



Universidad
Zaragoza

TESINA MÁSTER EN RELACIONES DE GÉNERO

LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO Y LA
DISCRIMINACIÓN INDIRECTA:
Análisis de los sectores feminizados y
masculinizados.

Autora

BARBA BORDERÍAS, Violeta

Directora

TORRENTE GARI, Susana (Doctora)

Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo
2013-2014

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO.....	3
II. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO LABORAL ESPAÑOL DESDE 1850 A 1975.....	4
a) El concepto de cualificación y el menor valor del trabajo femenino.....	6
b) Las legislación “proteccionista”.....	8
c) El nuevo contexto social: la Dictadura de Primo de Rivera.....	11
d) El nuevo contexto social: La II República.....	12
e) El nuevo contexto social: La Dictadura franquista.....	14
III. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y DEL DERECHO EUROPEO.....	16
IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	26
a) El texto constitucional.....	26
b) El desarrollo legislativo.....	30
c) La Ley Orgánica de Igualdad.....	34
V. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO.....	41
a) Actividad, empleo y paro.....	41
b) Tipos de contratos: jornada y estabilidad.....	43
c) Discriminación Salarial.....	47
d) La segregación por sexos de los sectores productivos y de las actividades del sector.....	51
VI. ANÁLISIS DE CONVENIOS COLECTIVOS: LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN LOS SECTORES FEMINIZADOS Y MASCULINIZADOS.....	60
1) Lenguaje.....	62
2) Acceso al empleo, promoción interna y vacantes.....	65
3) Condiciones retributivas.....	73
VII. CONCLUSIONES.....	81
VIII. BIBLIOGRAFIA Y PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES CITADOS.....	83

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO

A pesar de los consagrados principios de igualdad y no discriminación tanto en la legislación y jurisprudencia internacional como en la nacional, lo cierto es que, aún hoy en día, las mujeres continuamos sufriéndola en numerosos ámbitos de nuestra vida cotidiana y, concretamente aunque sin quitar importancia a otros ámbitos, en el mundo laboral. El objeto de este estudio no es otro que realizar una comparativa entre convenios colectivos de sectores feminizados y masculinizados, para ver la regulación que éstos recogen, con la finalidad de comprobar si existe algún tipo de característica especial, sea ésta positiva o negativa en cuanto al reconocimiento de derechos de las personas trabajadoras afectadas, en los convenios de uno u otro sector.

Para ello se va a hacer *una breve exposición de la evolución de la consideración del trabajo femenino* en los textos normativos. No es, ni se pretende, un detallado estudio de todos los textos legales que inciden en el trabajo de la mujer, o en la conciliación de la vida familiar y laboral, etc.; tampoco se pretende abordar el estudio de la igualdad y no discriminación por razón de género y sexo desde una perspectiva histórica, sino que se intenta hacer, en primer lugar, una aproximación teórica y evolutiva de la situación de la mujer trabajadora, en general, para que luego se puedan extraer conclusiones sobre si, realmente, se ha llegado a superar las diversas desigualdades.

Posteriormente se presentará *un análisis de la situación real de la mujer en el mercado de trabajo*, a través del método comparativo de los datos oficiales recabados por el Instituto Nacional de Estadística sobre tasas de actividad, ocupación, etc. así como sobre los sectores de dicha ocupación de la mano de obra femenina, para concluir haciendo especial incidencia sobre ciertos Convenios Colectivos de sectores feminizados y masculinizados, al efecto de comprobar *si se siguen practicando formas indirectas de discriminación en la negociación colectiva*.

II. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO LABORAL ESPAÑOL DESDE 1850 A 1975.

a) El concepto de cualificación y el menor valor del trabajo femenino

El trabajo ha sido la forma por excelencia de acceso a los recursos y la independencia económica en los dos últimos siglos, desde el traslado productivo de la economía de explotación agrícola a pequeña escala a la producción en cadena, con la introducción de las máquinas de vapor y el comienzo de la Revolución Industrial. De este acceso se ha venido excluyendo paulatinamente a las mujeres: primero a través de concepciones pseudocientíficas, que creaban patrones culturales según los cuales la naturaleza de la mujer estaba en el hogar, donde realizaba las tareas de mantenimiento del mismo que le eran propias y, posteriormente, a través del refuerzo de dichos patrones culturales con la promulgación de leyes protectoras de los nichos laborales masculinos y de la exclusión de la mujer de la cualificación.¹

Así, la cualificación viene referida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como *1. f. Preparación para ejercer determinada actividad o profesión*, a pesar de lo cual y como recuerda Sarasúa², el concepto de cualificación no es puramente técnico, sino que también es una construcción histórica e ideológica contaminada por los estereotipos de género, y ha tenido importantes repercusiones tanto en la remuneración como en la consideración, como más o menos valoradas, de las ocupaciones.

La aceptación de este concepto de cualificación, sin preguntarnos su origen, ha servido para asentar las diferencias salariales entre hombres y mujeres así como para crear en el imaginario colectivo la idea de que los trabajos desempeñados por varones son más complejos y, por tanto, requieren de un aprendizaje, generalmente reglado, especial.

¹ SARASÚA, Carmen y GÁLVEZ, Lina *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*. Eds. Sarasúa y Gálvez. 2005 Univ. Alicante Pp. 10- 33.

² SARASÚA, Carmen y GÁLVEZ, Lina *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*. Eds. Sarasúa y Gálvez. 2005 Univ. Alicante Pp. 10- 33.

Sarasúa determina que existen dos razones que explican la distinta consideración de cualificación³. En primer lugar, que las ocupaciones destinadas a los sectores laborales feminizados han sido, históricamente, las mismas que las mujeres desempeñaban en el ámbito privado para sus familias sin remuneración alguna y sin que fueran consideradas “trabajo”.

En segundo lugar, el menor nivel formativo de las niñas, las cuales no solían recibir formación reglada mientras que los niños recibían su formación de manera formal, bien en la escuela o en el centro de trabajo.

De esta manera, *las mujeres realizaban unas funciones para las que no se les había formado formalmente, porque se entendía que estaba en su naturaleza desempeñarlas*, lo que acaba teniendo un fuerte impacto en la remuneración de las mismas cuando salen a realizar dichas tareas al mercado laboral, ya que la mano de obra femenina que se contrata es para realizar unas funciones para las que no se las ha capacitado formalmente y para las que se supone que tienen una capacidad natural.

Así, el mercado de trabajo es tan sólo una parte de la organización de la producción: el sistema productivo, tal y como lo tenemos planteado, precisa de una producción de bienes y servicios domésticos coetánea que, obligatoriamente, debía de llevarse a cabo por uno de los dos miembros adultos de la unidad familiar - dado el sistema familiar biparental y heterosexual socialmente establecido-. Dicha producción se deja a la mujer, primero amparada en la supuesta naturaleza de los trabajos a realizar, que acaba desembocando en el nacimiento de la desigualdad en el mercado laboral que se ha explicado anteriormente, debido a la naturalización de sus tareas y su falta de formación reglada y, con posterioridad, mantenida debido a las peores condiciones laborales de la mujer (surgidas a raíz de lo anterior) que supone que resulte económicamente más rentable para las familias dejar que sea la mujer, en vez del hombre, la que salga del mundo laboral, o reduzca su jornada de trabajo asalariado para dedicarse al hogar, dado que su salario es inferior al del varón.

³ Ibídem.

De esta manera, no pueden entenderse factores que van a resultar importantes a la hora de establecer *la existencia de una discriminación indirecta, como el mayor recorrido del varón en el mundo laboral*, con la antigüedad que ello conlleva, sin tener en cuenta que históricamente han estado eximidos de dedicar horas a la realización de trabajos domésticos, horas que podía dedicar a la producción mercantil.

Esta reflexión, como bien recuerda Sarasúa, hay que tenerla en cuenta tanto a la hora de analizar las estadísticas sobre mano de obra femenina y masculina, como a la hora de implementar las políticas de igualdad y no discriminación en el mundo laboral, dado que ninguna política será efectiva si se limitan a lo que ocurre en el mercado de trabajo en vez de ser transversales.

Además, el trabajo femenino fuera del hogar, a pesar de que de lo dicho anteriormente pueda parecer lo contrario, no es algo nuevo y exclusivo del S. XX, sino que ya de los estudios realizados se demuestra que la mujer siempre ha venido realizando labores en la agricultura familiar, en las manufacturas o en los servicios sumergidos, habiéndose producido una tergiversación y manipulación de los datos historiográficos manejados por los censos en los estudios, de tal manera que de los resultados que arrojaban los mismos parecía que las mujeres no estuvieran laboralmente activas. Por esto, resulta tan importante la visión de género a la hora de analizar la evolución de los mercados de trabajo, porque sin ella no se hubiera llegado al descubrimiento de que, por ejemplo, las tasas de actividad para el siglo XVIII, XIX y XX a partir del catastro de Ensenada o el censo de Floridablanca, respectivamente, son resultado de la definición sistemática de todos los varones como activos y de todas las mujeres como inactivas, dado que se consideraba que la producción femenina realizada en el sector primario o secundario era sólo para el autoconsumo mientras que, la del varón, era siempre para el mercado.⁴

⁴ PÉREZ-FUENTES HERNÁNDEZ, Pilar. *El género, variable clave para la historia económica y social: Balance de las investigaciones y retos para el futuro*. Vasconia nº 35 Pág. 5.

De esta manera y como puede comprobarse, el concepto de empleo utilizado para hombres y mujeres fue claramente asimétrico⁵ y se tendía a confundir en la elaboración de los censos la experiencia real de las mujeres con la “socialmente deseable”.

Así pues, se entiende más fácilmente que no existe, en realidad un acceso de la mujer en el mercado laboral tras la revolución industrial, sino que lo que se intenta conseguir en el siglo XIX es variar la política no intervencionista del Estado en materia de mercado de trabajo, que dejaba la regulación de las relaciones laborales a un pacto bilateral entre cada trabajador y el empresario, para conseguir expulsar a las mujeres que venían, desde hacía tiempo, prestando servicios en el mismo, aunque no se las computase en las estadísticas y censos oficiales debido a la concepción de “falta de utilidad” social que tenía la actividad que desempeñaban.

De esta manera, se puede dar una segunda lectura al texto presentado por Pi i Margall en 1855 denominado “*Exposición presentada por la clase obrera a las Cortes Constituyentes*” y avalado con 33.000 firmas, en el que se solicita que se regule para sacar a las mujeres y niños de los talleres⁶.

Esto no era debido a que se hubiera producido una entrada femenina en los mismos que hubiera provocado, como dice la Exposición, un *perjuicio de la educación de nuestros hijos*, o que se tuviera que *sacrificar a estos mismos hijos a un trabajo prematuro* de forma sorpresiva debido a la incorporación de la mujer al mundo laboral, ni tampoco a un especial cuidado de los varones para salvaguardar a las mujeres de la explotación laboral, sino a la competencia que suponía para los varones el trabajo femenino debido a los salarios más bajos que éstas cobraban por al menor valor que se otorgaba a las funciones que realizaban.

⁵ ARBAIZA VILLALONGA, Mercedes. *Orígenes culturales de la división sexual del trabajo en la sociedad industrial (España, 1800-1935)*, en Sarasúa C., y Gálvez, L., (eds) *Mujeres y hombres en los mercados de trabajo, ¿Privilegios o eficiencia?*, Ed.: Universidad de Alicante, 2003.

⁶Véase en esta evolución MENOR CURRAS, M. *Ahorro y acción socioeducativa en España*, Madrid, 1999, Biblioteca UCM, pp. 846 y ss.

Es también importante recordar que durante esta época se estaba produciendo una reconstrucción de los valores de “feminidad” y “masculinidad”, en pleno auge europeo de las clases burguesas promovido por la traslación del campo a la ciudad y la Revolución Industrial, que desvalorizaban el trabajo femenino y recluían a la mujer entre las paredes del hogar, mientras se reforzaba la autoridad masculina sobre ellas y sobre la administración de sus bienes, como recogía el proyecto de Código Civil de 1851.

b) Las legislación “proteccionista”

En España este movimiento llegó con retraso debido a la falta de permeabilidad que mostró el sistema productivo español a la entrada de la Industria, manteniendo una preeminencia del campo sobre la fábrica durante la mayor parte del S. XIX, campo en el que la mujer históricamente había trabajado.

Así, el nacimiento de la Legislación Laboral fue tardía, no siendo hasta 1857 cuando se promulgó la denominada *Ley Beno⁷*, que prohibía el trabajo en fábricas, talleres, fundiciones y minas a los menores de diez años y limitaba la jornada máxima para los menores de quince y las menores de diecisiete años.

Esta Ley, a pesar de no tener casi ninguna aplicación, supuso un punto de inflexión en las políticas no regulacionistas que el Estado históricamente había adoptado en materia de relaciones laborales, y fue fruto de la creciente preocupación social que este tema despertaba no sólo en España sino en toda Europa, y acabaría dando lugar a la promulgación de la *Ley Dato⁸*, que fijaba las condiciones laborales de las mujeres y de los niños y que, por primera vez, regulaba desde una perspectiva proteccionista la cuestión de la maternidad de las trabajadoras. Así, se recogía la prohibición de que las mujeres trabajadoras

⁷ Su nombre completo sería *Ley sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros*, y el texto oficial y completo de la ley quedó recogido en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (Sesión del 24 de julio de 1873), nº 48, apéndice 3º.

⁸ Su nombre completo sería *Ley de Accidentes de Trabajo* de 30 de enero de 1900.

se reincorporaran a su puesto de trabajo en las tres semanas posteriores al parto, tiempo que posteriormente se ampliaría mediante disposiciones aprobadas entre 1907 y 1923 pero, aunque sí que se establecía la reserva de puesto de trabajo, durante este tiempo no existía prestación sustitutoria del jornal, lo que acababa resultando en un incumplimiento generalizado por parte de las mujeres debido a que, a pesar del teórico modelo del bread-winner, muchos hogares no podían permitirse prescindir del salario de la mujer durante el “tiempo de reposo”.

No será hasta 1923 cuando, en gran medida tras la creación en 1919 de la Organización Internacional del Trabajo, se recoja en nuestro país el primer subsidio por maternidad.

No obstante, aquella Ley en la que creo que sí que es posible visualizar el contenido protección favorable para la mujer trabajadora – sobre todo cuando se acaba regulando el subsidio por maternidad – no fue la única promulgada en esta época con contenido de género; así, podemos encontrar lo que considero que son las primeras normas legales que tienen incidencia directa sobre la creación de nichos laborales masculinizados y feminizados, como fue el *Real Decreto de 25 de enero de 1908 sobre trabajos peligrosos e insalubres*, que prohibía la realización de determinadas actividades a los menores de 16 años y a las menores de 23 años la ya mencionada Ley Dato, que prohibió el trabajo en domingos a las mujeres y menores de edad; la ley el 27 de febrero de 1912 conocida como *"La ley de la Silla"*, que obligaba a los empresarios a proporcionar una silla a toda mujer que trabajara en la industria o el comercio, mientras que los hombres podían seguir realizando sus funciones en bipedestación, puesto que la ley no les era de aplicación⁹, y, sobre todo, la *Ley de 11 de julio de 1912, que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas*, entendiendo como tal el realizado entre las nueve de la noche y las cinco de la mañana, y que tuvo su

⁹Esta ley, que apoyaba la incorporación de la mujer al mundo laboral, recalca la debilidad de ellas frente a los hombres. Lo lógico hubiera sido que la ley fuese para empleados en general, no sólo para las empleadas. Cabe destacar que a quien le vino muy bien, fue a las empleadas de Telefónica, gracias a esta ley pudieron trabajar sentadas. NASH, M. y TAVERA, S. *Experiencias desiguales: conflictos sociales y respuestas colectivas (Siglo XIX)* Madrid, 1995, Ed. Síntesis, p.46.

origen en el Congreso de Berna, que se celebró con la finalidad de lograr un acuerdo entre los países participantes que sancionara este tipo de trabajo para las mujeres “para que no se pudiera colocar alguna en condiciones excepcionales respecto del precio de artículos que estuvieran fabricados por la mujer”¹⁰.

Esta norma, como bien puede observarse en las actas recogidas en los Diarios de Sesiones en las que se debatió su aprobación, venía defendida por Diputados obreristas, ya que su promulgación iba a suponer la salida de la mano de obra femenina de la industria en horario nocturno y su sustitución necesaria por mano de obra masculina, lo que indudablemente conllevaría un aumento de los salarios, ya que las trabajadoras tenían sueldos menores que ayudaban a controlar el precio/hora.

Así pues, está claro para todos el objetivo de la ley es obligar a los *empresarios catalanes a la sustitución “del jornal económico de la mujer por el del hombre”*, es decir la sustitución de una mano de obra por otra, no un cambio de horario ni de salario para la mano de obra femenina. La ley no establece la igualación salarial como medio de evitar la competencia, ni una mejora en las condiciones laborales, sino la exclusión de las mujeres de unos puestos de trabajo¹¹.

Por tanto y aunque la finalidad última pudiera entenderse que era mejorar el conjunto de la calidad de vida de los obreros, puesto que el salario iba a aumentar con la retirada de la mano de obra femenina y que, por tanto, el trabajo del varón iba a ser suficiente para sustentar a la familia, que iba a

¹⁰ Diario de Sesiones, 11 de junio de 1912, p. 3710. (Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados, 1912)

¹¹ NIELFA CRISTOBAL, Gloria. Trabajo, legislación y género en la España contemporánea. Pág. 52 en Sarasúa C., y Gálvez, L., (eds.) *Mujeres y hombres en los mercados de trabajo, ¿Privilegios o eficiencia?*, Ed.: Universidad de Alicante, 2003. La referencia que Nielfa G. realiza a los empresarios catalanes es por la gran influencia que tuvo la mencionada ley en la industria textil, especialmente explotada en las costas catalanas, así como la gran beligerancia de la patronal contra esta norma, argumentando que ya había reducido en 1913 la jornada a 10 horas diarias a la vez que reivindicaban la instauración de un segundo turno y la derogación de la ley.

disponer – en cómputo global – de mayor jornal, lo cierto es que la misma no respetaba en absoluto el interés de la mujer, suponiendo un gran agravio comparativo entre las condiciones económicas de las que iban a disponer las mujeres casadas de las que tendrían las mujeres solteras o viudas.

c) El nuevo contexto social: la Dictadura de Primo de Rivera.

Tras esta época de comienzo de la regularización, se dan tres factores con influencia importante en la que será el desarrollo de la legislación laboral con incidencia en el género. Estos factores son:

- Por un lado, la influencia que los *primeros movimientos feministas*, en pos de la igualdad y del reconocimiento de derechos, comienzan a tener en otros países europeos calando, aquí, entre ciertos sectores intelectuales.
- Por otro lado, *el devenir de los regímenes políticos españoles*, reforzando el intervencionismo estatal en materia de relaciones laborales: la Dictadura de Primo de Rivera, la II República y la Dictadura franquista.
- Aparición y desarrollo de nuevos sectores industriales, junto con la modernización del sector y el aumento de mujeres en la industria.

Durante el régimen primorriverista se promoverá una legislación laboral protectora de la mujer, especialmente atenta a la reglamentación del trabajo a domicilio, al seguro de maternidad, a la participación en comités paritarios y a favorecer la igualdad de salarios para ambos性. Asimismo, también la discriminación política femenina empezará a socavarse en esta tercera década del siglo XX, al menos formalmente, puesto que en esta época tendrán lugar las primeras modificaciones legales tendentes a reconocer el derecho a voto femenino, reconociéndolo en 1924 para aquellas mujeres solteras o viudas, reforzando la idea de “voto familiar”¹²

¹² GÓMEZ-FERRER, Guadalupe. Hacia una redefinición de la identidad femenina: las primeras décadas del siglo XX. *Cuadernos de Historia contemporánea* núm. 24. 2004 pp. 9-22.

