

Máster en Dirección de Recursos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2019/2020
Convocatoria: Septiembre

**LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO
EN LA EMPRESA A TRAVÉS DE LAS ACCIONES
POSITIVAS**

**THE PROMOTION OF GENDER EQUALITY IN THE COMPANY
THROUGH POSITIVE ACTIONS**

Marta Pérez Asensio
42240023V

Tutor: Prof. Dra. D^a Sarai Rodríguez González

Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa
Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

ABSTRACT

The existing inequality in society has made it necessary to create policies that guarantee equal treatment and opportunities and put an end to the discrimination that women have suffered for years.

This is how the positive actions, regulated in article 11 of the Equality Act, as temporary measures which, with the aim of ensuring real equality between women and men, make it possible to correct situations that are the result of discriminatory social systems.

This paper will analyze positive action measures from their broader perspective. Firstly, having determined the regulation and the concept, we will study the doctrinal contributions made in relation to these measures and their application in Spanish and Community jurisprudence. Secondly, we will address the nature and adoption of positive action measures agreed in agreements, as part of an equality plan and imposed directly by the employer, in private companies. Thirdly, we will present examples of good business practice in relation to access to the company, promotion and training, and in cases of functional mobility and collective redundancies. Fourthly, we will analyze the positive action clauses on access to employment and professional promotion in collective agreements, providing examples of various state, provincial and sectoral agreements, as well as company agreements. Fifthly, we will analyze the positive actions included in the equality plans of large companies such as: Carrefour, Urbaser, Cementos Cosmos and Decathlon. Finally, we will analyze the legal effect of non-compliance with the positive action measure and the sanctions to be imposed in each case.

Key Words: Women, gender, equality policies, positive actions, discrimination, collective agreements, equality plans.

RESUMEN

La desigualdad existente en la sociedad ha hecho necesaria la creación de políticas que garanticen la igualdad de trato y oportunidad y pongan fin a la discriminación que durante años han sufrido las mujeres.

De esta forma surgen las acciones positivas, reguladas en el art. 11 LOIEMH, como medidas temporales que, con el objetivo de garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres, permiten corregir aquellas situaciones que son el resultado de sistemas sociales discriminatorios.

En este trabajo se analizarán las medidas de acción positiva desde su perspectiva más amplia. En primer lugar, determinada la regulación y el concepto, estudiaremos las aportaciones doctrinales hechas en relación a estas medidas y su aplicación en la jurisprudencia española y comunitaria. En segundo lugar, trataremos el carácter y la adopción de las medidas de acción positiva pactadas en convenio, como parte de un plan de igualdad e impuestas directamente por el empleador, en las empresas privadas. En tercer lugar, expondremos ejemplos de buenas prácticas negociales en relación con el acceso a la empresa, ascenso y formación, y en casos de movilidad funcional y despidos colectivos. En cuarto lugar, analizaremos las cláusulas de acción positiva en el acceso al empleo y en la promoción profesional en los convenios colectivos, aportando ejemplos de varios convenios estatales, provinciales y sectoriales, así como convenios de empresa. En quinto lugar, analizaremos las acciones positivas recogidas en los planes de igualdad de grandes compañías como: Carrefour, Urbaser, Cementos Cosmos y Decathlon. Finalmente, estudiaremos el efecto jurídico que supone el incumplimiento de la medida de acción positiva y las sanciones a imponer en cada caso.

Palabras clave: Mujer, género, políticas de igualdad, acciones positivas, discriminación, convenios colectivos, planes de igualdad.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCIÓN	5
1. LAS ACCIONES POSITIVAS	7
1.1. Regulación y concepto	8
1.2. Valoración de las acciones positivas por los tribunales.....	12
2. VÍAS PARA LA ADOPCIÓN Y PROMOCIÓN DE MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA.....	14
2.1. Posibles ámbitos de implantación de las medidas de acción positiva.....	18
2.2. Cláusulas de acción positiva en el acceso al empleo y en la promoción profesional en los convenios colectivos	23
2.3. Las acciones positivas en los Planes de igualdad.....	28
3. EFECTOS JURÍDICOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA.....	36
4. CONCLUSIONES	38
5. BIBLIOGRAFÍA	40

ABREVIATURAS

- Art./arts.: Artículo(s)
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- BOC: Boletín Oficial de Canarias
- CE: Constitución Española
- CC: Convenio Colectivo
- ET: Estatuto de los Trabajadores
- LOIEMH: Ley Orgánica de Igualdad Entre Mujeres y Hombres
- LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
- LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Las mujeres siguen siendo objeto de desigualdades de todo tipo tanto en el mercado de trabajo como en la sociedad que tienen su causa directa o indirecta en la visión patriarcal dominante en la mayoría de las sociedades, sin embargo, al constituir las mujeres la mitad de la población se puede considerar injustificado establecer una regulación jurídica diferenciada.

Las mujeres históricamente han encontrado impedimentos para ocupar posiciones de poder o participar en temas que les afectan directamente, por esta razón, una de las manifestaciones de la segregación del mercado de trabajo es la segregación vertical como causa y consecuencia del techo de cristal, es decir, de la existencia de obstáculos que dificultan que la mujer pueda acceder a los puestos de mayor responsabilidad en los mismos términos en los que asciende un hombre¹.

Por consiguiente, conseguir el reconocimiento como colectivo desventajado es el resultado de la lucha contra la exclusión, no se trata de ventajas atribuidas de manera arbitraria para un colectivo de personas sino de medidas igualatorias que atienden a las bases constitucionales de la igualdad, que exigen el desarrollo de actuaciones que lleven a la transformación de la realidad social existente, “*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*” (art. 9.2 CE), consiguiendo de esta forma cumplir con la fórmula de Estado, “*un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*” (art. 1.1 CE)².

Prever ventajas específicas para remediar la infrarrepresentación tiene como objetivo una representación igual lo que no significa pretender el 50% u otro porcentaje según la proporción de hombres y mujeres en el mercado en cuestión, por lo que no se debe banalizar la idea de representación como una mera cuestión cuantitativa. La idea de

¹ BOTTAI, R. B.: “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 6, 2007, pág. 135.

² RAMOS QUINTANA, M.I.: “El principio de igualdad en las relaciones de trabajo: la no discriminación por razón de género”, en AA.VV. (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 916.

representación se refiere a la plena participación de los dos sexos en la distribución de derechos, deberes, responsabilidades, oportunidades y recursos, esto quiere decir que el sexo femenino debe tener igual dignidad que la que se reconoce a los hombres. En consecuencia, no solo hace falta eliminar todos los mecanismos que generan exclusión, sino también actuar sobre las consecuencias de dicha exclusión³.

La acción positiva, tema del que versa este trabajo, pretende establecer la igualdad de oportunidades igualando las condiciones desde el punto de partida y, aunque resultan insuficientes en muchos casos como medidas de discriminación positiva, son cruciales en el diseño de políticas de igualdad⁴. Así pues, el objetivo de este trabajo consistirá en analizar las medidas de acción positiva, realizando un estudio genérico para determinar su contribución en la igualdad de género mediante su aplicación ante situaciones manifiestas de desigualdad.

Para abordar el estudio propuesto en este TFM, se ha estructurado el análisis en tres apartados. En el primer apartado, se analiza la regulación de las acciones positivas, así como su valoración por los tribunales. En el segundo apartado, se estudian las vías para la adopción de medidas de acción positiva, los posibles ámbitos de implantación de las medidas y las cláusulas de acción positiva en los convenios colectivos y en los planes de igualdad. Un tercer bloque se ocupa de los efectos jurídicos del incumplimiento de las medidas de acción positiva. Finalmente, el trabajo concluye con un apartado dedicado a recoger las principales conclusiones respecto a la implantación de las medidas de acción positiva y su contribución a la igualdad por razón de sexo en las empresas.

La metodología empleada para realizar este TFM ha consistido en el estudio de bibliografía y jurisprudencia, así como en el análisis de la legislación vigente y de los convenios y planes de igualdad citados a lo largo del trabajo.

³ BALLESTRERO, M. V.: “Igualdad y acciones positivas: problemas y argumentos de una discusión infinita”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm.29, 2006, pág. 74.

⁴ OSBORNE, R.: “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers: revista de sociología*, núm. 53, 1997, pág. 65.

1. LAS ACCIONES POSITIVAS

En las últimas décadas las mujeres han adquirido un papel importante en todos los ámbitos, pero especialmente, en el mercado de trabajo, lo que ha supuesto una de las transformaciones sociales y económicas más relevantes de España. Los cambios y la evolución que se ha experimentado en relación con la igualdad y la no discriminación han sido amparados con un marco jurídico específico sobre la materia, de modo que se ha construido un modelo legal que garantiza una sociedad que no permite la discriminación por razón de sexo.

A partir de lo previsto en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española (CE), la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH)⁵, se ha consolidado como un hito legislativo en materia de igualdad y como el referente legislativo para los trabajadores y trabajadoras, así como para las empresas, tratando de combatir todos los casos de discriminación, directa e indirecta por razón de sexo, y promover la igualdad real entre mujeres y hombres⁶. De esta forma, la LOIEMH ha incorporado al ordenamiento jurídico español, de modo expreso, las acciones positivas como respuesta a la insuficiencia de aplicación del principio de igualdad para hacer frente a las desigualdades de hecho. Se hace necesario establecer un trato diferente y más favorable para algunos grupos o sectores, con el fin de conseguir la igualdad real, y así se formulan las acciones positivas, como diferenciaciones a favor de la igualdad.

