

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 Goldín (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar 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*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo García 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*), Alma Elena Rueda (*México*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María 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*)

La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español*

José Antonio RUEDA MONROY**

RESUMEN: La infrarrepresentación numérica de la mujer en el empleo es un hecho fácilmente constatable. Nuestros poderes públicos, obligados a tomar parte en el asunto para garantizar una igualdad real y efectiva en virtud del art. 9.2 CE, e incentivados por la normativa internacional, han articulado medidas de acción positiva para la consecución de este objetivo de nuestro Estado social. Una de ellas son las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer, las cuales se prevén en el art. 17 ET y, en su vertiente cuantitativa, tenderían a corregir dicha desigualdad material. Sin embargo, nos encontraremos que en su aplicación entran en tensión con otros derechos y principios constitucionalmente reconocidos. Igualmente, el Tribunal de Justicia de Unión no ha considerado acorde con la normativa comunitaria las cuotas rígidas o automáticas. Estas cuestiones han provocado que, en la práctica, la posibilidad del reconocimiento y aplicación de estas medidas queden reducidas al mínimo.

Palabras clave: Acceso de las mujeres al empleo, acción positiva, no discriminación, preferencias en el empleo, reservas en el empleo.

SUMARIO: 1. Introducción: una presentación de las medidas de reserva y preferencia en el empleo. 2. La acción positiva como vehículo hacia la igualdad real y efectiva en el acceso al empleo. 2.1. La constitucionalidad de la acción positiva. 2.2. La confrontación de las medidas de reservas y las preferencias con otros principios constitucionales en el acceso al empleo. 2.3. Otras figuras análogas en nuestro ordenamiento jurídico. 2.4. La acción positiva en el acceso al empleo en el contexto internacional. 3. Régimen jurídico interno

* El presente artículo proviene de la ponencia *Régimen jurídico de la reserva de empleo a favor de la mujer*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Investigador Contratado Predoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer: la respuesta legal a los principios comunitarios. 4. Una interpretación sistemática del *totum revolutum* normativo en relación a las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer. 5. Bibliografía.

The Legal Virtuality of Reservations and Preferences in Favor of Women's Employment in the Spanish System

ABSTRACT: The quantitative under-representation of women in employment is a fact that can be easily verified. Our public authorities, forced to take part in the matter to guarantee a real and effective equality by virtue of article 9.2 of the Spanish Constitution, and encouraged by international regulations, have developed effective measures to achieve this objective of our welfare state. One of them is the reservations and preferences in employment in favour of women, which are provided for in article 17 of the Statute of Workers and, in their quantitative aspect, would tend to correct such inequality. However, in their implementation they are found to be in conflict with other constitutionally recognized rights and principles. Additionally, the Court of Justice of the Union has not considered the rigid or automatic quotas in line with Community regulations. Consequently, in practice, such measures have been reduced to a minimum in terms of recognition and application.

Key Words: Women's access to employment, positive action, non-discrimination, preferences in employment, reservations in employment.

*Mediante el trabajo ha sido como la mujer
ha podido franquear la distancia que la separa del hombre.
El trabajo es lo único que puede garantizarle una libertad completa*
Simone De Beauvoir¹

1. Introducción: una presentación de las medidas de reserva y preferencia en el empleo

La protección de la mujer en el ámbito socio-laboral del Derecho ha adquirido en nuestro marco constitucional una notable consideración². Una de las múltiples conclusiones que se han de extraer del estupendo congreso³ que da origen a esta publicación, es el tradicional – y, desafortunadamente, aun persistente – papel secundario de la mujer en el mundo del trabajo asalariado⁴ tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa. Mucho se ha

¹ S. DE BEAUVOIR, *El segundo sexo*, Cátedra, 2019, p. 779.

² Se pueden poner muchos ejemplos al respecto, verbigracia la subvención de 500.000 pesetas por la contratación indefinida de mujeres en determinados sectores *ex art. 2.1.c*, Ley 22/1992 de medidas urgentes sobre el fomento del empleo y protección por desempleo, o, actualmente, en vigor, sin ánimo de exhaustividad: la protección de maternidad, la protección frente a despido en situaciones de embarazo, las variadas medidas para víctimas de violencia de género o el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social regulado en el art. 60 TRLGSS, el cual ha sido magníficamente tratado, tras la importante STJUE de 12 de diciembre de 2019, por Lozano Lares, Álvarez Fernández y Vigo Serralvo en sus ponencias en el seno del congreso *El futuro del empleo y la tecnología*, cit. Antes de la aparición de nuestra norma fundamental existían otra tipología de medidas, las cuales partían de una situación de inferioridad de la mujer, no teniendo cabida por ello en nuestro contexto constitucional y declarando lo propio su interprete supremo, entre otras: las conocidas horas extras de las ATS (STC 82/82 de 21 de noviembre) o el caso de las pensiones de viudedad (STC 103/83 de 22 de noviembre).

³ *El futuro del empleo y la tecnología*, cit.

⁴ Nos sirve esta primera aparición de la palabra trabajo para puntualizar sobre las acepciones de la misma y focalizar en el adjetivo asalariado. Y es que, no esta de más precisar, que la mujer ha trabajado a lo largo de la historia – al menos – en la misma proporción que el hombre, pese a que sistemáticamente ha sido excluida de este concepto restringido de trabajo, el asalariado, y entendido como la actividad realizada al amparo de un contrato de trabajo cuyo objeto es el intercambio de la simple prestación de un servicio personal a cambio de dinero, el salario. La palabra “trabajo”, multívoca, se acostumbra utilizar para nombrar a esta categoría que acabamos de definir, quedando fuera del lenguaje ordinario otras acepciones con similar relevancia, verbigracia el trabajo domestico, sin duda menos interesante en este contexto de capitalismo contemporáneo en el que habitamos. Dicho lo anterior, en este artículo, cuando utilicemos la palabra trabajo, estaremos haciendo alusión a esta acepción corriente, la cual es, además, la que más se aproxima al ámbito del Derecho del Trabajo.

escrito sobre la importancia del trabajo, las consecuencias de la exclusión del mismo⁵ y sus posibles causas, las cuales derivan de la propia naturaleza del sistema económico, o de la propia cultura, resultando obvio el factor discriminatorio que implica. Reconociendo el notable interés de lo anterior, no nos centraremos aquí en un análisis extrajurídico de la problemática, sino que tomaremos lo previamente expuesto como premisas para, como hicimos en el congreso de referencia, ocuparnos de la vertiente jurídico-cuantitativa, esto es, la infrarrepresentación numérica de la mujer en el mercado laboral, y concretamente un mecanismo idóneo para la consecución de la paridad entre sexos en el empleo. Hablamos de la reserva o preferencia de empleos a favor de la mujer.