Como ha señalado Capel Martínez, “*La Dictadura significó para la mujer no sólo el reconocimiento de sus derechos políticos sino la posibilidad de actuar directamente en este campo desde los escaños de la Asamblea o desde su puesto de concejal. Ciento que poco o nada les era permitido hacer, no tanto por los recelos que despertaba su actuación como por estar sumergidas en un régimen paternalista*”¹³.

Para Folguera Crespo¹⁴, los motivos que pudieron inducir a Primo de Rivera a tomar tales medidas, no se debieron a la presión social o a la especial sensibilidad del dictador a esta cuestión, sino a su deseo de «gobernar una España moderna y europea», si bien reconoce también que además de la opinión internacional debió pesar la aparición de una corriente crítica dentro del país que pedía la igualdad de las mujeres para el ejercicio de sus deberes y sus derechos¹⁵.

Finalmente, la época de la Dictadura de Primo de Rivera culmina, a este respecto, con la promulgación del Código del Trabajo el 23 de agosto de 1926, que supone la recopilación de toda la legislación laboral dictada hasta la fecha, pero no fue hasta el advenimiento de la II República cuando, por primera vez, se recoge en el nuevo texto constitucional la igualdad del hombre y la mujer¹⁶.

d) El nuevo contexto social: La II República

No obstante lo anterior, y a pesar de que durante la II República sí que podemos encontrar legislación que parece trabajar para mejorar la situación laboral de los obreros - como la *Ley reguladora del Contrato de Trabajo, la reguladora Jornada Máxima de Trabajo, y la Ley de Jurados Mixtos*

¹³ CAPEL MARTÍNEZ, Rosa M^a .*El sufragio femenino en la Segunda República española*, Ed. Horas y Horas, Madrid 1992, p. 83

¹⁴ FOLGUERA CRESPO, Pilar., VV.AA., *Historia de las mujeres en España*, Ed. Síntesis, Madrid 1997, pp. 484.

¹⁵ GÓMEZ-FERRER, Guadalupe. Hacia una redefinición de la identidad femenina: las primeras décadas del siglo XX. *Cuadernos de Historia contemporánea* núm. 24. 2004 pp. 9-22.

¹⁶ Arts. 2, 25 y 43 de la Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931.

profesionales, que serán los encargados de fijar las condiciones de trabajo y los salarios mínimos de los sectores productivos - podemos decir que la *declaración de igualdad recogida en la Carta Magna* no dejó nunca de ser una mera declaración, puesto que no se desarrollaron leyes laborales con respecto a la mujer que variasen sustancialmente el carácter de las anteriores, debido a la difícil situación por la que atravesó el mercado de trabajo durante los años treinta, impidiendo la libre concurrencia de las mujeres en el mismo para evitar que aumentara la tasa de actividad y, por tanto, el desempleo¹⁷.

Además, *el poso ideológico adquirido por la sociedad continuó siendo una gran carga para la mujer trabajadora*, extendiéndose el debate sobre el trabajo asalariado de las mujeres entre los sectores de la opinión pública, lo que obligó a que las diversas fuerzas políticas e ideológicas tomasen partido, siendo dominante la postura contraria al trabajo fuera del hogar, principalmente si se trataba de mujeres casadas¹⁸.

De esta manera, se habría llegado a un punto en el que a pesar de que todas las posturas políticas defendían condiciones de trabajo igualitarias para todas las personas trabajadoras, la mayoría de ellaS entendían el concepto de “*persona trabajadora*” como aplicable únicamente a los varones, dado que la mayoría rechazaban por completo la participación de la mujer en la vida laboral fuera del hogar.

En cualquier caso, la legislación novedosa que se hubiera podido promulgar durante esta época tampoco hubiera tenido tiempo de ser aplicada y desarrollada, puesto que el golpe de estado franquista supuso un cambio radical en la concepción aperturista que se venía teniendo de la condición de la mujer en los años anteriores, aunque fuere muy poco a poco.

¹⁷ SOTO CARMONA, Álvaro. *El trabajo industrial en la España contemporánea: 1874-1936* Ed. Anthropos. 1989. Pág. 697.

¹⁸ GARCÍA COLMENARES, Pablo. Trabajo y explotación de las mujeres castellano leonesas (1900-1975) en *Oficios y Saberes de mujeres*. Ed. Univ. De Valladolid. 2002 pág. 133.

e) El nuevo contexto social: La Dictadura franquista

Así, el lugar de la mujer volvió a ser única y exclusivamente el hogar, mostrándola como un complemento del marido, al que debía dedicarse – junto con los hijos – para crear de la Familia uno de los pilares sobre los que debía asentarse el Régimen.

De esta manera, se promulgó el *Fuero del Trabajo de 1938*, que expondrá las actividades que la mujer tenía limitadas y recogía la voluntad del Estado de liberar a la mujer del yugo del trabajo, de la fábrica o del taller, estableciendo a cambio un subsidio familiar y la ampliación de los servicios sociales para facilitar la vuelta o recluir a la mujer en el hogar.¹⁹

El Régimen de Franco segregó del ámbito social a las mujeres, aboliendo de forma general los derechos y libertades conseguidos durante la II República, y haciéndolas retroceder al Código Civil de 1889, que subordinaba a las mujeres casadas y las hacía depender del esposo.

Será en 1961 cuando se reinicie el proceso hacia la igualdad legal de las mujeres para el desempeño de casi todos los trabajos²⁰ pero hasta entonces, se vendrían regulando las relaciones laborales a través de las *Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales*, dictadas únicamente por el Estado, y que en muchas ocasiones recogían salarios directamente inferiores en un 70 u 80% para las mujeres, muestra del inferior valor que se daba al mismo, a la vez que se incentivaba su retirada del trabajo asalariado a través de las dotes por matrimonio.

No obstante, es posible identificar claramente dos fases a efectos económicos dentro de la larga dictadura franquista, centrándome en comentar

¹⁹ DE DIEGO DE LA ALAMEDA, M. “*La mujer en el estado nacional-sindicalista*” Boletín de Divulgación Social nº 31. Marzo de 1949. Pág. 55.

²⁰ GARCÍA COLMENARES, Pablo. Trabajo y explotación de las mujeres castellano leonesas (1900-1975) en *Oficios y Saberes de mujeres*. Ed. Univ. De Valladolid. 2002 pág. 133.

la segunda, la conocida como *Plan de Estabilización*, puesto en marcha a partir de 1959 con el Decreto –Ley 10/1959 de 21 de Ordenación Económica y suponiendo un importante desarrollo de la economía española a partir de 1961²¹, con el subsiguiente impacto que ello tuvo en los mercados de trabajo. Así, y como dice Soto Carmona²², desde 1958 a 1975, el crecimiento de empleo total fue muy escaso, menor que el de la población total, por lo que se incrementó la población dependiente a la vez que se producía un aumento importante de la productividad y de las inversiones de capital.

Si analizamos los datos vemos que la población activa creció entre 1955 y 1975 un 11,7 %, y la ocupada un 7%²³. Si ponemos en relación dicho aumento con el hecho del crecimiento de la emigración en las mismas fechas, la cual estaba protagonizada casi en su totalidad por mano de obra masculina, hemos de llegar a la conclusión de que dicho aumento de la población activa se produjo por la vuelta de la mujer al mundo laboral reglado; de hecho, en 1975 la tasa de actividad masculina había pasado de un 83,2 a un 76,7 %, mientras que la de la mujer había aumentado de un 22,8 a un 28,1 %.

Por último, resulta interesante cómo en esta época comienza a invertirse la importancia de los sectores productivos, convirtiéndose el sector servicios o terciario – que curiosamente es aquél con mayor presencia actual de mano de obra de la mujer- en el sector preeminente, pasando a representar de un 25,9 a un 39,2 %, con un aumento de más de dos millones de activos, mientras que el sector agrícola o primario perdía más de dos millones y medio de activos, pasando de un 46,1 a un 23 %.

El siguiente momento en la evolución histórica resulta del contexto constitucional que es analizado específicamente.

²¹ Entre 1959 y 1961 se observa una fase de recesión económica a causa de las medidas estabilizadoras.

²² SOTO CARMONA, Álvaro. No todo fue igual: Cambios en las relaciones laborales, trabajo y nivel de vida de los españoles: 1958-1975. *Pasado y Memoria. Revista de Historia contemporánea* nº 5. 2006 pp. 15-43.

²³ *Ibidem*.

III. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y DEL DERECHO EUROPEO

Una vez vista una breve evolución histórica del acceso de la mujer al mundo laboral **resulta fácil aceptar tanto la existencia de nichos laborales esencialmente feminizados o masculinizados** como el mayor o menor valor que se da al trabajo desempeñado por una persona dependiendo de su sexo.

Así, la discriminación salarial, comenzó a ser tema de preocupación en organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ya en 1951 plasmó dicha preocupación en su *Convenio nº 100, sobre igualdad de remuneración*, en cuyo art. 2.1 se recogía la orden para los estados miembros de promover y garantizar “*la aplicación a todos los trabajadores del principio e igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*”.

Como podemos ver, este artículo ya incluía en su redacción el novedoso concepto de “*trabajo de igual valor*”, el cual es clave a la hora de evitar la discriminación indirecta al vincular a las categorías profesionales feminizadas salarios y complementos salariales inferiores que los asignados a las categorías masculinizadas.

Así pues, el Convenio nº 100 de la OIT extendió también la igualdad de trabajadores y trabajadoras a la remuneración, la cual definió, en su art. 1, que incluía “*el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último*”, incluyéndose este concepto de “trabajo de igual valor”.

Pocos años después, con la firma del *Tratado de Roma*²⁴, se vendría a recoger específicamente este derecho a la no discriminación salarial entre mujeres y hombres en el art. 119 del mismo, que establecía que cada “*Estado*

²⁴ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado el 25 de marzo de 1957. *En adelante Tratado de Roma*.

miembro garantizará, durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.”

Hay que encontrar la razón para que se recogiera este derecho en el que fue el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en la creación de un mercado único común, puesto que *la verdadera finalidad al establecer legalmente la igualdad de retribución entre mujeres y hombres no era acabar con la discriminación salarial de la mujer per se, sino asegurar la competencia de los productos producidos en la Comunidad Económica Europea en condiciones de igualdad*, intentando eliminar el dumping social entre los Estados firmantes del Tratado, tal y como reconoce el propio Tribunal Europeo de la Comunidad Europea en su Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 43/75.²⁵

A partir de que este *artículo 119* se recogiera en el Tratado de Roma de 1957, se vendrían desarrollando en la Comunidad Europea las denominadas Directivas “de igualdad de trato” extendiendo la regulación, con posterioridad, de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo tanto al acceso al empleo como a otras condiciones de trabajo.

Así, pueden mencionarse como especialmente importantes, en primer lugar, la *Directiva 75/117/CE*²⁶ en la que ya se incluyeron conceptos que han resultado tan importantes como el de no discriminación retributiva y el trabajo de igual valor. Así, se recogía en el art. 1 que *El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará « principio de igualdad de*

²⁵ Como se expresa en la sentencia de 8 abril 1976, asunto 43/75, Asunto Defrenne II, “habida cuenta de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, el artículo 119 está concebido para evitar que, en lo que a la competencia intracomunitaria se refiere, las empresas radicadas en Estados que efectivamente hayan establecido el principio de igualdad de retribución no sufran merma alguna en el ámbito de la competencia en relación con las empresas sitas en Estados que todavía no hayan eliminado la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina”.

²⁶ Directiva 75/117/CE, de de 10 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igualdad entre trabajadores femeninos y masculinos.

retribución », 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.

De igual forma se recogía la eliminación de cualquier tipo de discriminación, ya fuera directa o indirecta, por razón de sexo en el conjunto de los elementos de la relación laboral, haciendo por primera vez mención a las categorías profesionales y estableciendo, concretamente, en su art. 1 segundo párrafo que *En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos性os, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.*

Así mismo, la *Directiva 76/207/CEE*²⁷, que comienza a admitir, para ciertos casos concretos las entonces denominadas “acciones de discriminación positiva”, que rompen con el principio de igualdad de trato y tienen por objeto superar y ayudar a corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres; y la *Directiva 79/7/CEE*²⁸ que, por primera vez, reconoce que las desigualdades en materia laboral dan como resultado una diferencia en los sistemas de prestaciones nacionales²⁹.

²⁷ Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, sobre la puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

²⁸ Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

²⁹ Paralelamente se aprobaron diversas directivas en materia de Seguridad Social que incidían en la igualdad de remuneración; así la Directiva 86/378, de 24 de julio, que recoge la aplicación del principio de igualdad en regímenes profesionales complementarios -modificada por la Directiva 96/97 de 20 de diciembre de 1996- (El TJCE en el Asunto Barber 17 de mayo de 1990, C 262/88, ligó al concepto de retribución las prestaciones de Seguridad Social a efectos de aplicar la Directiva 75/117); y, finalmente, la Directiva 86/613, de 11 de diciembre, que extendía el campo de aplicación subjetivo al trabajo autónomo y a los cónyuges sin estatuto profesional, de tal forma que la creación, instalación o ampliación de una empresa, o el inicio o extensión de cualquier forma de actividades semejantes -o constitución de sociedades entre cónyuges-, si estaban sometidas a requisitos más severos que cuando las creaban personas no casadas, tales requisitos debían ser eliminados. Esta Directiva se ha sustituido por la Directiva 2010/41, de 7 de julio, que confirma que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres prohíbe cualquier forma de discriminación por razón de sexo, ya sea discriminación directa o indirecta. Debe respetarse este

A este respecto conviene citar la primera jurisprudencia de importancia, dictada tanto a raíz de la aprobación del art. 119 del TCE como de las mencionadas Directivas, poniendo como ejemplo la Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1986 170/84 *Asunto Bilka*, en la cual el Tribunal viene a determinar que las denominadas “pensiones de empresa” forman parte del régimen salarial de los empleados, siendo discriminatorio el hecho de que las mismas tan sólo se reconozcan de manera general y automática a los trabajadores contratados a jornada completa, dado que los mismos suelen ser principalmente varones; o la Sentencia TJCE de 31 de marzo de 1981 96/80, *Asunto Jenkins*, que interpreta el art. 119 TCE y la Directiva 75/117/CE resolviendo que “*Una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial sólo constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado si es en realidad un medio indirecto para reducir la cuantía de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón del hecho de que este grupo de trabajadores está integrado, de manera exclusiva o preponderante, por mujeres. En la medida en que el Juez nacional pueda determinar, por medio de los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribución, sin que sea necesario recurrir a medidas comunitarias o nacionales, que el hecho de remunerar el trabajo a tiempo parcial con una retribución por hora de trabajo inferior a la del trabajo a tiempo completo constituye una discriminación por razón del sexo, el artículo 119 del Tratado es directamente aplicable a dicha situación*”.

Puede parecer, además, que las posibilidades de interpretación de esta Directiva 75/117 CE se han venido agotando al haber sido transpuesta a los diferentes ordenamientos jurídicos de los países miembros, pero lo cierto es que el TJCE continúa conociendo hoy en día de supuestos habituales de discriminación indirecta por razón de sexo en material salarial, como por ejemplo en *la Sentencia de 3 de octubre de 2006 C-17/05 Asunto Cadman* o en *la reciente Sentencia de 29 de noviembre de 2012 C-427/11 Asunto Kenny y otros*.

principio durante la creación, el equipamiento o la ampliación de una empresa, igual que durante el inicio o la ampliación de cualquier otra forma de actividad autónoma. El acoso y el acoso sexual son considerados discriminación por razón de sexo y se mencionan expresamente.

No podemos olvidar tampoco el hecho de que el *Fondo Social Europeo* a partir de 1977 incluyera entre sus beneficiarias “a la mujeres que deseen reemprender una actividad profesional”, y la paulatina adopción de la normativa sobre la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el marco de los Fondos Estructurales Europeos, ni la creación en 1981 del Comité Consultivo sobre la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, con la misión de asistir a la Comisión en la elaboración y puesta en marcha de su política de fomento de la igualdad de oportunidades por razón de sexo y en favorecer la comunicación permanente entre los Estados miembros y las instancias interesadas, de experiencias, políticas e iniciativas³⁰.

A raíz de la normativa recogida en las Directivas mencionadas con anterioridad, traspuestas por los distintos países de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea comenzó a desarrollar una amplia jurisprudencia protectora, que finalmente tuvo traslación al derecho originario con la reforma del ya mencionado art. 119 del Tratado de Roma por el Tratado de Ámsterdam³¹.

De entre todos los pronunciamientos dictados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) destacan especialmente los referentes a igualdad de retribución recogidos en la ya mencionada sentencia de 8 abril 1976, asunto 43/75, *Asunto Defrenne II*, y a la posibilidad de aplicación del art. 119 del Tratado no sólo a los Estados miembros; así vino a establecer que *de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad*, por

³⁰ DE MIGUEL DE LA CALLE, PALOMA. “Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n.º 42 pp 135-160.

³¹ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. *En adelante Tratado de Ámsterdam*.

lo que la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares.

No obstante, y a pesar de que pueda parecer que esta reforma del art. 119 del Tratado de Roma por el Tratado de Ámsterdam vino a incluir algo que no sólo ya se regulaba en las mencionadas Directivas sino que se había desarrollado por la jurisprudencia europea, por lo que no suponía novedad alguna, lo cierto es que esta reforma vino a significar, como recuerda Pérez del Río³², un paso más allá en cuanto implicó que se ampliara la visión, hasta entonces meramente economicista, de la igualdad salarial entre hombre y mujeres, que tenía como única - o al menos principal - finalidad, ya no asegurar la igualdad de derechos desde el punto de vista de la moralidad, sino únicamente para evitar el dumping social entre los Estados miembros.

Así mismo, se incorporó al Derecho originario la posibilidad de que los Estados miembros aplicaran de forma clara medidas de discriminación positiva, de cara a garantizar de forma efectiva la plena igualdad entre mujeres y hombres en materia de acceso al empleo y su mantenimiento en el mismo. De esta manera, se recogía la opción de que los Estados miembros “ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Como parece comprobarse de la lectura literal del artículo, la normativa que se recogió con la reforma en el art.119.4 del Tratado de Roma hacía referencia a medidas de discriminación positivas bilaterales, a pesar de lo cual el legislador comunitario quiso mostrar su preocupación y su conciencia de que la situación de discriminación de la mujer con respecto al hombre era

³² PEREZ DEL RIO, T “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario” AA.VV *Una aproximación al derecho social comunitario*. Ed. Tecnos Madrid 2000 cit. En GARCÍA TRASCASAS, A. *Retribución y no discriminación por razón de sexo en Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*. Ed. Bomarzo. 2013. pág. 84.

mucho mayor, lo que finalmente se plasmó en la Declaración nº 28 del Tratado de Ámsterdam sobre el art. 119.4 del TCE, que recogió expresamente que “*Al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral*”.

Esta normativa siguió su evolución ayudada por la jurisprudencia sentada por el TJCE, dando lugar a cuatro Directivas europeas que merecen especial mención, como son:

- *La Directiva 2002/73/CE*, centrada en el ámbito laboral y que ha sido la base para la posterior promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), definiendo conceptos básicos como los de discriminación directa e indirecta – apoyándose en la definición ya dada de forma general por la *Directiva 2000/78/CE* - acoso y acoso sexual, y sentando las bases para que el diálogo entre los agentes sociales y la negociación colectiva sirviera para conseguir la igualdad real de mujeres y hombres.