Con la regulación de las acciones positivas se busca alcanzar un equilibrio entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo e incorporar importantes mejoras sociolaborales y de protección social como fruto de las reivindicaciones que se han mantenido a lo largo de los años⁷.

⁵ BOE de 23 de marzo.

⁶ CALVO MENÉNDEZ. R.: “Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2011, pp. 169 y 170.

⁷ BOTTAI, R. B: op. cit., pág. 132.

1.1. Regulación y concepto

Las medidas de acción positiva son definidas por la LOIEMH, tomando como referencia la redacción del art. 4.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Dicho artículo dispone 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 en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”*.

En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de Ámsterdam de 1997, añadió un párrafo cuarto al art. 119 (actual 141.4) del Tratado de la Comunidad Europea, que suponía un reconocimiento de las acciones positivas, dicho artículo dispone 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”*. Del mismo modo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/ C 364/01) en su art. 23, dispone que, *“la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”*, añadiendo en su segundo párrafo que, *“el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”*. Ambos preceptos se refieren al sexo menos representado de manera general, por lo que, se podrían encuadrar en lo que sería la esencia de la igualdad. Sin embargo, son las mujeres quienes ocupan las posiciones menos favorables en el ámbito laboral, en los sectores productivos y de poder político y económico⁸.

⁸ GÓMEZ ORFANEL, G.: “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 9, 2008, pp. 381 y 382.

Asimismo, el art. 9.2 CE de forma conjunta con el art. 14 CE sirve de fundamento a las acciones positivas promoviendo la igualdad real o efectiva al establecer que, *“corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Este último se trata de un mandato hacia los poderes públicos para que adopten políticas dirigidas a lograr la igualdad efectiva o real⁹.

Así, el art. 11.1 LOIEMH establece que *“con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”*¹⁰.

Las medidas de acción positiva se acuerdan de forma unilateral a favor del colectivo discriminado, esto supone que sean adoptadas, por lo general, a favor de las mujeres o a favor de las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, como puntualizada el art. 14.6 LOIEMH. Sin embargo, la redacción del precepto no resulta base suficiente para excluir las acciones positivas a favor de los hombres, y así lo confirma el art. 17 ET al hablar de *“sexo menos representado”*¹¹. En este sentido, se pueden prever acciones positivas dirigidas a los hombres para ámbitos en que se encuentren infrarrepresentados, por ejemplo, otorgándoles derechos más ventajosos en materia de conciliación para favorecer la misma.

Por tanto, el objetivo de las acciones positivas es el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado, y aunque no tiene como

⁹ BOTTAI, R. B: op. cit., pág. 133.

¹⁰ LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 106.

¹¹ LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: op. cit., pág. 107.

finalidad la igualdad entre los individuos, como entiende KEMELMAJER DE CARLUCCI, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman¹².

Por otro lado, el art. 11.2 LOIEMH, establece que “*también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la Ley*”. Este tipo de medidas de acción positiva estarán sujetas a las mismas exigencias que las públicas, siendo estas últimas obligatorias y las privadas voluntarias en lo que se refiere a su implantación¹³.

Por consiguiente, en atención a lo expuesto, las acciones positivas se entienden como el establecimiento de medidas que constituyen instrumentos concretos y temporales de carácter preferente que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades, permiten corregir situaciones o prácticas discriminatorias¹⁴. Por tanto, su objetivo es conseguir la igualdad sustancial o material desde el punto de partida, actuando con una triple finalidad: garantizar la igualdad de oportunidades, erradicar y reparar las consecuencias de las discriminaciones existentes o pasadas y evitar discriminaciones futuras¹⁵.

Lo que se pretende, por tanto, con las medidas de acción positiva, es garantizar que la mujer que quiera acceder al mercado de trabajo pueda hacerlo en igualdad de condiciones que los hombres, de la misma manera que lo haría si no hubiera estado social y tradicionalmente discriminada. No se pretende atribuir privilegios de forma arbitraria, únicamente, se busca compensar a un colectivo que ha estado en situación de inferioridad real debido a la discriminación histórica a la que ha tenido que enfrentarse, tratando de eliminar las barreras que existen a causa de ello¹⁶. Así pues, para lograr una política efectiva se deben ampliar espacios de poder en todos los frentes para el grupo implicado, así como, tratar de garantizar la igualdad en los resultados, que es lo específico de las acciones positivas¹⁷.

¹² DE CARLUCCI, A.K.: “Las acciones positivas”, *Jueces para la democracia*, núm. 41, 2001, pág. 53.

¹³ LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: op. cit., pág. 108.

¹⁴ OSBORNE, R.: op. cit., pág. 68.

¹⁵ CAIRÓS BARRETO, D.M.: “Diseño, aplicación y contenido de los planes de igualdad”, en AA.VV. (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresa desde la Igualdad de Género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 665.

¹⁶ FABREGAT MONFORT, G.: *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 22.

¹⁷ OSBORNE, R.: op. cit., pág. 68.

Por lo que se refiere a la tipología de las medidas de acción positiva, GIMÉNEZ GLUCK, realiza un análisis sobre las acciones positivas y las sitúa dentro del trato desigual orientado hacia la igualdad material. Asimismo, considera que debe diferenciarse las medidas de igualación positiva de las acciones positivas, entendiendo las primeras, como aquellas cuya finalidad es la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados, a diferencia de las acciones positivas, que lo que buscan es la igualdad material entre los colectivos o grupos. Por tanto, los rasgos que diferencian y justifican las acciones positivas son criterios de diferenciación respecto de los cuales el Estado impone la no discriminación, por lo que con ellas no se pretende compensar por una situación de discriminación individual, sino por la pertenencia a un grupo socialmente discriminado¹⁸.

Por otra parte, A. MONTOYA, defiende que la figura de las acciones positivas compensa las situaciones de discriminación histórica a la que se han visto sometidos determinados grupos de la sociedad, mediante el reconocimiento de ventajas o beneficios. Siendo, por tanto, una medida antidiscriminatoria empleada para corregir la nula o escasa presencia de la mujer en determinados ámbitos¹⁹.

Analizando la constitucionalidad de las acciones positivas, se deben diferenciar las acciones positivas moderadas de las denominadas de discriminación inversa. Las primeras excluyen el empleo de cuotas, no causando perjuicios a terceros, mientras que las medidas de discriminación inversa consisten en cuotas reservadas a determinados grupos discriminados en los procesos selectivos. Asimismo, debemos hacer alusión a las denominadas acciones falsamente protectoras de la mujer, que guardan semejanzas con las acciones positivas respecto que ofrecen ventajas a las mujeres, pero en el fondo, son expresiones que hacen ver a la mujer como un ser inferior y necesitado de tutela.

¹⁸ Cit. por GÓMEZ ORFANEL, G.: “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 9, 2008, pp. 382 y 383; GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 64 y ss.

¹⁹ Cit. por GÓMEZ ORFANEL, G.: “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 9, 2008, pp. 383 y 384; MONTOYA MELGAR, A.: “Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en MONTOYA, A (Coord.): *La igualdad sustancial de mujeres y hombres*, Civitas, 2007, pp. 25-78 (pág. 74).

1.2. Valoración de las acciones positivas por los tribunales

En atención a las decisiones jurisprudenciales en el ámbito comunitario con respecto a las acciones positivas, la STJUE de 17 de octubre de 1995, caso *Kalanke*, C-450/93, supuso el primer caso donde se abordó la legitimidad de una acción positiva resolviéndose en sentido negativo. La decisión de la jurisprudencia comunitaria generó comentarios doctrinales críticos al respecto, sin embargo, posteriormente se demostró que la decisión del tribunal no deslegitimaba de forma genérica las acciones positivas, sino una acción positiva intensa, que se caracterizó por la preferencia absoluta en la contratación de una mujer a igualdad de méritos profesionales con un varón mientras subsistiera una situación de infrarrepresentación en la categoría y en todas las categorías. Posteriormente, la STJUE de 11 de noviembre de 1997, caso *Marschall*, C-409/95, introdujo una matización, entendiéndose que la medida será legítima cuando se introduce una cláusula de apertura, mediante la cual “se garantiza a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino”, por lo que con base a esta decisión, la aplicación de estos criterios no puede entenderse como discriminatoria²⁰. Por lo tanto, la jurisprudencia del TJUE tras alguna precisión (caso *Kalanke* 1995), ha aceptado las acciones positivas (*Marshall, Badeck, Anderson y Lommers*)²¹. La LOIEMH, tomando como referentes estos casos, reformó el art. 17 ET, permitiendo las mal llamadas cuotas de desempate en el derecho privado, al conceder a la negociación colectiva “establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones (...) 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 profesional de que se trate”²².

²⁰ LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: op. cit., pág. 109.

²¹ GÓMEZ ORFANEL, G.: op. cit., pág. 381.

²² LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: op. cit., pág. 110.

En cuanto a la evolución de la doctrina de los tribunales españoles, es esencial hacer referencia a las sentencias más representativas del Tribunal Constitucional²³. El *leading-case*, es la STC 128/1987, de 16 de julio, donde se afirma que “la actuación de los Poderes Públicos para remediar (...) la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (...) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables” no es discriminación.

Siguiendo esta doctrina, en la STC 128/1987, de 16 de julio, se considera que el plus de guardería que se reconoce al personal femenino y no al masculino, es una medida de acción positiva para que las mujeres que son madres en la empresa puedan conservar su trabajo mediante la facilitación del cuidado de los hijos. Asimismo, nos encontramos con dos sentencias más donde se reconocen las acciones positivas como medidas de discriminación positiva legítimas, justificando en una (STC 19/1989, de 31 de enero) que la pensión de jubilación sea mayor para las mujeres, de modo que se compense sus inferiores condiciones laborales, y en la otra (STC 109/1993, de 25 de marzo), la regulación del permiso de lactancia de titularidad solo femenina. Sin embargo, las dos decisiones reafirman roles tradicionales.