Conviene aclarar desde ya, las diferencias – y también las similitudes – entre reservas y preferencias, puesto que no son lo mismo. Ambos son instrumentos que, actuando en un momento previo a la perfección del contrato de trabajo, compelen a la persona empleadora a la contratación de un sujeto con unos determinados rasgos. Sin embargo, mientras que la *reserva* consistiría en una salvaguarda de un número fijo, o un determinado porcentaje, o cuota de puestos de empleo, o contrataciones para un determinado colectivo, entendemos la *preferencia* consistente en otorgar a ese colectivo una ventaja que originaria la contratación en supuestos de similitud o incluso equidad de capacidad y méritos de las personas aspirantes al puesto. Es importante tener en cuenta que, a la par que se crea un beneficio o ventaja para el colectivo o grupo de persona al que se dirige la medida (en nuestro caso las mujeres), se esta perjudicando directamente a los terceros no incluidos en este grupo, cuestión que será relevante en aras de estudiar el escrutinio constitucional que ampare la vigencia de la medida. A lo largo de este artículo ahondaremos sobre ambos conceptos y su posibilidad jurídica real, los cuales, tienen su reconocimiento y amparo legal explícito, como podemos apreciar en el art. 17, apartados 2-4, del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Como se comprueba, estos mecanismos actuarían como ecualizador de oportunidades de empleos a

⁵ El trabajo tiene un papel trascendental en nuestras vidas que implica, en caso de exclusión, en una fuente palmaria de discriminación. Para Foster y Wass los puestos de trabajo se crean y organizan en base a la idea de un trabajador masculino en un perfecto estado de salud, lo que sin duda es una barrera para el acceso al empleo de las mujeres y del colectivo de personas sin discapacidad y incide sobre la cultura del lugar. Véase en este sentido D. FOSTER, V. WASS, *Disability in the Labour Market: An Exploration of Concepts of the Ideal Worker and Organisational Fit that Disadvantage Employees with Impairments*, en *Sociology*, 2013, vol. 47, n. 4, p. 721, y F. VILA TIerno, *Mujer y trabajo*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019, pp. 14-15.

favor de la mujer en base a las dificultades históricas de acceso al mercado de trabajo y, al menos cuantitativamente, tendrían la virtud de equilibrar la representación de la mujer en el mundo laboral. Estas medidas se incardinarian dentro del concepto de *medidas de acción positiva*⁶.

Con los datos ya esgrimidos en estas primeras líneas, parece admisible y posible, incluso recomendable, la utilización de estas medidas posibilitadas en nuestro ordenamiento jurídico para acabar con el problema planteado al inicio cuanto menos en su vertiente numérica; sin embargo, a nadie se nos escapa que el uso de estas técnicas no es solo poco usual, sino mas bien residual en la práctica de nuestro mercado laboral. Con el estudio y la revisión del sistema regulatorio de estas figuras que nos ocupan, intentaremos acercarnos a las causas de esta infrautilización y, sin adentrarnos en las condiciones metajurídicas, si influye en ello su régimen jurídico.

2. La acción positiva como vehículo hacia la igualdad real y efectiva en el acceso al empleo

2.1. La constitucionalidad de la acción positiva

De la definición genérica de medida de acción positiva⁷ se vislumbra que nos encontramos de facto con una desigualdad. Paradójicamente, para conseguir la igualdad real se necesita recoger normativamente diferencias de trato en favor del colectivo en desventaja. Es importante tener presente que puede existir discriminación en actuaciones o disposiciones neutras cuando, tendiendo esta apariencia, sitúan a un determinado colectivo en una desventaja particular con respecto a otras⁸, es lo que se define como

⁶ Las medidas de acción positiva son las diferencias de trato favorable dirigidas sobre un colectivo específico para «invertir la situación de desigualdad material de los mismos», en base a que se comparten unos rasgos minusvalorados. Véase en este sentido D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 58. En esta obra, el A. realiza un interesante deslinde entre estas y las «medidas de igualdad positiva», las cuales tienden a invertir la desigualdad material entre individuos. Según el A., las primeras (las cuales también subdivide) no corrigen ninguna inferioridad o desventaja individual entre ciudadanos sino una desventaja social, una infravaloración. No obstante, como veremos, ambas finalidades están amparadas en el art. 9.2 CE.

⁷ *Idem*.

⁸ Véase la definición de discriminación indirecta en el art. 2.1.b de la Directiva 54/2006, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

discriminación indirecta. En palabras de Alexy⁹, «quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de iure».

La cuestión que nos proponemos abordar ahora es si las medidas favorecedoras para las mujeres en el acceso a un determinado puesto de trabajo son o no compatibles con nuestra norma suprema. Como se ha visto, nos encontramos en el terreno del principio de la igualdad de trato y, sin perjuicio de abundante desarrollo normativo producido en el ámbito internacional en las últimas décadas sobre este principio y que trataremos con posterioridad, nos centraremos en este estadio en la configuración constitucional del mismo.

Siguiendo el orden que recoge nuestra Constitución, en relación a la igualdad hemos de destacar sus arts. 1.1, 9.2 y 14. El primero de los preceptos citados, promulga la igualdad como *valor superior del ordenamiento jurídico*; por su parte, el art. 9.2 consagra el principio de igualdad material, real o efectiva; y el 14, el derecho de igualdad formal¹⁰. Como se puede comprobar, en estos preceptos relacionados de nuestro texto constitucional ni existe mención sobre las denominadas medidas de acción positiva, ni se puede inferir nada respecto a su legitimidad. Las dudas podrán ser colmadas con la visión al respecto de nuestro Tribunal Constitucional y, adelantamos ya, con el tratamiento normativo internacional sobre la cuestión, el cual, si contiene previsión, debiendo ser integrados estos principios en la interpretación de nuestra Constitución de acuerdo con el contenido del art. 10.2 de la misma. Antes bien, en nuestro Estado social, con nuestra Constitución, podríamos aceptar sin género de dudas que el derecho a la igualdad no se limita a la exigencia de trato formal, sino que ampara el derecho a ser tratado de forma desigual para, precisamente, la consecución de la igualdad¹¹.

En relación a la armonización y desarrollo de esta conjunción de preceptos, nuestro tribunal de garantías ha reconocido que su vigencia no solo implica la abstención de los sujetos en conductas discriminatorias, lo que podríamos identificar como “prohibición de la discriminación”, sino que operan como un mandato a los poderes publico de promoción de actuaciones que

⁹ Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 404.

¹⁰ Sobre la naturaleza de estos preceptos se ha pronunciado bastante la doctrina, considerando, en su posición mayoritaria, la distinción aquí realizada. No obstante, también se mantiene por otra parte de la doctrina que el derecho a la igualdad material reside en los arts. 14 y 24 CE el derecho a la igualdad formal, como se pone de manifiesto en las SSTC 49/1985 y 58/1986.