A este respecto, las definiciones que se establecen por la Directiva y que revisten de especial interés para la elaboración de este estudio son las de:

- a) Discriminación directa “*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo*” y,
- b) Discriminación indirecta “*: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*

- La *Directiva 2004/113/CE*, que da un paso más allá siguiendo la recomendación del Consejo Europeo realizada en su reunión de Niza de diciembre del 2000, al no centrarse únicamente en el mundo laboral, sino estableciendo la necesidad real de igualdad de trato entre ambos sexos en el acceso a bienes y servicios y su suministro.
- La *Directiva 2006/54/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 supone una *refundición*, en aras de la claridad, de anteriores Directivas que regulaban materia de similares características, y, concretamente, de la *Directiva 75/117/CE*, la cual quedó derogada.
- La *Directiva 2010/41 de 7 de julio* sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, que viene a proteger específicamente la maternidad de las mujeres que desarrollen tareas como trabajadoras autónomas, o bien que trabajen para su cónyuge o pareja de hecho, siendo él el autónomo, regulando la existencia obligatoria de un subsidio por maternidad de al menos 14 semanas, en cuantía suficiente para permitirles interrumpir sus actividades en caso de desearlo. Además establece obligaciones para los Estados referidas al permiso por lactancia como recoge, respecto a España, la Sentencia del TJCE en el Caso *Roca Álvarez*³³.

³³ *Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09 Asunto: Roca Álvarez*, que entra a dirimir si sólo las madres por cuenta ajena son titulares del derecho a disfrutar del permiso por lactancia, fallando que esta interpretación del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores por parte de los Tribunales nacionales se opone a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, estableciendo en sus Fundamentos 36 y 37 que “*Sin embargo, el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental* (véase en ese sentido la sentencia *Lommers*, de 19 de marzo de 2002 (C-476/99). Como ha puesto de relieve la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el

A pesar de la mejora que supusieron estas Directivas para la situación de la mujer en el mercado laboral, y tal y como recuerda Ascensión García Trascasas³⁴, el Parlamento Europeo ha solicitado a la Comisión Europea una revisión de la misma, al considerar que la transformación sufrida por la legislación no ha sido suficiente para eliminar la brecha salarial, y propone su modificación en, al menos, los siguientes aspectos: las definiciones, el análisis de situación y la transparencia de los resultados, la evaluación del trabajo y la clasificación de las profesiones, los organismos de fomento de la igualdad y el recurso jurídico, el diálogo social, la prevención de la discriminación, la integración de la perspectiva de género, las sanciones y la racionalización de la reglamentación y la política de la Unión.³⁵

Mención específica merece igualmente la *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE* proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión que en su Preámbulo y en su Capítulo III (bajo la rúbrica Igualdad), la Carta hace referencia al principio de igualdad, con especial mención a *la igualdad por razón de sexo* en sus artículos 21.1 y 23. En el artículo 21.1 se recoge una prohibición de *discriminar por razón de sexo*; y en el artículo 23 la alusión es a una garantía, en todos los ámbitos y especialmente en el ámbito de empleo, trabajo y retribución.

En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante³⁶. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

La Carta es aplicable a las instituciones europeas, y en ningún caso puede exceder las competencias y las tareas que los Tratados le confieren y es aplicable a los países de la UE cuando aplican la legislación comunitaria. Si alguno de los derechos se corresponde con derechos garantizados por el

único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño”.

³⁴ GARCÍA TRASCASAS, A. *Retribución y no discriminación por razón de sexo en Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*. Ed. Bomarzo. 2013. pág. 85.

³⁵ Véanse, en el Anexo de la Resolución del Parlamento Europeo del 24 de mayo de 2012, las Recomendaciones 1, 4, 6, 7 y 8.

³⁶ D.O. C 306/2007, 17 de diciembre de 2007.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, el significado y el ámbito de aplicación de dichos derechos será el mismo que el definido por el Convenio, aunque la legislación comunitaria pueda contemplar una protección más amplia. Cualquiera de los derechos derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE deberá interpretarse de conformidad con dichas tradiciones.

Con ello la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y género adquiere un contenido mínimo común.

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

a) El texto constitucional

Dejando a un lado la existencia de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico expresamente reconocido en el artículo 1.1 de la CE, en lo que respecta a nuestro ordenamiento, a nivel constitucional, recoge el derecho a la igualdad y no discriminación en el artículo 14, en el capítulo de los Derechos Fundamentales, dotándolos de la especial relevancia y protección jurídica a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, completados con la acción de los poderes públicos reconocida en el artículo 9 CE.

No obstante, estos derecho de igualdad y no discriminación no implican, como podría parecer en un primer momento, un trato idéntico sean cuales fueren las circunstancias del sujeto de derechos, sino que, como bien recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1983: [...] *El art. 14 de la Constitución española, que consagra la igualdad de todos los españoles ante la ley, prohíbe la discriminación por cualquiera de las circunstancias previstas en dicho artículo. Pues, como ya ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones, tal precepto no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. [...] la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad [...]*

Por tanto, el art. 14.1 de la CE no excluye las necesarias distinciones normativas siempre que las mismas estén justificadas y permite un trato diferente a las situaciones que presenten características particulares en relación a las mayoritarias.

Así, y como recuerda SORIANO TORRES³⁷, el principio de igualdad de trato es un límite referido sólo a la actuación de los poderes públicos, pero abarca a todos los campos y sujetos en los que puedan establecerse diferencias de trato. Respeta la discrecionalidad de los poderes públicos, pero se considera una violación al principio de igualdad los supuestos en los que las desigualdades de trato carezcan de una justificación objetiva y razonable, llevándonos en el plano jurídico a la invalidez de los actos o reglas que conllevan un tratamiento desigual y arbitrario.

Así pues, queda claro que no resulta suficiente con alcanzar una igualdad meramente formal, sino que nuestra Constitución propugna una igualdad material, que es lo que enlazaría la igualdad con la no discriminación, quedando por tanto prohibidas las diferencias artificiales o injustificadas (SSTC 27/2004, de 4 de marzo, 6/2013, de 14 de marzo)

Para determinar si un distinto trato legal es o no discriminatorio, hay que comprobar si la diferencia de trato es o no razonable, y para averiguarlo es posible utilizar los siguientes criterios:

- Razonabilidad de la distinción de los supuestos de hecho (STC de 10 de julio de 1981 y STC de 21 de diciembre de 1982)
- Finalidad y efectos de la distinción de trato, siendo ésta jurídicamente relevante, es decir, que esté amparada por algún precepto constitucional
- Relación de proporcionalidad entre las medidas empleadas y la finalidad perseguida, no estando amparada, por tanto, cualquier tipo de distinción que persiga un fin jurídicamente relevante.

Así, mientras el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 2 de julio de 1981, advierte que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal idéntico, con abstracción de cualquier elemento diferenciador, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, a propósito del artículo 14 del Convenio Europeo, que toda desigualdad no constituye

³⁷ SORIANO TORRES, Marta. "La igualdad no como uniformidad de tratamiento jurídico sino como prohibición de discriminación" *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19; Ed. Universidad de La Laguna Diciembre 2002, pp. 253-261.

necesariamente una discriminación: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable³⁸.

Respecto al derecho de no discriminación (art. 14.2 CE) y a diferencia del principio de igualdad (art. 14.1 CE), el mismo tiene como sujeto activo no sólo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas y jurídicas; por ello, la tutela antidiscriminatoria no se reduce tan sólo a la discriminación legal, que es producto de actos o normas de los poderes públicos, sino que abarca también las conductas particulares entre los sujetos de derecho, dado que el Estado estaría “discriminando pasivamente” de permitir conductas causantes de situaciones de discriminación.

De esta forma, hago mía la definición del principio de no discriminación que desarrollaron RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ³⁹, estableciendo que significa *la supresión de pactos o medidas discriminatorias objetivas consistentes en desigualdades de hecho entre individuos o grupos sobre la base de uno de los criterios de discriminación prohibidos, desigualdades que pueden trascender y permanecer tras la desaparición de las prácticas discriminatorias formales.*

Una importante distinción es la que surge de la diferencia entre discriminación *directa* e *indirecta*, desarrollada por el Tribunal Constitucional por primera vez en su Sentencia de 145/1991, de 1 de julio, con ocasión de un recurso de amparo en relación a una discriminación salarial por razón de sexo, y que se ha venido reiterando en los diversos pronunciamientos del TC sobre el tema (STC 203/2000, de 24 de julio) realizando la distinción de manera binómica entre ambos tipos de discriminación. En este sentido, mientras que por *discriminación directa* el TC entiende que es “*el tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de discriminación directa*”, se refiere a la *indirecta* como “*los tratamientos formales no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tienen*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ RODRÍGUEZ- PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Igualdad y Discriminación, Madrid, 1986.

lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo". Así pues, para el Tribunal Constitucional la discriminación indirecta se caracteriza porque la medida ha de ser "*neutra*" *aparentemente y aplicable a los dos sexos* (SSTC 61/2013, 14 de marzo; 71/2013, de 8 de abril; 72/2013, de 8 de abril); pero *causa mayores perjuicios a las trabajadoras* (SSTC 117/2013 de 20 de mayo; 147/1995, de 16 de octubre; 198/1996, de 3 de diciembre) y es *carente de justificación* (STC 58/1994, de 28 de febrero, 253/2004, 22 de diciembre).

Así, hago especial hincapié en la mención a que las desigualdades pueden permanecer – y de hecho lo hacen – tras la eliminación de las prácticas discriminatorias formales, para volver al concepto de la *discriminación indirecta*, que ya avanzaba la legislación y jurisprudencia comentada con antelación.

El Tribunal Constitucional hizo prevalecer la igualdad sustancial por encima de la igualdad legal, de cara a permitir ciertas situaciones que, siendo tratadas de forma distinta desde el punto de vista legal, ayudaban a acabar con la discriminación histórica de ciertos sectores poblacionales, de allí surge la noción de acción positiva, como aquellas diferencias que permiten la igualdad de grupos sistemáticamente discriminados⁴⁰

Por tanto, es posible decir que la Constitución Española de 1978 ampara las medidas de discriminación positiva, siendo posible definir las mismas como *aquéllas que suponen una serie de distinciones que la norma opera, en referencia a unos casos concretos y objetivos, y por lo tanto, se consideran legítimas en un planteamiento de justicia, y se establecen con el objetivo de situar a los desfavorecidos por una discriminación de hecho en un plano de igualdad, que elimine la diferenciación con el elemento comparativo que se toma como referencia*⁴¹.

⁴⁰ Pero muy lejos de las diferencias basadas en la protección de la debilidad femenina que se han visto en la historia del ordenamiento.

⁴¹ SORIANO TORRES, Marta. La igualdad no como uniformidad de tratamiento jurídico sino como prohibición de discriminación *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19; Ed. Universidad de La Laguna Diciembre 2002, pp. 253-261.

No obstante, no sería justo conceptualizar las mismas como medidas que *simplemente permiten unas ventajas hacia un grupo de individuos*, puesto que este concepto olvida que las ventajas o privilegios que uno tiene a *posteriori*, el otro grupo – no discriminado – las ha obtenido *a priori*⁴², por lo que tiene más sentido redefinir el concepto eliminando cualquier planteamiento de la acción positiva como *trato de favor* o *trato preferente*, desarrollándolo de forma ligada a las diferencias de status o de poder existentes entre los grupos⁴³.

Estas medidas de discriminación positivas no sólo es que estén amparadas por el texto constitucional, *sino que son un mandato a los poderes públicos en virtud de lo dispuesto en el art. 9.2 CE*. Así, esta sentencia establece que [...] *la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora de garantía de la promoción de una igualdad real.* [...]

b) El desarrollo legislativo

No obstante, y a pesar de que ciertos derechos fundamentales hayan tenido, tras la promulgación de la Carta Magna, su propio desarrollo legislativo a través de una Ley y sus disposiciones de rango inferior, que lo desarrollan y se ocupan de asegurar su reconocimiento y respeto en la sociedad, no es posible concebir un desarrollo legislativo unitario y global del precepto constitucional anteriormente analizado, esto es, aprobar una genérica "ley de igualdad", al menos en los primeros momentos. De este modo, son las normas

⁴² BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles. Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* nº 9 2003.

⁴³ *Ibídem*

individuales dictadas en los distintos campos, o áreas materiales y procesales de actividad, las que tienen que plasmar este principio, en tanto el derecho a la igualdad y a la no discriminación entra en clara relación no sólo con las relaciones ciudadano <-> administración pública, sino con las relaciones entre sujetos de derecho privado.

A pesar de lo anterior y, en cierto modo, puede hablarse de normativa genérica sobre igualdad, dotada de transversalidad al afectar a muy diversos sectores del ordenamiento jurídico, que se aprueba una vez que la sociedad había confirmado la consagración de estos derechos.

Así ocurre con la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres conocida popularmente como “ley de igualdad”⁴⁴, y que justifica dicha transversalidad en la propia Exposición de Motivos de la Ley, donde se recoge “*El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la Ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos*”⁴⁵

Mucho antes, los artículos 4.2 y 17 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁶ expresan en el ámbito laboral estos derechos.

El art. 4.2 E.T en su letra c) recoge, de manera genérica, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados “*para el empleo, o una vez empleados,*

⁴⁴Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo. *En adelante LOIEMH.*

⁴⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis y SIEIRA, Sara. *Sinopsis art. 14 CE para el portal web del Congreso de los Diputados*. Universidad de Murcia. 2011.

⁴⁶Real Decreto legislativo 1/1995, de 25 de marzo. *En adelante E.T.*

por razones de sexo (...)". Sin embargo, considero que resulta mucho más interesante en lo que a este trabajo se refiere, lo dispuesto en el art. 17 de ese mismo cuerpo legal, en tanto recoge que “*Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (...)"*”. Y ello porque, como se verá más adelante, la mayor parte de las discriminaciones directas en el empleo por razón de sexo han quedado eliminadas al haberse reconocido la igualdad y la discriminación como derechos fundamentales y resultar más sencillos de fiscalizar. Sin embargo, no ha sucedido lo mismo con la discriminación indirecta, causada por regulaciones o situaciones revestidas de una aparente situación de neutralidad que socialmente se ha considerado como habitual y que, por tanto, no genera rechazo.

Este precepto se ve reforzado por el art. 22.3 del E.T, que viene a recoger la misma idea, dirigiéndola hacia las categorías profesionales, al decir “*La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres.*”⁴⁷

Como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, el E.T se ha visto enriquecido con un nuevo artículo, el 17.4, que apuesta por la acción positiva en el acceso al empleo, de manera que “*la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de*

⁴⁷ Esto, como se verá, por ejemplo en el Convenio Colectivo del sector de la construcción y obras públicas de la provincia de Zaragoza, no es baladí, puesto que se continúa obviando a la mujer en la totalidad de las redacciones de muchos convenios para, posteriormente, mencionarla única y exclusivamente cuando se regula la categoría profesional de “Limpiadora”, como en el Convenio Colectivo nombrado.

que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate".

El E.T incluye en su art. 22.4 el mandato de que los criterios de definición de las categorías y grupos profesionales se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo, y establece que los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los y/o las representantes de los trabajadores y trabajadoras, debiendo aplicarse, en todo caso, unos criterios de ascenso de acuerdo a reglas comunes para ellos y ellas (artículo 24). Sin embargo, la aplicación de reglas comunes no garantiza que se estén aplicando criterios de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Esto es, la utilización operativa de ciertos criterios puede arrojar resultados discriminatorios para las trabajadoras⁴⁸, tal y como veremos.

Merece ser mencionado también el art. 28 del ET que literalmente establece que *"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 aquélla."* El término "trabajo de igual valor" se introduce en el ET y el concepto "retribución", reemplazando al de "salario", se introduce por el único artículo de la Ley 33/2002, de 5 de julio de modificación del artículo 28 de este Estatuto, transponiendo, al mismo tiempo, la Directiva 75/117/CEE que viene a sustituir el principio de igualdad salarial vigente hasta esa fecha al incorporar expresamente el principio de igualdad retributiva⁴⁹, desarrollado también en las Sentencias del TJCE de 31 de mayo de 1995,

⁴⁸ BEONGOETXEA, Aitor (coord.) *La Igualdad de Género en los Convenios Colectivos. Informe extraordinario*. Ed. Defensoría para la igualdad de mujeres y hombres. Vitoria-Gasteiz. 2009.

⁴⁹ Ibídem.

Asunto: *Royal Copenhaguen* C-400/93 y de 26 de junio de 2001, Asunto: *Brinnofer* C-381/199, entre otras.

No obstante lo anterior, y como se verá en el análisis convencional realizado, el hecho de recoger en el E.T los artículos anteriores no garantizan la igualdad y no discriminación por razón de género en el plano de las relaciones laborales, ya que siguen existiendo articulados completos en los convenios colectivos que son causa de discriminación indirecta entre sexos, debido a la aceptación y normalización de los mismos por el bagaje cultural de la sociedad.

También hay que mencionar *Ley de la Jurisdicción Social*⁵⁰, los arts. 96 y 177 a 184, recogen el procedimiento especial y sumario para aquellos casos en los que se alegue vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas y, concretamente, la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos en los que existan indicios fundados de discriminación por razón de sexo, cumpliendo, por tanto, con el mandato recogido en el art. 13.1 de la LOIEMH, que establece que “*De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad*”

-Por último, la LOIEMH a la que me referiré en un apartado específico

c) La Ley Orgánica Igualdad

La LOIEMH modifica a lo largo de su articulado un sinfín de legislación, como la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,

⁵⁰ Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo o la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio⁵¹.

Es, por tanto y como ya se ha dicho, una Ley transversal, como se puede comprobar por la muestra escogida de legislación que modifica, que recoge en su art. 3 el principio general de igualdad de trato, definiéndolo como “*El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone 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*” así como por el hecho de que se recoja en el art. 4 el reconocimiento expreso de que el principio general de igualdad es un “*es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.*”, estableciendo, por tanto, un mandato para el poder judicial.

Por otra parte, la LOIEMH vino a trasponer en la legislación nacional los conceptos de Discriminación directa e indirecta desarrollados por la ya mencionada Directiva 2002/73/CE, de reforma de la 76/207/CEE, y así, dota a nuestro ordenamiento jurídico de unas definiciones propias de discriminación directa e indirecta. A tal efecto el art. 6 de la LOIEMH establece literalmente que “*Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en*

⁵¹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis y SIEIRA, Sara. *Sinopsis art. 14 CE para el portal web del Congreso de los Diputados*. Universidad de Murcia. 2011.

atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo. “

De esta manera, podemos decir que la LOIEMH no sólo realiza una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico considerando, de manera acertada, que la igualdad tiene una dimensión trasversal que debe ser contemplada, sino que, además, presta una especial atención al ámbito de las relaciones laborales, respecto a lo cual, la Exposición de Motivos señala que “*la Ley pretende promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido*” y se recoge en el Título I un artículo específico, el art. 5, referente a la Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.

Debido a lo anterior, queda redactado el artículo 43 de esta norma en los términos siguientes “*De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres*”, definiendo al efecto en el art. 11 la acción positiva como las “*(...) medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. (...)*” Así mismo, el citado artículo 11 establece una limitación a la aplicación de este tipo de medidas, recogiendo la evolución jurisprudencial del TC sobre las

mismas, estableciendo que “*Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.*” y señalando también que su aplicación compete a los poderes públicos, pero también a las personas físicas y jurídicas privadas.

Finalmente, establece en sus arts. 46 puntos 2 a 4 LOIEMH, que en cumplimiento de la obligación de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, será obligatorio *negociar determinadas materias y, concretamente, la regulación de los planes de igualdad* de las empresas de más de 250 personas trabajadoras, así como en aquellas empresas que, independientemente de su tamaño, se tuviera prevista la existencia de un plan de igualdad de forma obligatoria en el convenio colectivo de aplicación, así como cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo⁵².

Si acudimos al Capítulo III del Título IV de la citada Ley Orgánica vemos como, en su artículo 46.1, se define de manera genérica a los planes de igualdad como “*un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo*”, siendo obligatorio que se negocien y que, en su caso, se acuerden, con los representantes de los trabajadores (art. 45.1 LOIEMH) con lo cual queda patente que el acuerdo no es necesario a la hora de aprobar el mismo.

