

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

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

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

*Directores Científicos*

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

*Comité Evaluador*

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

*Comité de Redacción*

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

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

# Mujer y acceso al mercado trabajo

Cristina ARAGÓN GÓMEZ\*

---

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

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

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

---

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

## Women and access to the labour market

---

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

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

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

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

En efecto, la participación laboral de las mujeres sigue siendo significativamente más baja: su tasa de actividad es once puntos inferior (53,29% frente a 64,62%)<sup>1</sup> y la tasa de empleo femenina es igualmente menor, pues se concreta en un 43,11%, cuando la de los hombres es del 54,60%<sup>2</sup>. Y a este respecto, resulta especialmente elocuente la influencia que las responsabilidades familiares tienen en los niveles de ocupación: En el caso de los hombres, la tasa de empleo de aquellos que tienen entre 25 y 49 años de edad e hijos menores de 12 años (88%) es superior a la tasa de empleo de aquellos que no tienen hijos en ese mismo tramo de edad (83%). Cuando, en el caso de las mujeres, el resultado es cabalmente el contrario, pues la tasa de empleo se reduce cuatro puntos con el primer hijo, en seis puntos y medio con el segundo y en veintidós puntos con el tercero y siguientes<sup>3</sup>.

Además, las mujeres también han tenido y tienen tasas de temporalidad superiores a los hombres (27,77% frente al 25,91%)<sup>4</sup>, por lo que pueden estar sometidas a niveles de rotación mayores y más expuestas a períodos de no empleo<sup>5</sup>. Y esta precariedad laboral se manifiesta también en un mayor peso de la mujer en la contratación a tiempo parcial: Del total de ocupados que prestan servicios con una jornada parcial, el 74,76% son mujeres<sup>6</sup>. Y del total de mujeres ocupadas, un 24,5% lo hace a tiempo

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

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

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

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

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

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

parcial. Esto provoca que, en la práctica, las mujeres trabajen a la semana seis horas menos que los hombres por término medio<sup>7</sup>. En síntesis, la mujer no sólo se incorpora al mercado laboral en menor medida que los hombres, sino que cuando lo hace trabaja menos horas y durante menos años. Y gran parte de estas interrupciones en su carrera profesional se encuentran motivadas por la asunción de responsabilidades familiares.

De otro lado, se constata una concentración de mujeres en determinadas ramas de actividad. Concretamente, cerca del 60% de las mujeres ocupadas prestan servicios en tan solo seis sectores de actividad: comercio al por menor, hostelería, educación, actividades administrativas, sanitarias y de servicios sociales y actividades en el hogar<sup>8</sup>. Y el 52,8% de las mujeres se concentran en tan solo diez ocupaciones de las casi setenta que recoge la Encuesta de Población Activa<sup>9</sup>. Unas ocupaciones que se caracterizan, en general, por ser puestos que requieren bajo nivel de cualificación y que suelen estar peor remuneradas, por la peor valoración social y, en consecuencia, económica de los trabajos tradicionalmente feminizados.

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

### 2.1. Reconocimiento jurídico y alcance

La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental del Derecho de la Unión Europea (art. 3.3 Tratado). La Directiva 76/207/CEE, de 9-2-1976<sup>10</sup>, ya reconocía la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo. Pero esta norma fue modificada de forma sustancial y, ante ello,

---

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

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

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

<sup>10</sup> DOCE 14-2-1976, n. L39/40.

la Directiva 2006/54<sup>11</sup> refundió en un único texto las disposiciones existentes en materia de igualdad, incorporando además la doctrina derivada del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el Ordenamiento español, la Constitución proclama la igualdad: a) como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); b) como un mandato de optimización, que impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva (art. 9.2 CE); y c) como un derecho fundamental, que goza de una protección y una tutela reforzada<sup>12</sup>. Concretamente, el art. 14 CE establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

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

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

---

<sup>11</sup> DOCE 26-7-2006, n. L204/23.

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

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

Pues bien, el art. 14 CE identifica el sexo como una de las razones de discriminación prohibidas y el art. 35 de este mismo texto reconoce el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Y este derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo tiene desarrollo específico en la Ley 3/2007<sup>13</sup> y se reconoce en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET, en relación al contrato de trabajo. Concretamente, el art. 3 Ley 3/2007 consagra el principio de igualdad entre hombres y mujeres, que define como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, por razones derivadas de la maternidad, de la asunción de obligaciones familiares y del estado civil. Por su parte, el art. 6 de esta misma norma precisa el alcance de los términos discriminación directa y discriminación indirecta y el art. 8 califica sin ambages como discriminación directa por razón de sexo “todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad”.