Esta jurisprudencia fue elogiada porque introdujo el concepto de acción positiva, pero no fue acogida del mismo modo en cuanto a su aplicación. Esto se debe a que se basaban en una consideración de la mujer social y jurídica inferior. De tal forma, tanto el caso de la STC 128/1987, como los otros dos mencionados, o no se han reiterado o se han resuelto en sentido contrario a su doctrina, siendo considerada discriminatoria en la STJUE de 30 de septiembre de 2010 la titularidad femenina del permiso de lactancia²⁴.

El TC tras estas sentencias ha intentado diferenciar las acciones positivas de las denominadas falsamente protectoras, en este sentido encontramos las siguientes sentencias:

²³ GÓMEZ ORFANEL, G.: op.cit, pp. 384 y 385.

²⁴ LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: op. cit., pp. 108 y 109.

- STC 28/1992, caso Compañía Telefónica, el TC se pronunció sobre un plus de transporte nocturno concedido exclusivamente a las trabajadoras, considerando inconstitucional la medida al considerar que no se buscaba compensar una desigualdad de partida logrando una igualdad efectiva, sino que, por el contrario, respondía a una concepción de la mujer trabajadora no igual.

- STC 317/1994, en este caso, el Tribunal desestimó un recurso de amparo de una trabajadora por la no aplicación de una disposición que le reconocía el derecho a una indemnización por contraer matrimonio y, en consecuencia, poner fin al contrato de trabajo.

- STC 38/1986, en este caso, se declaró inconstitucional una norma sobre el descanso nocturno de las mujeres trabajadoras al considerar que no tenía como finalidad su promoción real y efectiva.

En consecuencia, para que una medida de acción positiva sea válida y por tanto constitucional, es necesario que: en primer lugar, se constate la situación de discriminación social en perjuicio del grupo al que se pretende favorecer (STC 128/1987 y STC 269/1994); en segundo lugar, tenga carácter temporal (STC 128/1987); y, en tercer lugar, sea razonable y proporcionada, es decir, idónea y necesaria (STC 229/1992 y STC 269/1994)²⁵.

2. VÍAS PARA LA ADOPCIÓN Y PROMOCIÓN DE MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

La Responsabilidad Social Empresarial supone la integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales, por lo que, para ser calificada como socialmente responsable ésta debe esforzarse por lograr la igualdad real entre mujeres y hombres²⁶. Asimismo, según establece el art. 45.1 LOIEMH, es obligación de las empresas respetar la igualdad de trato y de oportunidades en atención a la realidad laboral adoptando medidas para cumplir con esta finalidad como son las acciones

²⁵ GÓMEZ ORFANEL, G.: op.cit, pp. 387-389.

²⁶ SENENT VIDAL, M.J.: “Crisis, responsabilidad social empresarial y perspectiva de género”, en AA.VV. (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 584.

positivas. En este sentido, a las competencias que el art. 64 ET reconoce al comité de empresa, se añade una nueva labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres²⁷.

Las medidas de acción positiva tienen un carácter voluntario para las personas físicas y jurídicas, patente en el art. 11 LOIEMH, y su fin es corregir situaciones manifiestas de desigualdad de hecho que han sufrido las mujeres respecto a los hombres. Por tanto, estas no pueden ser impuestas al empleador privado salvo que las haya asumido de manera voluntaria como obligación al negociar un convenio en los términos previstos en el art. 43 LOIEMH.

Cuando nos encontremos con empresas de cincuenta o más trabajadores, *“las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad”*, tal y como refiere el art. 45.2 LOIEMH, así como cuando lo establezca el convenio colectivo (art. 45.3 LOIEMH), pudiendo adoptarse medidas de acción positiva como parte del contenido que integra el plan de igualdad.

No obstante, cuando las características de la empresa no le obliguen a implantar determinadas medidas, la empresa igualmente debe seguir garantizando la igualdad real como obligación que afecta a todas las empresas y a la que se refiere la LOIEMH. Es a esos efectos cuando la empresa puede de forma voluntaria decidir adoptar medidas de acción positiva. En este caso puede negociarlas en convenio colectivo autoimponiéndose la obligación de adoptarlas y, por tanto, el compromiso de cumplirlas, o bien, puede adoptarlas de forma voluntaria y unilateral sin previo compromiso en convenio colectivo.

Por tanto, solo será posible la imposición de las medidas de acción positiva en aquellas contrataciones que realicen las Administraciones Públicas, empresarios públicos y/o para las empresas privadas que pretendan obtener contratos del Estado, y por parte de

²⁷ MARTÍNEZ, F.C., y TRIGUEROS, C.S.: “La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”, *Anales de Derecho*, núm. 25, 2007, pág.348.

tribunales y jueces como sanciones positivas, es decir, como instrumentos orientados a resarcir la discriminación (art. 45.4 LOIEMH).

Respecto a las medidas de acción positiva adoptadas por la empresa como parte del plan de igualdad, éstas serán incluidas en el mismo cuando, atendiendo al resultado mostrado por el diagnóstico de la situación en el ámbito laboral y a los objetivos fijados en relación con dicho resultado, fuera aconsejable como estrategias y acciones que lo conforman por su efectividad para garantizar la igualdad real. Estas medidas deben ser coherentes, racionales y proporcionales con los objetivos fijados, formando parte de un todo identificable con el plan de igualdad como conjunto sistemático de medidas a favor de la igualdad.

En cuanto a las medidas de acción positiva adoptadas por la empresa como instrumento para alcanzar la igualdad real ex art. 45.1 LOIEMH, cuando sea posible se negociarán con los representantes de los trabajadores en un convenio colectivo o en un pacto de empresa, cuando no exista esta posibilidad, por no haber representantes o por no llegar a un acuerdo, se podrán adoptar voluntariamente por el empresario, como ya se ha mencionado, para dar cumplimiento a su obligación respecto a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres²⁸.

La posibilidad de que los convenios colectivos acojan medidas de acción positiva puede encontrar cobertura jurídica con la regulación de la autonomía negocial que hace el art. 85.1 ET en su segundo párrafo, en el cual se expone que *“sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”*. Asimismo, el art. 17.4 ET lo manifiesta de modo explícito: *“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*

²⁸ FABREGAT MONFORT, G.: op. cit., pp. 29-45

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". De igual modo, el art. 43 LOIEMH ratifica la posibilidad de que se negocien medidas de esta índole siempre que las partes cumplan con la legitimación y el proceso negocial cumpla en términos generales el ET (arts. 87 y ss. ET).

Así pues, la vía de la negociación colectiva se estima como la mejor para adoptar medidas de acción positiva como forma específica de cumplir con la obligación que se impone a las empresas de garantizar la igualdad, sin embargo, cualquier tipo de negociación constituye cauce hábil para que se introduzcan medidas de ese tipo²⁹.

Con todo, puede que las empresas no puedan recurrir a la negociación colectiva para pactar las medidas de acción positiva, en casos, por ejemplo, en los que no haya representación de los trabajadores o en los que habiendo convenio no se llegue a un acuerdo. Si a pesar de ello el empresario decidiera adoptarlas, se entiende que podrá hacerlo de forma voluntaria y unilateral. Asimismo, la empresa que actúe garantizando la igualdad y la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres recibirá un distintivo por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en materia de igualdad, como dispone el art. 50 LOIEMH, de manera que *"se reconozca a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios"*.

Una vez las medidas de acción positiva han sido adoptadas de manera voluntaria y unilateral, negociadas en convenio o introducidas como parte del plan de igualdad devienen de obligado cumplimiento, debiendo cumplir con los requisitos necesarios para garantizar su constitucionalidad. Requieren en el momento de ser adoptadas valorar y ponderar su necesidad y estudiar si su fijación cumple con los requisitos que determinan su legalidad para garantizar el principio de igualdad y no discriminación.

²⁹ MARTÍNEZ, F.C., y TRIGUEROS, C.S.: op. cit., pp. 347 y 348.

Por consiguiente, se debe realizar en primer lugar un diagnóstico de la realidad laboral, analizando de manera exhaustiva la situación en la que se encuentran las mujeres y detectando el tipo de discriminación al que se enfrentan, pudiendo ser: directa al recibir un trato distinto por su condición de mujer o de madre, o indirecta al aplicarse criterios que pese a parecer neutros no lo son, y también deberá valorarse la posible existencia de una discriminación social.

Elaborado el diagnóstico de la situación real de la mujer y en atención al grado de discriminación manifiesto, se podrá determinar la adopción de las medidas necesarias para hacer frente a esta situación y el modo en que deben adoptarse, así como su duración, debiendo asegurar que sean adecuadas e idóneas para el fin que se pretende alcanzar, no debiendo beneficiar de manera discrecional y arbitraria a las mujeres.

De tal forma, mientras los beneficios superen los perjuicios, se entenderá que estas medidas acordadas superan el juicio de proporcionalidad y razonabilidad a la que el TC condiciona su legalidad³⁰.

2.1. Posibles ámbitos de implantación de las medidas de acción positiva

Las medidas de acción positiva, adoptadas desde la generalidad de la empresa, pueden resultar un buen instrumento para atajar la discriminación en las siguientes realidades de la relación laboral: acceso a la empresa, ascenso y formación profesional.