¹¹ Vid. M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, 2010, p. 68.

persigan la consecución de la igualdad real y efectiva¹². En base a ello se legitima la adopción de medidas materialmente desiguales para la consecución de la igualdad real. Así, en la STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3) dictamina que el «art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable»¹³.

La primera oportunidad que tuvo el Tribunal Constitucional de manifestarse sobre una medida de acción positiva fue en el asunto de la prestación para guarderías en favor de las mujeres¹⁴, incidiendo en su

¹² Es el principio de igualdad material (art. 9.2) el que impone al Estado la obligación de intervenir sobre la sociedad para la búsqueda y consecución de la igualdad de oportunidades, real y efectiva. En base a ello se pueden tomar medidas en contra del principio de igualdad formal (art. 14) siempre dentro de los límites que admite nuestra Constitución. Incluso en el mecanismo de las cuotas reserva, una medida consiste en la consecución de la igualdad de resultados, la finalidad real es la igualdad de oportunidades: «la igualdad de resultado sólo es un medio para conseguir el objetivo constitucional subyacente a la igualdad material: alcanzar la igualdad de oportunidades» (D. GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*).

¹³ Continúa la referida sentencia estableciendo que «la apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria». Sobre estos límites volveremos un poco más adelante.

¹⁴ STC 128/1987, de 16 de julio. Anteriormente el TC ya se había pronunciado sobre otras medidas consistentes en diferencia de trato, pero partiendo de una base paternalista, distintas a las acciones positivas por estar fundadas únicamente en relación con el sexo y bajo presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación hacia las tareas familiares de la mujer. En base a ello, el TC se pronuncia en el sentido de su ilegitimidad constitucional (véase SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, y 7/1983, de 14 de febrero).

objetivo compensador o corrector y por ello legítimas, al no considerarse opuestas al citado principio de igualdad, «sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes», incidiendo, además, en que «sólo vendrán justificadas si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den».

Como se ha podido comprobar, a ojos de nuestra Constitución, según avala su interprete supremo, no toda desigualdad supone una infracción de la misma, sino que precisamente por su vigencia queda amparada por la misma tratos desiguales en determinadas circunstancias y con ciertos límites. Estas fronteras, que deslindarían las actuaciones o medidas constitucionales de las que no son, en relación a la igualdad, se han ido conformando con el paso del tiempo¹⁵, pudiéndolas sintetizar en la *finalidad* y la *proporcionalidad* de la medida. La primera de ellas hace referencia a la razonabilidad de la medida y su objeto, los cuales tienen que ir encauzados a la consecución de un fin constitucional, objetivo para el Estado¹⁶. La proporcionalidad por su parte, enjuiciaría la relación entre la finalidad, la diferencia de facto y las consecuencias de la vigencia de la medida, lo cual tiene que ser proporcional, es decir, otorgar un adecuado equilibrio entre el beneficio y el daño¹⁷. Este último entraña especial trascendencia cuando dos derechos fundamentales han de ser sopesados¹⁸, en tanto en cuanto se ponderarán los intereses en conflicto y la intensidad de uno y otro¹⁹.

Dicho lo anterior, y pese a que la desigualdad de la mujer ha sido la que ha tenido un tratamiento más intenso en su jurisprudencia, provocado, con seguridad, en el retraso que nuestra CE soportaba con respecto a la situación de la mujer en el ámbito europeo²⁰, realmente existen una “zona de penumbra” a la hora de delimitar el cumplimiento o no del principio de igualdad y con ello la legitimidad constitucional o no, de la medida que nos

¹⁵ Un análisis sobre esta evolución en E. SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España, 1999, pp. 179-186.

¹⁶ En el tipo de medidas que nos ocupa, en favor de la mujer, la doctrina constitucional las consideraría admisibles en cuanto sean favorecedoras para la consecución de la igualdad (objeto constitucionalmente deseable) en base a una situación de desigualdad sustancial, véase en este sentido las SSTC 128/1987, cit., 166/1988 de 26 de septiembre, 19/1989 de 31 de enero, y 145/1991 de 1º de julio.

¹⁷ En este sentido, ha declarado nuestro TC que «La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14» (FJ 1º, STC 81/1982, cit.).

¹⁸ *Vid.* M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, pp.83-84.

¹⁹ Véase el FJ 5º de la STC 12/2008, de 29 de enero, referida a la legitimidad constitucional de la composición equilibrada de las listas electorales.

²⁰ *Vid.* M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, p. 141.

ocupe, cuestión que no ha sido clarificada del todo por la doctrina constitucional²¹ y que corresponderá ponderar en cada caso concreto a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

2.2. La confrontación de las medidas de reservas y las preferencias con otros principios constitucionales en el acceso al empleo

El establecimiento de medidas de acción positiva en el acceso al empleo al socaire del derecho a la igualdad implica que el contenido de estas puedan invadir esferas de otros derechos constitucionales. Hemos expuesto los métodos que nos ofrece el Tribunal Constitucional para dictaminar sobre la constitucionalidad de las normas que crean un trato desigual para la consecución de la igualdad, pero es ocasión ahora de afinar sobre los derechos que se verían afectados por estas medidas de preferencias o reservas en el empleo a favor de la mujer.

La primera consideración que hemos de realizar es, que estas medidas que tratamos, tendrían proyección en dos escenarios distintos, los cuales están salvaguardados por instituciones jurídicas distintas: de un lado, en el empleo en las empresas (públicas y privadas), y de otro; en la función pública. Permítase que, antes de entrar en cada uno de estos ámbitos para analizar la posible tensión de estas medidas con otros derechos constitucionales, se destaque el fuerte carácter intervencionista de estos mecanismos, los cuales alteran – bajo la justificación *supra* expuesta – las reglas propias del mercado y las del acceso a la función pública.

Comenzando con la reserva o preferencia de empleo en las empresas, resulta obvio que el establecimiento de una obligación hacia las mismas de contratar a personas trabajadoras con una serie de características, podría conculcar el derecho a la libertad de empresa recogido en el art. 38 CE, donde se incardina la libertad de contratación, la cual ampararía el ejercicio de celebrar contrato, o no, con la persona que crea más adecuada²². Por su parte, la asignación de un determinado número de plazas reservadas en las ofertas de empleo público para las mujeres, tendrían incidencia sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública que garantiza el art. 103 CE.

Puesto que sobre el particular no ha tenido opción de pronunciarse aún nuestro Tribunal Constitucional, no nos encontramos en posición de

²¹ *Vid.* D. GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*, p. 52.

²² *Vid.* M.T. ALMEDA CASTILLO, *Discriminación en el proceso de acceso al empleo. Dimensión sustantiva*, en M.T. ALMEDA CASTILLO, *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2012.

manifestar una respuesta rotunda o contundente sobre la posible legitimidad o no de estas medidas, máxime, cuando habrá de ser precisada *ad casum* teniendo en cuenta la ponderación del derecho de igualdad con los requisitos de finalidad y proporcionalidad de la medida.