El contenido de estos planes no se deja totalmente a la libre voluntad de las partes negociadoras, sino que los art. 46.1 2º párrafo y 46.2 recogen un

⁵² A este respecto, véase VALLEJO DA COSTA, Ruth “*Planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad*”, en AA. VV. (VALLEJO DA COSTA coord.) *Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad empresarial*”, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2013, pp. 81 y ss.

esquema de mínimos respecto a la forma de realizarlo y unas lista no cerrada de materias a valorar, haciendo mención a que “*fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo*”.

Con posterioridad, en el art. 46.3, se recoge que el ámbito de aplicación y negocial del plan de igualdad será el de la empresa, con las lógicas dificultades que ello puede suponer dadas, no sólo las especificidades de cada centro de trabajo en cuanto a composición de sexos y realidades se refiere, sino al ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, que son aquéllos con facultad para negociar el plan de igualdad.

Para obtener una información más detallada de la forma de llevar a cabo la negociación hemos de acudir al art. 85.2 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que “*Asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:*

- **a)** *En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.*
- **b)** *En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad.”*
Implicando, esto último, el mandato de que los convenios de ámbito superior a la empresa regulen el modo y las condiciones en que ha de

llevarse a efecto la negociación colectiva de los planes de igualdad en las empresas incluidas en el ámbito de aplicación e aquel convenio.

A este respecto, conviene recordar la opinión vertida por parte de las asociaciones que componen el Consejo Económico y Social, en el Dictamen 08/2006⁵³, concretamente por CEOE y CEPYME, que emitieron voto negativo en el mismo sobre los planes de igualdad debido a la forma prevista para elaborarlos, alegando que la mencionada obligación de negociar con los representantes de los trabajadores supone una modificación parcial del marco jurídico de la negociación colectiva previsto en el Estatuto, ya que el artículo 37.1 de la Constitución no reconoce el deber de negociar, sino que éste es un deber que ha sido establecido por el artículo 89 ET. Por lo que dichas asociaciones mantenían que el establecimiento por Ley de un contenido obligatorio de negociación colectiva en esta materia para las empresas de más de 250 trabajadores es otra quiebra del principio de autonomía colectiva y de la libre configuración de los ámbitos de negociación⁵⁴.

La obligatoriedad de negociación y establecimiento de los planes de igualdad se ha visto reforzadas a través de un sistema coercitivo de imposición de sanciones, las cuales se establecieron con la modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones⁵⁵ que impuso la LOIEMH a través de su Disposición adicional decimocuarta.

De esta manera, se recoge como Infracción Grave en el art. 7.13 LISOS, con sanción de hasta 6.250 euros, el *No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación* y como Infracción Muy Grave y

⁵³ Dictamen 08/2006, sobre el Proyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres, aprobado en sesión plenaria del 26 de abril de 2006.

⁵⁴ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad en las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. *Anales del Derecho*. Universidad de Murcia nº 25 2007 pp. 343-370.

⁵⁵ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. *En adelante LISOS*.

sanción de hasta 187.515 euros el *No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.*

Conviene tener en cuenta que el art. 46 bis 2 de la LISOS es el artículo que permite conmutar las sanciones accesorias a los empresarios, en caso de que lo soliciten, por la elaboración de planes de igualdad cuando éstos no fueran ya obligatorios por motivo del tamaño de la empresa o norma convencional, en caso de que ésta hubiera incurrido en faltas de discriminación directa o indirecta. De incumplir la empresa el acuerdo alcanzado con la Inspección de Trabajo y que la empresa no elabore el plan de igualdad acordado, el artículo prevé que *En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:*

- **a)** *Pérdida automática, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y beneficios a los que se refiere la letra a) del apartado anterior, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.*

La pérdida de estas ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción de forma motivada.

- **b)** *Exclusión del acceso a tales beneficios por un período de seis meses a dos años, a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias.*

V. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO

a) Actividad, empleo y paro.

A pesar de todas las medidas implementadas, mencionadas con antelación referentes a lograr la igualdad real entre hombres y mujeres; de la jurisprudencia que se ha desarrollado; y a pesar de que efectivamente se haya puesto la consecución de dicha igualdad en la agenda de los grandes organismos internacionales⁵⁶ y de los diferentes Estados que integran los mismos, lo cierto es que la igualdad entre hombres y mujeres continúa siendo un objetivo a conseguir y por el que trabajar, ya que los datos arrojan que aunque la situación normativa de la mujer haya mejorado – por ejemplo en Europa a través de la prohibición y consecuente desaparición de las normativas

⁵⁶ La labor de Naciones Unidas en pro de la igualdad entre mujeres y hombres, centrada inicialmente en la codificación de los derechos jurídicos y civiles de las mujeres y en la recopilación de datos sobre la condición jurídica y social de la mujer, presenta un punto de inflexión en la IV Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Pekín en 1995. A partir de esta Conferencia, se pone de relieve que el cambio de la situación de las mujeres es un tema en el que se tiene que implicar la sociedad en su conjunto y se considera, por primera vez, que su tratamiento no puede ser sectorial, sino que debe integrarse en el conjunto de las políticas. La Declaración del Milenio en 2000 supuso otro hito importante en este camino, al establecer los llamados “Objetivos del Milenio”, cuyo plazo de consecución es el año 2015, entre los que se incluye la igualdad entre hombres y mujeres como una de las metas a alcanzar. Además, para conmemorar el 15º aniversario de la Declaración y de la Plataforma de Acción de Pekín y el 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Comisión Europea adoptó en marzo de 2010 la Carta de la Mujer, en la que renovó su compromiso por la igualdad entre los sexos, e insistió en la necesidad de incorporar la igualdad entre mujeres y hombres, de forma transversal, en todas sus políticas. En mayo de 2011, cinco años después del primer Pacto Europeo por la Igualdad de Género de 2006, el Consejo de la UE, consciente de la necesidad de reafirmar y apoyar la estrecha relación entre la Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015) y la Estrategia Europa 2020, reafirmó su voluntad de cumplir con los objetivos de la UE en materia de igualdad entre mujeres y hombres y adoptó un segundo Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020).

que contenían cláusulas de discriminación directa - lo cierto es que las situaciones de desigualdad continúan siendo un hecho.

Concretamente en nuestro en país y en materia de mujer y mercado de trabajo, lo cierto es que la mujer se ha venido incorporando paulatinamente al mismo, viéndose aumentada la tasa de actividad femenina y reduciéndose el diferencial con la masculina, tal y como vemos a continuación:

Tasas de actividad, empleo y paro

	TASAS	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005
AMBOS SEXOS	ACTIVIDAD	59,56	59,98	60,01	60	59,94	59,8	58,92	58,32	57,35
	EMPLEO	43,86	44,97	47,03	47,96	49,15	53,02	54,05	53,36	52,10
	PARO	23,36	25,03	21,64	20,02	18,01	11,34	8,26	8,51	9,16
MUJERES	ACTIVIDAD	53,29	53,39	52,92	52,26	51,57	50,46	48,94	47,95	46,41
	EMPLEO	38,89	39,83	41,19	41,56	42,08	43,88	43,63	42,41	40,77
	PARO	27,02	25,38	22,16	20,48	18,39	13,04	10,85	11,55	12,16
HOMBRES	ACTIVIDAD	66,19	66,93	67,45	68,08	68,65	69,49	69,27	69,12	68,78
	EMPLEO	49,12	50,38	53,14	54,65	56,49	62,50	64,86	64,76	63,94
	PARO	25,79	24,73	21,21	19,73	17,72	10,06	6,37	6,31	7,04

Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Más información en:
http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_resultados_1.htm

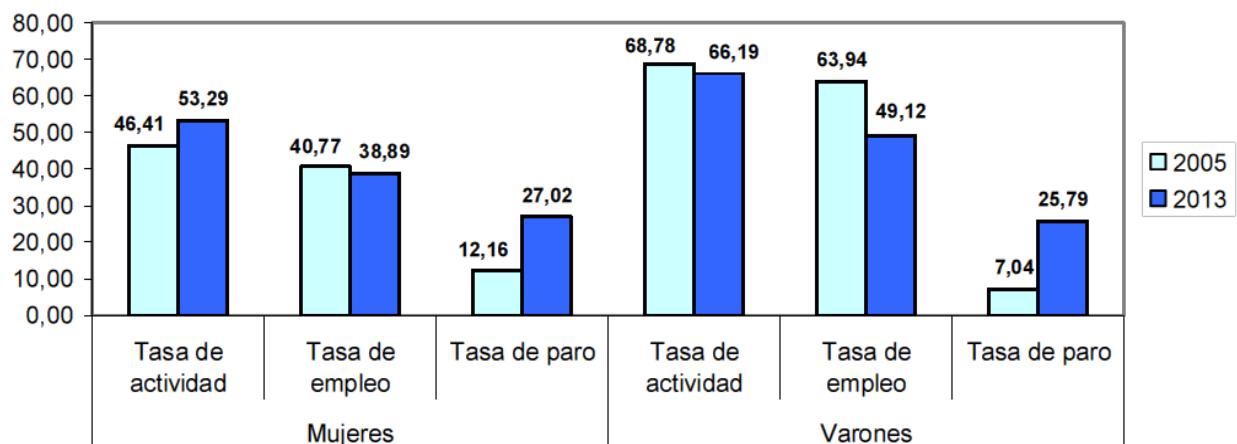
Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año

No obstante y aun a pesar de estos datos oficiales, el análisis completo no es tan halagüeño como cabría esperar puesto que aunque, como ya he dicho, se ha reducido la diferencia entre la tasa de empleo de mujeres y de varones, lo cierto es que esto se ha producido a causa del paro masculino puesto que, como puede comprobarse, *las mujeres no han visto crecer su tasa de empleo desde el año 2005 mientras que la de los hombres ha descendido de forma muy importante debido a la crisis económica*.

Respecto a la *tasa de paro*, ésta ha aumentado de forma considerable para mujeres y hombres en los últimos años, pero la diferencia entre ambas se ha reducido notablemente debido al mayor incremento de la tasa de paro de los hombres.

De esta forma, cabría concluir que la mujer se ha venido incorporando al mercado de trabajo en lo que podría haber sido una incorporación progresiva hasta haber podido alcanzar las tasas de actividad cercanas al 70% que tienen en otros países de nuestro entorno⁵⁷, pero la misma se ha visto ligeramente frenada por el contexto de crisis económica. A pesar de ello, los datos arrojan una mejora de la situación laboral de la mujer, aunque a efectos meramente comparativos con la situación del hombre en el mercado de trabajo, la cual se ha producido no por la mejora de la situación de la mujer, sino por el empeoramiento visible de la del hombre. En el siguiente Gráfico puede apreciarse de una forma más visual:

**Tasa de actividad, tasa de empleo y tasa de paro según sexo
2005 - 2013**



Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Más información http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_resultados_1.htm
Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año.

b) Tipos de contratos: jornada y estabilidad

No obstante no podemos quedarnos en la superficie, concluyendo que la situación de la mujer ha mejorado porque se ha visto aumentada la tasa de actividad y al menos hasta 2005 existió un aumento paulatino de la tasa de empleo femenina, sino que debemos, a continuación, realizar el análisis de en qué situación realizan las mujeres esta prestación de servicios, analizando en

⁵⁷ CAMACHO PEÑALOSA, Enriqueta y otras. Posición de la mujer europea ante el mercado laboral. *Actas XVI SEPUMA – IV Encuentro Internacional*. Pág.5.

primer lugar el tipo de contratos y con qué jornada la mujer accede al mercado de trabajo. Así, la Encuesta de Población Activa del INE para el año 2013 resulta en que, según los datos de la media de los cuatro trimestres de ese año, las mujeres han representado el 73,26% del total de las personas con jornada a tiempo parcial.

Esto es resultado de la identificación patriarcal de las tareas de cuidados y exigencias familiares como algo propio de la mujer, lo que se aprovechó (e incentivó) por los empresarios para lograr flexibilidad en sus procesos de producción, y ha terminado dando lugar a que aún hoy se mantengan tasas de contratación parcial sustancialmente más elevada entre la mano de obra femenina que entre la masculina.

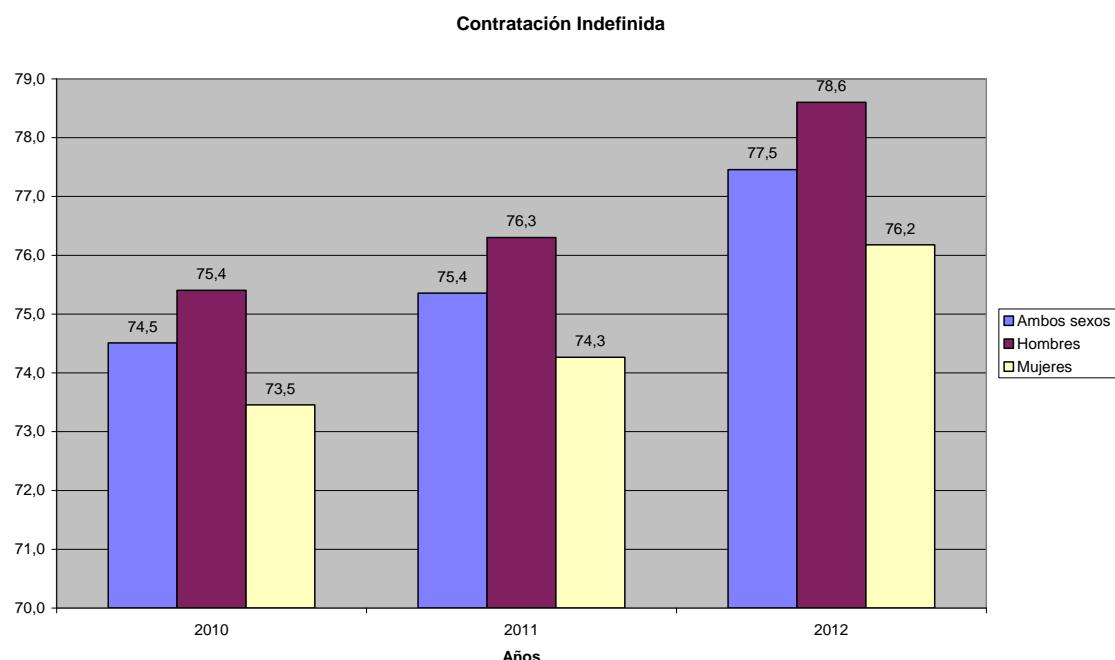
Respecto al tipo de contratos suscritos, analizando si los mismos son indefinidos o temporales, se ha de concluir que la mujer sufre de mayor inestabilidad en el mercado de trabajo, en tanto su tasa de temporalidad es mayor. Así, si analizamos la evolución de la temporalidad desde el año 1987, primer año del que se dispone de información oficial recabada por el INE, hasta la década de los noventa, la proporción de trabajadores con contrato temporal aumentó hasta alcanzar cifras próximas al 40 por ciento, en el caso de las mujeres, y por encima del 30 por ciento en el de los hombres. Aunque en los años posteriores se aplicaron medidas de contención de la contratación temporal, ésta no llegó a descender a los niveles esperados y, por el contrario, se mantuvo siempre por encima del 33 por ciento, en el caso de las mujeres.

Sin embargo y desde principio de la década del 2000, los datos parecían arrojar un nuevo repunte de la tasa de temporalidad para todos los colectivos, repunte que sin embargo se ve frenado en 2007 con el inicio de la crisis económica.

De esta manera, en el año 2007, la temporalidad afectaba en torno a un tercio de los trabajadores, habiéndose aproximado considerablemente las cifras relativas a hombre y mujeres, según Inmaculada Cebrián, por el aumento hasta

esa fecha de la contratación temporal en el sector público, ampliamente feminizado.⁵⁸

Ahora bien, no deja de ser un hecho que el porcentaje de asalariados con un contrato temporal es mayor entre las mujeres. Concretamente, en la tabla que he elaborado contando con los datos obrantes en el INE entre los años 2010 a 2012, se observa la siguiente evolución en la contratación indefinida y temporal, segregada por sexos:

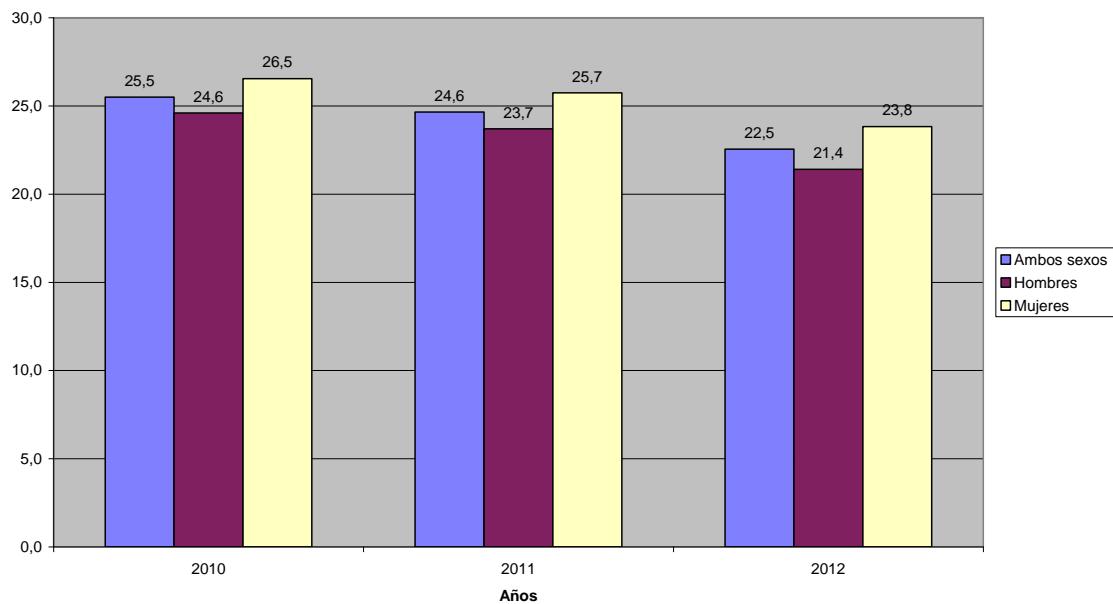


Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral. Instituto Nacional de Estadística. Más información <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2012/ECL/index.htm>

Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año.

⁵⁸ CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. La situación de las mujeres en el mercado de trabajo español: desajustes y retos. *Economía Industrial*. nº 367. 2008 pp 121-137 nota 3.

Contratación Temporal



Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral. Instituto Nacional de Estadística. Más información <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2012/ECL/index.htm>

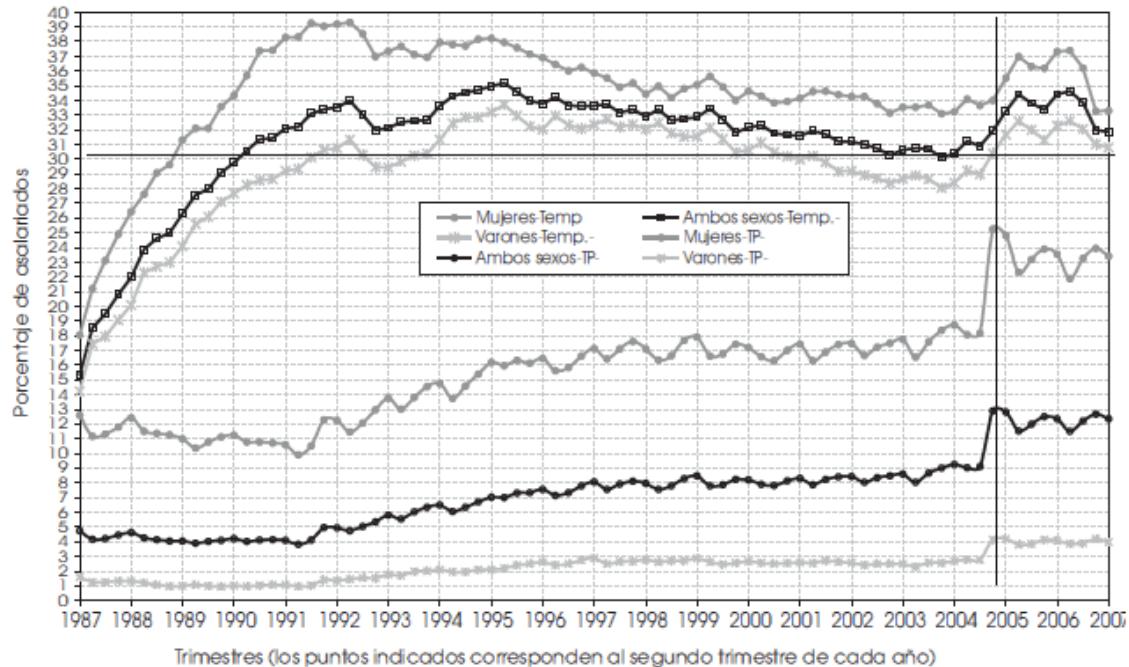
Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año.

