena en el undécimo. Y todo ello sin perjuicio de que todo el contenido genérico de la ley le sea aplicable, pues expresamente prevé el empleo como uno de sus ámbitos de aplicación (art. 3.1.a).

Sin embargo, no llega a tratarse de un texto compilador que haya recogido y sistematizado toda la normativa en materia de derecho antidiscriminatorio, aunque cuanto mejor hubiese sido tal caso (LÓPEZ CUMBRE, 2023), y únicamente “aspira a convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español”⁴⁰. El problema de que se trate de una ley de mínimos es que habrá que atenerse al desarrollo del derecho en cada ámbito concreto, manteniéndose así los desequilibrios en la regulación contra la discriminación según se trate del supuesto protegido. Sabemos que son causas más desarrolladas el sexo o discapacidad; frente a otras nuevas como la orientación sexual o la expresión de género que tienen un recorrido prácticamente inexplorado en nuestro Derecho.

La Ley 15/2022 entiende que la tutela antidiscriminatoria no puede limitarse a ser una “reacción contra los actos discriminatorios”, y debe también promover las condiciones “para que la igualdad sea real y efectiva” (MONEREO PÉREZ, et al., 2022). Pese a que en esta ley el legislador ha dedicado un gran esfuerzo en identificar y definir conductas que pueden ser discriminatorias, haciendo así más efectiva la protección contra la discriminación, –introduce y generaliza conceptos que ya se apreciaban en otras leyes o manejaba la jurisprudencia como discriminación por asociación, múltiple o interseccional, o por error–; no deja de lado a la acción positiva y sigue apostando por su fomento e instrumentalización.

En relación con la tarea de aclarar y explicar conceptos jurídicos, la definición de medidas de acción positiva es la más completa y amplia por el momento contenida en una disposición legislativa (GARCÍA GIL, SEMPERE NAVARRO, 2023). A diferencia de lo que hacía la LOIEMH, que parecía señalar solo a las mujeres como destinatarias de la diferencia de

⁴⁰ Exposición de motivos de la Ley 15/2022, Justificación de la ley.

trato –sin perjuicio de esto fuese modulable hasta alcanzar a los varones siempre dentro del marco de la discriminación por razón de género a las que ellas se ven expuestas–, la Ley 15/2022 señala que podrán establecerse diferencias de trato en general –sin circunscribirlo a un colectivo concreto–, para prevenir, eliminar, y compensar –y no ya solo para corregir– cualquier situación de discriminación. “Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan” (art. 6.7 Ley 15/2022). Contiene pues, referencias a su naturaleza, que será siempre una diferencia de trato, pero no necesariamente dirigidas al grupo discriminado; a su finalidad, especificando que las medidas de acción positiva se destinan para a colectivos en general, aunque posteriormente se individualicen en ventajas para sujetos concretos, y a su carácter temporal ligado a la pervivencia de la situación de desigualdad que motivó su introducción.

Esta ley no ha supuesto grandes cambios en la regulación laboral vigente y obtenemos prueba de ello al estudiar su articulado y cerciorarnos de que no modifica ninguna ley relacionada con el ámbito laboral. No obstante lo anterior, hay que decir que la Ley 15/2022 sí conlleva una importante novedad, que probablemente sea el avance más relevante que supuesto su aprobación: la ampliación de las causas protegidas por el derecho a no ser discriminado (ASQUERINO LAMPARERO, 2022). Expresamente dispone esta ley que “nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Una enumeración mucho mayor si la comparamos con la que la CE hace en su art. 14 (“razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) y diferente a la que contiene el art. 17 del ET (“por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”).

5.2. Las medidas de acción positiva tras la Ley 15/2022

Como venimos diciendo, no podemos afirmar que esta ley haya configurado un escenario totalmente ajeno y novedoso en lo que respecta al derecho a la no discriminación, y, por ende, ni la regulación de las medidas de acción positiva destaca por ser innovador. Tampoco podemos afirmar que recoja exhaustivamente toda la regulación vigente en materia de acciones positivas, echamos de menos alguna referencia los planes de igualdad en

el artículo relativo a la negociación colectiva. Sin embargo, ya hemos indicado que este no era el deseo de legislador, que más que codificar toda la regulación vigente en lo que respecta la materia antidiscriminatoria su propósito era redactar un marco jurídico general, sin perjuicio del posterior desarrollo del derecho en cada ámbito concreto. Por ello, aunque la situación existente antes de su aprobación se mantendrá prácticamente inalterable, algunas modificaciones si serán apreciables y confiamos que esto traiga resultados tangibles.