En primer lugar, respecto a las medidas de acción positiva en el acceso a la empresa, debemos tener en cuenta tres momentos distintos: el de las ofertas de empleo, el proceso de selección y el acto de contratación. Para llevar a cabo dichas medidas es necesario hacer un diagnóstico de la realidad en la que van a aplicarse. Si existe una discriminación efectiva y persistente, apreciable desde la consideración de la discriminación directa y/o indirecta, será necesaria su aplicación.

Como buenas prácticas negociales, no pueden quedar al margen de las medidas que se adopten en la empresa a favor de la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres las ofertas de empleo, suponiendo que el análisis de la realidad aconsejase

³⁰ FABREGAT MONFORT, G.: *op. cit.*, pp. 29-45.

adoptar medidas de acción positiva para erradicar la discriminación que sufre el colectivo femenino en su ingreso en la empresa. En este sentido, como una buena práctica dentro de la empresa se podrían adoptar cuotas que podrán establecerse por medio de la negociación colectiva en beneficio del sexo menos representado (art. 17.4 ET)³¹. Estas permiten no solo delimitar el número de personas que es necesario contratar para erradicar la discriminación, sino que en su aplicación práctica obligan a hacerlo.

Para garantizar que esta medida se ajusta al texto constitucional, la oferta deberá ir dirigida al colectivo beneficiario de la medida. Asimismo, hay que constatar que en la oferta se exige a los candidatos poseer los requisitos que legal y convencionalmente son necesarios para llevar a cabo la prestación laboral. Dicha medida se mantendrá mientras se constate que en el acceso al empleo ser mujer incide desfavorablemente para acceder a un empleo. Además, se exige que la medida sea necesaria, adecuada e idónea, así como, razonable y proporcional. Siempre y cuando el beneficio sea mayor que el perjuicio la adopción de la medida de acción positiva será constitucionalmente aceptable.

Frente a esta medida, autores como ZOCO ZABALA, consideran que para garantizar el doble significado formal y material de la igualdad en el ámbito del acceso y permanencia en el empleo, no es posible el acceso al empleo por cuotas en función del número de mujeres u hombres que haya en cada sección, debiendo el empresario atender únicamente a los méritos y la capacidad, de esta forma, solo a igualdad de méritos y capacidad, pueden acceder hombres o mujeres a un puesto en la que unos grupos de población u otros se encuentran infrarrepresentados³².

Refiriéndonos al proceso de selección, la medida de acción positiva puede realizarse por un tribunal o por el propio empleador, por lo que no es ilegal que el proceso de selección recaiga en exclusiva sobre la libre decisión empresarial, sin confundir

³¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 98.

³² ZOCO ZABALA, C.: “Planes de igualdad en las empresas: requisitos y buenas prácticas”, en AA. VV (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresa desde la igualdad de género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 627.

discrecionalidad empresarial con arbitrariedad y teniendo en cuenta que el límite de la libertad empresarial se encuentra en el obligado respeto a los derechos fundamentales del art. 14 CE. En este sentido, lo importante es que la persona seleccionada forme parte del colectivo en cuestión y cumpla con todos los requisitos que se exigen.

En cuanto al acto de contratación, tan legítimo es un proceso objetivo como una selección y contratación producida desde la autonomía de la voluntad empresarial en el lícito ejercicio de la libertad de empresa. En aplicación de la medida de acción positiva, la candidata contratada debe cumplir con los requisitos necesarios para el desempeño de sus funciones.

En segundo lugar, en relación a las medidas de acción positivas a aplicar estando vigente la relación laboral, siempre que se cumplan con los requisitos que determinan su adecuación al texto constitucional, las medidas de acción positiva se pueden adoptar respecto a todos los aspectos laborales en que sea necesario. No obstante, en adelante me referiré únicamente al ascenso y la formación profesional que pueden tener conexión con la división vertical del mercado de trabajo.

Por lo que se refiere al ascenso, la regulación del mismo es peculiar, ya que en caso de no pactarse en convenio colectivo el procedimiento que en la empresa va a seguirse, la determinación del trabajador que va a ascender dependerá del propio empleador, tal y como dispone el art. 24 ET. De pactarse una medida de acción positiva se le impondría al empleador el colectivo de trabajadores al que debe ascender para erradicar la discriminación existente, pero sin llegársele a señalar la persona en concreto que ascenderá. Para aplicar las medidas de acción positiva es necesario que en esa empresa exista discriminación en el ascenso (aplicable al sector).

En caso de que el procedimiento de ascenso dependa de la voluntad del empresario, este deberá tener en cuenta la medida positiva adoptada, debiendo ascender a un trabajador del colectivo al que se destine la aplicación de la medida.

Por el contrario, en caso de que el ascenso esté regulado por convenio, la imposición de una medida de acción positiva supondría: que en el ascenso que se produce en puestos

inferiores, si los candidatos tienen la misma antigüedad, ascenderá el que pertenezca al colectivo al que se destina la medida. Cuando la antigüedad fuera distinta, si es el varón el que ostenta mayor antigüedad, se entiende que, pese a la aplicación de la medida de acción positiva, ascenderá el varón antes que la mujer. El criterio de antigüedad será considerado discriminatorio y por tanto nulo e inaplicable si con este se beneficiara a más hombres que a mujeres sin estar justificado.

En el puesto intermedio, si el ascenso se rige por concurso de méritos, ante igualdad de méritos, el ascenso correspondería a la mujer. En el supuesto de que el varón tenga más méritos, solo cuando estos méritos sean legal y convencionalmente méritos relevantes en atención a la prestación a realizar, se podrá exceptuar la aplicación de la medida de acción positiva.

En los puestos superiores, en caso de que la ocupación de estos puestos dependa por convenio del empresario, el ascenso deberá producirse entre el colectivo de mujeres, en el supuesto de que no haya mujeres en la empresa a quienes ascender se puede llevar a cabo una contratación directa de una trabajadora, o, en su caso, se puede contratar a una mujer en el escalafón inferior para, posteriormente, promocionar para ese puesto en el momento que quede vacante.

Las medidas de acción positiva respecto a los ascensos durarán el tiempo que dure la desigualdad en este ámbito, limitándolas temporalmente al momento en el que se adecúe el régimen de ascensos a la igualdad de oportunidades.

Referente a los procesos de formación en la empresa, el ET no obliga al empresario a dotar de formación a sus trabajadores, pero en caso de que lo haga, los acuerdos sobre formación le supondrán ciertas ventajas fiscales. Esta estrategia es empleada por el Estado para fomentar que se invierta en la formación de la plantilla, el problema se plantea a la hora de determinar que trabajadores recibirán dicha formación, ya que la existencia de una doble segregación horizontal y vertical, corroboradas por las estadísticas, está conectada con la formación de los trabajadores en la empresa.

Para adoptar medidas de acción positiva en relación a la formación se debe analizar la realidad de la empresa, si nos encontramos con que el número de mujeres que ascienden y en cuya formación se invierte es menor que el de los hombres estamos ante una discriminación evidente haciéndose necesaria la aplicación de estas medidas. Por tanto, en caso de concurrir dos trabajadores a un proceso formativo por parte de la empresa y siendo de diferente sexo, se formará a la mujer por formar parte del colectivo infrarrepresentado.

La posibilidad de adoptar medidas de acción positiva en otras materias jurídicas estando vigente la relación laboral dependerá de la realidad ante la que nos encontremos que determinará la necesidad que puede haber en un momento puntual de aplicar dichas medidas. Entre estas materias encontramos la movilidad funcional y el despido colectivo.

Con respecto a la movilidad funcional, cuando en atención a la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el empresario deba cambiar las funciones de alguno de sus trabajadores a un nivel lateral o a uno superior, el art. 39 ET le permite hacerlo siempre que respete el procedimiento que marca la Ley y los derechos del trabajador afectado. En caso de movilidad funcional superior, si el trabajador realiza funciones superiores durante más de seis meses en un año u ocho meses durante dos años, o el plazo que al respecto estableciera el convenio, tendrá derecho a reclamar la promoción automática. Cuando en el nivel de esas funciones superiores a las que se va a movilizar no existan mujeres o la presencia de las mismas fuera inferior al de hombres, es de aplicación una medida de acción positiva pudiendo poner fin a la división vertical por géneros que encontramos en el mercado de trabajo.

Debemos tener en cuenta, como en los casos anteriores: la realidad de la empresa, que la adopción de la medida esté justificada, la existencia de la necesidad de alcanzar una igualdad real, debe ir dirigida a un grupo social (colectivo femenino) y no a una persona concreta, la mujer debe tener méritos suficientes para ocupar el cargo, debe adoptarse la medida en un momento en cuestión y no con vocación de permanencia, y debe ser necesaria e idónea, así como proporcional y razonable.

Por tanto, para que las medidas de acción positiva se apliquen en la movilidad funcional de carácter lateral y superior solo es necesario que lo contemple el convenio colectivo o que lo decida el propio empresario.

En relación a los despidos, de concurrir causa, el empresario puede acudir a un despido colectivo y extinguir el contrato de todos o parte de sus trabajadores mediante la formalización de un expediente de regulación de empleo. En el marco de ese expediente, el empresario y los representantes de los trabajadores pueden ponerse de acuerdo para determinar que trabajadores se verán afectados por el mismo en el periodo de consultas, en caso de desacuerdo, será la autoridad laboral la que lo determine. En caso de que quedara constatado que la presencia de las mujeres en la empresa es inferior a la de los hombres, se podrá aplicar medidas de acción positivas para garantizar la igualdad en el seno de ese expediente. Para la adopción de las medidas se debe valorar la concurrencia de los requisitos de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad³³.