Si ponemos ambos datos en correlación, *considero que hemos de llegar a la siguiente conclusión:*

- Que debido a la crisis económica se ha venido destruyendo paulatinamente empleo temporal a una velocidad mayor que la destrucción de contratación indefinida, con la consiguiente apariencia de aumento de ésta en el total del porcentaje de contratación.
- Que se continúa manteniendo el diferencial de casi 3 puntos en la contratación temporal de mujeres y hombres, siendo superior la contratación temporal de la mujer.

Esto nos permite *realizar una comparativa entre la contratación temporal y la jornada en los contratos suscritos por hombres y por mujeres*, pudiendo observar el importante aumento que se produjo de la jornada a tiempo parcial de las mujeres en el año 2005, lo que considero que debemos interpretar como una consecuencia de la promulgación de la LOIEMH al obedecer, en realidad, a un aumento del uso de las reducciones de jornada por cuidado de hijos o de

familiares por parte de las trabajadoras, y no sólo al aumento de la contratación a tiempo parcial.



Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Más información: CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. La situación de las mujeres en el mercado de trabajo español: desajustes y retos. *Economía Industrial*. N° 367. 2008 Pág. 10.

c) Discriminación Salarial

Así mismo, hemos de analizar la existencia de discriminación salarial, debiendo aclarar qué se entiende comúnmente por diferencia o desigualdad salarial, brecha salarial y discriminación salarial de género.

De esta manera y utilizando los conceptos desarrollados en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016⁵⁹, el concepto de desigualdad salarial entre mujeres y hombres, también llamado diferencia o brecha salarial, alude a la distancia en la retribución media (salario más complementos) de mujeres y hombres. Parte de esas diferencias salariales entre mujeres y hombres pueden estar fundamentadas en factores de tipo personal (nivel de formación, experiencia laboral, antigüedad, etc.), del puesto

⁵⁹ Plan estratégico de igualdad de oportunidades 2014-2016, elaborado por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

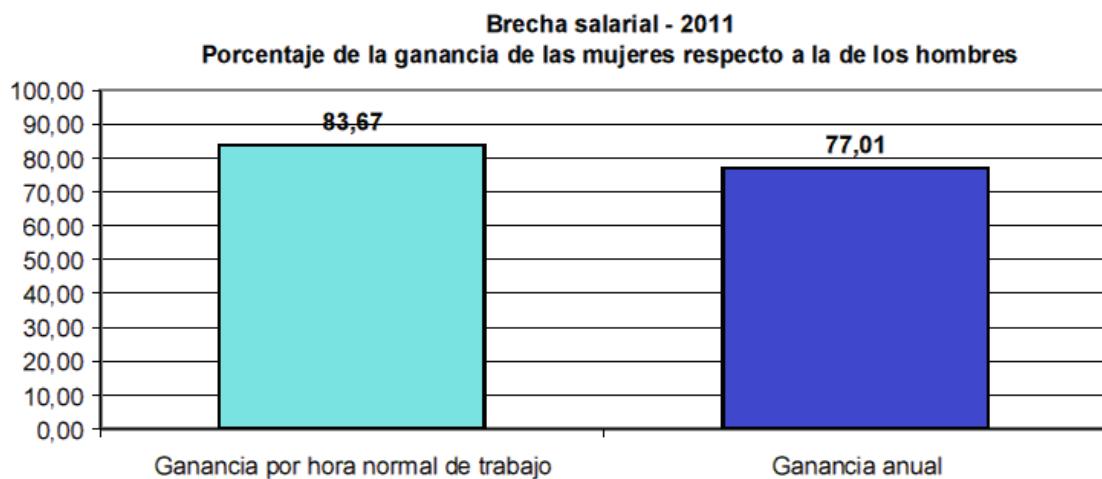
de trabajo (funciones realizadas, nivel de responsabilidad, tipo de contrato o jornada, etc.) y/o de la empresa para la que se trabaja (tamaño, tipo de actividad, etc.)⁶⁰. Una vez considerados estos factores, *la discriminación salarial entre mujeres y hombres* es la parte de esa diferencia que no queda justificada por una distinta aportación de valor en el desempeño de un trabajo igual o de igual valor, y que solo puede ser explicada en función del sexo de la persona que lo realiza⁶¹.

Según datos del INE, la brecha salarial entre mujeres y hombres en España, aunque muestra una ligera tendencia a su reducción en los últimos años, constituye un fenómeno persistente y según los últimos datos oficiales disponibles en la página web del Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2011, la ganancia de las mujeres por hora normal de trabajo suponía el 83,67% de la hora normal de trabajo de los varones (16,33% de brecha salarial). En términos de ganancia anual, en ese mismo año, la ganancia anual de las mujeres era del 77,01% de la ganancia anual de los

⁶⁰“Un complemento personal que se fija por la empresa *según criterios variables y desconocidos*, que no constan, pero cuyo resultado es que se produzca una notoria desproporción entre el importe de dicho complemento percibido en promedio por los hombres respecto del percibido por las mujeres e incluso entre el número de hombres y de mujeres que lo perciben. Queda así establecida objetivamente una innegable diferencia de trato entre ambos colectivos de trabajadores y trabajadoras. La cuestión entonces es si dicha diferencia de trato ha de entenderse que tiene por causa el distinto sexo de los trabajadores (...) dado que aparece un panorama indiciario suficiente no desvirtuado, lo que se concluye aplicando los criterios jurídicos antes expresados en materia de discriminación, es que desde el año 2006 (no hay ninguna prueba de lo que ocurriría en años anteriores) en las categorías de profesionales (no de iniciación) en el centro de trabajo sito en el Paseo Zorrilla de Valladolid y en el complemento personal existe una discriminación salarial por razón de sexo contra las mujeres, la cual se concreta en que a los trabajadores de sexo masculino se les paga un complemento personal promedio de 199,60 euros frente a 81,91 euros que se abona de promedio a las mujeres, sin que dicha diferencia haya sido justificada suficientemente por la empresa” (STSJ de Castilla León y Valladolid de 19 de junio de 2013, Ar. 2704).

⁶¹Véase STS de 14 de febrero de 2013, Ar. 5337: “no podemos coincidir con la sentencia recurrida en que la mera adjudicación al puesto de trabajo de la actora de un número diferente en la R.P.T. al asignado al puesto de trabajo de otros compañeros de trabajo que tienen su misma categoría profesional y desempeñan idénticas funciones pueda constituir una “justificación objetiva y razonable” de la diferencia de trato salarial entre la primera y las segundas. Llegar a semejante conclusión equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes contratantes -en el caso la entidad empleadora- la efectividad del principio constitucional de igualdad, que desaparecería por completo por la simple decisión empresarial de asignar números diferentes a puestos de trabajo idénticos. Por ello el recurso de unificación debe ser estimado”.

varones (22,99% de brecha salarial), tal y como se observa en el siguiente gráfico:



Fuente: Encuestas de Estructura Salarial. INE. Más información en:
<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/p133&file=inebase&N=&L=0>

No obstante, hay que recordar que la discriminación salarial no sólo se produce de manera directa, sino también a través de la articulación de los conceptos que constituyen el salario de tal manera que el resultado final es un salario inferior para las mujeres, aunque amparado en la regulación del convenio colectivo del sector que resulte de aplicación.

Así, resulta importante analizar no únicamente el salario base de hombres y mujeres, sino también el resto de complementos que componen la masa salarial, así como la evolución que han sufrido.

A este respecto resulta muy interesante el análisis de la situación española realizado por Sara de la Rica⁶², novedoso en tanto se explota la distinción entre *salario base* y *complementos salariales*, explicando que en nuestro país la negociación colectiva asigna unos salarios base a cada persona trabajadora dependiendo de su categoría profesional, salario base que se ve incrementado por complementos salariales en conceptos tales como

⁶² DE LA RICA GOIRICELAYA, Sara. Segregación ocupacional y diferencias salariales por género en España. 1995-2006. *Mujeres y Mercado Laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*. Coord. Antonio Villar. Ed. Fundación BBVA. 2010

antigüedad o productividad, los cuales pueden ser más discrecionales a la hora de ser concedidos a cada trabajador, según De la Rica.

Así, y de la realización de un estudio comparativo entre las Encuestas de Estructura Salarial de los años 1995 y 2006, se puede concluir que si comparamos a los trabajadores y trabajadoras de la misma empresa y ocupación, así como de la misma edad, nivel educativo y tipo de contrato, las diferencias salariales totales ascienden a un 14% a favor de los hombres en 1995 y a un 15,5% en el 2006. No obstante, si analizamos cómo se construyen estas diferencias, vemos que las mismas se originan especialmente en los complementos salariales, dado que las diferencias del salario base no superan el 6%, mientras que el diferencial en los complementos salariales se sitúa en torno al 30% a favor del hombre.⁶³

Sobre este análisis que se realiza, sí que creo que cabe matizar que la en la mayor parte de las ocasiones no se trata de complementos que se puedan abonar o no al trabajador dependiendo de una negociación individual con el mismo y, por tanto, de forma discrecional por el empresario, sino que tanto la antigüedad como la productividad, mencionados por De la Rica en el estudio comentado, suelen ser complementos salariales reconocidos en el Convenio Colectivo que resulte de aplicación, que han de ser abonados de forma automática al trabajador, con lo que se articulan de forma muy similar al Salario Base⁶⁴.

De esta manera, e independientemente del resultado del estudio sobre la incidencia en la brecha salarial de los *complementos salariales*, que como ya se ha visto es capital, creo que resulta obligatorio preguntarse hasta qué punto tiene incidencia la regulación de la Retribución en los Convenios Colectivos, dado que la mayor parte de dichos complementos se recogen en los mismos y son fruto de la negociación colectiva.

⁶³ Ibídem. Pág. 55

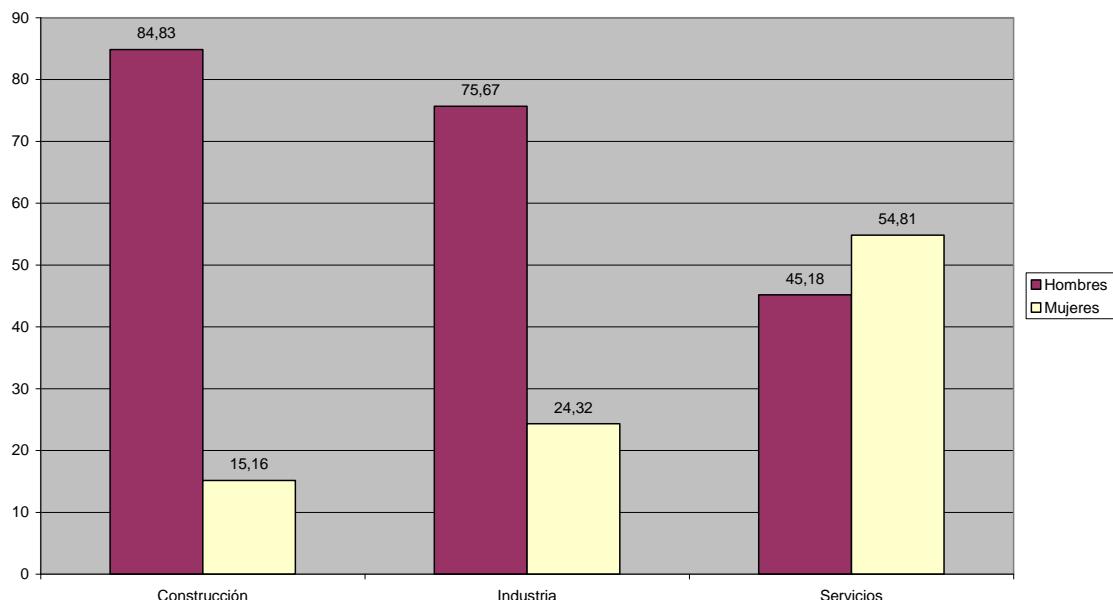
⁶⁴ Es cierto que esto no sucede con todos los complementos, pudiendo poner como ejemplo el complemento salarial de *Mejora Voluntaria*, que suele venir a mejorar el Salario Base de trabajadores individuales tras una negociación individual o para mantener condiciones anteriores.

d) La segregación por sexos de los sectores productivos y de las actividades del sector

Una vez llegadas a este punto y para entrar a analizar cómo está regulada la retribución en los Convenios Colectivos de distintos sectores productivos, resulta necesario dar un paso previo, consistente en *estudiar la composición por sexo de los dichos sectores* y ello porque, ya de forma puramente empírica, es posible concluir que a pesar de los avances en cuanto aumento de la tasa de actividad femenina, siguen existiendo sectores de producción integrados en su mayor parte por hombres o por mujeres, por lo que la regulación de los convenios colectivos de determinadas actividades va a estar dirigida a aplicarse a uno u otro sexo. Asimismo, no sólo los sectores y las actividades del sector se encuentran *feminizadas* o *masculinizadas*, sino que también dentro de la misma empresa es posible distinguir una clara segregación por sexo dentro de las actividades desarrolladas y en la composición de los distintos departamentos, de tal manera que las mujeres continúan desempeñando aquéllas de menor cualificación, tal y como veremos a continuación.

Así, los datos oficiales correspondientes a la Encuesta de Población Activa del año 2013 corroboran esta primera impresión, tal y como se aprecia en el siguiente gráfico, que se ha desarrollado haciendo la misma distinción por sectores que a obrante en los datos del INE:

Composición por sexo



Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Más información

<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2012/ECL/index.htm>

Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año.

Como resulta patente, la entrada de la mujer en el mercado de trabajo se ha dirigido al desempeño de las tareas del sector servicios, continuando tanto la construcción como la industria siendo nichos laborales esencialmente masculinizados.

Una vez analizada grosso modo la composición de los sectores en el año 2012, resulta preciso continuar con el análisis por sexo de cada sector, ya que se puede caer en la falsa impresión de que, por ejemplo ese 24,32 % de las mujeres que componen el sector de la industria en el año 2012, se encuentra disgregado entre la mano de obra masculina, realizando las mismas funciones o tareas que sus compañeros varones. Sin embargo y como demuestran los datos oficiales esto tampoco es así, pues lo cierto es que la mano de obra tanto dentro de un mismo sector como dentro de una empresa, tiende a segregarse por sexos, ocupando las mujeres aquéllos no sólo de menor categoría – como ya se ha dicho anteriormente- sino también aquéllos que históricamente se ha entendido que “le son propios”.

De esta manera, y como ya apuntaba DE LA RICA en la comparativa realizada entre las Encuestas de Estructura Salarial⁶⁵ de 1995 y 2006⁶⁶, la segregación por sexos es máxima a nivel de ocupación dentro de una misma empresa, puesto que se observa que las mujeres trabajan en ocupaciones en las cuales más del 79% de las trabajadoras son mujeres, obedeciendo este dato a EES-2006 y habiéndose visto aumentado es 9 puntos desde la EES-1995. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, ya que según la OIT, de entre todos los trabajadores del mundo no incluidos en el sector agrícola, aproximadamente un 60% están en alguna ocupación en la que como mínimo el 80% de los trabajadores dedicados a ella son de un mismo sexo, hombres o mujeres. Esto significa que la mayoría de los trabajadores del mundo desempeñan ocupaciones que pueden ser consideradas *feminizadas* o *masculinizadas*⁶⁷.

Concretamente, se han realizado dos tipos de análisis a este respecto:

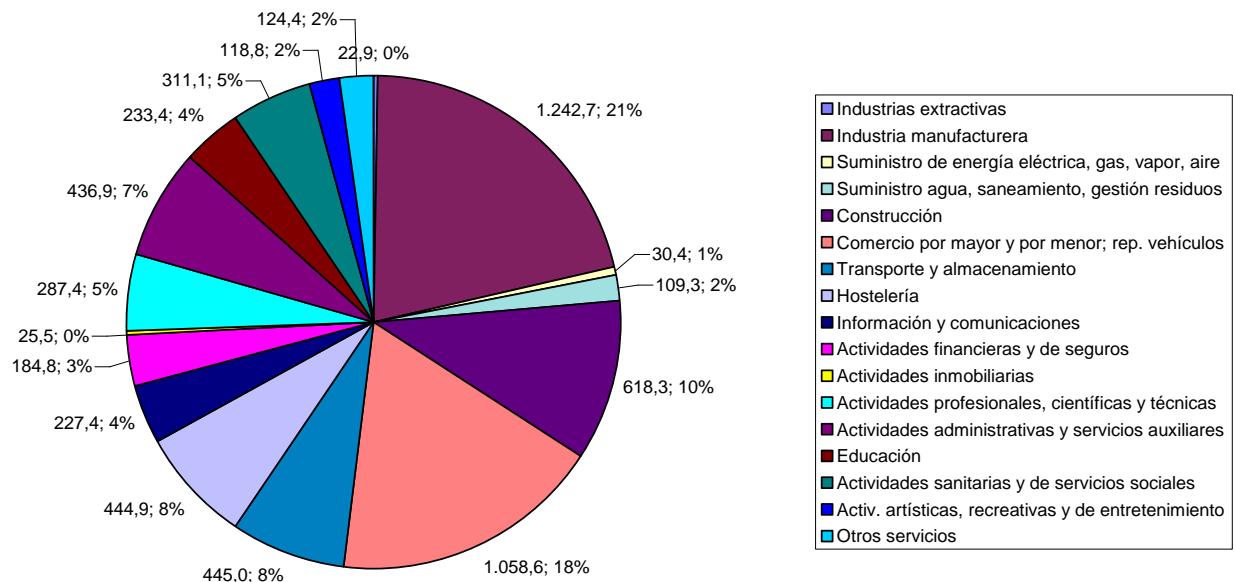
1) El primero, consistente en comparar la composición por sexo de los sectores laborales dentro de cada sector productivo a través de los datos oficiales recogidos por el Instituto Nacional de Estadística en las Encuestas de Coyuntura Laboral del año 2012, para comprobar cuáles son los ocupados por hombres y por mujeres, habiéndose plasmado los resultados en los siguientes gráficos:

⁶⁵ En adelante EES-1995 o EES-2006.