La Ley 15/2022 legitima el uso de acciones positiva porque explica que cualquier diferencia de trato, aun basado en las causas protegidas, que esté justificado y se adecúe a criterios de proporcionalidad no se considerará discriminatorio (art. 4.2). Una medida de acción positiva, por definición es proporcional, adecuada y necesaria, y está justificada por garantizar “el ejercicio de derechos y libertades en condiciones de igualdad” (art. 2.2); de manera que no ha de considerarse discriminatoria.

La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del derecho a no ser discriminado ofrece la posibilidad de que se aprueben medidas de acción positivas destinadas a paliar o corregir la situación de desventaja de la que parten colectivos que antes no gozaban con esta protección, como aquellos que sufren alguna alteración de la salud (enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos), o personas trans (transgénero y transexuales). La introducción de nuevas causas protegidas tendrá un efecto visible en la protección del derecho, sin ir más lejos ya se ha materializado en la declaración de nulidad del despido por ser discriminatorio cuando se trataba de personas enfermas⁴¹.

No obstante, no creemos que vaya a tener la misma efectividad en lo relativo a adopción de medidas de acción positiva. Recordemos que el art. 17.1 ET ya es generoso en el reconocimiento de causas protegidas por el derecho a no ser discriminado en las relaciones laborales, lo cual podría haber facilitado su desarrollo; que además podría haber sido impulsado por la doctrina a favor del uso de medidas de acción positiva del TC y TJUE, así como por la facultad de su negociación, en términos generales, reconocida en el art. 17.4 ET, y la libertad de contenido de los convenios colectivos (art. 85.1 ET). Pero, como ya hemos indicado, no ha sido así. Las medidas de acción positiva se han limitado a los dos ámbitos ya señalados, el género y la discapacidad, debido a que, como también hemos explicado, el régimen jurídico vigente para estos aspectos no solo es facultativo, sino que consta de preceptos de obligado cumplimiento en ciertos puntos.

El legislador no es ajeno al hecho de que, el compromiso de la negociación colectiva en aspectos relacionados con el principio de igualdad de trato es escaso, y que los resultados se han obtenido gracias al establecimiento de obligaciones concretas. El artículo décimo de la Ley 15/2022 vuelve a incidir en la potestad de la negociación colectiva de que adopten las medidas de acción positiva, sin determinar el instrumento concreto para ello, aunque siempre “de acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral”. Esta ley no se caracteriza por introducir modificaciones en la legislación vigente ya que no añade ningún contenido obligatorio nuevo.

⁴¹ Juzgado de lo social, nº 4 de Gijón, nº 107/2022, de 6 de abril.

La Ley 15/2022 prefiere apostar por la incentivación, y estimula el desarrollo de medidas de acción positiva a través dos vías (art. 33 Ley 15/2022). Por un lado, se apela a la aprobación medidas de acción positiva por la sola iniciativa empresarial, y posterior puesta en conocimiento de los representantes de los trabajadores. Quizás esto ha sido un intento de esquivar a la negociación colectiva que ha mostrado hasta ahora poca implicación en las cuestiones relativas a la promoción de la igualdad. La necesaria formalización de acuerdos que siempre es compleja, se sustituye en favor de la actuación unilateral del empresario (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2022), lo que puede agilizar la aplicación de las medidas de acción positivas en la empresa.

Una vez se han adoptado estas medidas, ya sea solo por la iniciativa empresarial o mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, se da la posibilidad a éstos últimos, y como novedad a las organizaciones cuyo objetivo es la defensa de la igualdad, a contribuir a su puesta en práctica. Esto permite que la representación de los trabajadores no quede al margen del proceso de aplicación de las medidas de acción positiva a pesar de que hubiesen diseñado por la empresa, apelando a su participación en implantación, fijación de objetivos y supervisión. La mayor implicación de actores sociales puede contribuir a aumentar el compromiso social de la empresa.