2.3. Otras figuras análogas en nuestro ordenamiento jurídico

Dicho lo anterior, lo cierto es que encontramos otros ejemplos de medidas de discriminación positiva que de una forma u otra se asemejan a la que nos ocupa en este artículo de forma principal.

Por un lado, y guardando identidad subjetiva en lo referente al “colectivo beneficiario”²³, en relación al sistema de acceso a cargos público representativos encontramos las cuotas para representación de mujeres en listas electorales, las cuales aparecen en nuestro ordenamiento tras la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General operada en virtud de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)²⁴.

Aunque difiere en este caso el colectivo al que se dirige la medida, encontramos con identidad sobre la materia sobre la que versa, el empleo, las cuotas reserva para personas con discapacidad, otro colectivo que tradicionalmente ha visto en condiciones de desigualdad el acceso al mundo del trabajo. Esta medida ha sido admitida por nuestro TC²⁵, sin embargo, puesto que la razonabilidad de la medida no tiene por que ser la misma en ambos casos, consideramos que no es posible aplicar *mutatis mutandi* esta doctrina a las medidas que nos ocupan a favor de la mujer.

²³ Entrecorramos la palabra beneficiario puesto que, si bien el colectivo en el que recaen las medidas suele ser denominado como beneficiario o titular del derecho, en realidad no estamos ante ningún beneficio, sino ante una situación de justicia, reparadora de una desigualdad histórica. Tampoco abogamos por la utilización del vocablo “titulares del derecho” puesto que no se ostentan por ellos ningún derecho subjetivo individual que puedan hacer valer.

²⁴ Esta modificación comentada, trae a nuestro país la denominada coloquialmente “ley de cuotas”, con la pretensión de garantizar un mínimo de equilibrio (el 40%) entre el número de mujeres y hombres en las candidaturas electorales.

²⁵ Véase la STC 269/1994, de 3 de octubre.

2.4. La acción positiva en el acceso al empleo en el contexto internacional

Desde sede introductoria hasta aquí se habrá atisbado que, sin perjuicio de los derechos constitucionales a los que antes hemos hecho referencia, la fuente de la que emanan las medidas de reserva y preferencia en el empleo podría no ser de origen interno, sino foráneo, cuestión que, ahora sí, confirmamos. En este epígrafe nos ocuparemos de ello, de ese nivel internacional desde el que se comienzan a articular y modular las medidas que pretendemos estudiar²⁶. Como se presumirá, en las líneas que aquí desarrollaremos adquirirán especial relevancia las dos grandes potencias internacionales en la producción normativa en el ámbito socio-laboral: tanto la OIT, como la UE. Sobre esta última se cobrará valor con el análisis y la evolución jurisprudencial europea en relación a las medidas de acción positiva.

Comenzando con la OIT, y siguiendo un orden cronológico, el primer instrumento normativo que se ha de reseñar es el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (C111), el cual fue adoptado en Ginebra, en la 42ª reunión CIT del 25 de junio de 1958²⁷. Se establece en su art. 2 que «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto». Este Convenio fue ratificado por España en 1967. El siguiente avance en el seno de esta organización lo encontramos en la Conferencia Internacional de Trabajo de 1975 en la que se aprueba la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras. Lo encontramos como avance puesto a que en lo que nos ocupa, se establece expresamente, en su art. 1.2, que «No se considerará como discriminatorio un trato especial positivo durante un período de transición a fin de lograr una igualdad efectiva entre los sexos». En esta previsión encontraríamos el primer resquicio legal que otorgaría amparo a las medidas de acción positiva, siendo extensiblemente, por tanto, a políticas de empleo consistentes y

²⁶ Un análisis más exhaustivo de toda esta normativa en M.I. ORDOÑEZ CASADO, *Un recorrido histórico por las normas internacionales, europeas y estatales sobre las políticas de empleo desde la perspectiva de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *op. cit.*, pp. 259-280.

²⁷ Esta norma en su art. 1 define discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación».

reservas y preferencias en el acceso. Esta cuestión queda ratificada e intensificada con la resolución de 1991²⁸, la cual en su apartado 2.*d*, insta a los gobiernos a que promuevan programas de acción positiva «con miras a asegurar el pleno acceso de las mujeres a las oportunidades de empleo».

Antes de adentrarnos en el Derecho comunitario, es de obligada mención la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que fue aprobada por la Asamblea General en 1979, en la que en su art. 4.1 reconoce, de forma similar a la realizada cuatro años antes por la OIT, que «la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación» añadiendo también que «estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato»²⁹.

En lo que respecta al ámbito de la Unión Europea encontramos un gran elenco de disposiciones que impulsan la igualdad e invocan las acciones positivas para su consecución. Estas han ido evolucionando, como comprobaremos, de la mano de la jurisprudencia de su alto tribunal. El Tratado de la Unión Europea recoge en su art. 2, como valor fundamental de la misma, la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres³⁰. Acorde con este objetivo, el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea garantiza la aplicación del principio de igualdad estableciendo en su apartado cuarto que «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que 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». En el mismo sentido se manifestaba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) en su art. 23, no impidiendo el

²⁸ Resolución sobre la acción de la OIT para las trabajadoras de 25 de junio de 1991, en la que tras reconocerse la falta de cumplimiento del Convenio 111 y un lento progreso en el campo de la igualdad efectiva, pide y exhorta a gobiernos y empresarios a que tomen medidas al respecto.

²⁹ En 1988 en el seno de esta Organización, el Comité para la eliminación de la discriminación contra las mujeres adoptó su Recomendación general n. 5, en la que se recomienda a los Estados hacer mayor uso de medidas especiales temporales, entre ellas los sistemas de cuota, para impulsar la integración de las mujeres en la educación, la economía, la política y el empleo.

³⁰ Fue en 1998, con el Tratado de Ámsterdam cuando adquirió el objetivo por la igualdad un carácter explícito y se reconoció su vertiente en el acceso al empleo, *vid.* F. VIGO SERRALVO, *La normativa laboral de fomento de la paridad entre sexos*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *op. cit.*, p. 285.

mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

En el derecho derivado de la Unión se ve perfectamente reflejado el desarrollo del derecho primario. Estas disposiciones se inician con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, donde se incluía, en el art. 2.4 una importante excepción al principio de igualdad, al disponerse que «la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1». Dicha norma fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002³¹ con el objeto del desarrollo del art. 141.3 TCCE (actual art. 157 TFUE, al que antes hemos hecho referencia). A los efectos que nos atañe, se añadió un apartado al art. 2, el 8, que disponía que «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado [actual 157.4 TFUE], con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres». Ya en el año 2006 se promulga la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en la que se reproduce el contenido del art. 2.8 anterior en el actual art. 3 y produce una nueva extensión de la protección en el acceso al empleo en tanto que la redacción del precepto 14.2 es cristalina, permitiendo a los Estados miembros que puedan disponer «por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, 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 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».