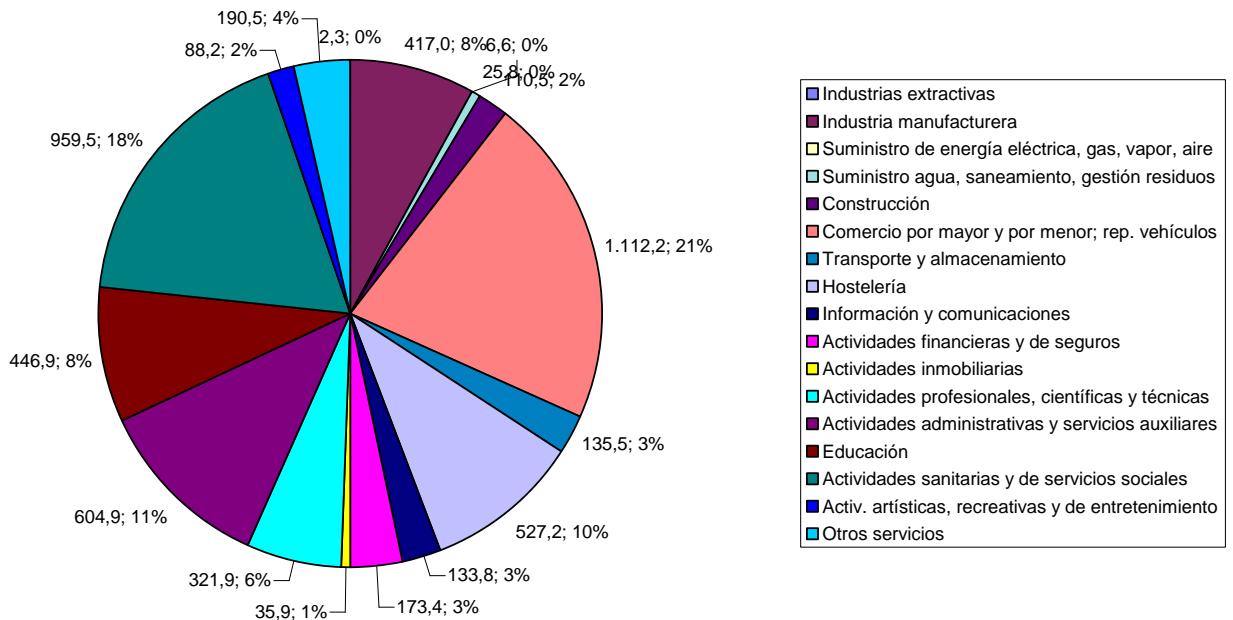
⁶⁶ DE LA RICA GOIRICELAYA, Sara. Segregación ocupacional y diferencias salariales por género en España. 1995-2006. *Mujeres y Mercado Laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*. Coord. Antonio Villar

⁶⁷ CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. La situación de las mujeres en el mercado de trabajo español: desajustes y retos. *Economía Industrial*. Nº 367. 2008. Pág. 8.

Secciones de actividad. Varones
Valores totales



Secciones de actividad. Mujeres
Valores totales



Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral. Instituto Nacional de Estadística. Más información <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2012/ECL/index.htm>
Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año.

Con los datos del año 2013 se ha elaborado una tabla comparativa, en la creencia de que la misma puede ofrecer una visión más ilustrativa:

Personas ocupadas según rama de actividad, por sexo

2013	Mujeres			Varones		
	Número de personas (en miles)	% según actividad	% según sexo	Número de personas (en miles)	% según actividad	% según sexo
TOTAL	7.634,2	100,0	45,6	9.115,7	100,0	54,4
T Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico y como productores de bienes y servicios para uso propio	604,1	7,9	88,6	77,8	0,9	11,4
U Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales	5,5	0,1	79,7	1,4	0,0	20,3
Q Actividades sanitarias y de servicios sociales	1.028,3	13,5	77,5	298,4	3,3	22,5
P Educación	756,7	9,9	67,4	366,5	4,0	32,6
S Otros servicios	268,9	3,5	66,6	134,9	1,5	33,4
L Actividades inmobiliarias	53,3	0,7	58,9	37,2	0,4	41,1
N Actividades administrativas y servicios auxiliares	485,1	6,4	56,5	373,0	4,1	43,5
I Hostelería	693,5	9,1	52,5	626,6	6,9	47,5
G Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	1.383,4	18,1	49,4	1.418,2	15,6	50,6
K Actividades financieras y de seguros	212,4	2,8	48,2	228,0	2,5	51,8
M Actividades profesionales, científicas y técnicas	376,6	4,9	46,8	427,9	4,7	53,2
R Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	130,3	1,7	42,8	173,9	1,9	57,2
O Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria	502,2	6,6	40,8	727,6	8,0	59,2
J Información y comunicaciones	168,0	2,2	33,9	328,2	3,6	66,1
C Industria manufacturera	520,0	6,8	25,2	1.541,2	16,9	74,8
A Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	177,9	2,3	23,9	567,2	6,2	76,1
D Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	16,3	0,2	21,3	60,4	0,7	78,7
H Transporte y almacenamiento	143,3	1,9	17,7	664,6	7,3	82,3
E Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	20,3	0,3	16,2	104,9	1,2	83,8
B Industrias extractivas	3,9	0,1	13,1	25,8	0,3	86,9
F Construcción	84,3	1,1	8,3	931,9	10,2	91,7

Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística.
 Más información http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_resultados_1.htm
 Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año.

De esta manera, puede corroborarse con datos oficiales que ciertos sectores de actividad no sólo se encuentran altamente feminizados o masculinizados, sino que, además, dichos sectores se corresponden con las tareas que históricamente se han identificado como propias de la llamada *naturaleza femenina*, habiéndose dirigido la nueva mano de obra femenina hacia aquellas actividades no sólo del sector servicios, sino también directamente relacionadas con las tareas de cuidados, la educación o la hostelería.

2) En segundo lugar, se ha realizado un análisis por perfil de ocupación, también llamada segregación vertical⁶⁸, en el que llama la atención la elevada presencia de mujeres en la categoría de “ocupaciones elementales”, constituyendo el 62,5% del total de personas ocupadas en ella. El resultado es que las mujeres a pesar de haber aumentado en tasa de actividad, lo han hecho para terminar ocupando puestos de trabajo que exigen menores niveles de cualificación y ello a pesar que en los últimos años obtienen tasas de cualificación mayor que la de los varones.⁶⁹

Así y según la tabla desarrollada por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, para el año 2013 la segregación dentro de las empresas según tareas a realizar sería la siguiente:

⁶⁸ Plan estratégico de igualdad de oportunidades 2014-2016, elaborado por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Pág. 19.

⁶⁹ Este hecho considero que desarticula la llamada Teoría del capital humano, según la cual las mujeres ganan menos porque son menos productivas que los hombres. Ellas invierten menos en capital humano, lo que hay que entender por educación, sobre todo en formación específica para un determinado puesto de trabajo, porque esperan pasar menos tiempo trabajando. Desde este punto de vista, la diferencia salarial es económicamente eficiente

Personas ocupadas según ocupación, por sexo

2013	Mujeres			Varones		
	Número de personas (en miles)	% según ocupación	% según sexo	Número de personas (en miles)	% según ocupación	% según sexo
1 Directores y gerentes	241,8	3,2	30,5	549,7	6,0	69,5
2 Técnicos y profesionales científicos e intelectuales	1.603,4	21,0	55,2	1.302,1	14,3	44,8
3 Técnicos; profesionales de apoyo	652,0	8,5	37,8	1.070,8	11,7	62,2
4 Empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina	1.073,8	14,1	65,2	572,4	6,3	34,8
5 Trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores	2.289,3	30,0	59,3	1.573,3	17,3	40,7
G Trabajadores de los servicios de restauración y comercio	1.409,0	18,5	58,7	989,4	10,9	41,3
H Trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas	838,3	11,0	79,3	219,4	2,4	20,7
I Trabajadores de los servicios de protección y seguridad	42,0	0,6	10,3	364,5	4,0	89,7
6 Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero	88,2	1,2	19,7	360,0	3,9	80,3
7 Artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción (excepto operadores de instalaciones y maquinaria)	139,5	1,8	7,5	1.711,0	18,8	92,5
8 Operadores de instalaciones y maquinaria, y montadores	163,2	2,1	13,2	1.073,2	11,8	86,8
9 Ocupaciones elementales	1.376,5	18,0	62,5	825,6	9,1	37,5
0 Ocupaciones militares	6,5	0,1	7,7	77,8	0,9	92,3

Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Más información en:
http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_resultados_1.htm

Nota: Las cifras anuales corresponden a la media de los cuatro trimestres del año

De esta manera, observamos que, efectivamente, a la hora de hablar de segregación por sexo en el mercado laboral, no sólo hemos conceptualizar como tal la que se produce entre los distintos sectores o actividades productivas, en la que, como veremos a continuación, las trabajadoras quedan dedicadas a actividades con bajos salarios relativos, en relación a los de los trabajadores varones, sino también la que podríamos llamar *segregación intraempresarial*, que es aquélla que se produce debido a las ocupaciones dentro de una empresa a las que se dedican las mujeres, que son aquéllas numéricamente feminizadas, que históricamente se han considerado propias de la mujer.

Visto lo anterior, considero que continúa siendo válido el corolario realizado por el Instituto de la Mujer⁷⁰, en el que se muestran las principales diferencias entre los trabajadores hombres y mujeres, cabiendo resaltar que las mujeres tienen menos antigüedad en la empresa y trabajan en el sector servicios desempeñando ocupaciones menos cualificadas que ellos, a pesar de que están más formadas.

Perfil del hombre trabajador	Perfil de la mujer trabajadora
<p>Características personales:</p> <ul style="list-style-type: none"> Entre 30 y 39 años (31%). Sin estudios o con estudios secundarios de primer ciclo (59%). De nacionalidad española (96%). 	<p>Características personales:</p> <ul style="list-style-type: none"> Entre 30 y 39 años (32%). Con estudios secundarios de primer ciclo (24%) o con estudios superiores (25%). De nacionalidad española (97%).
<p>Características laborales:</p> <ul style="list-style-type: none"> Con más de 10 años de antigüedad en su actual empresa (29%). Con jornada a tiempo completo (95%). Con contrato indefinido (73%). Sin responsabilidades de supervisión u organización de otras personas (72%). En las ocupaciones: <ul style="list-style-type: none"> Artesanos y trabajadores cualificados en la industria manufacturera, la construcción y la minería (24%). Montadores y operadores de instalaciones y maquinaria (19%). Técnicos y profesionales de apoyo (15%). 	<p>Características laborales:</p> <ul style="list-style-type: none"> Con menos de 2 años de antigüedad en su actual empresa (49%). Con jornada a tiempo completo (78%). Con contrato indefinido (74%). Sin responsabilidades de supervisión u organización de otras personas (80%). En las ocupaciones: <ul style="list-style-type: none"> Trabajadoras en servicios de restauración, personales, protección y vendedoras de comercios (21%). Empleadas de tipo administrativo (20%). Trabajadoras no cualificadas (18%).
<p>Características de la empresa:</p> <ul style="list-style-type: none"> En empresas de 50 o más trabajadores/as (57%). En la empresa privada (93%). En empresas cuya producción va dirigida al mercado local, regional o nacional (87%). En las ramas de actividad económica: <ul style="list-style-type: none"> Ramas industriales (30%). Construcción (19%). Comercio, reparación de vehículos y artículos personales o de uso doméstico (15%). 	<p>Características de la empresa:</p> <ul style="list-style-type: none"> En empresas de 50 o más trabajadores/as (65%). En la empresa privada (87%). En empresas cuya producción va dirigida al mercado local, regional o nacional (90%). En las ramas de actividad económica: <ul style="list-style-type: none"> Educación, actividades sanitarias y veterinarias y servicios sociales y personales (27%). Actividades inmobiliarias y de alquiler y servicios empresariales (20%). Comercio, reparación de vehículos y artículos personales o de uso doméstico (20%).

⁷⁰ DE CABO SERRANO, Gema y GARZÓN, M^a José. Diferencia y discriminación salarial por razón de sexo. *Catálogo General de Publicaciones Oficiales*. Ed. Instituto de la Mujer. Gobierno de España. 2007 pág.88

Así, creo que debo comentar dos cuestiones dispares:

- *Que en realidad la discriminación laboral de la mujer no se debe a una cuestión pura de discriminación por razón de sexo, sino por razón de género, ya que en realidad la mujer no es únicamente discriminada y segregada en el mercado de trabajo por la cuestión biológica, sino por todo el componente cultural que se ha construido y desarrollado alrededor del cuerpo femenino y de la concepción de “la mujer”.*
- *Que, respecto a la discriminación intraempresarial, conviene analizar no sólo la discriminación salarial puramente dicha, sino también otros factores que inciden en ella, como puede ser la forma prevista en los Convenios Colectivos de acceso al puesto de trabajo – en caso de que se regule-, para comprobar si la segregación viene motivada, entre otras cosas, por sistemas de acceso al empleo que suponen una discriminación indirecta hacia la mujer.*

VI. ANÁLISIS DE CONVENIOS COLECTIVOS: LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN LOS SECTORES FEMINIZADOS Y MASCULINIZADOS.

De cara a completar el estudio iniciado, se ha procedido a analizar un *total de diez Convenios Colectivos* de lo que se ha considerado, según los resultados explicados anteriormente sobre la segregación sectorial de las mujeres y de los hombres en el mercado de trabajo, que son sectores feminizados y masculinizados.

Así mismo, para procurar analizar una muestra lo más homogénea posible, se han escogido convenios colectivos de ámbito estatal, actualmente en vigor, cuando éstos tenían una regulación lo suficientemente prolífica sobre la materia estudiada, para así ver el marco normativo común para el conjunto de las normativas desarrolladas de ámbito inferior.

Esto, no obstante, no ha sido posible realizarlo con el Convenio Colectivo de Hostelería, del cual se ha procedido a analizar su versión para la Provincia de Zaragoza, dado que la normativa de ámbito estatal es, en realidad, un Acuerdo laboral que tan apenas regula las funciones de cada Grupo Profesional, sin entrar a desarrollar el salario ni el acceso al empleo y que no existe convenio colectivo de ámbito autonómico.

a) Sectores feminizados

De esta manera, y respecto a los convenios analizados, viendo que la mayor parte del empleo desarrollado por mujeres se concentra en el sector servicios y, dentro de éste, en funciones que históricamente se han considerado como propias de la mujer, tales como tareas de cuidados, limpieza y servicios menores y hostelería, se ha optado por realizar el estudio sobre la normativa reguladora de los sectores de:

1. Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios⁷¹.
2. Convenio Colectivo de centros de enseñanza privada⁷².
3. Convenio Colectivo de servicios de atención a las personas dependientes⁷³.
4. Convenio Colectivo de peluquerías, belleza y gimnasios⁷⁴.
5. Convenio Colectivo de Hostelería⁷⁵.

b) Sectores masculinizados

Con respecto a la elección de los convenios de los sectores masculinizados, se ha optado por el análisis de aquéllos relacionados directamente con la industria, dado que según los datos comentados en el epígrafe anterior al menos el 75,77 % de la mano de obra de dicho sector es mano de obra masculina. Del mismo modo, se ha optado por el análisis del convenio colectivo del sector de la construcción, dado que más del 88% de los ocupados en el mismo son varones, y, dentro del sector servicios, por los convenios que regulan las actividades que culturalmente se ha atribuido al varón: la seguridad y el transporte.

1. Convenio Colectivo del sector de la construcción.⁷⁶

⁷¹ Resolución de 10 de mayo de 2012, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción y depósito en el Registro de la publicación del convenio colectivo del sector de Establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia privada de Aragón años 2011, 2012 y 2012. Boletín Oficial de Aragón nº 103, 30 de mayo de 2012.

⁷² Resolución de 9 de mayo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado. Boletín Oficial del Estado nº 125 de 25 de mayo de 2011.

⁷³ Resolución de 25 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo marco estatal para los servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Boletín Oficial del Estado nº 119 de 18 de mayo de 2012.

⁷⁴ Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios. Boletín Oficial de Estado nº 88 de 13 de abril de 2011.

⁷⁵ Resolución del Servicio Provincial de Economía y Empleo por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del convenio colectivo del sector Hostelería de Zaragoza. Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza nº 281 de 13 de diciembre de 2013.

2. Convenio colectivo de la industria química⁷⁷
3. Convenio Colectivo de las contratas ferroviarias⁷⁸.
4. Convenio Colectivo del sector de la madera⁷⁹.
5. Convenio Colectivo de empresas de seguridad privada⁸⁰.

El análisis efectuado se ha centrado en tres aspectos de la regulación que he considerado fundamentales:

- Lenguaje utilizado
- Acceso al empleo y promoción
- Condiciones retributivas

De este estudio se han podido obtener las siguientes conclusiones.

1) Lenguaje

La importancia de la utilización de un lenguaje inclusivo radica en que el uso que hacemos del lenguaje muestra la concepción que tenemos de la realidad pero, al mismo tiempo, ayuda a modificarla, a crearla de una manera distinta ya que la escritura es, según Roland Barthes, *performativa*.⁸¹

⁷⁶ Resolución de 28 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción. Boletín Oficial del Estado nº 64 de 15 de marzo de 2012.

⁷⁷ Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química. Boletín Oficial del Estado nº 85 de 9 de abril de 2013.

⁷⁸ Resolución de 7 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias. Boletín Oficial del Estado nº 47 de 24 de febrero de 2014.

⁷⁹ Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la madera. Boletín Oficial del Estado nº 285 de 27 de noviembre de 2012.

⁸⁰ Resolución de 11 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. Boletín Oficial del Estado nº 99 de 15 de abril de 2013.

⁸¹ En 1955 el filósofo estadounidense, JOHN L. AUSTIN, reflexionaba en una serie de conferencias en la Universidad de Harvard sobre la facultad que tenía el lenguaje de crear situaciones, dado que había expresiones que más que servir para enunciar o

Así, el lenguaje refleja la sociedad en la que vivimos y, en los convenios colectivos, la percepción que tenemos de la mujer en el mercado de trabajo, ayudando a perpetuar o a desaparecer ciertos estereotipos de género.

La legislación española, consciente de la importancia de este asunto que normalmente queda oculto tras debates que parecen de mayor importancia, afortunadamente ha venido haciendo importantes esfuerzos en esta materia, mereciendo especial mención la ya comentada LOIEMH, en cuyo art.14 se recogen los criterios de actuación de los poderes públicos incluyendo “*la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas*” y en sus arts. 36, 37 y 38 se establece la obligación de hacer uso de lenguaje no sexista en los medios de comunicación y sociedad de la información.

No obstante lo anterior, esta utilización de un lenguaje no sexista, y por tanto inclusivo, no se ha impuesto obligatoriamente en la totalidad del articulado de la negociación colectiva, la cual lamentablemente continúa utilizando el masculino de manera generalizada.

Así, en la mayor parte de los convenios analizados se ha podido comprobar una alarmante falta del uso de un lenguaje inclusivo; y esto no solamente en los convenios de los sectores masculinizados, en los cuales se utiliza en la totalidad de su regulación el lenguaje masculino como si de un neutro se tratara, exceptuando los artículos referentes al riesgo durante el embarazo, sino también en los convenios de los sectores feminizados.

describir un acto concreto, lo creaban, al constituir en sí mismas una acción. Un ejemplo sería cuando un sacerdote dice “Yo os declaro marido y mujer”, puesto que el simple hecho de decir dicha frase por la autoridad competente crea la acción del matrimonio, a lo cual se denominó la *performatividad del lenguaje*.

En 1968, Roland Barthes, desarrolló esta teoría de Austin en su artículo *La muerte del autor*, aplicándolo no sólo al lenguaje hablado sino a la escritura, recogiendo que “*(...)es que escribir ya no puede seguir designando una operación de registro, de constatación, de “pintura” (como decían los Clásicos) sino que más bien es lo que los lingüistas, siguiendo la filosofía oxfordiana, llaman performativo, forma verbal extraña (que se da exclusivamente en primera persona y en presente) en el que la enunciación no tiene más contenido (más enunciado) que el acto por el cual ella misma se profiere (...)*” De esta manera, escribir también es una forma de crear distintas realidades, según Barthes, realidades que no crea el autor, sino el lector en el momento de leerlo. BARTHES, R. “La muerte del Autor”, en *El susurro del lenguaje*, Paidós Comunicación, Barcelona 1994. Pp. 68- 69.