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

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

---

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

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

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

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

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

---

<sup>14</sup> FEDEA, *Observatorio Laboral de la Crisis*, octubre-diciembre 2013.

obstante, el apartado segundo de este artículo 14 advierte que los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Y en términos muy similares se pronuncia tanto el art. 5 LO 3/2012, como el art. 35.2 Ley de Empleo<sup>15</sup> que expresamente considera discriminatorias las ofertas de trabajo referidas a uno solo de los sexos, “salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar”. Y añade: “En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”.

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

Además, aunque es cierto que la Directiva 2006/54/CE aclara que la prohibición de discriminación por razón de sexo se entiende sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer (art. 28), esta especial tutela no puede predicarse frente a riesgos que afectan por igual a ambos sexos, sino exclusivamente con respecto a contingencias específicas del sexo femenino, tales como el embarazo o la maternidad (STJCE 15-5-1986, asunto Johnson). Precisamente por ello, aunque se ha admitido la prohibición de emplear mujeres como vigilantes de prisiones de hombres (STJCE 30-6-1988, Comisión contra Francia) y la negativa a contratar mujeres como cocineras en los Royal Marines<sup>16</sup> (STJCE 26-10-

---

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

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

1999, asunto *Sirdar*), el Tribunal de Luxemburgo ha considerado discriminatorio prohibir a las mujeres su intervención como policías en situaciones de disturbios (STJCE 15-5-1986, caso Johnston), impedir su acceso a puestos militares con posibilidad de empleo de armas<sup>17</sup> (STJCE 11-1-2000, caso *Kreil*) o excluirlas de la realización de trabajos en medio hiperbárico o trabajos de buceo (STJCE 1-2-2005, asunto Comisión contra Austria). Además, con base en esta misma lógica, se ha considerado contraria a la normativa comunitaria prohibir que las mujeres presten servicios en horario nocturno (STJCE 25-7-1991, asunto *Stoeckel*; STJCE 13-3-1997, Comisión contra Francia; STJCE 4-12-1997, Comisión contra Italia), por cuanto no parece que, salvo en caso de embarazo, los riesgos a los que se exponen las mujeres trabajando de noche sean diferentes a los que se exponen los hombres.

Bajo esta misma lógica, en nuestro ordenamiento interno, la STC 216/1991 consideró contraria al art. 14 CE la inadmisión de una mujer a las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire y la STC 229/1992 declaró inconstitucional el art. 1 D. 26-7-1957<sup>18</sup> por el que se prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas. Por su parte, la STC 38/1986 declaró que el art. 2 Decreto Ley 15-8-1927<sup>19</sup> era contrario al art. 14 CE, por cuanto establecía en favor de las mujeres un descanso nocturno mínimo y continuado de doce horas.

De otro lado, la negativa de la empresa a contratar a una mujer por el hecho de estar embarazada constituye una evidente discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que sólo puede oponerse a las mujeres (art. 2.2 Directiva 2006/54 y art. 8 LO 3/2007<sup>20</sup>). Y este rechazo no puede justificarse por motivos basados en un perjuicio económico, ya sea porque la empresa tiene que asumir el importe de la prestación durante el período de descanso por maternidad (STJCE 9-11-1990, asunto *Dekker*) o porque tiene que costear la instalación de baños para mujeres (STSJ Canarias 22-12-2008, R° 980/2007). Es más, cuando estamos ante un contrato de trabajo de carácter indefinido, la negativa a contratar a una mujer embarazada ni siquiera podría fundarse en la incompatibilidad entre las funciones del puesto de trabajo y la gestación, pues el impedimento es meramente temporal y se proyectaría únicamente durante un período

---

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

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

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

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

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

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

En la fase de acceso al empleo, se ha considerado discriminación indirecta el exigir experiencia previa cuando no es estrictamente necesaria para el puesto y dificulta el acceso de las mujeres a un sector de actividad en el que se encuentran infrarrepresentadas<sup>21</sup> o el requerir un título formación desproporcionado que afecta mucho más restrictivamente a las mujeres que a los hombres<sup>22</sup> o el imponer a ambos sexos una misma altura (presumiendo que, de ella, se desprende necesariamente una determinada capacidad física). A este respecto, es interesante traer a colación el diálogo entre nuestra doctrina judicial y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A nivel nacional, la SAN (CA) 16-7-2008, R° 352/2007 no apreció discriminación alguna por razón de sexo por el hecho de exigirse una talla mínima de 1,60 para el acceso a la escala de oficiales del cuerpo militar de sanidad, pues el hecho notorio de que las mujeres sean, con carácter general, de menor estatura que los hombres “no es causa suficiente para amparar la exigencia de una medida de discriminación positiva consistente en el establecimiento de una talla inferior para aquéllas”. Y, por su parte, la STSJ Madrid (CA) 7-3-2011, R° 690/2006, consideró razonable que se exigiera a hombres y mujeres una misma talla mínima para acceder al cuerpo de bomberos, pues las especiales funciones que desempeñan los integrantes de este cuerpo “justifica que se exijan unas determinadas condiciones físicas, entre ellas la altura”.

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

---

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

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

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

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

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

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

### 3. La tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo

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

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

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

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

jurisdiccional social<sup>23</sup>, se encuentra regulado en los arts. 177 a 184 LJS y cuyo régimen jurídico no sólo dota al proceso de preferencia y sumariedad, sino que además le atribuye otras peculiaridades con las que se refuerza la protección de los derechos fundamentales por encima de ese mínimo fijado por el constituyente: Se aligera la carga probatoria del demandante (art. 96.1 LJS), se atribuye legitimación activa a sujetos colectivos para la tutela de intereses difusos (art. 7.3 LOPJ y art. 11.bis.2 LEC), se reconoce al juez la posibilidad de recabar dictamen de los organismos públicos competentes cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo (art. 95.3 LJS), se atribuye a un sujeto público (la Autoridad Laboral) la tutela de un interés privado [art. 148.c) LJS]<sup>24</sup>, se exige la intervención del Ministerio Fiscal (art. 177.3 LJS) y se otorga el afectado una cuádruple tutela en el caso de que su demanda sea estimada (art. 182 LJS). En efecto, el art. 182.1 LJS advierte que el fallo de la sentencia deberá: a) declarar si existe vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (tutela declarativa); b) ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales (tutela inhibitoria); c) reponer la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (tutela restitutoria); y d) reparar las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (tutela resarcitoria).

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

---

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

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

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

De otro lado, en la fase de acceso al empleo, los tribunales han concretado la tutela restitutoria en el reconocimiento de alguno de los siguientes efectos, en función del momento en el que se haya producido la lesión del derecho fundamental: a) repetir el proceso de selección tomando en consideración los candidatos inicialmente descartados<sup>25</sup>; b) reconocer al candidato discriminado un derecho preferente a ser contratado en las siguientes vacantes que surjan en la empresa<sup>26</sup>, c) o, incluso, contratar al candidato víctima de la discriminación<sup>27</sup>. Y, precisamente por ello, deviene necesario convocar al proceso a los trabajadores contratados en el proceso de selección impugnado, por cuando pueden verse afectados por el fallo judicial.

Al margen de la tutela restitutoria, el art. 182 LJS reconoce al demandante el derecho a que se le reparen las consecuencias derivadas de la lesión del derecho fundamental. Pues bien, con respecto a esta tutela resarcitoria, tradicionalmente se ha entendido que el daño no se presume y que, por tanto, debe ser probado (incumbiendo la prueba a quien pretenda obtener la reparación). No obstante, cuando estamos ante un daño moral, puede resultar difícil su estimación detallada y de ahí que el art. 183.2 LJS haya instaurado una presunción de existencia de daño moral en todo caso de violación de un derecho fundamental y la automaticidad de la condena<sup>28</sup>. En palabras del propio Tribunal Supremo, la indemnización prevista en el art. 183 LJS tiene una finalidad doble: resarcir a la víctima y contribuir a la prevención del daño. Y, de esta forma, aunque el daño no pudiera ser acreditado, restaría la satisfacción del otro aspecto (STS 16-2-2017, R° 90/2016).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Respondiendo a esta necesidad, el art. 30 Ley de Empleo (en los mismos términos que lo había hecho previamente la Ley 56/2003<sup>30</sup>) identifica a las mujeres como uno de los colectivos con especiales dificultades de integración laboral e impone al Gobierno y a las Comunidades

---

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

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

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

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

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

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

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

Las medidas de acción positiva en el empleo se pueden concretar en reservas o en preferencias en el acceso al mercado de trabajo. Cuando hablamos de reserva, nos referimos a un derecho subjetivo a ocupar un determinado puesto de trabajo. La preferencia, por su parte, confiere al beneficiario un derecho de prelación frente a otros candidatos respecto a un concreto puesto. Pues bien, es importante advertir que el legislador ha renunciado a establecer directamente cuotas de reserva o preferencias en el acceso al empleo dirigidas a las mujeres<sup>31</sup> y se ha limitado a autorizar a los agentes sociales para que adopten este tipo de medidas; por lo que la virtualidad de esta previsión legal dependerá de la actitud que libremente asuman los interlocutores sociales, en ningún caso compelidos por el legislador en este punto<sup>32</sup>.

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

---

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

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

conformidad con el art. 17.4 ET, sólo a través de la negociación colectiva se pueden establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación, por lo que no cabe que tengan su origen en un acuerdo individual o en una decisión unilateral del empresario<sup>33</sup>.

Por lo que respecta al contenido de estas medidas, el art. 17.4 ET advierte que la negociación colectiva puede establecer “reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate”. Pues bien, aun cuando el legislador se refiere tanto a las reservas como a las preferencias en el empleo, compartimos la opinión de quien sostiene que por parte de los agentes sociales únicamente cabe acordar, en favor del sexo menos representado, un derecho preferente al ingreso en la empresa y en la promoción interna y, en ningún caso, un derecho automático a un puesto de trabajo. Y ello por cuanto el propio precepto permite la adopción de estas medidas cuando un hombre y una mujer se encuentren en condiciones de idoneidad<sup>34</sup>; requisito que entra en contradicción con una técnica, como la reserva, que se define precisamente por su carácter no competitivo. Si el trato de favor sólo cabe cuando hombres y mujeres se encuentren en condiciones de idoneidad es que estamos ante una concurrencia competitiva, por lo que es obvio que la única medida que cabe es conceder una preferencia en el empleo al sexo menos representado. Las cuotas, por tanto, están prohibidas y no cabría la reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas a favor de las mujeres. Precisamente por ello, la STSJ Asturias 20-12-2010, R° 2655/2010, consideró desproporcionada la preferencia de una mujer sobre un varón para cubrir un determinado puesto de trabajo, en un concreto supuesto en el que la primera tenía menos méritos que el segundo.

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

---

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

<sup>34</sup> Gómez Abelleira, F.J., *op. cit.*, p. 204.

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

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

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

Otra de las medidas públicas para fomentar el empleo de la mujer consiste en rebajar los costes laborales, introduciendo bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social. Ya entre el elenco de medidas previstas en la Ley 22/1992<sup>35</sup> (considerado como el primer programa de fomento

---

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

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

El primer hito lo representa la Ley 43/2006<sup>36</sup> que incluyó, por vez primera, una bonificación por la contratación de mujeres en general, sin la concurrencia de ningún requisito adicional. Resultaba así indiferente la edad de la candidata, el período de tiempo durante el cual había permanecido en situación de inactividad, si accedía a un puesto en un sector feminizado o masculinizado, etc. El segundo hito lo representa la Ley 35/2010<sup>37</sup>, de acuerdo a la cual el colectivo de mujeres pierde su autonomía anterior y el sexo se configura como una variable agravante de la situación de desventaja, que únicamente justifica una bonificación de mayor cuantía.

Pues bien, la lógica de la Ley 35/2010 se ha mantenido hasta nuestras fechas<sup>38</sup> y, teniendo en cuenta que el mayor y principal obstáculo de las mujeres para su plena incorporación en el mercado laboral es la asunción de responsabilidades familiares, sorprende que el vigente programa de fomento del empleo no haya previsto incentivo alguno por la contratación de mujeres de 30 a 45 años y que se hayan suprimido las bonificaciones por la incorporación de mujeres en los veinticuatro meses siguientes a la maternidad o tras cinco años de inactividad laboral; y que, sin embargo, se confiera un plus de protección por la contratación de mujeres menores de 30 cuando, en ese tramo de edad, la menor tasa de actividad y de paro de las mujeres no parece significativa. Es cierto que se mantienen otras bonificaciones vinculadas a la maternidad (concretamente, las reconocidas en el art. 1 RD-Ley 11/1998 y en la DA 2ª Ley 12/2001) pero no podemos perder de vista que éstas pretenden el mantenimiento en el empleo de la mujer y no su ingreso en el mercado de trabajo.

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

---

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

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

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

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

cuotas a la Seguridad Social, la mejor herramienta que favorezca la incorporación de la mujer al trabajo, pues estos incentivos al empleo suponen un coste muy elevado y presentan importantes ineficacias con respecto a los objetivos perseguidos: En primer lugar, los incentivos a la contratación no se han evidenciado como instrumentos aptos para la creación de empleo. Una empresa no contrata a quien no necesita por el hecho de que le bonifiquen, sino que la decisión de contratar viene determinada por la necesidad de fuerza de trabajo en atención a la evolución de la actividad económica y, muy marginalmente, condicionada a los incentivos que puedan ofrecerle los poderes públicos<sup>39</sup>. Este tipo de intervenciones, por tanto, lleva aparejado un importante peso muerto, en tanto que se reducen los costes laborales por contrataciones que, en cualquier caso, se hubieran celebrado. En lo único que estas medidas sí podrían determinar al empresario es en la elección del candidato más adecuado y en la inclinación hacia una u otra modalidad contractual. El problema -y aquí se encontraría la segunda disfunción- es que la escasa cuantía en la que se materializa la tutela dirigida a las mujeres (200 € anuales de diferencia con respecto a la contratación de varones, en el mejor de los casos), resta fuerza persuasiva a la medida de fomento del empleo para orientar la decisión empresarial hacia el candidato femenino<sup>40</sup>.

## 5. La intervención de los agentes sociales

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

a) eliminar el lenguaje sexista de las ofertas de empleo<sup>41</sup>;

---

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

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

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

- b) suprimir las imágenes estereotipadas de las ofertas de trabajo<sup>42</sup> o que pudieran denotar preferencia hacia uno u otro sexo<sup>43</sup>;
- c) utilizar canales de comunicación adecuados para que la oferta de empleo llegue a candidatos de ambos sexos<sup>44</sup>;
- d) protocolizar el proceso de selección en base a criterios neutros:
- suprimir de los formularios de solicitud de empleo cualquier referencia relacionada con la vida personal<sup>45</sup>,
  - valorar las competencias adquiridas no sólo en el ámbito profesional, sino también en el trabajo voluntario o en el trabajo doméstico<sup>46</sup>,
  - objetivar el contenido de la entrevista para centrarla en cuestiones relacionadas directamente con el puesto de trabajo, de forma que no quepan preguntas referidas a condiciones personales de los candidatos<sup>47</sup>,
  - exigir requisitos de acceso que se correspondan con las funciones del puesto de trabajo<sup>48</sup>, evitando que la disponibilidad horaria o la experiencia previa se valoren en las pruebas de selección cuando no sean estrictamente necesarias<sup>49</sup>.
- e) incorporar medidas de acción positiva: bien otorgando preferencia al sexo menos representado en condiciones equivalentes de idoneidad<sup>50</sup>, bien garantizando que en la última prueba del proceso de selección esté, entre los candidatos finalistas, una persona del género subrepresentado<sup>51</sup>;
- f) promover una composición equilibrada de hombres y mujeres en los equipos de selección<sup>52</sup> o garantizar, al menos, la presencia de una mujer en

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

el tribunal encargado del proceso<sup>53</sup>;

g) formar y sensibilizar en materia de igualdad a las personas que participan en los procesos de selección<sup>54</sup>;

h) transmitir a las consultoras de selección, a las agencias de colocación y a las ETTs el compromiso de la empresa con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres<sup>55</sup>;

i) disponer de información estadística desagregada por sexo de los procesos de selección para las diferentes áreas funcionales (número de personas inscritas, preseleccionadas, entrevistadas) y su resultado (número de personas contratadas) para su traslado a la comisión de seguimiento del plan<sup>56</sup>.

j) negociar acuerdos con escuelas de formación profesional y universidades para favorecer la entrada de mujeres con formación técnica<sup>57</sup>

k) colaborar con asociaciones y fundaciones de mujeres en riesgo de exclusión<sup>58</sup>.

## 6. Bibliografía

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*