Es fácil apreciar la evolución y la apertura de la normativa internacional hacia las acciones positivas en el acceso al empleo³², articulándose

³¹ Esta norma modificó de manera urgente tanto el Estatuto de los Trabajadores como la LPL. Sobre los pormenores de la transposición de dicha directiva véase J.F. LOUSADA AROCHENA, *La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE*, en *Annuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2014, n. 18.

³² Además del reconocimiento normativo, las instituciones han tenido una actitud positiva

normativamente su posible colisión con el contenido de otros derechos. De ahí las menciones al objetivo legítimo (finalidad o razonabilidad de la medida) y la proporcionalidad. Toda esta normativa, como se comprobará en el epígrafe siguiente, ha condicionado nuestra legislación interna. Llama la atención que, al contemplar el reconocimiento de las medidas de acción positiva, la normativa europea, al contrario que su homóloga internacional, hace referencia al «sexo menos representado», por lo que hemos de asumir que, aunque en la generalidad de los supuestos el sexo infrarrepresentado en un sector o rama de actividad será el femenino, las medidas de positivas están consideradas a favorecer a ambos sexos, que en ocasiones será el masculino.

Si enlazamos este conglomerado normativo con nuestras disposiciones constitucionales podemos admitir que nuestra norma suprema ha tenido la capacidad de absorberla sin necesidad de alteración alguna³³. Podemos también resaltar que la normativa internacional hace referencia a un *criterio de temporalidad*, algo que no habíamos advertido cuando procedimos al análisis de la constitucionalidad de las medidas y que sin duda es relevante, toda vez que las medidas, encaminadas a solventar una situación de minusvaloración provocada por estigmatización social, no pueden tener vocación de permanencia, sino que han de claudicar cuando desaparezca esta situación y la mujer sea valorada de forma materialmente igualitaria al hombre. Pese a que esta meta se encuentra aun en un horizonte lejano, cuando esto ocurriese, estas medidas carecerían, sin lugar a dudas, de justificación constitucional.

Antes cambiar de nivel, en cuanto a la relación jerárquica de normas se refiere, resulta interesante e incluso vital para lo que nos ocupa, conocer cual a sido la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁴ respecto a este tipo de medidas. Entre las resoluciones que marcan la postura del Tribunal de Luxemburgo sobre la acción positiva encontramos algunas sobre reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer que perfectamente muestran la apertura de miras efectuada con el paso de los años sobre las mismas, teniendo un gran reflejo

a este tipo de acciones, ejemplo de ellos es la Recomendación 84/63 5/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres en la que se insta a los Estados sobre la promoción de las acciones positivas o la Resolución de 14 de enero de 2009 del Parlamento Europeo.

³³ En este sentido M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, p. 109, que señala que nuestro art. 14 CE se ha adaptado a todos estos cambios dada su estructura abierta.

³⁴ Utilizamos tal denominación, adoptada en 1957, puesto que las resoluciones que comentaremos se emitieron bajo tal nomenclatura, la cual fue modificada nuevamente en 2009 y hasta nuestros días, en virtud de las competencias otorgadas por el Tratado de Ámsterdam, por Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

en las modificaciones de la normativa del Derecho de la Unión. Así, en la primera oportunidad que tuvo este Tribunal de pronunciarse sobre una medida de acción positiva de preferencia de empleo a favor de la mujer fue en 1995, en el conocido caso *Kalanke*³⁵, donde se realiza una interpretación restrictiva del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE al entender que no cabe una preferencia absoluta e incondicional en el empleo porque sobrepasaba la excepción del apartado 4 del art. 2 de la Directiva³⁶ y ello, pese a que para que se articulase la preferencia, se exigía en la Ley del Estado de Bremen (demandado) igualdad de méritos y capacitación en sectores infrarrepresentados. Dos años más tarde, el Tribunal de Luxemburgo no desaprovecha la oportunidad para precisar los términos de su anterior *ratio decidendi*³⁷, y en su sentencia del caso *Marschall*³⁸, también en una controversia surgida en el país germano y aplicando la misma directiva, entiende que una norma de preferencia de empleo a favor de la mujer será legítima en supuestos de igual capacitación y en sectores infrarrepresentados, «siempre y cuando tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexo e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino»³⁹. Pese a que las similitudes del caso eran evidentes, el Tribunal entiende que el supuesto es diferente al que dio origen a *Kalanke*, ya que contenía una cláusula de apertura⁴⁰.

A partir de aquí, se ha dictado una sentencia más en esta sede jurisdiccional en relación a cláusulas de preferencia de empleo⁴¹, la recaída en el asunto

³⁵ STJUE 17 octubre 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93.

³⁶ Véase el punto 22 de la referida sentencia.

³⁷ Hay que decir, que entre estos dos pronunciamientos se produjo la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación del asunto *Kalanke*, cit., en la que se advertía, después de un largo recorrido por la normativa internacional y repasando incluso la jurisprudencia de los EU, de dos posibles interpretaciones de la sentencia: 1) la exclusión de cualquier sistema de cuotas o 2) la exclusión solo de las cuotas rígidas o automáticas. Considera la Comisión en este sentido, como era de esperar después de la larga exposición, *pro* acción positiva, que esta última interpretación es la más correcta. Es discutible que esa fuera la visión de la intención del juzgador en el dictado de esa sentencia debido a los términos tan firmes en los que se dicta la misma. En esta fecha quedó fijada una postura de la Comisión que apostaba por la inadmisibilidad de los sistemas de cuota que no admitiesen excepciones individuales, lo cual pudo influir bastante en las Sentencias que se emitieron a posteriori.

³⁸ STJUE 11 noviembre 1997, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95.

³⁹ Véase el punto 35 de la sentencia anteriormente señalada.

⁴⁰ Véase el punto 33 de la sentencia de referencia.

⁴¹ En relación a otro tipo de medidas de acción positiva se han dictado por este Tribunal importantes sentencias, donde el objeto de las mismas eran acciones que incidían sobre la

*Abramsson*⁴² con un sentido continuista de la doctrina emanada del caso *Marschall*. En esta última resolución se establece que se permitiría la selección preferente entre candidatos, cuando las «respectivas capacitaciones no sean tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación excepcionar la cuota en circunstancias individuales específicas».

El estudio de estas resoluciones nos ha de llevar a considerar que, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, las reservas automáticas o fijas en el acceso al empleo a favor de la mujer quedan vetadas en el ámbito europeo. Se entiende, por tanto, que tampoco pasarían el filtro de constitucionalidad por ser desproporcionadas⁴³. Por el contrario, se desprende la validez de las preferencias en el empleo siempre que concurren en el supuesto igualdad en las capacidades de los candidatos, y nos encontremos en un sector de infrarrepresentación del sexo en cuestión. Es decir, podemos asumir esta medida como criterio válido de desempate.