Respecto a la definición de las categorías profesionales, encontramos que todas las categorías de los convenios colectivos de los sectores masculinizados se recogen utilizando única y exclusivamente el masculino, incurriendo algunos de ellos como el Convenio de Seguridad Privada en un sexismo claro, puesto que el mismo, en su art. 18, en el que se recogen las categorías profesionales regula todas las categorías en masculino salvo las correspondientes a “Azafato/a” y “Limpiador/a”.

En relación a los convenios de los sectores feminizados, lo cierto es que los mismos parecen atender en mayor medida a los Acuerdos de Negociación Colectiva, que desde el año 2003 vienen recogiendo la necesidad de eliminar las denominaciones sexistas en la clasificación profesional y, mientras que el Convenio Colectivo de Educación utiliza sólo el masculino, al menos los Convenios Colectivos de Peluquerías, Centros sanitarios privados y Centros de ayuda a personas dependientes hacen uso de las barras (o/a) para todas las categorías profesionales. Además, este último Convenio, utiliza un lenguaje inclusivo a lo largo de su articulado, haciendo uso de expresiones como “las personas” o “el personal”, tal y como puede apreciarse, por ejemplo, en su art. 11, que recoge literalmente *“Se respetarán las condiciones superiores y más beneficiosas, tanto individuales y colectivas, que venga percibiendo y disfrutando el personal de plantilla”*.

Mención a parte requiere el Convenio Colectivo de Hostelería, que al ser de ámbito provincial no recoge la definición de las categorías profesionales, redirigiéndose al Acuerdo Marco estatal para el sector de la Hostelería, que también hace uso de las barras y de un lenguaje inclusivo a lo largo de todo el articulado utilizando *trabajadores* y *trabajadoras*. No obstante lo anterior, el Convenio Colectivo de Hostelería de Zaragoza no respeta dicho uso del lenguaje, utilizando a cambio un lenguaje sexista al utilizar únicamente el masculino en lo que entra a regular.

2) Acceso al empleo, promoción interna y vacantes.

2.1 Acceso al empleo.

La regulación referente al acceso al empleo, formación y promoción son, probablemente y junto al articulado correspondiente a la retribución, una de las mayores fuentes de discriminación indirecta de todo el articulado convencional, máxime por cuanto están interrelacionadas entre ellas.

Lo primero que llama la atención es la diferente regulación entre los distintos convenios, siendo mucho más prolífica, la recogida en los convenios de sectores masculinizados.

Así, y como primera muestra de lo que considero que es una clara discriminación indirecta en el acceso al empleo, encontramos las regulaciones que recogen los convenios de los sectores masculinizados como el del sector de la seguridad privada y el de las contratas ferroviarias que hacen referencia a la preferencia en la contratación de aquellas personas con experiencia previa en el sector o en la empresa:

Art. 11 Convenio colectivo de contratas ferroviarias: (...) *Prioritariamente y a nivel provincial, se considerará la utilidad de aquellos trabajadores en desempleo que procedan del sector, dada su experiencia en el mismo.* (...)

Art. 26.3 Convenio colectivo de seguridad privada: *Tendrán derecho preferente, también para ocupar plazas de ingreso, en igualdad de méritos, aquellos trabajadores que hayan desempeñado en la Empresa funciones de carácter eventual, interino o temporal a satisfacción de aquélla.*

Art. 11.1 Convenio colectivo de la industria química: (...) *Tendrán derecho preferente para el ingreso, en igualdad de méritos, quienes hayan desempeñado o desempeñen funciones en la empresa con carácter eventual, interino, con contrato por tiempo determinado, contrato a tiempo parcial o contrato en aprendizaje, formación y prácticas.* (...).

Este tipo de regulación, que en un primer momento puede parecer no sólo lógica sino deseable desde el punto de vista del perfeccionamiento de la actividad a realizar, dada la mayor experiencia que puede tener una persona trabajadora que ya haya desempeñado funciones parecidas, en realidad supone una fórmula perversa por cuanto, apelando a un supuesto criterio objetivo – la experiencia - no sirve sino para mantener la segregación por razón de sexo del sector, al otorgar preferencia a aquéllos que ya hubieran prestado funciones en el mismo.

De manera relacionada, sí que creo que merece ser mencionado el hecho de que *los Convenios colectivos de los sectores feminizados parecen poner, al menos, parte de su atención en la regulación tendente a la estabilidad en el empleo* – con mayor o menor éxito - dado que los datos revelan un nivel mayor de contratación temporal en mujeres que en hombres tal y como se ha explicado anteriormente, haciendo todos ellos mención a la misma (salvo el relativo a peluquerías, institutos de belleza y gimnasios). De esta manera, dichos Convenios establecen *límites en la contratación temporal* salvo que se asegure *un porcentaje mínimo de plantilla fija en cómputo anual*; este porcentaje, no obstante, es muy dispar y podemos observar que mientras el Convenio de servicios de atención a personas dependientes marca, en su art. 15, un mínimo de un 80% de contratos indefinidos o el de establecimientos sanitarios dispone, en su art. 24, que dicho porcentaje sea de al menos el 75%, Convenios como el de Hostelería o el de Enseñanza privada tan sólo disponen que este mínimo sea del 40%.

No obstante creo que también hay que comentar el hecho de que ciertas disposiciones, también referentes al tipo de contrato utilizado, que pueden parecer en un primer momento positivas ya que obligan a utilizar contratos a jornada completa o a media jornada, en realidad son especialmente perjudiciales para las trabajadoras. Con esto me refiero concretamente a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio colectivo del sector de la Hostelería, que regula que *Se establece la prohibición de cubrir un mismo puesto de trabajo mediante varios contratos a tiempo parcial de duración inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes. Se entenderá como mismo puesto*

de trabajo atendiendo a la categoría profesional y la sucesión de horarios entre los diversos contratos a tiempo parcial. Esta disposición, que sin duda podría conceptualizarse como algo positivo para las personas trabajadoras en condiciones similares para la contratación, dado que asegura el uso de contratos al menos a media jornada, creo que hoy en día supone una discriminación indirecta para las mujeres, y ello en tanto las mismas siguen haciéndose cargo de las tareas de cuidado y mantenimiento del hogar, haciendo uso de contratos a tiempo parcial en un porcentaje muy superior al de los varones, con lo que sin duda esta prohibición les afectará en mayor medida que a los trabajadores varones.

2.2. Promoción interna y vacantes.

Por otra parte, y una vez que las personas trabajadoras ya han accedido a la empresa, los Convenios tanto de sectores feminizados como masculinizados *disponen sistemas de promoción interna y cobertura de vacantes que merecen ser analizados:*

En primer lugar, cabe mencionar que la mayor parte de los Convenios analizados prevén un sistema de libre designación por la empresa para cualquier tipo de puesto que suponga mando o cargo de confianza.

Así, por ejemplo, lo dispone el art. 46.1 del Convenio para el sector de la construcción, que recoge expresamente que *El ascenso de los trabajadores a tareas o puestos de trabajo que impliquen mando o especial confianza será de libre designación y revocación por la empresa*, pero también en el art. 14 del Convenio para el sector de peluquerías, gimnasios, y centros de estética, el art. 19 del Convenio para el sector de la industria química, el art. 31 del Convenio para el sector de la seguridad privada y el art. 26.2 del Convenio de centros de enseñanza privada.

Así y poniendo esto en relación con la segregación por sexos intraempresarial que se explicaba en el módulo V, en la que la mujer ocupa los puestos de menor autonomía dentro de la empresa, este sistema de promoción no sirve sino para perpetuar dicha segregación, manteniendo las dificultades de

las mujeres para acceder a los puestos de mayor responsabilidad, dado que se potencia que sean elegidos aquellos trabajadores sobre los que existe una concepción social de que están capacitados para desempeñar este tipo de funciones.

En segundo lugar, en todos los Convenios analizados se dispone un sistema de promoción profesional y cobertura de vacantes que reviste caracteres de objetividad y neutralidad pero que, sin embargo, bien podrían encubrir un mecanismo de discriminación indirecta para la mujer en mayor o menor medida.

Dentro de los similares sistemas, todavía podemos encontrar algunas diferencias, siendo la primera de ellas la medida en la que se entra a regular dicho sistema revestido de objetividad.

Así, por ejemplo, encontramos Convenios como los de Peluquería (art. 14), Hostelería (art. 19), Enseñanza privada (art. 26), Centros de atención a personas dependientes (art. 19) o Construcción (art. 46), que tan sólo hacen una referencia general a la objetividad y a la existencia de un sistema de valoración de méritos, pero sin entrar a regular exactamente cómo debe articularse dicho sistema, lo que puede acabar generando una gran discrecionalidad por parte del empresario. Así sucede, por ejemplo, con lo dispuesto en el art. 14 del Convenio del sector de Peluquerías, donde se establece literalmente que *Para el resto de trabajadores las empresas establecerán sistemas que, entre otras, pueden tener en cuenta, las siguientes circunstancias*:

Superar satisfactoriamente las pruebas que se propongan al efecto.

Titulación o certificados de organismos competentes.

Conocimiento del puesto de trabajo.

Antigüedad.

Formación continua y reciclaje.

Tanto en la elaboración de las bases para las pruebas, como en los Tribunales de calificación, deberán participar la representación de los trabajadores.

O con el art. 46.2 del Convenio del Sector de la Construcción, donde se estipula que *Para ascender, cuando proceda, a una categoría profesional superior se establecerán por la empresa sistemas de carácter objetivo, teniendo en cuenta la formación, méritos y permanencia del trabajador en la empresa, pudiendo tomar como referencia, entre otras, las siguientes circunstancias:*

- a) *Titulación adecuada.*
- b) *Conocimiento del puesto de trabajo.*
- c) *Historial profesional.*
- d) *Haber desempeñado función de superior categoría profesional.*
- e) *Superar satisfactoriamente las pruebas que se propongan, las cuales deberán ser las adecuadas al puesto de trabajo a desempeñar.*

Además de este tipo de sistemas abiertos que más bien parecen una declaración de principios con la inseguridad que ello supone, podemos encontrarnos, curiosamente en convenios de sectores masculinizados, con otro articulado mucho más concreto, como el que aparece en los Convenios de los sectores de contratas ferroviarias (art.15), empresas de seguridad privada (art. 31) e industria química (art. 19).

Así, por ejemplo, el art. 19 del Convenio de la industria química establece la existencia de un concurso oposición, lo que ya de por si implica la realización al menos de unas pruebas teóricas de carácter objetivo (además de la simple valoración de méritos), mientras que el art. 31 del Convenio de empresas de seguridad privada recoge que:

En las restantes categorías, las vacantes se cubrirán por concurso oposición y de méritos de acuerdo con las siguientes bases: Los aspirantes de personal no operativo deberán tener una antigüedad mínima de un año y pertenecer al centro de trabajo donde exista la vacante. Para acceder al cambio de categoría del personal operativo de vigilancia, transporte de fondos, la antigüedad mínima será de dos años, además de reunir los requisitos del apartado B) anterior, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del artículo 22 A) de este convenio.

Se nombrará un Tribunal calificador de las pruebas, compuesto por tres personas, de las cuales una será un técnico de formación que actuará de Secretario, otra como representante de la Empresa y otra persona, que tendrá voz y voto y será designada por la representación de los trabajadores (Comité de Empresa, Delegado de Personal o Delegado Sindical). El Tribunal determinará las pruebas de acuerdo con las condiciones establecidas en la convocatoria, que consistirá en:

- *Exámenes psicotécnicos.*
- *Examen teórico de formación básica.*
- *Examen teórico de formación específica.*
- *Exámenes prácticos.*

La calificación de las pruebas será realizada, en conjunto, por el Tribunal calificador, que levantará acta en la que figuren los resultados obtenidos por cada candidato, no pudiendo quedar declarada desierta la plaza, si alguno de los candidatos supera el 50 % de la puntuación.

Para establecer el orden de preferencia de los candidatos que haya superado las pruebas de aptitud se sumará a la calificación global obtenida por cada uno de ellos (base de 0 a 10) los puntos que resulten de aplicar:

- *Por cada año de antigüedad en la empresa: 0,20 puntos, con un máximo de dos puntos.*
- *Premios por actos heroicos y meritorios registrados en su expediente personal máximo 1 punto).*
- *Cursos de formación realizados: a los que hubieren podido presentarse cualquier trabajador del centro donde exista la vacante, 0,10 puntos cada uno, con un máximo de 2 puntos.*

No superado el examen por ninguno de los concursantes, se proveerá la plaza con personal de libre designación o de nuevo ingreso, exigiéndosele para desempeñar el puesto vacante la formación mínima exigida en las bases.

De forma muy similar se recoge el sistema de promoción interna en el mencionado art. 15 del Convenio para el sector de las contratas ferroviarias, que regula que:

Cuando se origine una vacante de nivel salarial superior, la misma se cubrirá, teniendo en cuenta la formación, experiencia y antigüedad del trabajador, en igualdad de condiciones, y por el personal del censo de la empresa que integre el nivel salarial inferior, procediéndose según las normas siguientes:

Las vacantes se cubrirán por concurso oposición entre el personal del centro de trabajo, mediante la designación de un tribunal o jurado, en el que deberá existir representación de los sindicatos mayoritarios en dicho centro, que examine la capacitación de los aspirantes para determinar su grado de aptitud, y conforme a las bases y pruebas que hayan establecido conjuntamente la empresa y la representación del personal.

En todo caso, se dará a la formación un valor del 15 por ciento, a la experiencia demostrada un valor del 20 por ciento y a la antigüedad un valor del 15 por ciento, sobre el total.

Con una antelación al menos de un mes se hará pública la convocatoria, bases y pruebas para la adjudicación de las vacantes.

En los supuestos en los que existiera un empate a puntos entre aspirantes, se aplicará el criterio de la mayor antigüedad para decidir la cobertura de la vacante.

Quedan excluidos de la aplicación de este artículo los cargos de libre designación de la empresa por entenderse que los mismos son cargos de confianza, considerando como tales, el personal directivo, inspectores pagadores, jefes de dependencia y jefes de equipo.

Este tipo de procedimientos, más regulados, pueden parecer la solución de cara a evitar la discrecionalidad que establecen en mayor medida los convenios de los sectores feminizados, máxime cuando recogen la existencia de pruebas objetivas de conocimientos, a realizar de una manera concreta y siendo valoradas por un Tribunal cuya composición queda tasada en los Convenios; sin embargo, existen otros factores igual de importantes que resultan en que incluso estos sistemas de provisión de vacantes y ascensos sean discriminatorios de forma indirecta para la mujer. Con esto me refiero, concretamente, al hecho de que se valore de forma automática la antigüedad de los trabajadores, así como la formación adquirida por los mismos en los

cursos de especialización impartidos u organizados por las mercantiles, dado que estos criterios, que pueden parecer neutros, *en realidad resultan directamente más beneficiosos para los trabajadores varones.*

Esto es así con respecto a la antigüedad debido a que, como ya se ha explicado con anterioridad, la entrada generalizada de la mujer en el mercado de trabajo se produjo mucho más tarde que la del varón, de tal manera que el simple hecho de valorar la antigüedad de un trabajador como “mérito” a la hora de permitirle acceder a un puesto de mayor categoría favorece que sean los trabajadores varones los que obtengan mayores puntuaciones y, por tanto, tengan mayor facilidad para ascender.

De igual modo, *el valorar la formación* - entendiendo como tal no sólo la formación reglada, donde los últimos datos oficiales revelan que son las mujeres las que obtienen mayores niveles, sino también los cursos de especialización ofrecidos por las propias empresas y sindicatos – a pesar de parecer un simple criterio objetivo de calidad supone una discriminación indirecta hacia las trabajadoras. Y ello porque continúan siendo las mujeres las que a pesar de haber aumentado su presencia en la esfera pública, tienen mayor carga de trabajo y responsabilidad en el ámbito privado. Si ponemos esto en relación con el hecho de que ni uno sólo de los Convenios analizados prevé que la Formación impartida por la empresa tenga lugar obligatoriamente dentro de las horas de trabajo, hemos de llegar necesariamente a la conclusión de que las personas trabajadoras han de acudir a realizar la misma fuera de su horario habitual de prestación de servicios, lo que lógicamente implica para la mujer abandonar la tarea de cuidados familiar con la que históricamente ha cargado.

De esta forma, resulta posible concluir en primer lugar, que la mujer va a acudir a menor número de cursos de formación y que, en segundo lugar, el coste personal que eso le va a suponer, acuda o no, va a ser mucho mayor.

Por último, resulta frustrante comprobar que tan sólo uno de los diez Convenios analizados, concretamente el del sector de la Industria Química, hace uso de la facultad dispuesta en el art 17 de la LOIEMH, que recoge:

Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate. De esta manera, el mencionado Convenio adapta el mencionado artículo en art. 18 para estipular que Para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo en general, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate, asegurando así una lucha eficaz en mayor medida contra la segregación intraempresarial al favorecer la movilidad de trabajadoras en una industria masculinizada.

3) Condiciones retributivas

Por último y una vez se han asentado los distintos conceptos de discriminación directa e indirecta, hemos de analizar la existencia de la misma en los Convenios colectivos elegidos y en lo que a condiciones retributivas se refiere, puesto que hemos podido comprobar con anterioridad que la brecha salarial entre mujeres y hombres continúa siendo una constante hoy en día.

De esta manera, la primera pregunta que parece lógico plantearse es qué determina la retribución de una u otra persona trabajadora, debiendo responder a esto que es *la categoría o grupo profesional* en la que se la encuadra dependiendo de las funciones realizadas por la misma, categoría a la que se otorga en negociación colectiva una determinada cantidad en concepto de salario base y complementos.

En la mayor parte de los Convenios analizados nos encontramos con que las personas trabajadoras quedan encuadradas dentro de una u otra categoría o grupo profesional en función de las tareas que realizan, esto es,

según la descripción funcional de los puestos de trabajo recogida en la norma convencional lo que, según especialistas como las participantes en la Fundación Themis de mujeres juristas⁸², contribuye a evitar la discriminación indirecta al permitir identificar, de forma más sencilla, cuáles son los trabajos de igual valor. Dicha identificación resulta de vital importancia porque, como ya se ha explicado al inicio de este trabajo, ya en el Convenio nº 100 de la OIT, de 29 de junio de 1951 y en el desarrollo que realiza la *Directiva 75/117/CE* del art. 119 del TCE, se recogía la prohibición de establecer salarios más altos para unas categorías profesionales que para otras cuando ambas realizasen trabajos comparables en el valor del mismo.

Esto ha sido también desarrollado por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, pudiendo citar a modo de ejemplo, las STC 58/1994 de 28 de febrero de 1994, STC 147/1995 de 16 de octubre de 1994, o la Sentencia 286/1994 de 27 de octubre, que recoge en el Fundamento Jurídico Tercero que *Debe destacarse que el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no sólo cuando existe identidad de trabajo, sino -en consonancia con las reglas interpretativas sobre esta materia emanadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y asumidas, vía art. 10.2 C.E., por este Tribunal- cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor.*

Así, para excluir la existencia de discriminación retributiva entre categorías o departamentos segregados sexualmente y con niveles retributivos distintos, el criterio de comprobación no puede ser la identidad formal de las tareas, sino la igualdad de valor del trabajo. No es suficiente constatar que se realizan tareas desiguales. Es preciso comprobar que dicha desigualdad no enmascara la infravaloración de trabajos de igual valor; esto es, que no se basa en el mayor valor atribuido al trabajo realizado por el sector masculino de la producción.