2.2. Cláusulas de acción positiva en el acceso al empleo y en la promoción profesional en los convenios colectivos

Las medidas de acción positiva, como he mencionado en apartados anteriores, pueden pactarse en convenio, formar parte de un plan de igualdad o imponerse directamente por el empleador, sin embargo, lo habitual es que estas medidas se pacten en convenio colectivo.

Estas medidas hallan en los mecanismos de acceso al empleo dispuestos por la negociación colectiva un notorio ámbito de actuación (art. 43 LOIEMH/ art. 85.1 ET/ art. 17.4 ET). Esto se debe a que la regulación convencional sectorial a nivel estatal de las fases de ingreso al trabajo y de promoción interna resulta escasa, tanto por el número de cláusulas como por su nula repercusión a nivel práctico, adquiriendo las acciones positivas la condición de verdaderas excepciones³⁴.

³³ FABREGAT MONFORT, G.: op. cit, pp. 47-73.

³⁴ AROCHENA, J. F. L., DOCAMPO, B. F., PROL, F. F., y PEREIRO, J. C.: “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, *Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones*, 2008, pp. 124 y 125.

A este respecto, las organizaciones firmantes del IV Acuerdo para el Empleo y Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020³⁵, consideran que la negociación colectiva “puede contribuir a asegurar la igualdad, estableciendo, en su caso, medidas o criterios que contribuyan a superar posibles situaciones de desigualdad en que se puedan encontrar las personas en el ámbito laboral (...) teniendo un efecto positivo que va más allá del propio centro de trabajo y de aquellos a quienes se aplica un convenio colectivo”. Asimismo, estiman que “la negociación colectiva permite contribuir a la igualdad de trato y de oportunidades en las empresas respondiendo a la diversidad actual de las plantillas y de la sociedad y consiguiendo aprovechar el potencial humano, social y económico que supone esta diversidad”. De igual modo, en materia de igualdad de género, dichas organizaciones consideran adecuado incluir en el ámbito de sus competencias “criterios en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, a tener en cuenta en la negociación colectiva, sobre: incorporación de cláusulas de acción positiva; establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación; eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional; subsanación de diferencias retributivas e incorporar medidas o criterios que mejoren el acceso al empleo, la promoción y la formación, prestando especial atención a la contratación de mujeres en aquellos sectores en los que se encuentran subrepresentadas”³⁶.

Así, cabe reseñar las cláusulas de acción positiva de los siguientes convenios colectivos:

En materia de acceso al empleo, el artículo 11 del XX Convenio Colectivo general de la industria química³⁷, en referencia a los ingresos dispone que “para hacer efectivo el principio de acción positiva señalado en el artículo 18 del presente Convenio deberán establecerse en la empresa exclusiones, reservas y preferencias en las condiciones de contratación de forma que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o función de que se trate”. Asimismo, el citado artículo 18 señala: “para contribuir eficazmente a la

³⁵ BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018 donde se prorroga el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 en sus propios términos.

³⁶ MARTÍNEZ, F.C., y TRIGUEROS, C.S.: op. cit., pág. 350.

³⁷ BOE núm. 191, de 8 de agosto de 2018.

aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo en general, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate”.

En el mismo sentido, el Convenio Colectivo provincial agropecuario de Cuenca 2018-2019³⁸, para garantizar la representación femenina en el sector, establece en su artículo 6 que, “teniendo en cuenta la situación de los colectivos con difícil acceso al empleo, como son las mujeres, las partes firmantes de este convenio coinciden en la necesidad de diversificar los puestos y categorías a los que las mujeres han venido teniendo acceso. Asimismo, en igualdad de condiciones de idoneidad, tendrán preferencia para su contratación las personas del género menos representado en el grupo profesional en que se integre la vacante que se pretende cubrir”. Por su parte, el Convenio Colectivo de la empresa regional del campo en Canarias 2016-2018³⁹, ubica en su artículo 84 medidas para garantizar el principio de igualdad y dispone que, “las empresas podrán establecer medidas de acción positiva, tales como, establecer reservas de preferencia 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 que se trate”.

En lo relativo a formación y promoción, el VI Convenio Colectivo estatal del ciclo integral del agua 2018-2022⁴⁰, en su artículo 26, dispone que “las empresas contribuirán eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, desarrollando una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, formación y promoción, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tendrán preferencia las personas más capacitadas en el grupo profesional de que se trate”.

³⁸ BO de la Provincia de Cuenca núm. 130, de 12 de noviembre de 2018.

³⁹ BOC núm. 205, de 23 de octubre de 2018.

⁴⁰ BOE núm. 238, de 3 de octubre de 2019.

También debemos destacar, en cuanto a promoción en el seno de la empresa, el artículo 81 del XXI Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales⁴¹, mediante el cual se instaura el sistema de concurso oposición como único cauce de promoción siguiendo las siguientes reglas: “una vez aplicados los criterios establecidos en el artículo 24 del Estatuto de los Trabajadores, en igualdad de condiciones se atribuirá el ascenso según el siguiente orden de prioridades: 1º la persona del sexo menos representado del nivel profesional en el centro de trabajo, y 2º la persona del sexo menos representado en la empresa”.

Siguiendo el mismo discurso, el ya citado Convenio Colectivo de la empresa regional del campo en Canarias, en su artículo 84, dispone que, “la Comisión de Igualdad podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado”. De igual modo, el Convenio Colectivo de trabajo del sector de limpieza de edificios y locales de Soria 2018-2021⁴², en su artículo 37, contempla las siguientes acciones positivas: “la preferencia para el ingreso del género menos representado sin que ello se haga en detrimento de los méritos e idoneidad de otros trabajadores; la fijación de criterios que favorezcan la contratación, formación y promoción del género menos representado en el grupo profesional de que se trate; la fijación de criterios de conversión de contratos temporales a fijos que favorezcan al género menos representado que, en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad; el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género; y, el establecimiento de cuotas en términos de porcentajes de mujeres y hombres para lograr una distribución más equilibrada en los puestos de responsabilidad”.

De manera general el Convenio Colectivo provincial para el sector de oficinas y despachos de Valladolid⁴³, en su artículo 38, establece que, en aras de garantizar la

⁴¹ BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2018.

⁴² BO de la Provincia de Soria núm. 94, de 17 de agosto de 2018.

⁴³ BO de la Provincia de Valladolid núm. 104, de 8 de mayo de 2015.

igualdad de condiciones, “las partes afectadas por este convenio, y en la aplicación del mismo, se comprometen a promover el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por razones de sexo, estado civil, edad, raza, nacionalidad, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razones de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados los empleados por razones de disminuciones psíquicas o sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Este compromiso conlleva, igualmente, el remover los obstáculos que puedan incidir en el no cumplimiento de la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, así como poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para corregir posibles situaciones de discriminación”.

En cuanto a los convenios colectivos de empresa, en materia de acceso al empleo y contratación, el Convenio Colectivo de EMULSA (Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón, S.A.)⁴⁴, en su artículo 40, contempla el sistema de conversión en indefinidos de las personas con categorías de peón vinculados a la empresa con contratos de duración determinada y garantiza la aplicación de acciones positivas para favorecer la estabilidad en el empleo de sus trabajadoras: “se tendrán en cuenta las medidas de acción positiva necesarias para lograr el cumplimiento de los objetivos del Plan de Igualdad de Emulsa”. De igual modo, el XII Convenio Colectivo de Repsol Petróleo, S.A.⁴⁵, en su artículo 80, como objetivo para mejorar la posición laboral de las mujeres en relación a su empleo y carrera profesional en las empresas del grupo, se compromete a “la adopción de programas de acción positiva, apoyándolos en instrumentos eficaces y en financiación suficiente”⁴⁶.

Respecto al procedimiento para fijar una medida de acción positiva en convenio, debemos previamente distinguir si se trata de un convenio colectivo supraempresarial o un convenio de empresa. En ambos casos la medida obliga al empresario, no obstante, cuando el convenio sea supraempresarial esta será diseñada de forma genérica, mientras

⁴⁴ BO del Principado de Asturias núm. 71, de 26 de marzo de 2018.

⁴⁵ BOE núm. 119, de 16 de mayo de 2018.

⁴⁶ AROCHENA, J.F.L., DOCAMPO, B.F., PROL, F.F., y PEREIRO, J.C.: op. cit., pp. 125-128/ MARTÍNEZ, F.C., y TRIGUEROS, C.S.: op. cit., pp. 350-352/ CALVO MENÉNDEZ. R.: op. cit., pág. 179.

que, en un convenio de empresa, las partes al conocer la realidad empresarial pueden diseñar medidas más concretas para aspectos de la empresa en las que sea necesario recurrir a ellas garantizando la igualdad real.

De igual modo, se debe seguir el mismo procedimiento en cualquiera de los casos: en primer lugar, diseñar la obligación de negociar las medidas de acción positiva en la empresa y, en segundo lugar, concretar de forma cualitativa y cuantitativa dichas medidas. Es decir, determinar a qué materias va a afectar, en qué términos, en qué número y durante cuánto tiempo. Asimismo, deben adoptarse cumpliendo con los requisitos de temporalidad, necesidad e idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad⁴⁷.

2.3. Las acciones positivas en los Planes de igualdad

El art. 46 LOIEMH define el plan de igualdad como *“un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendente a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”*. Debemos recordar que, en el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas que deben negociar y adoptar las empresas para respetar la igualdad de trato y oportunidades y evitar cualquier tipo de discriminación entre mujeres y hombres, como obliga el art. 45.1 LOIEMH, se traduce en la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

De igual modo, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando se establezca en el convenio colectivo o cuando la autoridad laboral hubiera acordado la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración de un plan de igualdad. Por lo demás su implantación será voluntaria previa consulta a los representantes de los trabajadores (art. 45 LOIEMH). Para este último supuesto de implantación voluntaria, se prevé en el art. 49 LOIEMH el establecimiento de medidas de fomento y apoyo técnico, especialmente para las pequeñas y medianas empresas⁴⁸.

⁴⁷ FABREGAT MONFORT, G.: op. cit., pp. 75 y 76.

⁴⁸ MARTÍNEZ, F.C., y TRIGUEROS, C.S.: op. cit., pp. 359 y 360/ LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: op. cit., pág. 289.

Con base en la definición que se recoge en el ya citado art. 46 LOIEMH, entendemos que las acciones positivas forman parte de ese compendio de medidas, cuyo objetivo es erradicar la discriminación garantizando la igualdad real y sustancial entre mujeres y hombres. Por tanto, aunque la LOIEMH las independiza de los planes de igualdad, constituyen un contenido preferente y excepcional de los mismos. No obstante, debemos distinguir las medidas de acción positiva de las medidas de igualdad. Estas últimas, se configuran como medidas preventivas, garantizadoras, promocionales y correctoras de carácter amplio, mientras que las acciones positivas son medidas más concretas que lo que pretenden es erradicar la discriminación que impide alcanzar a las mujeres una situación de igualdad de oportunidades⁴⁹.

Respecto a las materias abordadas en el plan de igualdad, con carácter previo se establece un diagnóstico negociado con la representación legal de las personas trabajadoras, con el fin de evitar que se elaboren planes generales que no tengan en cuenta las necesidades concretas en cada caso, que contendrá al menos las siguientes materias (art. 46.2 LOIEMH): *proceso de selección y contratación; clasificación profesional; formación; promoción profesional; condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; infrarrepresentación femenina; retribuciones; prevención del acoso sexual y por razón de sexo*⁵⁰. Asimismo, el resto de materias no incluidas en este precepto como obligatorias, serán propuestas en la fase de programación, tiempo en el que se diseñan las políticas de igualdad, ajustadas a la realidad de la empresa; en el proceso de implantación llevado a cabo con posterioridad ya se pactan las acciones concretas; y se desarrollan de manera específica las medidas acordadas comprobando su efectividad en la fase de evaluación y control⁵¹.

Las medidas de acción positiva podrán referirse al momento previo a la contratación, la oferta de empleo y el proceso de selección y a la relación laboral vigente (retribución, clasificación profesional, formación, promoción y ascensos, modificación de

⁴⁹ CAIRÓS BARRETO, D.M.: op. cit., pp. 665 y 666.

⁵⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp.19 y 20.

⁵¹ CALVO MENÉNDEZ. R.: op. cit., pp. 186 y 187.

condiciones de trabajo y despidos)⁵². La integración de estas medidas en los planes de igualdad facilita la tarea al empresario, que cuando deba fijarlas en cumplimiento del plan de igualdad que le vincule, ya tendrá conocimiento de las medidas que son necesarias adoptar para erradicar la discriminación, únicamente, tendrá que determinar durante cuanto tiempo deben adoptarse y a que número de trabajadores debe afectar, para que sea proporcional y razonable⁵³.

Así pues, para que puedan adoptarse medidas de acción positiva en los planes de igualdad deben cumplir con lo establecido en el texto constitucional (art. 14 CE), es decir, deben ser las adecuadas para erradicar la discriminación que existe en la realidad de la empresa. Por consiguiente, como ya se ha señalado, deben tener por finalidad acabar con la discriminación de un colectivo de trabajo y no de una persona determinada, deben respetar el criterio de adecuación o idoneidad, deben responder a un fin proporcional de igualdad y ser razonables y proporcionales con dicho fin, además de tener carácter temporal (STC 41/1999⁵⁴)⁵⁵.

A continuación, veremos algunos ejemplos de las acciones positivas recogidas en los planes de igualdad de grandes compañías como: Carrefour, Urbaser, Cementos Cosmos y Decathlon.

1º. Entre los objetivos concretos y medidas del Plan de igualdad de Hipermercados Carrefour⁵⁶, para asegurar el equilibrio de mujeres y hombres en el acceso a la empresa, contemplan “introducir medidas de acción positiva que aseguren el equilibrio de plantilla y una mayor equiparación de los sexos en los distintos departamentos y grupos, de modo que, a condiciones equivalentes de idoneidad y competencia, acceda la persona del sexo menos representado”. Para el establecimiento de esta medida se emplea como indicador el “número de personas incorporados en los grupos profesionales desagregadas por sexo”. Respecto al establecimiento de medidas que apoyen la posibilidad de que los trabajadores puedan modificar su jornada y se consiga un

⁵² CAIRÓS BARRETO, D.M.: op. cit., pág. 666.

⁵³ FABREGAT MONFORT, G.: op. cit., pág. 77.

⁵⁴ STC 41/1999, de 22 de marzo (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1999).

⁵⁵ CAIRÓS BARRETO, D.M.: op. cit., pág. 665.

⁵⁶ BOE núm. 23, de 26 de enero de 2019.

equilibrio en la plantilla por sexos, se introduce como medida “la aplicación de acciones positivas en la contratación para los puestos de coordinación y mandos, haciendo hincapié en los centros de nueva apertura, para que, en condiciones equivalentes de idoneidad y competencia, se seleccione al sexo menos representado”. Para la implantación de esta medida se tienen en cuenta como indicadores “las estadísticas de puestos de coordinación y mandos contratados desagregados por sexo”. En relación a la formación, para facilitar el acceso de mujeres y hombres a especialidades formativas, se implanta como medida “la realización de acciones positivas encaminadas a facilitar el acceso de las mujeres a puestos tradicionalmente masculinizados”, empleando como indicadores “el número de formaciones realizadas por sectores, desagregadas por sexo”. En lo que se refiere a la promoción para alcanzar una presencia equilibrada de hombres y mujeres en los puestos de coordinación y mando, acuerdan como medida la “implementación de acciones positivas para incentivar la movilidad y el ascenso de los trabajadores a puestos de trabajo y grupos profesionales en las que están subrepresentadas, conforme al criterio de igual idoneidad y competencia, promociona la persona del sexo menos representado”, teniendo en cuenta como indicadores “las estadísticas de ascensos desagregadas por sexo”.

2º. El plan de igualdad de Urbaser, SA⁵⁷, dedica un apartado (apartado IV) a las acciones positivas, en el que se recoge el objetivo a alcanzar en las distintas materias objeto de análisis y las acciones a implementar tras el diagnóstico de situación realizado y de las negociaciones llevadas a cabo con los representantes de los trabajadores. En materia de selección, el objetivo es la transparencia y objetividad en los procesos que permitan valorar al aspirante en base a su idoneidad para el puesto, para ello, se persigue eliminar los elementos de discriminación en la selección “ampliando las fuentes de reclutamiento y contactando con entidades locales y Comunidades Autónomas para fomentar la contratación de hombres y mujeres en las áreas donde se encuentren subrepresentados. Tres de las acciones propuestas son: 1º “garantizar la objetividad e igualdad de oportunidades en los procesos de selección, teniendo especial cuidado para que en las ofertas que se publiquen en las plataformas de empleo, prensa o cualquier otro canal, estén exentas de lenguajes sexistas, así como de imágenes que

⁵⁷ BOE núm. 29, de 1 de febrero de 2018.

podieran denotar cualquier preferencia hacia uno u otro sexo para la cobertura de un determinado puesto objeto de selección”; 2º “conseguir que el modelo de solicitud de empleo no contenga preguntas de carácter personal o con connotaciones de género, para lo que se llevará a cabo una revisión del modelo a fin de verificar si existen puntos o preguntas que pudieran contener matices personales o de género”; 3º “habilitar como mecanismo para facilitar la consecución de la igualdad de género, el acceso a posiciones de responsabilidad en la empresa por parte de mujeres. Cuando existan vacantes en puestos de responsabilidad, y siempre que haya mujeres candidatas, con igualdad de competencias profesionales que los hombres, la opción preferente será la del sexo femenino”.

En materia de contratación, el objetivo será remover cualquier tipo de obstáculo que exista en materia de igualdad, de forma que el sexo no influya a la hora de decidir a quién contratar, garantizando el principio de presencia equilibrada. Con el fin de cumplir este objetivo se proponen distintas acciones, siendo tres de ellas las siguientes: 1º “realizar acciones de formación y sensibilización en materia de igualdad respecto de las personas que participan en los procesos de selección, contratación y promoción con el fin de garantizar la objetividad del proceso y de evitar actitudes discriminatorias. Dicha formación deberá incluir a quienes definen el perfil de cada puesto”; 2º “utilización de canales que posibiliten que la información llegue por igual a mujeres y hombres, especialmente respecto a los puestos más cualificados y a la contratación indefinida, manteniéndose el empleo de imágenes no estereotipadas y un lenguaje no sexista”; 3º “Disponer de información estadística de la situación de las plantillas en cuanto a sexos y categorías profesionales y por Comunidades Autónomas”.

En materia de salario el objetivo es garantizar que por la prestación de un trabajo de igual valor se abone la misma retribución sin que se produzca discriminación por razón de sexo. Las acciones propuestas para alcanzar el objetivo son: 1º “mantener un sistema retributivo basado en la valoración de los puestos de trabajo y en los resultados obtenidos, con independencia de las personas que ocupan el puesto”; 2º “identificar y definir de forma clara aquellos factores que, en un momento determinado, pueden motivar la atribución de una determinada ventaja salarial a los efectos de evitar que su

implantación suponga, por razón de su origen, una desventaja de un sexo respecto de otro”; 3º “garantizar que el establecimiento de la retribución variable y de los complementos relacionados con la responsabilidad del puesto se establecen con independencia del género de la persona que ocupe el puesto y de forma clara y transparente a fin de facilitar su control antidiscriminatorio”.

En materia de formación, el objetivo es garantizar una política formativa basada en la igualdad de oportunidades, para ello, se proponen las siguientes acciones positivas: 1º “propiciar que la atención a menores o personas dependientes dentro del seno familiar no suponga un obstáculo en el acceso a cursos de formación organizados por la empresa. Ante situaciones de falta de plazas disponibles, se dará prioridad durante el primer año de reincorporación, a aquellos trabajadores y trabajadoras que se hubiesen reincorporado al servicio activo, procedente de permiso de maternidad o paternidad, excedencias de guarda legal, cuidado de hijos e hijas y atención a personas mayores dependientes o con discapacidad”; 2º “conseguir que la toma de decisiones sobre la participación o no en un curso determinado esté directamente ligada a criterios objetivos relacionados con el puesto desempeñado y el grado de responsabilidad. Para ello, se analizará la relación que los contenidos de dicho curso tienen con su puesto de trabajo y con el grado de responsabilidad”; 3º “formar a todos los trabajadores y trabajadoras, y muy especialmente al personal directivo, a los mandos con responsabilidad y a las personas responsables de selección de personal, mediante campañas de sensibilización, información y formación en materia de igualdad, acoso sexual y acoso por razón de sexo, explicando todos los derechos y oportunidades que ofrece el marco legal actual e insistiendo en que los mismos pueden ser utilizados indistintamente por mujeres y hombres”.

En materia de jornada y tiempo de trabajo, el objetivo es garantizar que los empleados puedan compatibilizar su vida personal y familiar con su labor en la empresa. Para cumplir con el objetivo marcado se proponen distintas medidas de acción positiva, siendo las siguientes tres ejemplos de dichas medidas: 1º “garantizar que los padres disfrutarán de la paternidad, promocionando el ejercicio de los derechos legalmente establecidos”; 2º “realizar tomas de pulso sobre el grado de satisfacción de la plantilla

en relación a la conciliación entre su vida personal y profesional”; 3º “conseguir que las personas que se acojan a reducción de jornada no pierdan oportunidades profesionales. De este modo, todas aquellas personas que por motivos de conciliación de vida laboral, personal y familiar deban de acogerse a una reducción de jornada, estarán en igualdad de oportunidades de formación y promoción que aquellas que se encuentren en jornada completa”.

En materia de promoción profesional, el objetivo es garantizar que tanto mujeres como hombres puedan promocionar en la empresa de manera objetiva y no discriminatoria, eliminando cualquier barrera que dificultara la promoción profesional de la mujer e intentando alcanzar una presencia equilibrada entre hombres y mujeres en puestos de responsabilidad. Para ello, se proponen diversas acciones positivas, siendo ejemplo de ellas las siguientes: 1º “incrementar la participación de las mujeres en cursos específicos para acceder a puestos de responsabilidad, es decir, puestos directivos. Para ello, se facilitará la participación de mujeres en cursos que puedan tener relación con actividades directivas, bien sean de contenido técnico o de habilidades directivas”; 2º “mantener criterios objetivos, básicamente capacidad profesional y preparación técnica, en los procesos de promoción”; 3º “asegurar la transparencia y objetividad en los procesos de promoción, de forma que estos se basen en la idoneidad y capacidad de los aspirantes en un marco de igualdad de oportunidades”.

En materia de ayudas, bonificaciones y política social, el objetivo principal a garantizar es el establecimiento de medidas prácticas que permitan compatibilizar la vida profesional y personal tanto a hombres como a mujeres. Se proponen diversas acciones positivas entre las que destacamos: 1º “mantener el compromiso de que las medidas en materia de conciliación pueden disfrutarse sin perjuicio profesional o personal para el trabajador/a”; 2º “potenciar que los padres disfruten de los derechos relacionados con la maternidad/paternidad”; 3º “establecer un procedimiento de denuncia para los supuestos de acoso y/o discriminación”.

En materia de Protocolo de Acoso, el objetivo es tomar medidas para garantizar su actualización y operatividad, para ello, se propone como medida de acción positiva “el

análisis y revisión del procedimiento por si fuera preciso actualizar o modificar alguno de sus puntos”.

3º. En el plan de igualdad de Cementos Cosmos, SA⁵⁸, se establecen preferencias de selección del género menos representado ante la igualdad de méritos y experiencia, el objetivo es “ adoptar medidas de acción positiva en las condiciones de selección y contratación del género subrepresentado, de manera que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tendrá preferencia para ser contratada la persona del género menos representado en el grupo profesional o puesto de trabajo que se trate”, siendo el responsable de esta medida el departamento de Recursos Humanos de la empresa. Los indicadores de seguimiento y evaluación serán: “el número de vacantes a cubrir por áreas y segregado por género, y el número de mujeres y hombres que han ocupado dichas vacantes”.

4º. El plan de igualdad de Decathlon España, SAU⁵⁹, dentro de los objetivos específicos y medidas, contempla la adopción de medidas de acción positiva para fomentar la corresponsabilidad de los hombres en la plantilla. Dichas medidas consisten en: 1º “la realización de una campaña de sensibilización, información y formación, sobre la corresponsabilidad de los hombres de la plantilla. Añadiendo información en la que se expliquen todos los permisos relacionados con la conciliación que recoge la normativa, el Convenio Colectivo y las que contemple el Plan de Igualdad en esta materia”; 2º “posibilitar la unión del permiso de paternidad a las vacaciones según convenio, tanto las generales y no disfrutadas del año en curso, como las no disfrutadas del año anterior, en caso de que haya finalizado el año natural. Siempre que medie un preaviso mínimo de 10 días antes de la finalización del permiso de paternidad”; 3º “facilitar la posibilidad de cambio de *planning* para futuros padres con el objetivo de acompañar a clases de preparación al parto y exámenes prenatales siempre que el trabajador preavise con una antelación mínima de 10 días y justifique su propuesta”.

Como se observa, en la mayoría de los planes de igualdad analizados las acciones positivas están dirigidas a la mujer por entender que son el colectivo con menor

⁵⁸ BOE núm. 182, de 28 de julio de 2018.

⁵⁹ BOE núm. 19, de 22 de enero de 2014.

representación en las empresas. A su vez, se advierte como las materias en las que se incluyen más medidas de acción positiva son las que se refieren al momento previo a la contratación laboral, es decir, a la oferta y selección. Una vez vigente la relación laboral, son frecuentes las medidas de acción positiva en relación a la formación, promoción y ascenso, sin embargo, son menores las referentes a modificación de condiciones de trabajo, conciliación y retribución.

3. EFECTOS JURÍDICOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA

Las medidas de acción positiva no son impuestas de forma imperativa, tiene un carácter voluntario, lo que quiere decir que la Ley no puede imponerlas al empresario; sin embargo, una vez pactadas en convenio colectivo o recogidas en el plan de igualdad de la empresa, las medidas de acción positiva pasan a ser de obligado cumplimiento.

Cuando la medida de acción positiva prevista en el convenio colectivo se incumpla por parte del empresario, estaremos ante un incumplimiento de obligación convencional que encaja en la infracción 7.10 LISOS, reconociendo como infracción grave *“establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo”*. Sin embargo, debido a que el incumplimiento de la medida genera discriminación, podría entenderse que la conducta del empleador supone una infracción muy grave, pudiendo reconducirse su actuación del art. 7.10 LISOS al art. 8.12 LISOS, considerando como infracciones muy graves *“las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas (...) o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo (...)”*.

En el caso de tratarse de una medida de acción positiva que forme parte del plan de igualdad, su incumplimiento por parte del empleador supone una infracción grave, que encaja en el art. 7.13 LISOS, al *“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”*. No obstante, dicha conducta supone una

discriminación, por lo que al igual que en el supuesto anterior, la conducta del empresario encaja en el tipo infractor del art. 8.12 LISOS como una infracción muy grave.

Cuando no exista obligación de pactar medidas de acción positiva por convenio, ni obligación derivada de los planes de igualdad, el empleador no tiene que adoptar dichas medidas. A pesar de ello, si decidiera pactarlas y con posterioridad las incumpliera, su conducta sería sancionable con base en el art. 8.12 LISOS⁶⁰.

Las sanciones correspondientes a las infracciones muy graves son las siguientes: multa al empresario por una cuantía comprendida entre 6.251 euros y 187.515 euros (art. 40.1 c LISOS), y sanción accesoria consistente en la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo, con efecto desde la fecha en que se cometió la infracción, y la posibilidad de ser excluidos entre seis meses y dos años del acceso a dichos beneficios (art. 46 bis LISOS)⁶¹.

El incumplimiento de las medidas de acción positiva, además de suponer una sanción para el empresario incumplidor, genera el derecho al resarcimiento para el trabajador/a perjudicado/a de manera directa, que podrá acudir a los tribunales en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE. La persona trabajadora afectada podrá solicitar la nulidad de las actuaciones empresariales, tal y como establece el art. 17 ET, además de una indemnización por daños y perjuicios (art.183 y 25.2 LRJS). El trabajador podrá reclamar mediante el proceso especial para la tutela del derecho de libertad sindical y otros derechos fundamentales (ex. art. 177 a 184 LRJS) o por el proceso del art. 139 LRJS en caso de que la medida objeto de la controversia fuese una medida de conciliación.

Asimismo, se podrán emprender acciones legales para reclamar la nulidad del convenio o del plan de igualdad que debiendo contener medidas de acción positivas no las contemple, acudiendo al procedimiento de impugnación de convenios del art. 163 LRJS

⁶⁰ FABREGAT MONFORT, G.: op. cit., pp.82-86.

⁶¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: op. cit., pág. 208.

o recurriendo al procedimiento de conflicto colectivo en los términos del art. 153 LRJS⁶².

4. CONCLUSIONES

PRIMERA. - La discriminación histórica sufrida por las mujeres ha hecho que fuera necesario una regulación jurídica diferenciada para garantizar la igualdad de trato y oportunidades. En este sentido, la segregación en el mercado de trabajo (tanto horizontal como vertical) justifica la necesidad de la existencia de políticas activas inspiradas en el principio de igualdad sustancial tanto en el ámbito internacional, europeo y en los ordenamientos jurídicos nacionales.

SEGUNDA. – A partir de lo previsto en los artículos 14 y 9.2 CE, la LOIEMH nace para combatir todas estas manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con la eliminación de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. De esta forma, la Ley incorpora en nuestro ordenamiento jurídico las acciones positivas, como mecanismo para lograr remediar las conductas discriminatorias patentes en nuestra sociedad. Con la incorporación de las acciones positivas se busca hacer efectiva la igualdad real, permitiendo adoptar medidas específicas a favor de la mujer que consigan corregir las situaciones de desigualdad de hecho mediante instrumentos concretos y temporales y poniendo fin a futuras discriminaciones. Es una manera de garantizar, por tanto, que la mujer que quiera acceder al mercado de trabajo pueda hacerlo en igualdad de condiciones.

TERCERA. - Es preciso no confundir las acciones positivas con las falsamente protectoras de la mujer que lo que hacen es generar una discriminación encubierta al no ir dirigidas a acabar con la discriminación de trato y oportunidades, sobreprotegiendo a la mujer por la condición única de serlo, como ocurre con las decisiones adoptadas por el TC en las STC 19/1989 y STC 109/1993, donde se reafirman roles tradicionales, basándose en la consideración de la mujer como social y jurídicamente inferior.

⁶² FABREGAT MONFORT, G.: op. cit., pp. 87 y ss.

CUARTA. - Son muchas las materias respecto a las que se pueden adoptar medidas de acción positiva atendiendo a las circunstancias discriminatorias concurrentes en la realidad y para erradicar dicha discriminación es necesaria la implicación de los empresarios. En este sentido, la LOIEMH defiende que el logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no solo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones particulares.

Por tanto, la incorporación efectiva de la mujer al mercado de trabajo en condiciones de igualdad con los hombres conlleva un auténtico reconocimiento social y por parte de las empresas, de sus habilidades, destrezas y potencial, lo que supone una mejora en la competitividad y productividad empresarial. Por lo que entendemos que debe ser una prioridad para las empresas, en el contexto económico actual, alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, no solo como una obligación que le viene impuesta por la LOIEMH, sino por el hecho de que forma parte de su responsabilidad social integrar la preocupación social. Por esta razón, los empresarios deben incrementar la presencia de las mujeres en todos los sectores productivos o actividades económicas, y en todas las categorías o niveles profesionales, reconociéndolo como una cuestión de justicia social, y una oportunidad de rentabilidad económica.

QUINTA. - Las medidas de acción positiva adoptadas en las empresas resultan instrumentos eficaces para poner fin a la discriminación, en la realidad de las relaciones laborales, desde el momento previo a la relación laboral, con la oferta, el acceso y la contratación. Una vez existe relación laboral entre las partes, se pueden adoptar medidas de acción positivas que favorezcan la representación de las mujeres en la empresa según su realidad.

Es común que las medidas de acción positiva que se adopten sean en referencia al acceso, formación, promoción y ascenso, y en ocasiones a la movilidad funcional. Sin embargo, una vez analizados distintos convenios colectivos estatales, provinciales y por sector, así como, planes de igualdad de grandes compañías, observamos como apenas se adoptan medidas referentes a la conciliación de la vida laboral y familiar. Se considera necesario que se le de mayor importancia a la conciliación y que se adopten medidas en este sentido que no solo vayan dirigidas a las mujeres sino también a los hombres, para

poder garantizar de esta forma la corresponsabilidad y dejar a un lado los roles tradicionales que obligan a la mujer a quedarse en casa para cuidar de sus hijos mientras el hombre trabaja. Si se le proporcionan medios también a los hombres y garantías para acogerse a este tipo de medidas sería un paso para conseguir de manera efectiva la igualdad real entre hombres y mujeres.

SEXTA. – Es necesario destacar los planes de igualdad de Urbaser y Decathlon, que no solo adoptan medidas de acción positiva en materia de jornada y tiempo de trabajo para que sus empleados puedan compatibilizar su vida personal y familiar con su labor en la empresa, sino que, además dirigen estas medidas a los hombres de la plantilla para fomentar la corresponsabilidad, promocionando que los padres disfruten de la paternidad y permitiéndoles unir las vacaciones con los permisos de paternidad y modificar su jornada, entre otras medidas. Por tanto, que las medidas de acción positiva sean incorporadas tanto a los convenios colectivos como a los planes de igualdad, supone que el alcance y contenido sea mayor del que tendría con su mera negociación aislada, avanzando un paso más en la consecución de la igualdad.

SÉPTIMA. - Mediante la aplicación de buenas prácticas negociales, entre las que destacan las medidas de acción positiva, se puede poner fin a la segregación del mercado laboral y acabar con el techo de cristal, garantizando de esta forma la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, siendo necesario que las medidas que se adopten no se basen en diferencias biológicas sino de tratamiento entre mujeres y hombres para evitar un retroceso en la promoción de la mujer a la larga. De esta forma, se conseguirá acabar con la discriminación en el ámbito laboral aumentando el potencial de nuestra economía, ya que, como señala LÓPEZ ABELLA, si una economía únicamente saca provecho de la mitad de las personas con talento, está reduciendo su potencial de crecimiento.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AROCHENA, J.F.L., DOCAMPO, B.F., PROL, F.F., y PEREIRO, J.C.: “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, *Ministerio de Trabajo e Inmigración*,

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2008, pp.123-128.

- BALLESTER PASTOR, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp. 14-38.
- BALLESTRERO, M. V.: “Igualdad y acciones positivas: problemas y argumentos de una discusión infinita”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm.29, 2006, pp. 59-76.
- BOTTAI, R. B.: “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 6, 2007, pp. 127-147.
- CAIRÓS BARRETO, D.M.: “Diseño, aplicación y contenido de los planes de igualdad”, en AA.VV. (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresa desde la Igualdad de Género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 649-671.
- CALVO MENÉNDEZ. R.: “Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2011, pp. 167-197.
- DE CARLUCCI, A.K.: “Las acciones positivas”, *Jueces para la democracia*, núm. 41, 2001, pp. 49-69.
- FABREGAT MONFORT, G.: *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 9, 2008, pp. 379-402.
- LÓPEZ ABELLA, S.: “Nuevos retos de la igualdad real y efectiva. I. La presencia de las mujeres en las grandes empresas”, en AA.VV. (GONÁLEZ-ARES, J.A., Coord.):

Mujer, Política e Igualdad. De las palabras a los hechos, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 231-244.

- LOUSADA ARROCHENA, J.F., PEREIRO CABEZA, J. y NÚÑEZ-CORTÉS, P.C.: *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ, F.C., y TRIGUEROS, C.S.: “La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”, *Anales de Derecho*, núm. 25, 2007, pp. 343-370.
- OSBORNE, R.: “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers: revista de sociología*, núm. 53, 1997, pp. 65-76.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “El principio de igualdad en las relaciones de trabajo: la no discriminación por razón de género”, en AA.VV. (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 915-943.
- SENENT VIDAL, M.J.: “Crisis, responsabilidad social empresarial y perspectiva de género”, en AA.VV. (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresas desde la Igualdad de Género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 566-597.
- ZOCO ZABALA, C.: “Planes de igualdad en las empresas: requisitos y buenas prácticas”, en AA.VV. (MESA MARRERO, C., Dir.): *Mujeres, Contratos y Empresa desde la igualdad de género*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 625-645.

Normativa

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Convenios Colectivos y Acuerdos

- XX Convenio Colectivo general de la industria química (BOE núm. 191, de 8 de agosto de 2018).
- VI Convenio Colectivo estatal del ciclo integral del agua 2018-2022 (BOE núm. 238, de 3 de octubre de 2019).
- XXI Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de las mismas materias (BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2018).
- Convenio Colectivo de la empresa regional del campo de Canarias 2016-2018 (BOC núm. 205, de 23 de octubre de 2018).
- Convenio Colectivo provincial agropecuario de Cuenca 2018-2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Cuenca núm. 130, de 12 de noviembre de 2018).
- Convenio Colectivo provincial para el sector de oficinas y despachos de Valladolid (Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid núm.104, de 8 de mayo de 2015).
- Convenio Colectivo de trabajo del sector de la limpieza de edificios y locales de Soria 2018-2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Soria núm. 94, de 17 de agosto de 2018).
- Convenio Colectivo de EMULSA (Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 71, de 26 de marzo de 2018).
- XII Convenio Colectivo de Repsol Petróleo, S.A. (BOE núm. 119, de 16 de mayo de 2018).
- IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020 (BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018).

Planes de igualdad

- Plan de igualdad de Hipermercados Carrefour (BOE núm. 23, de 26 de enero de 2019).
- Plan de igualdad de Urbaser, SA (BOE núm. 29, de 1 de febrero de 2018).
- Plan de igualdad de Cementos Cosmos, SA (BOE núm. 182, de 28 de julio de 2018).
- Plan de igualdad de Decathlon España, SAU (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2014).