3. Régimen jurídico interno de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer: la respuesta legal a los principios comunitarios

Expuesta la obligación constitucional que recae sobre los poderes públicos de llevar a cabo medidas que potencien la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres mediante un desarrollo normativo de este derecho y, en relación a ello, la pertinencia, utilidad y compatibilidad constitucional de las medidas de acción positiva para su consecución, bajo determinados presupuestos; enunciadas también las principales normas de derecho internacional que habilitan y fomentan este tipo de medidas en relación al binomio género y empleo; corresponde ahora que centremos nuestras miras en el régimen jurídico interno de la reserva y las preferencias en el empleo en favor de la mujer.

formación o relativas al disfrute de ciertas condiciones de trabajo. Véase en este sentido la STJUE 28 marzo 2000, *Georg Badeck y otros, con intervención de Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, asunto C-158/97, o STJUE 19 marzo 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, asunto C-476/99.

⁴² STJUE 6 julio 2000, *Katarina Abramsson y Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, asunto C-407/98.

⁴³ Esta afirmación se ha de asumir con cautelas tendiendo en cuenta la antigüedad de las resoluciones en las que nos basamos y la falta de pronunciamiento al respecto de nuestro TC.

La disposición legal que ordena en nuestro país los principios y reglas en relación al problema existente entre género y igualdad, en la que mecanismos para conseguir la igualdad de trato en el empleo, es la en LOIEMH⁴⁴. Dicha norma nace para trasponer a nuestro ordenamiento dos directivas en materia de igualdad de trato, la antes comentada 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

La norma que nos ocupa, dedica un título completo, el cuarto, a regular medidas para un «derecho al trabajo en igualdad de oportunidades», aunque la única parada que haremos sobre el citado título, por ser de íntima vinculación a lo que aquí nos incumbe, es en su art. 43, el cual habilita a la negociación colectiva a «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». Sin perjuicio de las consideraciones que posteriormente se realizaran sobre la efectividad de esta remisión a la negociación colectiva, podemos afirmar que esta norma habilita y promueve a los agentes sociales a que en el marco de la negociación colectiva se establezcan medidas tendentes a favorecer el acceso de las mujeres al empleo. Esta importante previsión la tenemos que complementar con lo establecido en la disposición adicional décimo primera de la misma norma, la cual se encarga de establecer modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Entre otras, se añade un apartado al art. 17 ET, el cuarto en el que se dispone: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, 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 que se trate».

Como es fácil apreciar, este precepto adicionado no se limita a contemplar en el ET lo que se estableció en el antedicho art. 43 LOIEMH, si no que va mucho más allá. En efecto, si allí únicamente se recogía una habilitación expresa a la negociación colectiva, aquí se precisa y se ejemplifican

⁴⁴ En este sentido M.T. ALMEDA CASTILLO, *op. cit.*

supuestos que tendrían cabida dentro de aquella; esto es, las reservas y las preferencias en las condiciones de contratación, eso sí, bajo dos premisas: la igualdad de condiciones de idoneidad y sobre el sexo infrarrepresentado. Curiosamente, bajo estas dos exigencias se incluyen en nuestro ordenamiento positivado las que a la sazón (con los términos “igual capacitación” y “sector infrarrepresentado”) ha venido utilizando el Tribunal de Luxemburgo para otorgar legitimidad a este tipo de medidas⁴⁵. Continuando con el análisis de esta norma, no podemos obviar la previsión que ya contenía la norma fundamental de nuestra disciplina en relación a la posibilidad de reserva, y es que en el los apartados anteriores el ET permite establecimiento de exclusiones, reservas y preferencias a la contratación mediante ley (art. 17.2) y habilita al Gobierno sobre la regulación de estas «medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo» (art. 17.3)⁴⁶.

Volviendo al apartado 4 del art. 17 ET, resulta paradójico que el precepto comience disponiendo tales medidas para favorecer el acceso de las “mujeres” a todas las profesiones, y acabe dirigiendo las mismas «al sexo menos representado», acorde esto último con lo dispuesto en la vigente normativa europea⁴⁷.

Atendiendo ahora a la importante habilitación realizada a favor de la negociación colectiva, se puede afirmar que la misma, hasta nuestros días, no ha sido efectiva, habiéndose desaprovechado la ocasión de regular y – con ello – esclarecer la actual normativa. Debiendo tener esta un papel central de acuerdo con la regulación legal, mucho más atendiendo a su cercanía con la realidad social, resulta sumamente extraño encontrarse con alguna disposición convencional que aborde, o si quiera mencione, alguna de las posibilidades que se le brindan en la materia⁴⁸.

⁴⁵ Véase la evolución jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo al respecto en el § 2.4 de este artículo.

⁴⁶ Estas posibilidades en la práctica han quedado circunscritas a la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad actualmente contenida en el art. 42 del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁴⁷ En este sentido, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, M. ARETA MARTÍNEZ, *El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Civitas*, 2009, n. 141.

⁴⁸ *Ibidem*. En relación a lo que nos ocupa, mencionan estas AA. el Convenio Colectivo provincial del sector del Campo de Cuenca (Código 1600085), en el que se establece en su art. 37 que «a partir del 1 de enero de 2006, las empresas con más de 15 trabajadores respetarán un 5% de las contrataciones para mujeres. En las de menos de 15 trabajadores, se procurará contratar mujeres con el criterio de ir equilibrando los mismos porcentajes de

Para finalizar este apartado, consideramos interesante reseñar la STS de 16 de octubre de 2019⁴⁹, en un supuesto donde durante parte de íterin procesal, concretamente en instancia y en apelación, se confundió una medida de gestión de personal con una medida de acción positiva de acceso al empleo a favor de la mujer. El fondo del asunto versa sobre la legalidad del acuerdo de gobierno de 30 de septiembre de 2016 por el que se aprobó la convocatoria de promoción interna a cátedra en la Universidad Autónoma de Madrid. En el se recoge que, en aras de promover la infrarrepresentación femenina, se puntuaba en mayor medida a la mujer que opten a la Cátedra a fin de la asignación y el concreto número de plazas a crear en cada departamento. El TS después de distinguir dos fases diferenciada en este tipo de procedimientos dictamina que en la que nos encontramos «trata de determinar cómo se estructura la plantilla, qué plazas en concreto han de crearse, y sobre todo, dónde. Y para ello se establece una puntuación, cuya relevancia sirve para determinar en qué áreas de conocimiento se adscribirán las cátedras de nueva creación, fijando, como uno de los elementos a valorar, la infrarrepresentación de catedráticas en departamentos universitarios». Es por tanto esencial para el Tribunal que, en la segunda fase, «cuando se convoque una cátedra, todos concurrirán en condiciones de igualdad. Nadie llevará una mochila con puntos adicionales». El por ello que entiende acorde a derecho el acuerdo en cuestión.