De esta manera y en los Convenios analizados – los cuales al ser estatales del sector no recogen en su mayor parte las tablas salariales –

⁸² ARROYO ROMERO-SÁNCHEZ, Laura. *Estrategia metodológica para la detección de la discriminación indirecta en el ámbito laboral*. Ed. Fundación Themis de mujeres juristas y Govern de les Illes Balears. 2011. pp. 84 y 85.

podemos comprobar que a pesar de que la Jurisprudencia haya desarrollado el principio de no discriminación salarial por razón de sexo en trabajos de igual valor, adaptándolo y aplicándolo con rigor, y a pesar de que la mayor parte de los Convenios colectivos de ámbito estatal hayan optado por una descripción funcional de los puestos de trabajo, dicha discriminación continúa existiendo.

Así, podemos encontrarla, por ejemplo, en el Convenio colectivo del sector de la Enseñanza Privada, en el que para el año 2011 el puesto de *Auxiliar Administrativo* - normalmente desempeñado por mujeres - tiene asignado un Salario Base de 641,4 euros, mientras que el *Portero* tiene asignados 668,57 euros. Pero lo que es más sorprendente, el *Jefe de Cocina* tiene asignados 744 euros y el *Conserje* 785 euros lo que se hace especialmente sospechoso.

No obstante no sólo la comparación que se hace entre dos categorías profesionales o puestos de trabajo y un determinado Salario Base puede ser fuente de discriminación indirecta, sino que también hay que considerar la propia valoración social de la importancia del trabajo desarrollado, per se, sin compararlo con otro puesto. Y con esto me refiero al hecho de que en los diez Convenios analizados las categorías con menor retribución asociada es la de *Limpiadora*, una categoría históricamente feminizada y que se conceptualiza como una tarea propia de la mujer, con muy poco valor o importancia a pesar de que es esencial, como demuestra el hecho de que su existencia se repita en la práctica totalidad de los Convenios no sólo analizados, sino negociados.

Así, considero que son fuente de discriminación indirecta, parte de los propios criterios de clasificación que se estipulan en los Convenios para valorar una actividad como más o menos retribuible. A modo de ejemplo, cabe citar lo dispuesto en los Convenios de los sectores masculinizados, concretamente en el sector de la madera (art. 22) y de la industria química (art. 40), que establecen como factores a valorar para que la persona trabajadora sea incardinada en una u otra categoría, habilidades o capacidades claramente favorables para el varón, como pueden ser la experiencia o la fuerza física, dejando sin valorar otras que históricamente se han conceptualizado como propias de la mujer.

Además de lo explicado hasta ahora, aplicable en su mayor parte al Salario Base asociado a cada categoría profesional, cabría hablar de otra fuente de discriminación indirecta retributiva, siendo ésta los Complementos Salariales, los cuales vienen definidos a grandes rasgos en el art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores como aquella parte del salario fijada *en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten* en la negociación colectiva.

De esta manera, el total de la cantidad considerada *salario* viene conformada no sólo por el *Salario Base*, del que y hemos hablado con anterioridad, sino también por los *Complementos Salariales*, debiendo hacer un doble análisis a este respecto:

- En primer lugar, del análisis realizado se deduce que los Convenios de los sectores feminizados recogen la existencia de muchos menos complementos salariales que los de los sectores masculinizados. Por ejemplo, vemos que en los feminizados lo habitual es que el Salario Base tan sólo se encuentre aumentado por el *complemento de antigüedad*, premiando los años de permanencia en la empresa de las personas trabajadoras en un tanto por ciento del salario base.

No obstante lo anterior, es cierto que podemos encontrar otro tipo de complementos salariales, como por ejemplo el de *nocturnidad* (centros sanitarios privados), *productividad* (centros educativos privados) o el de *domingos y festivos* (servicios de atención a personas dependientes), pero lo cierto es que este tipo de complementos no son habituales.

Sin embargo, en los convenios de los sectores masculinizados la regulación de los complementos salariales es mucho más prolífica, recogiendo mayor número de pluses de naturaleza salarial que vienen a complementar al salario base. Así y a modo de ejemplo comparativo, cabe decir que mientras que el Convenio del sector de peluquerías recoge como retribución tan sólo el *salario base* y la *antigüedad consolidada*, el Convenio del sector de la madera recoge el *salario base*

más los complementos personales de *antigüedad consolidada, de puesto de trabajo, de cantidad o calidad de trabajo y complementos de convenio*; así mismo y mientras el Convenio de centros sanitarios privados recoge el *salario base, antigüedad, nocturnidad y plus pantalla*, el Convenio de la construcción hace lo propio con nada menos que ocho complementos salariales, siendo éstos el de *plus convenio, complemento personal, antigüedad, beneficios y pluses incentivos, complementos y primas, complemento de puesto de trabajo y comisiones*.

De esta forma, encontramos que las personas trabajadoras afectadas por los Convenios de los sectores masculinizados, y por tanto en su mayor parte varones, vienen a recibir salarios más elevados que las de los sectores feminizados, ya que la existencia y regulación de un mayor número de pluses aumenta, inevitablemente, la cuantía total de masa salarial que perciben los trabajadores.

- En segundo lugar, también encontramos que dentro de los propios convenios se establece un agravio comparativo entre las personas trabajadoras a pesar de la aparente neutralidad que reviste a los complementos salariales. De este modo sucede, por ejemplo, con el complemento de *antigüedad*, el cual al recompensar la permanencia en la empresa obviamente viene a beneficiar en mayor medida a los varones que a las mujeres, dado que la incorporación más tardía de la mano de obra femenina al mercado de trabajo. Esto todavía es más visible con el hecho de que en muchos Convenios el plus de antigüedad se ha visto consolidado, de tal manera que los trabajadores de nuevo ingreso – con mayor porcentaje de mujeres - han dejado de devengarlo. Así mismo, podemos encontrar que muchos de los pluses que recogen de forma general los convenios se cobran tan sólo en aquéllos puestos de trabajo esencialmente masculinizados ya que, como se ha dicho anteriormente, existe un gran porcentaje de segregación intraempresarial por sexo; esto sucede, por ejemplo, con los complementos de puesto de trabajo, ya que estos suelen recompensar en mayor medida el desempeño de puestos de responsabilidad – muy masculinizados – o de gran esfuerzo físico y/o peligrosidad.

De esta manera, encontramos que factores que parecen objetivos en realidad resultan claramente discriminatorios para las trabajadoras, habiéndose pronunciado tanto el TJCE como el TC sobre este asunto. Así, el TJCE ya en el Asunto Rummler⁸³, recogía que era y es contrario al principio de igualdad retributiva utilizar exclusivamente para la valoración de puestos de trabajo, criterios o factores propios de puestos de trabajo tradicionalmente desempeñados por trabajadores masculinos, y no utilizar factores o criterios correspondientes a puestos de trabajo feminizados, utilizando como ejemplo los referidos a los complementos salariales de disponibilidad o flexibilidad horaria siempre y cuando no se utilizara con absoluta objetividad.

EL TC, por su parte, también ha sentado una amplia jurisprudencia al respecto, mereciendo ser citadas las Sentencias 58/1994⁸⁴, 198/1996⁸⁵ y 250/2000⁸⁶ sobre la valoración del *esfuerzo físico* como posible criterio causante de discriminación indirecta. Así, el Alto Tribunal, recoge que *(...) si las funciones de basculero requieren poseer una cierta fortaleza física, superior a la media de las mujeres, como entendió la Sentencia de instancia aun admitiendo "lo aventurado del juicio" ello, en sí mismo y por sí solo, no resulta discriminatorio y contrario al art. 14 C.E., toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo (STC 147/1995, fundamento jurídico 2º). Otra cosa son las consecuencias que se atribuyen a esa mayor fortaleza física, pues si se hipervalora, a efectos salariales o de atribución de una superior categoría profesional respecto a trabajos de igual valor, en detrimento de otras características más comunes y neutras en cuanto al impacto en ambos sexos, serán esas decisiones empresariales, con amparo o no en el Convenio Colectivo aplicable, las que resultarán, en su caso, lesivas del art. 14 C.E.*

La menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, puede

⁸³ Sentencia de 1 de julio de 1986, C-237/85 Asunto Rummler.

⁸⁴ STC 58/1994, de 28 de febrero.

⁸⁵ STC 198/1996, de 3 de diciembre.

⁸⁶ STC 250/2000, de 30 de octubre.

constituir un prejuicio desde el que podría llegar a entenderse, infundadamente, que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del acceso de las mujeres a determinados puestos de trabajo. Este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales, naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios al suponer para la mujer un especial límite o desventaja.

Y aunque es cierto que pueden existir tipos de trabajo que requieran una mayor fuerza muscular o física, también lo es - como ya se dijo en la STC 229/1992, fundamento jurídico 4º- que existen medios adecuados para que esa necesaria protección se realice de forma neutra desde el punto de vista de la no discriminación por razón de sexo, en favor también de los trabajadores varones más débiles o menos fuertes.

De esta manera, vemos que ya se ha fallado sobre la existencia de determinados complementos y su valoración que pueden incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo, a pesar de lo cual continúan existiendo otros que conviene analizar. Con esto me refiero, por ejemplo, a los complementos que premian la formación impartida fuera del horario de trabajo o los denominados *premios* recogidos en el art. 59 del Convenio de seguridad privada que estimulan de forma económica “desempeñar el trabajo con *espíritu de servicio*” definiendo dicho concepto como *subordinar la comodidad del trabajador e interés particular al de la empresa*, algo mucho más difícil de cumplir para las trabajadoras debido a la carga del cuidado de la unidad familiar.

Por último, podemos encontrar otro tipo de peudo retribuciones en especie que también son foco de discriminación indirecta, como por ejemplo la mejora social recogida en el art. 83 del Convenio colectivo del sector de la enseñanza privada que dispone que *Los hijos del personal afectado por este Convenio, que presten sus servicios en régimen de jornada completa, tendrán derecho a plaza de gratuidad en las enseñanzas regladas (...).* De esta manera la mejora social tan sólo

beneficia a las personas que trabajen a jornada completa lo que podría suponer una doble discriminación indirecta, siendo la trabajadora la primera afectada debido al mayor índice de contratos a jornada parcial que suscriben ellas con respecto a los trabajadores varones, por lo que las mujeres podrán beneficiarse de esta mejora en mucha menor medida que los varones, y, en segundo lugar, con un importante impacto económico también feminizado, ya que las trabajadoras con contrato a tiempo parcial – que obviamente tienen retribuciones más bajas que los trabajadores a jornada completa - no podrán beneficiarse de la gratuidad de la enseñanza de sus hijos en el centro en el que prestan servicios, debiendo pagar por la misma, lo que contribuye a la pauperización de la población femenina.

VII. CONCLUSIONES

Una vez analizados tantos los Convenios como la normativa anteriormente referenciada, se llega a la conclusión de que nos encontramos ante una materia con amplias luces y sombras.

Por un lado, la situación general de la mujer con respecto a su normalización y visualización en el mercado de trabajo ha sufrido una mejora indudable desde finales de los años 70, habiéndose visto aumentadas las tasas de actividad femenina de forma paulatina hasta alcanzar niveles al menos no muy distantes de los de los países de nuestro entorno. Además de lo anterior, los organismos internacionales pusieron el foco en el desarrollo de la legislación internacional antidiscriminatoria por razón de sexo, lo que obviamente ha tenido un importante impacto en la legislación nacional. A este respecto y después de la investigación desarrollada, creo que sería justo decir que nuestra normativa interna ha sabido incorporar los preceptos básicos suficientes para luchar contra la discriminación por razón de sexo.

Sin embargo, también creo que hay que remarcar que dicha incorporación se ha dado básicamente en el tenor literal de la ley, faltando aún mucho camino por recorrer en cuanto aplicación práctica se refiere.

Con esto me refiero a que aunque se hayan visto amplios avances a partir de la promulgación de la Constitución Española, sobre todo gracias a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los mismos se deben, en su mayor parte, a que la situación de partida de la mujer española era muy inferior a la de otros países europeos, y considero que no es hasta la aprobación de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres cuando por fin podemos encontrar una legislación suficientemente trasversal como para intentar abarcar, de forma más o menos efectiva, las consecuencias de la influencia del patriarcado.

De esta manera, la legislación española que podría ser verdaderamente efectiva para conseguir paliar las situaciones de desigualdad creadas por los

usos sociales, apenas cuenta con siete años de vida y ni siquiera ha desplegado la que podría ser toda su efectividad, lo que explicaría el hecho de que continúen existiendo situaciones de desigualdad y discriminación indirecta como las analizadas en este estudio.

Así, se ha podido comprobar cómo, a pesar de las mejoras, continúa existiendo una amplia desigualdad en la situación de la mujer en el mercado de trabajo, potenciada por las regulaciones convencionales que siguen recogiendo articulados causantes de discriminación indirecta para la mujer trabajadora, al menos en lo que a Lenguaje, Promoción interna y vacantes y Condiciones retributivas se refiere.

Por último, cabría concluir diciendo que una vez han sido localizadas y eliminadas en su mayor parte las normativas y preceptos causantes de la *discriminación directa* por razón de sexo, hay que continuar trabajando por la consecución de la igualdad real de la mujer, siendo necesario para ello avanzar en el conocimiento del concepto de *discriminación indirecta* y de las situaciones que pueden causar la misma, pues sólo a través de la educación y concienciación de que dicha discriminación continúa existiendo de forma habitual y, concretamente, influyendo de forma muy negativa en la consecución de la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, seremos capaces de articular mecanismos legislativos que constituyan una solución y nos ayuden a terminar también con este tipo de discriminación.

VIII. BIBLIOGRAFIA Y PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES CITADOS

- Asunto Brunnhofer C-381-99 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 26 junio de 2001).
- Asunto Cadman C-17/05 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 3 de octubre de 2006).
- Asunto Defrenne II, C-43/75 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 8 de abril de 1976).
- Asunto Kenny y otros, C-427/11 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 29 de noviembre de 2012).
- Asunto Roca Álvarez, C-104/09 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 30 de septiembre de 2010).
- Asunto Royal Copenhaguen, C-400/93 (Tribuna de Justicia de la Comunidad Europea 31 de mayo de 1995).
- Asunto Rummler, C-237/1985 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 1 de julio de 1986).
- 23/1981 (Tribunal Constitucional 10 de julio de 1981).
- 81/1982 (Tribunal Constitucional 21 de diciembre de 1982).
- 145/1991 (Tribunal Constitucional 1 de julio de 1991).
- 286/1994 (Tribunal Constitucional 27 de octubre de 1994).
- 58/1994 (Tribunal Constitucional 28 de febrero de 1994).
- 147/1995 (Tribunal Constitucional 16 de octubre de 1995).
- 198/1996 (Tribunal Constitucional 3 de diciembre de 1996).
- 250/2000 (Tribunal Constitucional 30 de octubre de 2000).
- 203/2000 (Tribunal Constitucional 24 de julio de 2000).
- 253/2004 (Tribunal Constitucional 22 de diciembre de 2004).
- 27/2004 (Tribunal Constitucional 4 de marzo de 2004).
- 2648/2013 (Tribunal Supremo 14 de febrero de 2013).
- 117/2013 (Tribunal Constitucional 20 de mayo de 2013).
- 72/2013 (Tribunal Constitucional 8 de abril de 2013).
- 71/2013 (Tribunal Constitucional 8 de abril de 2013).
- 61/2013 (Tribunal Constitucional 14 de marzo de 2013).

ARBAIZA VILLALONGA, M. (2005). Orígenes culturales de la división sexual del trabajo en la sociedad industrial (España, 1800-1935). En S. GÁLVEZ, *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*. Alicante.

ARROYO ROMERO-SÁNCHEZ, L. y. (2011). *Estrategia metodológica para la detección de la discriminación indirecta en el ámbito laboral*. Fundación Themis de mujeres juristas y Govern de les Illes Balears. 2011.

BARRERE UNZUETA, M. Á. (2003). Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho nº 9*.

BARTHES, R. (1994). La muerte del Autor. En *El susurro del lenguaje* (págs. 68-69). Barcelona: Paidós Comunicación.

BEONGOETXEA, A. (2009). *La igualdad de género en los Convenios Colectivos*. Vitoria - Gasteiz: Defensoría para la igualdad de mujeres y hombres.

CAMACHO PEÑALOSA, E. y. Posición de la mujer europea ante el mercado laboral. *Actas XVI SEPUMA – IV Encuentro Internacional*.

CAPE MARTÍNEZ, R. M. (1992). *El sufragio femenino en la Segunda República española*. Madrid: Horas y Horas.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y. (2007). La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad en las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. *Anales del Derecho nº 25*.

CEBRIÁN LÓPEZ, I. y. (2008). La situación de las mujeres en el mercado de trabajo español: desajustes y retos. *Economía Industrial. nº 367*.

CEBRIÁN LÓPEZ, I. y. (2008). La situación de las mujeres en el mercado de trabajo español: desajustes y retos. *Economía Industrial. Nº 367*.

DE CABO SERRANO, G. y. (2007). Diferencia y discriminación salarial por razón de sexo. (I. d. España, Ed.) *Catálogo General de Publicaciones Oficiales*.

DE DIEGO DE LA ALAMEDA, M. (1949). La mujer en el estado nacional-sindicalista. *Boletín de Divulgación Social nº 31*.

DE LA RICA GOIRICELAYA, S. (2010). Segregación ocupacional y diferencias salariales por género en España. 1995-2006. En A. (, VILLAR, *Mujeres y*

Mercado Laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral. Madrid: Fundación BBVA.

DE MIGUEL DE LA CALLE, P. (s.f.). Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 42.

Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados. (11 de junio de 1912). 3710.

Dictamen 08/2006, sobre el Proyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres, aprobado en sesión plenaria del 26 de abril de 2006.

FOLGUERA CRESPO, P. (1997). *Historia de las mujeres en España.* Madrid: Síntesis.

GÁLVEZ MUÑOZ, L. y. (2011). *Sinopsis del art. 14 para el Congresos de los Diputados* . Recuperado el marzo de 2014, de <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>

GARCÍA COLMENARES, P. (2002). Trabajo y explotación de las mujeres castellano leonesas (1900-1975). (U. d. Valladolid, Ed.) *Oficios y Saberes de mujeres* .

GÓMEZ-FERRER, G. (2004). Hacia una redefinición de la identidad femenina: las primeras décadas del siglo XX. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, nº 24.

Igualdad., S. d. *Plan estratégico de igualdad de oportunidades 2014-2016.*

Jenkins, 96/80 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 31 de marzo de 1981).

MENOR CURRAS, M. (1999). *Ahorro y acción socioeducativa en España.* Madrid: Biblioteca UCM.

NASH, M. y. (1995). *Experiencias desiguales: conflictos sociales y respuestas colectivas (Siglo XIX).* Madrid: Síntesis.

NIELFA CRISTOBAL, G. (2005). Trabajo, legislación y género en la España contemporánea. En C. y. SARASÚA, *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercdos de trabajo.* Universidad de Alicante.

PEREZ DEL RIO, T. (2013). El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario. En A. GARCÍA TRASCASAS, *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*. Bomarzo.

PÉREZ- FUENTES HERNÁNDEZ, P. (s.f.). El género, variable clave para la historia económica y social: Balance de las investigaciones y retos para el futuro. *Vasconia* nº 35.

RODRÍGUEZ- PIÑERO, M. y. (1986). *Igualdad y Discriminación*. Madrid.

SARASÚA, C. y. (2005). *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*. Alicante: Universidad de Alicante.

SORIANO TORRES, M. (2002). La igualdad no como uniformidad de tratamiento jurídico sino como prohibición de discriminación. *Anales de la Facultad de Derecho* nº 19.

SOTO CARMONA, Á. (1989). *El trabajo industrial en la España contemporánea: 1874-1936*. Anthropos.

SOTO CARMONA, Á. (2006). No todo fue igual: Cambios en las relaciones laborales, trabajo y nivel de vida de los españoles: 1958-1975. *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea* nº 5.

VALLEJO DA COSTA, R. (2013). Planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad. En R. VALLEJO DA COSTA, *Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad empresarial* (pág. 81 y ss). Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.