Por otro lado, permite que las empresas que hagan uso de medidas “de responsabilidad en materia de igualdad” puedan hacer un uso publicitario de ellas; aunque hay que señalar que esto engloba tanto medidas de acción positiva, como medidas de promoción a la igualdad, lo que puede favorecer el únicamente empleo de las primeras en detrimento de las segundas. Al respecto conviene destacar que los convenios colectivos son más propensos a incluir medidas que fomentan la igualdad en general frente a instrumentos que verdaderamente supongan acción positiva y corrijan situaciones de desigualdad.

En el acceso al empleo reitera esta ley que “no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones”. Aunque ya no aparezca la expresión “sexo menos representado” como hacía la LOIEMH, que permitía que los hombres fueran destinatarios de medidas de acción positiva, y solo se utiliza la de “discriminación por razón de sexo”, entendemos que se podrán establecer criterios que favorezcan la participación masculina cuando ellos estén infrarrepresentados por tratarse en sectores económicos o para fomentar la responsabilidad, ya que sería también una manera de contribuir a la igualdad de género. La ley 15/2022 se muestra especialmente sensible al respeto de la igualdad en las etapas previas a la firma del contrato de trabajo, como en la del acceso al empleo, en la selección o en la formación, donde es común que se produzcan situaciones discriminatorias y que pasen desapercibidas por no haber nacido aún la relación laboral (ASQUERINO LAMPARERO, 2022).

Así por ejemplo menciona expresamente la posibilidad de emplear el currículum ciego y la incentivación del uso de las medidas en promoción de la igualdad. En cambio, no hay ejemplos de medidas de acción positiva, como en la LOIEMH que textualmente introdujo en el ET la referencia al posible uso de “reservas y preferencias” en el acceso al empleo. La reserva de puestos de trabajo actualmente se ha empleado para las personas con discapacidad, y su ampliación a otros supuestos abriría las puertas a un debate sobre su legitimidad y posible disconformidad con el requisito de objetividad y proporcionalidad

(DOMÍNGUEZ MORALES, 2018), puesto que estaría ofreciendo una ventaja automática expresamente prohibida por el TJUE. Todo parece apuntar a que el uso de cuotas de manera generalizada, para cualquiera de las causas previstas, sería desproporcionado. Esta ley no aporta ninguna novedad que nos hiciera pensar otra cosa, de hecho, la ausencia de su expresa referencia parece indicarnos que se rechaza su uso, en favor de los criterios de preferencia ya avalados y explicados por la jurisprudencia.

La Ley 15/2022 refuerza el deber de respeto de la no discriminación en el trabajo por cuenta propia también, y para ello promueve que en los acuerdos de interés profesional (AIP) se incluyan medidas de acción positiva. Sin embargo, los AIP aún tienen una incidencia muy débil y se limitan a las condiciones prácticas en que se desarrollará la prestación laboral de los autónomos económicamente independientes y sus clientes.

En otro orden de cosas, debemos señalar el tratamiento jurídico que la ley otorga a los ajustes razonables, aunque no sean propiamente una medida de acción positiva, sino una consecuencia de la aplicación de principio de no discriminación e igualdad de trato. Como novedad, esta ley determina que la no realización de estos ajustes por el empresario constituye una discriminación directa. Ahora será más sencillo para la persona con discapacidad alegar su discriminación, que no necesita aportar un elemento comparador, requisito casi imposible de conseguir si tenemos en cuenta la dificultad de encontrar dos personas con discapacidad que trabajen en una misma empresa. Como consecuencia de esta inclusión *ex lege*, la denegación de ajustes razonables no constituirá una discriminación indirecta, sino una discriminación directa, más sencilla de defender y probar por parte del demandante.

Por último y para finalizar, indicaremos que esta Ley prevé la elaboración de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No discriminación (art. 34 y ss.) y la creación de una Autoridad Independiente para la Igualdad (art. 40 y ss.). Uno de los puntos que desarrollará la Estrategia, una vez se haya elaborado, será la incorporación de “medidas dirigidas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación” (art. 34.4.b). Quizás entonces, las medidas de acción positiva sean objeto del desarrollo, la instrumentalización y la concreción que echamos en falta en la ley. También podrá contribuir a este proceso el establecimiento de la Autoridad Independiente, que, entre sus funciones generales relativas a la tutela y promoción de la igualdad, se incluye expresamente la revisión del correcto funcionamiento de la Estrategia (art. 40. J). No obstante, debemos tener en mente que son motivaciones políticas las que principalmente llevan a implementar estas medidas, por lo que su futuro dependerá en parte por la estrategia política que se desee seguir en cada momento.

6. Después de la Ley 15/2022: la Ley Trans

La Ley 15/2022 es el prelude de la llamada Ley Trans⁴², una ley cargada de polémica para la protección, y garantía de la igualdad real y efectiva de las personas trans. Las

⁴² Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE nº 51, de 1.03.2023.

nociones de sexo –el hecho biológico–, y género –la construcción cultural asociada al sexo– (COBO BEDIA, 2005), que hasta ahora habían sido empleadas casi como sinónimos por los operadores jurídicos, adquieren un nuevo significado (art. 3 Ley Trans) para explicar la discriminación que viven las personas trans, derivadas de la manera en que autodefinen su sexo (identidad sexual) o expresan su identidad sexual (expresión de género). La causa ya contemplada en la Ley 15/2022 bajo el nombre expresión de género se desarrolla en esta Ley monotemática que ha entrado en vigor siete meses después.

Brevemente diremos que esta ley, como descendiente de la Ley 15/2022 continúa en su mismo camino y refuerza la legitimidad del uso de las medidas de acción positiva. Para ello, se elaborará una Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans que contempla su posible puesta en marcha y señala el laboral como un ámbito para ello, que desarrolla, aunque sin mucha precisión en el art. 54. Su parco contenido se suple con la normativa de la Ley 15/2022, aplicable a todos los efectos en este caso. Por eso, las medidas de acción positiva para las personas trans no están exentas de no respetar los requisitos que para el resto de los casos deben cumplir: justificación, necesidad, adecuación, proporcionalidad y temporalidad; y de canalizarse por los cauces ya previstos. Esto nos lleva a cuestionar la validez del uso cupos de reserva en el acceso al empleo público para personas trans, que alguna legislación autonómica he empleado⁴³, por extralimitar la proporcionalidad de la medida ya que la igualdad de mérito se ha presentado como un límite infranqueable para la doctrina.

El art. 46 establece la posibilidad de que quienes hayan cambiado la mención registral de su sexo, de masculino a femenino, sean beneficiarias de las medidas de acción positiva adoptadas en favor de las mujeres en virtud de la LOIEMH. Un primer acercamiento a este precepto puede hacernos ser favorables a esta ampliación subjetiva, claro está el mismo objetivo de la ley es la garantía de la igualdad de las personas trans. Un análisis algo más reposado nos hace dudar de esta afirmación. En primer lugar, porque parece que obtener información acerca de la condición de trans de una mujer vulneraría el espacio personal protegido por el derecho a la intimidad y por la protección de datos personales. En segundo lugar, porque la discriminación de la mujer tiene una historia y caracteres concretos (LOUSADA AROCHENA, FERNÁNDEZ GALIÑO, 2022), que es algo distinta a la que pueda sufrir una persona trans. La discriminación laboral por razón de género se ha construido a partir de los desiguales roles de género asignados a las diferencias biológicas de cada sexo, condicionando el destino vital de las mujeres por los perjuicios asociados a su función reproductora⁴⁴. En nuestra opinión, reconociendo los escenarios de discriminación por los que una persona trans puede pasar en las diferentes etapas de la relación laboral, y su especial vulnerabilidad en el caso de mujeres trans, creemos que hubiese sido

⁴³ Art. 27.3 “En las ofertas de empleo público realizadas por las Administraciones públicas aragonesas, se reservará un cupo no inferior al uno por ciento de las vacantes para ser cubiertas por personas transexuales” (Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, BOE nº 86, de 7.05.2015).

⁴⁴ En este sentido también la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 1981), art 5. Sobre la discriminación, que reposa “en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

más conveniente proponer la elaboración de medidas de acción positiva orientadas a esta problemática concreta.

7. Conclusiones

La expresión de medidas de acción positiva hace referencia a un conjunto de técnicas o instrumentos que, aunque establecen una diferencia de trato, lo hacen en aras de conseguir la igualdad de oportunidades de todos, y todas las ciudadanas. Para legitimar su uso, es necesario que exista una situación discriminatoria concreta previa, de manera que su vigencia este circunscrita a su duración; asimismo, que su contenido se adecúe a criterios de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad.

La Ley 15/2022, recoge, sistematiza y ordena, aunque sin excesiva exhaustividad, los instrumentos antidiscriminatorios del ordenamiento jurídico nacional. Al menos el ámbito laboral, no podemos destacar su carácter novedoso ya que apenas introduce cambios en la legislación vigente. Con respecto a las medidas de acción positiva, el sistema preexiste se mantiene: el mayor respaldo jurídico para la elaboración de medidas de acción positivo lo ofrecían la LGDPD y LOIEMH, en el ámbito de la discriminación que sufren las personas con discapacidad y las mujeres. Esta ley amplía considerablemente las causas protegidas por el derecho a la no discriminación, favoreciendo que sean destinatarios de las medidas de acción positiva cualquiera de los colectivos o grupos recogidos ahora por ella. Otra cosa será que esto se materialice en hecho en concretos.

El legislador demuestra seguir confiando en las medidas de acción positiva como mecanismo corrector de la desigualdad. La experiencia ha evidenciado, en primer lugar, que el grado de éxito de una medida es muy complejo de evaluar y que depende de diversos factores; y, en segundo lugar; que la negociación colectiva no se ha mostrado especialmente comprometida con su desarrollo, a no ser que el contenido obligatorio de un precepto obligase a ello. Ahora se ha dado paso a una nueva vía de desarrollo de estas medidas, facultando al empresario unilateralmente a su diseño y aprobación, y dejando a la representación de los trabajadores y trabajadoras participar en su ejecución. Dada la variada naturaleza que pueden adoptar estas medidas y la heterogeneidad de la realidad empresarial, el legislador ha optado por referirse a ellas en el más amplio de sus términos, obviando la utilización de ejemplos, para que sea la casuística la que las convierta en medidas de acción concretas. Sin embargo, esta ley es de contenido mínimo, lo que pone en tela de juicio si realmente aportará novedades en lo que respecta al tratamiento de las medidas de acción positiva.

Bibliografía

ASQUERINO LAMPARERO, MARÍA JOSÉ (2022, julio 19). La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social website: <https://www.aedtss.com/la-ley->

- 15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/
BAGUES, MANUEL, y CAMPA, PAMELA (2021). Can gender quotas in candidate lists empower women? Evidence from a regression discontinuity design. *Journal of Public Economics*, 194(C).
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO (2017). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Servei de Publicacions.
- BALLESTER PASTOR, INMACULADA (2023). La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: Secuelas sociolaborales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- BARRERE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES (2003). La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (9), 3-29.
- BLÁZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA y PÉREZ DEL PRADO, DANIEL (2022). La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación: *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(3).
- CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA (2018). Igualdad y no discriminación por sexo y género: El lenguaje de los derechos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, 25-61.
- CASTRO ARGÜELLES, MARÍA ANTONIA y ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO (2007). *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Thomson Reuters-Civitas.
- COBO BEDIA, ROSA (2005). El género en las ciencias sociales. *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 249-258.
- DOMINGUEZ MORALES, ANA (2018). *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Cinca.
- FERNÁNDEZ GALIÑO, MARÍA DOLORES y LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO (2022). Prejuicios de género en las relaciones laborales, *Revista Derecho Social y Empresa*, 16.
- FREDMAN, SUSAN (2016). Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 14, 712-738.
- GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE (2023). *Una visión transversal del derecho a la igualdad. Ley 15/2022, de 12 de julio*. Sepin.
- GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO y GARRIGUES GIMÉNEZ, AMPARO (2007). *Comentarios a la ley de igualdad: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: CISS.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, MARÍA JOSÉ (2022). La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(2), 64-85.
- LÓPEZ CUMBRE, LOURDES (2023). Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR (2017). *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Laborum.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, y RODRÍGUEZ INIESTA, GUI-

- LLERMO (2022). Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, (4), 11-42.
- POSTIGO ASENJO, MARTA (2005). La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: De la igualdad formal a la igualdad sustancial. *Clepsydra: Revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, (4), 33-46.
- QUITANILLA NAVARRO, BEATRIZ (2005). Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad. En VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, y LAHERA FORTEZA, JESÚS. *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva, 205-245.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO (1996). La discriminación positiva de mujeres: (Comentario a la STJ de la Comunidad, de 17 de octubre de 1995. Asunto Kalanke). *Revista española de derecho constitucional*, 16(47), 309-332.
- REY PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018). Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (39), 259-284.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (2001). Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (44), 219-242.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (19), 123-140.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN (2019). Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4(2), 50-69.