4. Una interpretación sistemática del *totum revolutum* normativo en relación a las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer

Después de la exposición del abigarrado sistema normativo de las preferencias y reservas de empleo en favor de la mujer⁵⁰, en el que se

hombres y mujeres contratados». En el mismo sentido, F. VIGO SERRALVO, *op. cit.*, p. 297. Encontramos otra muestra, aunque como simple compromiso de respeto a la igualdad, en el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol, donde se declara que, en materia de contratación, se promoverá que, a igual mérito y capacidad «se contemple positivamente el acceso del género menos representado en el Grupo profesional de que se trate».

⁴⁹ STS 3203/2019. Un análisis más exhaustivo de la referida sentencia, en *este Fascículo*, por L. ARAGÜEZ VALENZUELA, *El papel de la mujer en las universidades públicas: una mirada crítica*. Véase también E. ROJO TORDECILLA, *El lento camino hacia la igualdad en la Universidad española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 16 de octubre de 2019*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 27 octubre 2019.

⁵⁰ Pese a que normativamente hoy en día estas medidas estén previstas para el “sexo menos

combinan normas de distintos rangos jerárquicos (principios y derechos constitucionales, disposiciones internacionales y disposiciones legales) ninguna especialmente clarificadora, junto con interpretaciones tanto del TC como del Tribunal de la Unión Europea, no es tarea fácil establecer un criterio que permita determinar, sin género de dudas, cuando estamos, según el ordenamiento jurídico de nuestro país, ante una medida legítima esto es, en favor de la igualdad, o cuando la misma es contraria a este principio. Intentaremos dar un poco de luz al respecto en estas líneas finales.

Hemos podido comprobar como a nivel internacional se han establecido unos estándares mínimos obligatorios en relación a la igualdad, empero, y de acuerdo con el art. 157 TFUE, únicamente tendrán aplicación directa en los Estados miembros los principios antidiscriminatorios, no así las medidas de acción positiva que promuevan estos para la consecución de la igualdad material. En el mismo sentido están dictadas las normas procedentes de la OIT y de la ONU. Sin embargo, sí es patente que de la dicción literal de estas normas no solo se desprende la posibilidad de llevar a cabo este tipo de medidas, sino que existe un ánimo incentivador de las mismas por parte de estas instituciones. Sin duda, estas disposiciones que comienzan a dictarse desde avanzado ya mediados del siglo pasado, han condicionado la legislación interna de nuestro país y han supuesto un gran avance en la consecución de la igualdad real. En efecto, existen preceptos en el ordenamiento jurídico español que abiertamente amparan la posibilidad del establecimiento de preferencias y reservas de empleo a favor de la mujer⁵¹, antes bien, su aplicación práctica no será fácil si atendemos a la doctrina jurisprudencial comunitaria y a la del propio Tribunal Constitucional.

Si bien es cierto que las resoluciones emanadas por el Tribunal de la Unión Europea lo son aplicando la Directiva 76/207/CEE, y que, en virtud de la actual, la Directiva 2006/54/CE, la previsión – y con ello el fomento – de las medidas de acción positiva se realiza de forma más inequívoca. No es menos cierto que los términos de estos pronunciamientos son firmes en aras de exigir supuestos de “igual capacitación” para la admisión de esta tipología de medidas. Este mismo presupuesto se ha contemplado en el art. 17.4 ET mediante el vocablo “igualdad de condiciones de idoneidad”. En

representado”, utilizamos el termino “mujer” puesto que asumimos que en la inmensa mayoría de los casos este sexo (el infrarrepresentado) será el femenino, siendo además el objeto de este trabajo el estudio de la aplicación de estas medidas en favor de la mujer, como así lo planteamos al inicio del mismo, y ello pese a que las conclusiones que aquí se esbozan sean aplicable a ambos sexos.

⁵¹ Recuérdese el art. 43 LOIEMH y los apartados 3, 2 y 4 del art. 17 ET.

base a ello, se estima injustificada una reserva automática o una cuota fija de empleo reservado a la mujer incluso en cuando nos encontramos ante sectores infrarrepresentados. Especial relevancia adquiere esta postura en el acceso al empleo público. En estos supuestos, donde la medida confrontaría directamente con los principios de mérito y capacidad que recoge nuestro texto constitucional en el art. 103.3, en estrecha relación con el derecho fundamental configurado en el art. 23, podríamos admitir que infringiría el principio de igualdad el establecimiento de una reserva automática que diferenciara en el acceso al empleo solo por la variable sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la introducción de estas medidas en lo que se refiere al empleo público se deberían habilitar mediante Ley, en aras de la salvaguarda de los derechos constitucionales en colisión y toda vez que requerirán una especial justificación⁵². En cualquier caso, la medida deberá recogerse en la correspondiente convocatoria de empleo público.

En relación al empleo privado las dificultades no son menores. Con la entrada en vigor de la LOIEMH y en la modificación que introduce añadiendo un apartado al ET (art. 17.4) se promueve que la adopción de estas medidas se lleve a cabo mediante la negociación colectiva, sin embargo, como hemos visto, esta remisión ha sido infructuosa y apenas existen convenios colectivos que se pronuncien sobre el particular. No

⁵² Así ha sido establecido por la Comunidad Autónoma de Galicia en el DL 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, que dispone, en su art. 49.1 (actuaciones especiales en casos de infrarrepresentación) que, «Cuando en un determinado cuerpo, escala, grupo o categoría de la Administración pública gallega se verificará la infrarrepresentación del sexo femenino, en la oferta de empleo público se establecerá que, de existir méritos iguales entre dos o más personas candidatas, serán admitidas las mujeres, salvo si considerando objetivamente todas las circunstancias concurrentes en las personas candidatas de ambos sexos existen motivos no discriminatorios para preferir al hombre. 2. Se entiende, a estos efectos, la existencia de infrarrepresentación cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, veinte puntos entre el número de mujeres y el número de hombres». Por otra parte, en contra de nuestro parecer, existen Comunidades Autónomas que han establecido estas medidas en planes de igualdad, véase a modo ejemplificativo, respecto a la Comunidad Valenciana, el *II Plan de Igualdad de Mujeres y Hombres* de la Administración de la Generalitat, de fecha 2017, donde se recoge en la medida 3.1 que «las convocatorias de concursos, así como los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción interna incluirán una cláusula de desempate favorable a las mujeres en el caso de que se encuentre infrarrepresentadas». Sin embargo, estas cláusulas tan abiertas harán poco efectiva la medida. Obsérvese que ni si quiera se aclara que se entiende por “infrarrepresentadas”. Hemos comprobado que en los concursos convocados desde entonces no se ha aplicado dicho criterio de desempate, véase, también a modo ejemplificativo, la Orden 1/2020, de 7 de enero, de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, por la que se convoca procedimiento selectivo de acceso al cuerpo de inspectores de educación.

obstante, en base al propio precepto habilitador y a la jurisprudencia comunitaria anteriormente reseñada, tampoco cabrían en estos casos sistemas de cupos mínimos, puesto que – igualmente – se requiere supuestos de igual capacitación. En este escenario, la aparición de este tipo de medidas restringiría el derecho constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE) ya que se limitaría la libertad del empresario en la vertiente de contratación del personal. Ciertamente, y aunque hayamos refutado como desproporcionadas los sistemas de cuotas, nuestro TC aun no se ha pronunciado al respecto. Entendemos que si llegado el momento dictamina en sentido positivo de su validez, habrá de hacerse con un criterio restrictivo, sujeto, en todo caso, al juicio de racionalidad, proporcionalidad y temporalidad. En cualquier caso, la efectividad de las medidas dependerá en gran medida de la redacción de las cláusulas convencionales, ya que si se recogen como meros compromisos⁵³, nos seguiremos encontraremos en un terreno propicio para la discriminación, por ser estas disposiciones de nula eficacia. En otro caso, si tienen carácter imperativo, entendemos que su incumplimiento puede ser reprochado administrativamente, ya que la conducta incumplidora podría ser constitutiva de un ilícito administrativo de acuerdo con el art. 7.13 LISOS⁵⁴.

A modo de epílogo, podríamos concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria e interna quedan prohibidas la adopción de reservas estrictas o automáticas. Solo se permitiría en supuestos de igualdad de méritos, y cuando en el servicio donde se aplique exista una infrarrepresentación del sexo en cuestión, las medidas de preferencia en el empleo. Esta tesis nos llevaría a aceptar que ciertamente y pese a las previsiones normativas en nuestro derecho interno para ello, la virtualidad jurídica de las medidas que aquí hemos tratado se reduce al mínimo. Este mínimo lo identificamos en lo que se refiere al ámbito de la empresa en el aspecto positivo de la facultad de proceder por parte de los particulares a ejercer en la praxis cuantas acciones de discriminación positiva estimen oportunas, incluidas la contratación del sexo infrarrepresentado en la cuota o proporción que consideren debido que en estos casos las empresas tienen todo el margen de autonomía para su justificación al amparo del propio art. 38 CE. Pese a ello, somos conscientes de la dificultad de que esto se

⁵³ Véase en este sentido la nota 48 en lo referente al *IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol*.

⁵⁴ El RDL 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, recoge tipificada en este precepto como infracción grave el «no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación».

produzca debido a la influencia de la estigmatización y con ello la minusvaloración social hacia el colectivo perjudicado, cuestión que precisamente trata de paliar las medidas de acción positiva. En este sentido, cuando se produce una discriminación en el acceso al empleo, no podemos obviar la dificultad probatoria de estas situaciones cuando las mismas se producen en un momento previo a la formalización del contrato de trabajo. En el terreno de lo público, pese a que recaer sobre el Estado la obligación de emprender acciones positivas, las posibilidades son menores puestas que de la misma forma, están más constreñidos por el respeto a la igualdad formal⁵⁵.

Llegados a este punto, una vez analizadas estas herramientas jurídicas que tratan de paliar la desigualdad cuantitativa en el empleo y expresados también los interrogantes que se plantean, estimamos que quizás la deficiente regulación legal sobre la materia sea causa provocadora de la carencia en la utilización de la técnica cuya legitimidad parece indiscutible, las preferencias en el empleo en caso de infrarrepresentación de la mujer. No obstante, no podemos obviar, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en el seno del congreso que da origen a este artículo, que no servirá de nada la igualdad numérica en el empleo si existe desigualdad material en las condiciones de trabajo. Por ello, creemos necesario el profundizar en medidas que incidan sobre el fondo del asunto, los valores que rigen en la sociedad, esto es, trabajar sobre la educación, sin duda el instrumento más valioso para acercarnos a la igualdad material en el empleo entre mujeres y hombres.

⁵⁵ En este sentido D. GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*, p. 143: «Mientras que el Estado tiene la obligación de promover acciones positivas de acuerdo con el art. 9.2 las empresas no, en estos casos se derivaría de su voluntad. Que si estos últimos la toman tienen más margen de maniobra atendiendo al respeto de la igualdad formal (14CE) puesto que el Estado estaría más sometido a su respeto». En el mismo sentido, STC 128/1987, cit.: «la dirección de una empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato, no es menos cierto que ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias; prohibición que, en buena lógica, debe operar en una forma más intensa cuando se trata, como aquí ocurre, de un empleador de carácter público». Resulta interesante en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 3148/2010 de 20 diciembre, STSJ AS 4864/2010, en la que considera ilegítima la actuación de la empresa pública de ferrocarriles de vía estrecha Feve, que sin la existencia de plan de igualdad acordado a través de la negociación colectiva y sin previsión alguna en la convocatoria referente a reservas o preferencias en la contratación, contrata a una mujer en un supuesto en el que el hombre había tenido notoriamente más puntuación en la fase de concurso.

5. Bibliografía

ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ALMEDA CASTILLO M.T., *Discriminación en el proceso de acceso al empleo. Dimensión sustantiva*, en M.T. ALMEDA CASTILLO, *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2012

BALAGUER CALLEJÓN M.L., *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, 2010

DE BEAUVOIR S., *El segundo sexo*, Cátedra, 2019

FOSTER D., WASS V., *Disability in the Labour Market: An Exploration of Concepts of the Ideal Worker and Organisational Fit that Disadvantage Employees with Impairments*, en *Sociology*, 2013, vol. 47, n. 4, pp. 705-721

GIMÉNEZ GLUCK D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, 1999

LOUSADA AROCHENA J.F., [La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE](#), en [Annuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña](#), 2014, n. 18, pp. 461-478

ORDOÑEZ CASADO M.I., *Un recorrido histórico por las normas internacionales, europeas y estatales sobre las políticas de empleo desde la perspectiva de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

ROJO TORDECILLA E., [El lento camino hacia la igualdad en la Universidad española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS \(C-A\) de 16 de octubre de 2019](#), en [www.eduardorojotordecilla.es](#), 27 octubre 2019

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., ARETA MARTÍNEZ M., *El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Civitas*, 2009, n. 141, pp. 59-114

SIERRA HERNÁIZ E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España, 1999

VIGO SERRALVO F., *La normativa laboral de fomento de la paridad entre sexos*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

VILA TIerno F., *Mujer y trabajo*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

Red Internacional de ADAPT



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

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo