

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 32

ENERO-JUNIO 2013

PERIODICIDAD SEMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Catedrática de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

SUBDIRECTORA

M^a PILAR ARGENTE IGUAL

Directora del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA TÉCNICA

Documentación y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

Abogada.
Miembro del Consejo Rector
del Instituto Aragonés de la Mujer.

■ MARÍA JESÚS MONREAL SALDAÑA

Abogada.
Coordinadora en Zaragoza del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ ANA NAVARRO ALASTUEY

Abogada.
Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ M^a JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

Abogada.
Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

EDITA:

■ Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

Paseo María Agustín, 16, 5ª planta. 50071 Zaragoza
Tel. 976 716 720
E-mail: iam@aragon.es

■ Universidad de Zaragoza.

Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza
Tel. 976 761 000
E-mail: elosegui@unizar.es

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

■ www.unizar.es/gobierno/vr_institucionales/catedras/genero/aequalitas/aequalitas30.pdf

■ <http://www.aragon.es/IAMaequalitas>

CONSEJO ASESOR

■ RICARDO OLIVÁN BELLOSTA

Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón.
Presidente del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

■ DOLORES SERRAT MORÉ

Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.
Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza. Médica Forense. Psiquiatra.

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

Letrada. Directora de Gestión y Documentación Parlamentaria. Cortes de Aragón.

■ MARÍA JOSÉ PONCE MARTÍNEZ

Directora General de Servicios Jurídicos. Departamento de Presidencia y Justicia.
Gobierno de Aragón.

■ JOSÉ IGNACIO GUTIÉRREZ ARRUDI

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

■ ALBERTO ALLEPUZ FANDOS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

■ MANUEL GÓMEZ PALMEIRO

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

■ MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejero de Estado.
Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad Pública de Navarra.

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

■ ROBERT ALEXY

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Christian-Albrechts Universität. Kiel.

■ ALFONSO RUIZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Complutense de Madrid.

■ AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal de lo Social.

■ MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad País Vasco-Donostia.

■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Ciencias Políticas. Universidad Complutense.

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

■ LUIS NAVARRO ELOLA

Profesor Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

■ CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba

■ ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho. Universidad Jaume I de Castellón.

■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

■ ROGELIO ALTISENT

Médico de Familia. Centro de Salud Actur. Profesor Asociado de Medicina de Familia.
Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

■ AURORA LÁZARO

Médica Pediatra. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa.
Profesora Asociada de Pediatría. Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

La revista se ajustará en la selección de los artículos a los criterios de calidad informativa y de calidad del proceso editorial, indicados en el BOE núm. 266, de 7 de diciembre de 2005, apéndice 1, para que sus artículos cumplan con los requisitos exigidos para la obtención de evaluaciones positivas en los sexenios de la Actividad Investigadora (Resolución de 25 de octubre de 2005, de la Presidencia de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora).

Catalogada en LATINDEX:

<http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=11683>

Catalogada en RESH.CINDOC

Están disponibles en el buscador DIALNET todos los números de la revista, así como separadamente por autores todos los artículos publicados.

1

AEQUALITAS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista, tras el proceso de evaluación por pares.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Teléfono 976 762 117. Departamento de Derecho Público).

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

La catedrática María Elósegui.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. 50009 Zaragoza (España).

Los trabajos no excederán de diez hojas DIN A4, de 30 líneas de texto.

Los artículos se enviarán por e-mail en archivo word (elosegui@unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

AUTOR o AUTORA del LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página. AUTOR o AUTORA. REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", *Revista*, n.º, vol. (año), pp. 1-31.

Los originales deben ir precedidos de un sumario de 10 líneas en español, y 10 líneas en inglés. El título del artículo y las palabras clave deben ir tanto en español como en inglés.

3

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, necesariamente, el e-mail.

No se devolverán los originales. Se acusará recibo de todas las colaboraciones recibidas.

4

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos evaluadores externos al Consejo de Redacción, (revisión por pares, *peer reviewed*) respetando el anonimato de los autores y de los evaluadores (*double blind review*). También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno. El Consejo de Redacción tendrá la decisión última a la luz de las evaluaciones y, en consecuencia los artículos, podrán ser aceptados o rechazados para su publicación, decisión que se comunicará personalmente por escrito a los autores.

5

AEQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados.

Editorial



En este nuevo número de *AEQUALITAS* se profundiza en el tema de la trata de seres humanos, esta vez centrándose en el artículo, elaborado por la jurista Ascensión Lucea, en el derecho de la Unión Europea, que actualmente se remite a lo dispuesto en la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011, y a la Comunicación de la Comisión que incorpora la “Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la Trata de Seres Humanos (2012-2016)”, de 19 de junio de 2012.

En el Derecho español se afrontan las novedades de la reforma laboral 2010/2012 desde una perspectiva de género, con la perspicacia habitual que caracteriza al Magistrado José Fernando Lousada Arochena del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Como afirma el mismo autor: “La crisis económica sufrida en España ha obligado a la reforma de virtualmente todas las leyes básicas en materia laboral entre 2010 y 2012. El estudio aborda el análisis de aquellas reformas con incidencia sobre la situación de las trabajadoras. En especial, se analiza la reforma de los contratos de trabajo más feminizados, como son el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a distancia, la incidencia de la flexibilidad interna y la reforma de los derechos de conciliación sobre la situación de las trabajadoras, y la extinción contractual en perspectiva de género”.

Por otro lado, la Dra. Ana Marta Olmo Gascón. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha, realiza un análisis detenido del contenido de los planes de igualdad y de sus guías y directrices prácticas. Como se apunta en el sumario del artículo: “El proceso de elaboración y gestión de los planes de igualdad en empresas y administraciones públicas es sumamente complejo, y en los últimos años diferentes administraciones públicas, sindicatos más representativos y organizaciones de mujeres juristas han elaborado valiosos documentos indicando el procedimiento y los contenidos más idóneos para garantizar el principio de igualdad de tratamiento por razón de género en el trabajo. Esta labor, que ha pasado un tanto inadvertida, es revisada en las siguientes páginas en las que añadidamente, se analizan los estudios procedentes de las organizaciones sindicales que revisan las medidas contenidas en la negociación colectiva y planes de igualdad de nuestro país, destacando las que pueden considerarse como buenas prácticas para equiparar en el ámbito laboral a mujeres y hombres”.

También plantea un debate novedoso, la jurista Carmen Cheliz, de la Universidad de Zaragoza, sobre la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español en relación con la situación de la mujer gestante, su problemática y sus efectos. Con este fin se aborda, en primer lugar, el tratamiento que el ordenamiento jurídico español realiza de esta figura, prestando especial atención a la situación de la mujer gestante, para posteriormente analizar una problemática concreta que se está planteando en España en relación con esta técnica reproductiva: la inscripción en el Registro Civil español, de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Para ello, se analizan diferentes pronunciamientos de la DGRN y de órganos jurisdiccionales españoles, finalizando con un esquema argumentativo de los mismos.

El apartado dedicado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, elaborado por el Catedrático de Derecho Laboral Ricardo Ron, se ha centrado esta vez en el comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial. En palabras del autor: “En ella se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por uno de los Tribunales españoles que más se ha significado en la construcción de una doctrina sólida, consistente, estable y conceptualmente irreprochable acerca del derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y prohibición de discriminación por razón de género. Me estoy refiriendo a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En esta ocasión, la Sala gallega suscitó del Tribunal Constitucional una respuesta acerca de la posible inconstitucionalidad del inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, por posible vulneración del art. 14 de la Constitución”.

Por último cierra la revista una reseña escrita por el Dr. Tomás Aliste Santos, de la Universidad de la Rioja, sobre la novedosa monografía de Djamil Tony Kahale Carrillo, que versa sobre *El distintivo empresarial en materia de igualdad*. Este distintivo se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y constituye una auténtica medida de acción positiva en el ámbito empresarial dirigida a promocionar la igualdad de trato y oportunidades entre trabajadores con independencia de cuál sea el sexo de éstos.

María Elósegui Itxaso

Catedrática de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.
Directora de la Revista *AEQUALITAS*

LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ASCENSIÓN LUCEA SÁENZ

Licenciada en Derecho. Doctoranda en el programa de Derechos Humanos
y Libertades Fundamentales de la Universidad de Zaragoza



RESUMEN

Desde la perspectiva humanística, se parte de la realidad del fenómeno de la trata de personas, en especial mujeres y niñas, como un crimen que atenta de manera alarmante contra derechos fundamentales básicos, de grandes dimensiones y que produce ingentes beneficios económicos, dirigido fundamentalmente por las mafias del crimen organizado internacional y por ello, muy difícil de controlar. Las distintas instancias internacionales, regionales y subregionales, especialmente preocupadas por los Derechos Humanos, han desarrollado una normativa específica extensa, destinada a combatirlo. Para la Unión Europea, esta lucha constituye un reto de primer orden, que actualmente se remite a lo dispuesto en la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011, y a la Comunicación de la Comisión que incorpora la “Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la Trata de Seres Humanos (2012-2016)”, de 19 de junio de 2012.

Palabras clave: derechos humanos, trata de seres humanos, crimen organizado, Unión Europea, víctimas de trata, explotación sexual, trabajo forzado, esclavitud, servidumbre, mafias.

ABSTRACT

This paper adopts a humanistic perspective in examining the reality of the phenomenon of human trafficking, focusing in particular on its effect on women and children, it looks at human trafficking as a crime that gravely threatens the fundamental human rights of its victims and generates considerable economic benefits for the international crime rings that oversee it. The illegal nature of the organizations that direct human trafficking make it extremely difficult to control. Varying international, regional and sub-regional courts concerned particularly with human rights have developed extensive specific regulations with the aim of combatting human trafficking. For the European Union, this fight constitutes a challenge of the first order, and currently abides by the guidelines found in Directive 2011/36/UE of April 5, 2011, and the Communication of the European Commission that incorporates the “EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings (2012-2016)”, of June 19, 2012.

Keywords: human rights, human trafficking, organized crime, European Union, victims of trafficking, sexual exploitation, forced labor, slavery, servitude, mafias.

1

Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados en Palermo, Italia, en 2000. Art. 3.

A) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

B) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado A) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

C) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

D) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

INTRODUCCIÓN

El comercio con personas es un hecho histórico, en el que mujeres y hombres de todas las edades han sido esclavizados y violados, en la paz y en la guerra. En el caso de las mujeres, la “trata de blancas” proporcionó durante décadas, “objetos” de satisfacción sexual a los hombres que podían pagar por ellas. Las mujeres perdían su condición humana, pasando a ser propiedad de aquéllos que las “compraban”, para su utilización como objeto sexual.

En pleno S.XXI, esta especulación continúa, y no han desaparecido la violencia, el engaño, la mentira, la corrupción, el abuso de poder y la explotación de seres humanos, que desde hace siglos se han venido practicando.

La trata se descubre como una compleja circunstancia transnacional que hunde sus raíces en la vulnerabilidad ocasionada por situaciones de pobreza, falta de cultura democrática, conflictos y/o postconflictos, la desigualdad entre hombres y mujeres y la violencia contra éstas aceptada socialmente, la insuficiencia de oportunidades y empleo, la dificultad del acceso a la educación, la discriminación y la falta de integración social.

Aun cuando se abordan cuestiones de carácter penal, el presente artículo sitúa los Derechos Humanos como núcleo de interés.

DETERMINACIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Para comprender este fenómeno en su justa medida, ha de comenzarse distinguiendo el delito de trata del de tráfico ilícito de migrantes. Ambos tienen en común una misma problemática, que se remite a las vulnerabilidades mencionadas, y que conduce a los ciudadanos inmersos en esas circunstancias al deseo de salir de sus territorios y lograr una vida mejor. En el delito de trata de mujeres y niñas, se añade además la demanda de éstas como mercancía sexual.

Al objeto de evitar caer en la confusión de términos, ha de precisarse la definición jurídica de cada supuesto, teniendo en cuenta como elementos diferenciadores: el consentimiento, la explotación, la transnacionalidad y el beneficio económico¹.



En cuanto al consentimiento, en el tráfico ilícito de migrantes, éstos aceptan ser una parte del negocio, en tanto que las víctimas de trata nunca consienten, o si lo hicieron fue bajo coacción, engaño o abuso. El tráfico termina con la llegada de los migrantes a su destino, mientras que la trata implica la explotación persistente en el tiempo a través de cualquiera de sus formas. La transnacionalidad supone otro rasgo diferenciador importante, puesto las víctimas de tráfico de migrantes se trasladan siempre de un país a otro; sin embargo, para calificar de trata una situación concreta no resulta indispensable el hecho de que la víctima sea trasladada a otro Estado, pudiéndose producir dentro del mismo. Por último, el beneficio económico, la finalidad básica en ambos delitos, en el caso del tráfico se haya en el precio pagado por la víctima, que es el pactado antes de la entrada ilegal en otro Estado. Este beneficio, en el delito de trata se extiende más allá de la introducción clandestina, prolongándose de manera indeterminada, con lo cual se aumentan ingentemente las ganancias, a cambio de mayores abusos y vejaciones.

Precisada esta distinción, concluimos que el tráfico de migrantes supone una irregularidad poco comparable en cuanto a gravedad con la trata de seres humanos. El primero se mueve en el plano del no cumplimiento de una normativa migratoria administrativa estatal, mientras que en el segundo se vulneran trascendentalmente Derechos Humanos básicos, universalmente reconocidos, entre los que se encuentran el derecho a la vida, la dignidad, la libertad, la integridad, la salud, el derecho a no sufrir esclavitud o servidumbre forzada y a no padecer prácticas de tortura u otras formas de trato inhumano o degradante; delitos de carácter penal cuya persecución resulta primordial, y para lo cual han de adoptarse medidas obligatorias de carácter genérico que partan de la prevención, seguida por la cooperación transfronteriza entre los Estados y la coordinación de los distintos agentes².

En nuestro ámbito territorial más próximo, la implicación comprometida del Estado español en la lucha contra las mafias y redes criminales³, ejecutores fácticos del delito, se enmarca en la legislación internacional regional del Consejo de Europa⁴, y en la subregional de la Unión Europea, lo que conlleva la asunción de los principios básicos emanados de las Naciones Unidas en la materia.

LA REALIDAD DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS, EN ESPECIAL MUJERES Y NIÑAS

Según la evaluación más reciente realizada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales en la materia, en su *Estimación Mundial sobre el Trabajo Forzado 2012*⁵, calcula que 20,9 millones de personas son víctimas de trata en el mundo, entendiendo que ésta puede calificarse como trabajo forzado⁶. La cifra implica que aproximadamente tres de cada 1.000 personas se ven abocadas a una situación de trata en algún momento de su vida. Las mujeres y niñas constituyen la mayor proporción en este total: 11,4 millones (55%), en comparación con los 9,5 millones (45%) de hombres y niños. Del total de víctimas estimadas, 1,5 millones se concentran en las economías desarrolladas y la Unión Europea (7%). Los datos reflejan que mujeres y niñas se ven afectadas en mayor medida, en especial por la explotación sexual forzada. No obstante, la OIT reconoce que en sus evaluaciones, aunque utiliza la mejor metodología posible, los resultados son todavía conservadores, e insiste en la necesidad de realizar estudios primarios a nivel nacional que refuercen las bases para desarrollar políticas e intervenciones más eficaces.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁷, que lidera a nivel global la lucha contra el crimen desde 1997, en su *Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2012*⁸, constata también cómo la mayoría de las víctimas a nivel mundial, y en Europa, son muje-

2

García Arán, M. *Esclavitud y Tráfico de Seres Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

3

Sánchez García de Paz, Isabel. "La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Concepto de crimen organizado y caracterización criminológica". Boletín del Ministerio de Justicia, nº extra 2015, 2006. Como red criminal o mafia, se entiende la colaboración ordenada y preestablecida de diferentes personas, que se mantiene durante cierto periodo de tiempo y que actúan de una manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con pena de privación de libertad de al menos cuatro años.

4

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Varsovia, 16 de mayo de 2005.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Erev.pdf

Ratificación por el Estado español, BOE de 10 de septiembre de 2009:

<http://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>

5

Estimación Mundial Sobre el Trabajo Forzado 2012. Publicaciones OIT. Informe completo, en inglés:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf

6

Estas cifras no incluyen los casos de trata con fines de extracción de órganos ni los de matrimonio forzado u adopción forzada, a menos que estas prácticas den lugar a una situación de trabajo o servicio forzado.

7

Web en español:

<http://www.unodc.org/toc/es/crimes/humantrafficking.html>

8

http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf

9

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf

10

Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, de 12 de agosto de 2010

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4caae0052>

11

Tratado de la Unión Europea. Tratado de Maastricht, 1992. Versión consolidada.

http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002M/pdf/12002M_ES.pdf



12

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tratado de Lisboa, 2007. Versión consolidada.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0047:0200:ES:PDF>

13

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en un texto único, por vez primera en su historia, el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión.
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Actualmente, la Carta de Derechos Fundamentales se adjunta al Tratado de Lisboa (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en forma de declaración. Para ver las versiones consolidadas de ambos Tratados y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:
http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190esc_002.pdf

14

Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado. 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

15

Eurojust, Agencia de cooperación operativa en las fronteras exteriores de la Unión Europea (FRONTEX), Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías (OEDT), Agencia Europea de Seguridad de las redes y de la Información (EINSA), Escuela Europea de Policía (CEPOL), Oficina Europea de Policía (EUROPOL), Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE).

16

Organización Internacional del Trabajo. “*El trabajo forzoso en los países industrializados*”. 2005. (Importante: El término “trabajo forzoso” debe entenderse como “trabajo forzado”)
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_33_es.pdf

17

Acción Común 97/12/JAI, de 20 de diciembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa común para el intercambio, la formación y la cooperación de las autoridades policiales y aduaneras. DOUE 10 de enero de 1997.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1997:007:0005:0008:ES:PDF>

18

<https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>

19

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:262:0044:0050:ES:PDF>

20

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:262:0051:0058:ES:PDF>

21

Annual Activity Report 2011.
http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/2214-FRA-2012-Annual_Activity_Report_2011_EN.pdf

res y niñas. En cuanto a la trata a nivel nacional, dentro del mismo país, representa más del 25%, en aumento.

El informe refleja que se ha avanzado notablemente en la lucha contra la trata de personas tras la entrada en vigor del Protocolo de Palermo en 2003¹², desde el cual 134 países y territorios de todo el mundo han penalizado el crimen estableciendo la trata como delito específico. Pero los progresos en cuanto a las condenas continúan siendo escasos. Así, se señala que permanecen pendientes de resolver varios problemas importantes que dificultan la plena aplicación del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatirla¹³.

LA UNIÓN EUROPEA CONTRA EL DELITO

El respeto de los Derechos Humanos constituye uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea. Sus principios se recogen en el Tratado de la Unión Europea¹⁴, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁵ y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión¹⁶. La Agencia Europea de los Derechos Fundamentales vela por su acatamiento, y por la vigilancia de los supuestos del delito de trata de seres humanos, que se prohíbe expresamente en el artículo 5 de la Carta¹⁴.

La Agencia, cada vez mejor considerada, fue creada por el Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo de 15 de febrero, sustituyendo al Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. Su objetivo es brindar asistencia y asesoramiento en materia de derechos fundamentales a las instituciones y órganos comunitarios, y a los Estados miembros, en la aplicación del Derecho comunitario. Entre sus funciones, se encuentra principalmente, mantener relaciones institucionales estrechas a nivel internacional, europeo y nacional, en particular con el Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) las agencias competenciales de la Unión¹⁵, las organizaciones gubernamentales y los organismos públicos, incluidas las instituciones nacionales de

defensa de los Derechos Humanos, teniendo como objetivo cooperar y evitar duplicidades de trabajo.

Siguiendo las estimaciones de las Naciones Unidas, los beneficios anuales promedio provenientes de estos crímenes se estiman en casi 32.000 millones de dólares, de los cuales un 49% se generan en las economías industrializadas (15.500 millones)¹⁶. Los mayores beneficios per cápita se obtienen en la industria del sexo. Estas cantidades tan elevadas evidencian la existencia de entramados delictivos sofisticados, que dificultan los esfuerzos en su persecución.

El Tratado de Maastricht fijó como objetivo de la Unión Europea aumentar la seguridad ciudadana, elaborando una Acción Común en materia de cooperación policial y judicial, prevención y lucha contra la delincuencia organizada y la trata¹⁷. A partir de ésta, se estableció un programa de fomento de iniciativas coordinadas dedicadas a combatirlas. Posteriormente, se aprobó la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio, hoy sustituida por la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril.

Dos años más tarde se aprobó la Directiva 2004/81/CE del Consejo¹⁸, de 29 de abril de 2004, de permiso de residencia para las víctimas de trata. Posteriormente, las Decisiones del Consejo 2006/618/CE¹⁹ y 2006/619/CE²⁰, de 24 de julio, incorporaron al Tratado de la Unión Europea las disposiciones del Protocolo contra la trata de personas de las Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000.

En su informe del año 2011²¹, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales expuso cómo los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea resultan muy vulnerables a la explotación y los abusos en sus lugares de trabajo, e insistió en la importancia de trabajar en la igualdad de género como medida de prevención, así como en la necesidad de prestar la suficiente protección a las víctimas, elaborando una serie de disposiciones que garantizaran sus derechos. Un estudio completo sobre trata de seres humanos se incluye entre los objetivos de su plan



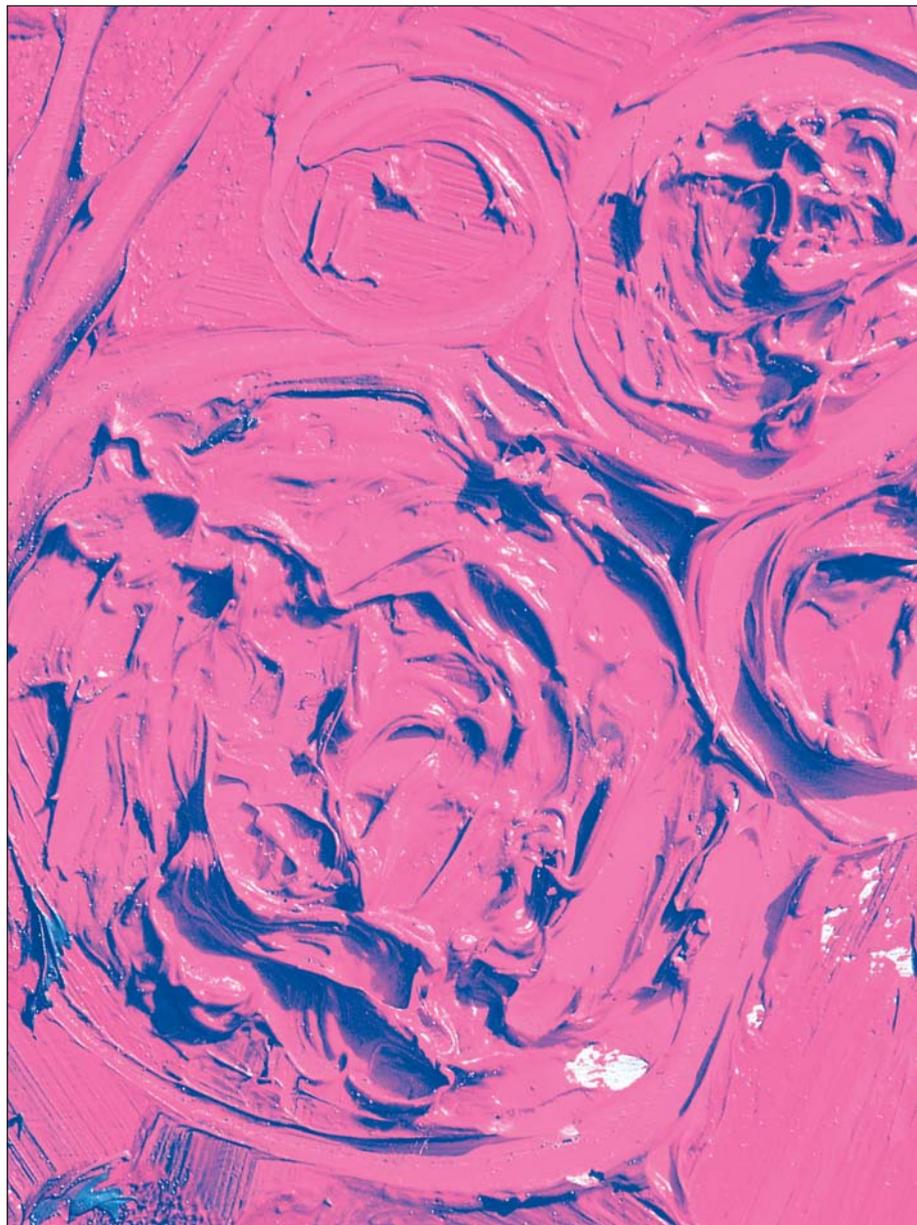
de trabajo en 2013²², en función de lo dispuesto en la Estrategia Europea a la que nos referiremos más adelante.

Por su parte, el Programa de Estocolmo²³ establece las prioridades de la Unión Europea respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el periodo 2010-2014, pretendiendo ambiciosamente hacer frente a los desafíos del futuro y reforzar aún más estos espacios, con medidas centradas en los intereses y necesidades de los ciudadanos. En éste, se recomienda el desarrollo de una estrategia de seguridad interior para la Unión Europea, dirigida a mejorar la protección de los ciudadanos y a luchar contra la delincuencia organizada y la trata de seres humanos, el abuso y la explotación sexual de los menores, y la pornografía infantil, así como contra la delincuencia cibernética y económica, la corrupción, falsificación y piratería, y contra las drogas. El Programa de Estocolmo se aplica por medio de un Plan de Acción²⁴, que se presenta como su hoja de ruta.

Por último, la normativa europea de aplicación más inmediata remite a la Directiva 2011/502/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, para la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas, y a la Estrategia de la Unión para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016).

A **Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo**²⁵.

La Directiva parte de considerar la trata de seres humanos como un delito de máxima gravedad. Se establecen normas mínimas comunes relativas a la infracción y sanciones, centrándose en el componente represivo pero añadiendo, insistentemente, la importancia de su prevención, y de garantizar la recuperación e integración social de las víctimas.



Entre las infracciones que se consideran trata de seres humanos, se encuentran la captación, el transporte o el traslado de personas mediante amenaza, uso de la fuerza, coacción, abuso de poder o aprovechamiento de su vulnerabilidad, destinadas al trabajo o servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la extracción de órganos, la adopción ilegal y los matrimonios forzados, y la explotación sexual.

Especial relevancia adquiere el reconocimiento a la especificidad del delito de trata en función del sexo, y el hecho de que mujeres y hombres sean a menudo objeto del crimen con fines diferentes.

22

Annual Work Programme 2013. Pp. 9 y ss.
http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/2234-FRA_AWP2013_EN.pdf

23

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF>

24

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo. Bruselas, 20 de abril de 2010. COM(2010) 171 final. No publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:ES:PDF>



25

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>

26

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En vigor desde el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

27

Extensión en el tiempo, comunicaciones vigiladas y repetidas, control bancario, investigaciones personales y financieras y especialmente, amenazas de represalias por parte de los delincuentes.

28

El objetivo del periodo de reflexión es la protección de los derechos humanos de la víctima, ofreciendo un tiempo razonable hasta que la víctima esté en condiciones de conocer su situación, derechos y opciones legales que tiene, así como decidir con conocimiento de causa si está dispuesta a colaborar en los procedimientos penales.

El Convenio del Consejo de Europa contra la trata establece una duración mínima de 30 días; entre los Estados el periodo varía entre 45 días y 6 meses. En España, el plazo máximo no está especificado. El Grupo de Expertos en la Trata de la Comisión Europea recomendó en 2004 que el periodo mínimo debía ser de por lo menos 3 meses. Oficina del Defensor del Pueblo, España. La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles. 2012.

29

Desde marzo de 2011, Myria Vassiladou.

<http://ec.europa.eu/anti-trafficking/section.action;jsessionid=1mpHR2PL0pFz6PqhLb0nsCp1TVcTvTdG2JM9g6LgHvG17HD4BnDy1207144150?sectionPath=About%2FCoordinator&resetSessionTagsMapping=true>

30

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:207:0014:0021:ES:PDF>

31

Comunicación: “La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura” COM (2011) En especial, 743 final, que pone de relieve la importancia de la cooperación con los terceros países de origen, tránsito y destino e identifica como uno de sus cuatro pilares la prevención y la reducción de la migración irregular y la trata de seres humanos.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0286:FIN:ES:PDF>

Repara también en el trato especial que ha de darse a los supuestos en que las víctimas sean menores, de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁶.

En relación con las penas, se fijan más severas en función de la mayor vulnerabilidad de las personas, teniendo en cuenta la edad, sexo, condiciones de salud, probables supuestos de discapacidad o embarazo de las mismas, así como el grado de enajenamiento que se emplee en la consumación del delito.

Los Estados miembros deberán velar por la protección de las víctimas de posibles actos delictivos en los que hubieran podido incurrir durante el tiempo en el que lo fueron, como el uso de documentación falsa, la prostitución o la inmigración ilegal, alentándolas a testificar en los procesos penales. En el procesamiento de los delitos, resalta la norma que no debería depender de una denuncia inicial, reconociendo el perjuicio que ello supone para los denunciantes²⁷, e insiste en la obligatoriedad de prestarles adecuada asistencia y apoyo en el proceso y después del mismo, garantizándoles un conocimiento suficiente de las garantías con que cuentan, y prestándoles asesoramiento jurídico gratuito y representación legal desde el principio. Muy importante resulta el establecimiento de un periodo suficiente de reflexión²⁸, en el que puedan recapacitar con serenidad la oportunidad de prestar declaraciones.

La protección que se les preste, continúa el texto, se apoyará en una evaluación de riesgo individual, de conformidad con los procedimientos nacionales, con duración adecuada en el tiempo, y la garantía de subsistencia en ese periodo en cuanto a alojamiento, atención médica e información, y de seguridad frente a cualquier amenaza o intimidación, así como de todo aquello que pudiera suponer una doble victimización, teniendo en cuenta la experiencia traumática que supone el proceso penal.

Se hace especial énfasis en las medidas de prevención, de sensibilización y conocimiento que han de emprenderse, dirigidas no sólo a las víctimas poten-

ciales sino también a toda la población, a través de los ámbitos de la educación y formación, fomentando especialmente la disminución de la demanda.

Los Estados deberán establecer sistemas nacionales de supervisión, con ponentes nacionales para estudiar tendencias, estadísticas y mediciones. La Coordinadora²⁹ para la lucha contra la trata de seres humanos facilitará información a los Estados e intercambiará experiencias y buenas prácticas. Los Estados facilitarán su labor.

Se establece la creación de un Grupo de Expertos en trata de seres humanos, para asesorar a la Comisión Europea sobre temas relacionados con su lucha y prevención. El grupo se constituyó con la Decisión 2011/502/UE de la Comisión³⁰, el 10 de agosto de 2011, y actualmente realiza estudios sobre el tema, ayuda a establecer políticas en contra del delito y fomenta foros sobre la cuestión.

La Directiva otorgaba como plazo a los Estados para trasponer la norma, *hasta el pasado 6 de abril de 2013*. Por otra parte, y con anterioridad al 6 de abril de 2015, la Comisión deberá presentar al Parlamento Europeo un informe que evalúe en qué medida aquéllos han adoptado las disposiciones necesarias, y preparará otro dossier antes del 6 de abril de 2016 con la incidencia de la legislación nacional que tipifique penalmente *el uso de los servicios*.

La valoración de la Directiva en su conjunto es positiva. Adopta un enfoque integrado y global centrado en los Derechos Humanos y en las víctimas, y tiene en cuenta de manera especial la dimensión de género.

B

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016)³¹.

El objetivo de la Estrategia es proporcionar un marco coherente a las medidas legislativas y políticas previs-



tas y las que se hallen en curso, fijar prioridades, suplir carencias y complementar la Directiva analizada.

Establece que la Coordinadora de la Unión Europea contra la trata supervisará su ejecución, incluyendo en sus tareas, responder a la necesidad urgente de garantizar coherencia y una planificación estratégica coordinada a nivel de la Unión, con las organizaciones internacionales y los terceros países, para abordar la cuestión de manera global.

La Comisión ha creado un sitio web³² dedicado al tema, que se actualiza regularmente y pretende funcionar como ventanilla única para los profesionales y el público en general.

Se presta gran atención a toda la normativa desarrollada a nivel internacional, partiendo del Protocolo de Palermo de diciembre de 2000, y la regional del Consejo de Europa, en especial el Convenio sobre la lucha contra la trata de personas, adoptado el 16 de mayo de 2005, también conocido como Convenio de Varsovia³³.

Los Estados miembros se erigen como los principales responsables en la lucha contra la trata de seres humanos, apoyados por la Comisión Europea en la tarea, para lo cual se tiene muy en cuenta la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Rantsev/Chipre y Rusia, demanda 25965/04, de 10 de mayo de 2010**³⁴, que constituye una referencia decisiva, al establecer la obligación clara de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias en los diferentes ámbitos que abarca el delito: captación, investigación de los hechos, el enjuiciamiento, la protección de los derechos humanos y la prestación de asistencia a las víctimas.

Son cinco las prioridades fijadas para abordar la cuestión, estructuradas cada una de ellas en una serie de acciones, que la Comisión ha de llevar a cabo a lo largo de los próximos cinco años en concertación con otros interesados, incluidas sus propias instituciones y agencias, los Estados miembros,

el Servicio Europeo de Acción Exterior, las organizaciones internacionales, los terceros países, la sociedad civil y el sector privado³⁵. Las prioridades³⁶ y sus acciones correspondientes pretenden englobar todos los aspectos en que el fenómeno de la trata de seres humanos se desenvuelve.

Prioridad A. Remite a lo relacionado con la *detección, protección y asistencia a las víctimas* de la trata. Se detectan cinco grandes necesidades de las mismas: respeto y reconocimiento, asistencia, protección, acceso a la justicia e indemnización, para cuya consecución han de establecerse los mecanismos necesarios que faciliten su integración social, comenzando con asistencia y apoyo personalizados, basados en una evaluación individual.

Prioridad B. Reúne las acciones relativas a reforzar la *prevención en la trata de seres humanos*. Parte de la necesidad de diseñar campañas de sensibilización dirigidas a consumidores y usuarios de servicios, comprometiendo en la causa a las empresas, que habrán de responsabilizarse de sus códigos de conducta³⁷, promoviendo la creación de una coalición de empresas europeas contra la trata. Al mismo tiempo, se pondrán en marcha actividades a escala de la Unión, dirigidas a grupos vulnerables o específicos, como las mujeres o menores en situación de riesgo, los trabajadores domésticos, las comunidades gitanas y los trabajadores indocumentados.

Prioridad C. Centra sus acciones en la *persecución más activa a los traficantes*, habiéndose constatado que el número total de casos enjuiciados es muy bajo. Para esto, se crearán unidades policiales nacionales multidisciplinarias, especializadas en el tema, que operarán como puntos de contacto para las agencias de la Unión, en particular Europol. También señala la importancia de garantizar una investigación financiera proactiva, teniendo en cuen-

32

<http://ec.europa.eu/anti-trafficking/>

33

http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf

34

Texto íntegro de la Sentencia en español: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Rantsev_c_Chipre_y_Rusia.pdf

35

Una política multidisciplinaria y coherente en esta lucha, requiere la participación de un grupo de actores amplio y variado, entre los que deberán encontrarse agentes de policía, guardas de fronteras, funcionarios de inmigración y asilo, fiscales, magistrados y abogados, funcionarios judiciales, inspectores de vivienda, trabajo y sanidad, asuntos sociales y organizaciones de la sociedad civil, trabajadores de los ámbitos social y juvenil, organizaciones de consumidores, sindicatos, organizaciones de empresarios, agencias de trabajo temporal, agencias de contratación y personal consular y diplomático, así como también tutores y representantes legales, los servicios de apoyo a menores y a las víctimas en general, sin olvidar tener en cuenta a voluntarios y personas que trabajan en situaciones de conflicto.

36

Prioridad A.
Detectar, proteger y asistir a las víctimas de trata de seres humanos.

Prioridad B.
Reforzar la prevención.

Prioridad C.
Perseguir más activamente a los traficantes.

Prioridad D.
Mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas.

Prioridad E.
Conocer mejor y responder eficazmente a las tendencias relacionadas con todas las formas de trata de seres humanos.

37

Campaña “Comprar de manera responsable”, de la OIM

<http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/news-and-views/press-briefing-notes/pbn-2011/pbn-listing/iom-campaign-urges-uk-consumers-to-buy-r.html>

38

GAFI. Grupo de Acción Financiera. Se creó en París en 1989 con el fin de estudiar medidas de lucha contra el blanqueo de capitales. Su mandato está renovado hasta el año 2020. El organismo supervisa el cumplimiento de sus recomendaciones a través de evaluaciones periódicas de los países miembros. Recomendaciones de febrero de 2012. Normas internacionales contra el blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/40recomendacionesgafi.pdf>



39

La investigación financiera ha sido reconocida como herramienta para la obtención de pruebas.

Las pistas financieras pueden aportar la prueba adicional necesaria a las declaraciones de las víctimas, especialmente en sectores de alto riesgo: agricultura, construcción, industria textil, asistencia sanitaria, servicio doméstico e industria del sexo. Europol: "Evolución de la amenaza de la delincuencia organizada" (EADO), 2011.

https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/es_europolreview.pdf

40

La Agencia Europea de Derechos Fundamentales, comenzará en 2014 a desarrollar una herramienta, manual o guía, para ayudar a los Estados miembros a abordar las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, que se centrará en los derechos de las víctimas, incorporando una perspectiva de género, y e interés superior del menor.

41

Para ello, se basará en la Comunicación: "Crear confianza en una justicia europea: nueva dimensión de la dimensión judicial europea".

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0551:FIN:ES:PDF>

42

Estudio del Consejo de Europa del 2007 sobre el uso ilícito de internet para la captación de víctimas de la trata de seres humanos. Actualmente, Campaña contra el discurso del odio en la web, abri, 2013

http://act4hre.coe.int/no_hate/No-hate-speech-movement/News-Archive/Call-for-participants-Respect-Responsible-attitudes-and-behaviour-in-the-virtual-social-space

43

Para los supuestos de explotación laboral, resulta muy interesante tener en cuenta la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, caso Siliadin contra Francia, de 26 de julio de 2005. Texto completo en español:

http://www.idpbarcelona.net/docs/normativa/immig/jurisprudencia/tedh/19_siliadin_contra_francia.pdf

44

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-322_es.htm

ta las recomendaciones del GAFI³⁸, para la elaboración de normas internacionales sobre la lucha contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Por su parte, los Estados miembros llevarán a cabo de manera proactiva investigaciones financieras³⁹ de casos de trata, reforzando la cooperación con las agencias de la Unión, especialmente Eurojust y la Escuela Europea de Policía (CEPOL).

Prioridad D. Incluye acciones para *mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas*. Bajo un enfoque multidisciplinario y multisectorial, se reforzará la Red de ponentes nacionales o mecanismos equivalentes de la Unión, para la recogida de datos, el análisis y la investigación, evaluando su grado de alcance. Se diseñarán mecanismos que intensifiquen la coherencia, coordinando las acciones con las de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Asimismo, se promoverá la creación de una plataforma de la sociedad civil y se revisarán los proyectos financiados por la Unión, presentando en su sitio web toda la información. Se reforzarán los derechos fundamentales en la política de lucha contra la trata, en lo cual colaborarán organizaciones y organismos que ya trabajan en ello, como la Agencia Europea de Derechos Fundamentales⁴⁰, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y el Consejo de Europa, sumándose también las organizaciones de la sociedad civil. La Comisión también coordinará las necesidades de formación en un contexto multidisciplinar⁴¹.

Prioridad E. Se dirige a *conocer mejor y responder eficazmente a las nuevas tendencias relacionadas con la trata de seres humanos*. Teniendo en cuenta

que están cambiando las formas del delito, provocando que las formas de explotación se fusionen e interrelacionen dificultando su detección, se trabajará en el desarrollo de un sistema para la recogida de datos a escala comunitaria, que los desglosará por edad y sexo, incrementando la exposición de los factores relativos a la dimensión de género, desarrollando los conocimientos sobre el tema e incluyendo la divulgación de las especificidades en la forma en que hombres y mujeres son captados y explotados, las consecuencias según el sexo de sus distintos tipos, y las posibles diferencias en la vulnerabilidad frente a la victimización y su impacto en las personas. En virtud del programa *Una internet más segura*, la Comisión apoyará proyectos que tengan como objetivo mejorar los conocimientos de captación a través de internet y las redes sociales, incluida la captación con ayuda de intermediarios⁴². De especial interés resulta la acción dirigida a financiar un estudio sobre la jurisprudencia en todos los Estados miembros, en temas de explotación laboral⁴³, que arroje luz sobre las diferencias de enfoque, reforzándose la cooperación con los servicios de inspección laboral, social, sanitarios y de seguridad.

La Estrategia anima a los Estados miembros a realizar su propia evaluación y seguimiento de las estrategias nacionales y actividades destinadas a combatir el fenómeno. La Comisión informará cada dos años al Parlamento y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata, comunicados por los Estados.

La Comisión aconseja encarecidamente a los ponentes nacionales o mecanismos equivalentes, que consulten a la sociedad civil en la elaboración de sus respectivos dossiers. La Estrategia tendrá el efecto deseado dependiendo de la financiación y participación de todos los interesados.

Por último, la Comisión Europea, con fecha reciente de 15 de abril de 2013, ha presentado el primer informe sobre la trata de seres humanos⁴⁴, en el que se analizan datos



entre los años 2008 y 2010, exponiendo la realidad del incremento del número de víctimas en 23.632 entre ambas fechas, lo que significa un aumento de las mismas en un 18%, aunque el porcentaje de condenas por ello sin embargo, ha bajado en un 13% durante el mismo periodo.

Advierte la Comisión, que únicamente seis Estados miembros han implementado completamente la Directiva sobre la lucha contra la trata de seres humanos analizada anteriormente, y sólo tres de ellos han notificado una transposición parcial, a pesar de que el plazo para la incorporación a las normativas nacionales concluyó el pasado seis de abril ⁴⁶.

La Comisión Europea también muestra en su informe, el abanico de derechos de las víctimas de este delito, destinado a proporcionar información clara y accesible a las mismas sobre sus derechos laborales, sociales, de residencia y compensación, que la Unión Europea les reconoce, de manera que esta información pueda ser utilizada por ellas y por los profesionales que operan en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos.

Con esto, la Unión Europea asume su contribución a la materialización efectiva de sus derechos, ayudando a las autoridades de los Estados miembros a prestarles toda la ayuda y protección que merecen.

“En efecto, si se transpusiera íntegramente, la Directiva podría tener un impacto real y concreto en las vidas de las víctimas, e impedir que otras personas puedan acabar siendo víctimas de un delito tan atroz”.

CONCLUSIONES

La trata de seres humanos atenta contra derechos fundamentales, constituyendo un delito de máxima gravedad, de ingentes beneficios, ejecutado mayoritariamente por las mafias del crimen organizado transnacional, lo cual lo hace muy difícil de controlar. Su erradicación constituye uno de los grandes retos actuales para las distintas instancias internacionales defensoras de los Derechos Humanos.

La Unión Europea ha elaborado una amplia normativa al respecto, que actualmente se concreta en la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas, recientemente complementada por la Estrategia para la erradicación de la Trata de Seres Humanos (2012-2016), de 19 de junio de 2012.

Los objetivos fijados por ambas disposiciones incluyen preceptos relativos a su persecución, centrándose en el componente represivo pero atendiendo de manera significativa la importancia de su prevención, y de garantizar la recuperación e integración social de las víctimas, incorporando una importante perspectiva de género.

Los estudios analizados evidencian cómo entre las víctimas, los mayores porcentajes corresponden a mujeres y niñas en situaciones de vulnerabilidad, destinadas a la explotación sexual, circunstancia que, favorecida por la crisis en que nos hayamos inmersos, aumenta alarmantemente día a día, como así lo constata el reciente informe de la Comisión Europea, exigiendo medidas concretas que las instituciones de la Unión Europea han tenido muy en cuenta, delegando en los distintos Estados el desarrollo efectivo de las mismas, en un marco de coherencia y colaboración. La legislación comunitaria es ambiciosa y requiere una considerable financiación en todos los niveles territoriales, lo cual puede conducir a la idea de que gran parte de sus objetivos no podrán cumplirse, quedando en una mera declaración de intenciones.

Sin embargo, la realidad nos muestra día a día cómo las víctimas, especialmente mujeres y niñas, de explotación sexual aumentan. Los medios de comunicación alertan sobre este incremento con el que coexistimos a diario, y ello debe mover a los Estados a realizar el mayor esfuerzo posible para alcanzar la meta europea.

Unas buenas políticas de sensibilización, prevención, actuación sobre la demanda, y efectiva asistencia a las víctimas, en la línea de lo dispuesto por las disposiciones estudiadas, aplicadas por personas con la formación adecuada, pueden facilitar la tarea reduciendo costes.

Quizá no sea tan utópico pensar que el reto es posible.

**BIBLIOGRAFÍA**

- BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Trata de seres humanos, en especial menores”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 23, 2010, pp. 51-112.
- CHUECA SANCHO, A. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, Ed. Bosch, S.A, 1999.
- CHUECA SANCHO, A. “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa, entre el respeto y la discriminación. La inmigración, una realidad en España”. Seminario de Investigación para la paz, Jesús María Alemany Briz, 2002, pp.237-262.
- CHUECA SANCHO, A. “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 9, 2005, pp.45-63.
- CHUECA SANCHO, A. “Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n°14, 2007, pp. 9-24.
- CHUECA SANCHO, A.; AGUELO NAVARRO, P. “La reforma de la Ley de Extranjería, una visión crítica desde los Derechos Humanos (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 22, 2009, pp. 109-145.
- CHUECA SANCHO, A. “El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 24, 2010, pp. 217-230.
- DÍEZ PICAZO, L.M. “La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Teoría y realidad constitucional*, n°15, 2004, pp. 159-170.
- ELÓSEGUI ITXAXO, M. “El rostro de la violencia. Más allá del dolor de las mujeres” (Coordinadora), Barcelona, Icaria, enero 2002.
- ELÓSEGUI ITXAXO, M. “Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres”. Ministerio de la Presidencia, Colección “Estudios constitucionales”, 2003.
- ELÓSEGUI ITXAXO, M. “Derechos Humanos y pluralismo cultural”, Madrid, Iustel, 2009.
- ELÓSEGUI ITXAXO, M. “Diez temas de género”. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M. “Esclavitud y Tráfico de Seres Humanos”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: desprotección de las víctimas”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n° 10, 2008, pp. 231-274.
- GÓMEZ DÍEZ, O. “El tráfico de Seres Humanos: el vacío de la sociedad moderna”. Observatorio de Migraciones. Fundación Esperanza. Grupo de Investigación en Movilidad Urbana. *Diálogos Migrantes*, n° 6, 2011, pp. 3-10.
- MAQUEDA ABREU, M^a LUISA. “Prostitución, feminismos y derecho penal”. Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 160.
- MESTRE Y MESTRE, RUTH M. “Proteger cuando se trata de trata”. IDH, Universitat de Valencia, 2010.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Concepto de crimen organizado y caracterización criminológica”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° extra 2015, 2006.
- SIMONE FABBRI, M. y AIERBE, P. “Funcionalidad de los discursos sobre la trata y tráfico de personas”. *Mugak*, n° 49, 2009, pp. 39-48.
- ULLOA ZIAURRITZ, T. “La prostitución, una de las expresiones más arcaicas y violentas del patriarcado contra las mujeres”. *Pensamiento iberoamericano*, n° 9, 2011, pp.293-312.

D E R E C H O E S P A Ñ O L

**LA REFORMA LABORAL 2010/2012
DESDE UNA PERSPECTIVA
DE GÉNERO**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA
Magistrado especialista del Orden Social.
Tribunal Superior de Justicia de Galicia.



RESUMEN

La crisis económica sufrida en España ha obligado a la reforma de virtualmente todas las leyes básicas en materia laboral entre 2010 y 2012. Nuestro estudio aborda el análisis de aquellas reformas con incidencia sobre la situación de las trabajadoras. En especial, se analiza la reforma de los contratos de trabajo más feminizados, como son el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a distancia, la incidencia de la flexibilidad interna y la reforma de los derechos de conciliación sobre la situación de las trabajadoras, y la extinción contractual en perspectiva de género.

Palabras clave: Derecho del Trabajo. Principio de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres.

Reform on Spanish Labour Laws from gender perspective

ABSTRACT

The economic crisis in Spain has forced the reform of virtually all basic labour laws between 2010 and 2012. Our study deals with the analysis of those reforms with an impact on the situation of women workers. In particular, it analyzes the reform of labor contracts more feminized, such as part-time work and teleworking, the incidence of internal flexibility and the reconciliation rights reform on the situation of women workers, and contract termination in gender perspective.

Keywords: Labour Law. Principle of equal treatment and opportunities for women and men.

Como continuación del análisis en perspectiva de género de la Reforma de la Seguridad Social –que se publicó en el número anterior de esta misma Revista–, abordamos ahora el análisis en perspectiva de género de la Reforma Laboral –excluyendo los aspectos relativos a la negociación colectiva, cuya importancia merece estudio separado–, que se ha desarrollado a través de varios instrumentos normativos: el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de igual título, y el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de igual título.

I. LA FLEXIBILIDAD DE ENTRADA EN PERSPECTIVA DE GÉNERO

a

La reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial dirigida a la (re)introducción de la posibilidad de realizar horas extraordinarias

La Reforma de 1994, a la vez que flexibilizó la regulación de las horas extraordinarias, permitió la aplica-

ción sin matices de esa regulación al trabajo a tiempo parcial. Consistió la flexibilización de las horas extraordinarias –en una regulación que se mantiene vigente en el actual artículo 35 del ET– en permitir –e incluso incentivar, pues la compensación económica alternativa sólo procede si hay pacto al respecto– su compensación con descansos dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, sin que las así compensadas se computen a los efectos del límite máximo de 80 horas extraordinarias anuales. A todo ello se une el posible pacto individual o colectivo para realizar horas extraordinarias obligatorias.

De este modo, si, antes de 1994, las horas extraordinarias se dirigían a satisfacer necesidades extraordinarias y su utilización se sujetaba a límites dentro de una política de reparto de empleo, desde 1994 sirven, además de para satisfacer necesidades extraordinarias, como mecanismo de flexibilidad de la jornada de trabajo si se compensan con descansos y más si se pactan como obligatorias. Una finalidad flexibilizadora que se incrementaba exponencialmente cuanto menor era la jornada al crecer los posibles periodos de disponibilidad del



trabajador/a¹, sin que se hubieran establecido algunos límites existentes en derecho comparado –como la antelación de la llamada, o la limitación de los periodos de disponibilidad–.

Ya con ocasión de la Reforma de 1994 habíamos criticado la aplicación sin matices de la regulación flexible de las horas extraordinarias al trabajo a tiempo parcial² que haría posible –por poner un ejemplo– la contratación a tiempo parcial de una cajera en una gran superficie con media jornada y un pacto de horas extraordinarias obligatorias de hasta un cuarto más de jornada, a compensar con descanso, de modo que el empresario, si no la llama, solo quedaría obligado a dar trabajo en la media jornada pactada, pero siempre tendría garantizado un amplio periodo de disponibilidad de la trabajadora, cuya posibilidad de buscar otro empleo, conciliar su vida familiar o disfrutar de su ocio, quedaría comprometida.

A la vista de las críticas, se acometió una reforma a través del Real Decreto Ley 15/1998, de 15 de noviembre³, en la cual se prohibieron las horas extraordinarias y se regularon las horas complementarias con las siguientes características –que se mantienen en el artículo 12.5 del ET–: (a) se exige pacto expreso escrito; (b) solo caben en contratos indefinidos; (c) no podrán exceder de un máximo fijado en relación con la jornada ordinaria; (d) se preavisará su realización con siete días; (e) se respetarán los límites de jornada y descansos; (f) se retribuyen como ordinarias; (g) se admite la renuncia al pacto por el trabajador en ciertas condiciones; (h) de incumplirse tales exigencias el trabajador/a se podrá negar a su realización.

Tras la Reforma de 2012, el artículo 12.4.c) del ET dice que “los trabajadores a tiempo parcial podrán realizar horas extraordinarias”, que “el número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada”, que “las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y

bases reguladoras de las prestaciones”, que “la realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo”, y que, “en todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 de este artículo”.

O sea, la Reforma de 2012 reintroduce en el trabajo a tiempo parcial la posibilidad de horas extraordinarias sin alterar la regulación de las horas complementarias, lo cual no es lógico porque las horas complementarias ya se regularon en 1998 como la adaptación a las peculiaridades del trabajo a tiempo parcial de las horas extraordinarias, privativas desde 1998 hasta ahora del trabajo a tiempo completo. Se produce, además, una dudosa fragmentación del colectivo de trabajadores/as a tiempo parcial, en dos grupos diferentes: (1) indefinidos/as, que pueden hacer horas extraordinarias y complementarias; y (2) temporales, que pueden hacer horas extraordinarias, pero se les prohíbe hacer horas complementarias.

Un panorama difícil de justificar desde una perspectiva de política legislativa si consideramos que la propia Reforma de 2012 –y ya la previa de 2010– ha diseñado algunas medidas de flexibilidad interna –de hecho el fomento de la flexibilidad interna es una seña de identidad de las Reformas 2010/2012– que, en cuanto son generales, se proyectan también sobre el trabajo a tiempo parcial. En particular, la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo a lo largo del año según lo pactado colectivamente y, en defecto de pacto, del 10% de la jornada de trabajo –artículo 34.2 del ET–, sin aclarar, por cierto, si es la jornada de trabajo general en la empresa o la jornada de trabajo individual del trabajador/a.

No solo es un panorama difícil de justificar, sino que, además, rompe con la lógica de la Reforma de 1998. Las horas complementarias se concibieron como la adaptación a las peculiaridades del trabajo a tiempo parcial de las horas extraordinarias, evitando los re-

1

Un ejemplo comparativo permitirá comprender afirmación tan categórica. Imaginemos una actividad económica desarrollada a lo largo de 10 horas diarias interrumpidas durante 2 horas, algo muy habitual en el comercio –de 9:00 a 14:00 horas y de 16:00 a 21:00 horas–.

Si un trabajador/a a tiempo completo, con 8 horas diarias de trabajo, se ve obligado a la realización de horas extraordinarias, sólo podrá realizar 1 ó 2 horas diarias y el periodo de realización se ciñe a las 2 horas de la actividad económica que su jornada no cubra. Pero, si el trabajador/a es a tiempo parcial, pongamos por ejemplo, de 4 horas, podrá realizar de 1 a 6 horas diarias y el periodo de realización se amplía a las 6 horas de la actividad económica que su jornada no cubra. Las posibilidades de flexibilización se multiplican cuanto menor sea la jornada rígida y mayor el número de horas extraordinarias susceptibles de realizarse. Por ello, las exigencias empresariales de flexibilidad en la ejecución de la jornada se satisfacen mucho mejor con el trabajo a tiempo parcial.

2

Así lo criticamos en “Las fórmulas de flexibilidad de la jornada laboral en los contratos de trabajo a tiempo parcial en el derecho comparado y en el derecho español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo VIII, 1995, y *Revista Técnico Laboral*, Volumen XVIII, número 68, 1996.

En sentido similar, Juan López Gandía manifestó que “parece un contrasentido que quien está por debajo de la jornada ordinaria lleve a cabo horas extraordinarias... esta posibilidad se ve aún más potenciada si se le añade el componente explosivo de la distribución irregular de la jornada y de la posibilidad de compensar tales horas extraordinarias con tiempos equivalentes de descanso”, en cuyo caso, “no encuentran... tope y viene a ser otra forma más de flexibilizar el tiempo de trabajo a lo largo del año, que es el parámetro adoptado ahora para estas formas de contratación”, en “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)”, *Actualidad Laboral*, número 14, 1996, página 323.

3

Sobre la problemática de las horas complementarias, véase el estudio que escribí con Jaime Cabeza Pereiro, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Editorial Comares, páginas 35 a 65. Un análisis monográfico de las horas complementarias lo abordaron en su momento Francisco Javier Calvo Gallego / Miguel Carlos Rodríguez-Piñero Royo, “Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

Téngase presente, con relación a estos estudios, que se acometió una reforma posterior que afectó a ciertos detalles de su regulación a través del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de igual título.



4

Que oportunamente comenta Ricardo Pedro Ron Latas en este mismo número de la Revista *Aequalitas*.

5

Pues, como apunta con acierto Jaime Cabeza Pereiro, “el artículo 12 (del ET antes de la Reforma de 2012), con su sistema de distribución horaria y horas complementarias presumiblemente rígido, resultaba inconveniente desde el punto de vista de las necesidades de la empresa, pero también de la parte trabajadora”.

Lo que ocurre es que “con el retorno de las horas extraordinarias se ha atendido el primer problema, pero no el segundo”, de un lado, porque su carácter voluntario es un “sofisma” cuando se habla de un trabajo atípico, máxime si se considera la tendencia de la negociación colectiva a pactar la obligatoriedad de las horas extraordinarias, y, de otro lado, porque su admisibilidad es “sumamente lesiva de derechos en los términos tan escuetos en los que ha sido introducida, sin ningún requisito de preaviso, también para el caso de contratos temporales y sin derogar el régimen de las horas complementarias”, “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, número 2, 2012.

sultados desproporcionados que su flexibilidad generaba en el ámbito del trabajo a tiempo parcial. Ahora esos resultados desproporcionados de nuevo se posibilitan, y además se mantienen las horas complementarias. Por otro lado, la prohibición de horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial temporal obedece a la especial menesterosidad de este colectivo, que ahora, sin embargo, se somete al régimen de las horas extraordinarias.

El alcance de la crítica alcanza un mayor calado si consideramos que la reintroducción de las horas extraordinarias se realiza sin establecer ninguna limitación, comprometiendo, si se pactan como obligatorias, el derecho al trabajo, en su faceta de búsqueda de un segundo empleo, y el derecho al ocio –artículos 35 y 43 de la Constitución–. Con todo, la interdicción del abuso de derecho –artículo 7 del Código Civil– debería suponer la ilicitud de contratos de trabajo con amplios periodos de disponibilidad y con pacto de horas extraordinarias obligatorias, una situación de ilegalidad más fácilmente apreciable cuando los periodos de disponibilidad superen más de 1,5 veces la duración de la jornada pactada.

Igualmente la aplicación sin límites de las horas extraordinarias al trabajo a

tiempo parcial colisiona, si son obligatorias, con el derecho a la vida personal y familiar cuando la persona trabajadora se encuentre ejercitando permisos formativos –artículo 23 del ET, precisamente potenciados en la Reforma de 2012–, o un derecho de conciliación –como el permiso de lactancia, la reducción de jornada, o el disfrute parcial de la licencia de maternidad o del permiso de paternidad, artículos 37.4, 37.5, 48.4 y 48 bis del ET–. Ni siquiera se podrían admitir en todos esos casos las horas extraordinarias realizadas voluntariamente –por ejemplo, nunca se deberían admitir durante las seis semanas de descanso forzoso por parto–.

Si ponemos la atención en la distinta situación de los trabajadores/as a tiempo parcial indefinidos en relación con los temporales, y todos ellos en relación con los a tiempo completo, se aprecia, además, una colisión con el principio de igualdad entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial y entre trabajo indefinido y trabajo temporal, con el añadido de que el trabajo a tiempo parcial está feminizado, entrando en juego la prohibición de discriminación sexista indirecta. No es inoportuno recordar que intentos históricos de desregular el trabajo a tiempo parcial han acabado tropezando con la acción de la justicia comunitaria y constitucional, con el reciente episodio de la STC de 14 de marzo de 2013⁴.

Resumiendo, la aplicación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial, sin resultar en principio contrario a la normativa comunitaria o constitucional –de hecho se admite en otras legislaciones europeas–, lo es, a nuestro juicio, atendiendo a cómo se ha hecho, sin introducir límites razonables para las horas extraordinarias cuando se apliquen al trabajo a tiempo parcial y manteniendo las horas complementarias sólo para los trabajadores/as a tiempo parcial indefinidos. Claro que, de introducir esos límites, el resultado sería que las horas extraordinarias aproximarían su regulación a las horas complementarias. Y entonces habría que preguntarse si no hubiera sido mucho más lógico que la reforma se hubiera limitado a introducir en ellas alguna flexibilización⁵.

**b**

La jurisprudencia comunitaria sobre horas extraordinarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial

La existencia de otros ordenamientos jurídicos europeos donde se admite la realización de horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial –como es el caso del alemán– ha determinado la existencia de jurisprudencia comunitaria sobre su retribución en comparación con la retribución de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo completo en relación con la eventualidad de una discriminación sexista indirecta. Al respecto, la jurisprudencia comunitaria ha sido un tanto oscilante, aunque, ciertamente, ha evolucionado desde una postura inicial más discutible hacia posturas actuales más exigentes. Y, a la vista de la Reforma de 2012, es conveniente hacer un breve repaso de las tres sentencias recaídas en la medida en que a ellas se sujetarán los convenios colectivos cuando regulen la retribución de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial.

En la STJUE de 15.12.1995, Caso Helmig, C-399/92 y acumulados, se consideró no era constitutivo de un trato discriminatorio “un convenio colectivo (en el que) sólo (se) prevea el pago de complementos por horas extraordinarias en caso de sobrepasar la jornada normal de trabajo que dicho convenio establece para los trabajadores a jornada completa” porque estos también lo perciben cuando se supera la jornada completa. Pero si la finalidad del complemento de horas extras era compensar la carga adicional de trabajo, es evidente –y de ahí la crítica al Caso Helmig– que se produce, en el trabajo a tiempo completo, cuando se supera la jornada completa, mientras, en el trabajo a tiempo parcial, cuando se supera la jornada parcial.

Ahora bien, la STJUE de 27.4.2004, Caso Edeltraud Elsner-Lakeberg, C-285/02, y la STJUE de 6.12.2007, Caso Úrsula VoB, C-300/06, han supuesto claras matizaciones del Caso Helmig –cuando no correcciones de rumbo que suponen evidente separación del precedente⁶–.

Según el fallo del Caso Elsner-Lakeberg, es discriminatoria, siempre que haya impacto adverso sobre un colectivo femenino y ausencia de justificación no discriminatoria, “una normativa nacional por la que los profesores a tiempo parcial no perciben –ni tampoco los que trabajan a tiempo completo– ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando estas no superan tres horas al mes”. La diferencia de trato –que no se apreció en el Caso Helmig– se aprecia aquí –y el argumento sería extensible al Caso Helmig– porque es una mayor carga hacer horas extras en el trabajo a tiempo parcial, como se demuestra con un cálculo matemático: para quien trabaja 98 horas mensuales, 3 horas más supone un 3%, y para quien trabaja 60 horas mensuales, 3 horas más supone un 5%.

Según el fallo del Caso Úrsula VoB⁷, es discriminatoria, siempre que haya impacto adverso sobre un colectivo femenino y ausencia de justificación no discriminatoria, “una normativa nacional en materia de retribución de los funcionarios que, por una parte, define las horas extraordinarias efectuadas tanto por los funcionarios empleados a jornada completa como por los empleados a tiempo parcial como las horas que trabajan fuera de su tiempo individual de trabajo y, por otra parte, remunera estas horas a un nivel inferior a la retribución horaria aplicada a las horas efectuadas dentro del tiempo individual de trabajo”. La diferencia con el Caso Helmig, según el TJUE, está en que, en Helmig los trabajadores a tiempo parcial cobraban por hora extra inferior a la jornada a tiempo completo lo mismo que cobraban, por las horas dentro de su jornada, los a tiempo completo.

6

Como muy correctamente afirma Jean Jaclin en relación a Elsner-Lakeberg, “si la Corte (europea) decide mantener Helmig, deberá precisar como lo concilia con Elsner-Lakeberg”, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *Journal des Tribunaux* – Bruselas, número 124, 2005, página 291.

7

Acerca de esta sentencia europea, véase el comentario de José María Miranda Boto, “Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo”, *Aranzadi Social*, número 21, 2007.

8

Si bien su publicación como Anexo del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 no equivale a una transposición en nuestro derecho, y no altera, en consecuencia, su eficacia meramente obligatoria con respecto a las partes firmantes, y no erga omnes –STS de 11.4.2005, RCO 143/2004–.

9

El Acuerdo Marco Europeo lo define –en su cláusula 2ª– como “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”. Y el teletrabajador es quien efectúa teletrabajo.

10

Aunque algunos de estos teletrabajadores sí puedan entrar en la definición del Acuerdo Marco Europeo.

11

La salvedad se refiere a determinados derechos de los trabajadores presenciales no susceptibles de comparativa con el trabajador a distancia –por ejemplo, un plus de transporte– o difícilmente ejercitables por el trabajador a distancia –por ejemplo, el uso del comedor de empresa, del aparcamiento o de otras instalaciones facilitadas a los trabajadores–. Ahora bien, los trabajadores a distancia no pueden ser excluidos de ninguno de esos derechos si acuden al centro de trabajo y pueden efectivamente ejercerlos.





C

El trabajo a distancia

La Reforma de 2012 ha modificado el artículo 13 del ET, que, hasta entonces, regulaba el viejo trabajo a domicilio. De entrada, la reforma se saluda como positiva porque la regulación estatutaria, pensada para la actividad industrial, había quedado muy superada con las nuevas formas de teletrabajo. Y la necesidad de la reforma era aún más desde el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 16 de julio de 2002, destinada a establecer un marco general a desarrollar por las organizaciones miembros de las partes firmantes –la CES, la UNICE/UEAPME y la CEEP–. A efectos de ese desarrollo, su contenido aparece así recogido como un Anexo en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005⁸.

Sin embargo, el artículo 13 del ET mantiene una regulación de mínimos, casi limitada a proclamar el principio de igualdad entre trabajadores a distancia y presenciales, en especial en determinados ámbitos. Acaso se pudiera argumentar que ello es así para respetar la regulación negociada a nivel europeo y aceptada a nivel estatal. Pero más bien nos inclinamos a pensar que el legislador ha optado por esa regulación de mínimos para dejar campo a la autonomía de la voluntad. Lo cual es especialmente criticable en un ámbito contractual donde las fronteras entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia son difusas y existe una bolsa de empleo feminizado sumergido de difícil fiscalización.

1

La primera novedad de la reforma es el propio cambio de denominación de la modalidad contractual, que ya no es como antes la de “trabajo a domicilio”, ni siquiera se usa la denominación –usada en la norma europea– de “teletrabajo”, sino la de “trabajo a distancia”. De esta manera, se incluyen dentro de la misma denominación tanto el vie-

jo trabajo a domicilio –que se desarrolló en el ámbito de la industria y es usualmente de carácter manual–, como el nuevo teletrabajo –que ha nacido dentro del contexto de la sociedad de la información y es siempre un trabajo de carácter intelectual⁹–. Realidades sociológicas diferentes que, sin embargo, presentan un punto en común: el de la alta feminización de esos colectivos.

Consecuencia de esa denominación abarcadora de ambas realidades es la existencia de un concepto amplio del trabajo a distancia –artículo 13.1 del ET–: “aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. Se elimina, en comparación con la anterior definición de trabajo a domicilio, la expresión “sin vigilancia del empresario”, que, si adecuada para ese trabajo, no lo es para el teletrabajo, donde la vigilancia del empresario no solo es posible, incluso existe una tendencia a la vigilancia abusiva a través del sistema informático utilizado.

El concepto legal es suficientemente amplio como para permitir tanto el trabajo a distancia exclusivo como el trabajo mixto a distancia y presencial, siempre que aquel sea el preponderante frente a éste, pues, en otro caso, el trabajo será presencial. También es posible se realice el trabajo a distancia en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste. Por ello, no son trabajadores a distancia los teletrabajadores que prestan obligatoriamente sus servicios en telecentros donde prestan servicios los teletrabajadores de varias empresas, o en oficinas satélites constitutivas de una unidad descentralizada de la empresa, o los teletrabajadores móviles o itinerantes si no pueden decidir sus itinerarios¹⁰.

Naturalmente, el trabajador a distancia para ser trabajador por cuenta ajena deberá de reunir las exigencias expresadas en el artículo 1.1 del ET, aunque, a causa de la externalidad respecto al centro de trabajo, la nota de la dependencia puede estar en la práctica atenuada al no equipararse con una subordinación absoluta al empresario, bastando para que sea apreciable que el servicio se preste dentro del ámbito de organización y dirección de otro, lo cual se acredita a través de indicios como la sumisión a las directrices de trabajo de la empresa, la existencia de un control de calidad al cual se somete al trabajador, la ausencia de organización propia del trabajador, o la titularidad empresarial de los medios de producción usados.

2

Hay dos precisiones legales sobre la forma del acuerdo de trabajo a distancia –artículo 13.2 del ET–. La primera es la de que “el acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito”. Se trata de una forma ad probationem, de modo que su incumplimiento no conduce a la exclusión del trabajo a domicilio, ni el empresario puede resultar beneficiado del incumplimiento de la forma. Y la segunda es la de que, “tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.3 del ET para la copia básica del contrato de trabajo”, lo cual quiere decir que, si el acuerdo fuera posterior, la copia básica será como la del contrato inicial.

3

El artículo 13.3 del ET establece, como regla general, la de que “los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial” –es decir, no sean comparables¹¹–, lo cual conecta con



lo establecido, para el teletrabajo, en el Acuerdo Marco Europeo, donde –en su cláusula 4^a– se establece que, “en lo que afecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa”.

Además de establecerlo con carácter general para todas las condiciones de trabajo, el principio de igualdad se reitera –con algún matiz– para condiciones de trabajo concretas. En primer lugar, para la retributivas, afirmando que, “en especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones” –artículo 13, apartado 3–. Con las expresiones “en especial” y “como mínimo” parece abrirse la puerta a mejoras retributivas a favor de los trabajadores a distancia. Pero también se puede interpretar –y probablemente así se interpretará– en el sentido de que, una vez garantizado ese mínimo, el empresario puede mejorar a los trabajadores presenciales.

En segundo lugar, otra aplicación concreta del principio de igualdad –con antecedente más completo en el Acuerdo Marco Europeo¹²– es la de que “el empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional” –artículo 13, apartado 3–. Con esta norma no se está obligando al empresario a favorecer a los trabajadores a distancia frente a los trabajadores presenciales, sino a compensar el hándicap que les supone a los trabajadores a distancia estar fuera del centro de trabajo, asegurándose –como dice la norma– su “acceso efectivo” a la formación, que debe ser igual para unos y otros trabajadores.

En tercer lugar, otra aplicación concreta del principio de igualdad –asimismo con antecedente en el Acuer-

do Marco Europeo¹³– es la de que “los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud” resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo –artículo 13, apartado 4–. Lo cual remite, en su caso, al Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos con pantallas de visualización. La Inspección de Trabajo puede acceder al domicilio del trabajador con su consentimiento o autorización judicial –artículos 4.1.1 y 5.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre–.

Y, en cuarto lugar, otra aplicación concreta del principio de igualdad –asimismo con antecedente en el Acuerdo Marco Europeo¹⁴– es la de que “los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley”, añadiéndose que “a estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”. No se especifica ninguna fórmula concreta de comunicación de los trabajadores a distancia con sus representantes legales¹⁵, siendo posible, en el caso de teletrabajadores, un tablón sindical virtual, asambleas por videoconferencia, o el uso sindical del correo electrónico –en los términos de la STC 281/2005, de 7 de noviembre–.

4

El Acuerdo Marco Europeo –en su cláusula 3^a– establece (1) que el teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados, pudiéndose pactar en el contrato inicial o en acuerdo posterior, (2) que si el teletrabajo no se pactó en el contrato inicial, una oferta de teletrabajo, sea del empresario o sea de trabajador, se puede rechazar sin que la negativa del trabajador sea motivo de rescisión de su contrato ni de modificación de condiciones de trabajo, y (3) que el acuerdo posterior es re-

12

Se establece en el Acuerdo Marco Europeo –cláusula 10^a– que “los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de desarrollo de la carrera profesional que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que el resto de los trabajadores”, y que “los teletrabajadores reciben una formación adecuada para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización del trabajo. El supervisor de los teletrabajadores y sus colegas directos pueden también necesitar formación adecuada para esta forma de trabajo y su gestión”. Este segundo aspecto no se contempla en el artículo 13 del ET.

13

Se establece en el Acuerdo Marco Europeo –cláusula 8^a– que “el empresario es responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesionales del teletrabajador conforme a la Directiva 89/391, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes”.

14

Se establece en el Acuerdo Marco Europeo –cláusula 11^a– que los teletrabajadores “tienen los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores de la empresa”, “están sometidos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores o que prevean una representación de los trabajadores”, y “están incluidos en el cálculo determinante de los umbrales necesarios para las instancias de representación de los trabajadores, conforme a las legislaciones europeas y nacionales, así como a los convenios colectivos y prácticas nacionales”. También se establece –en un aspecto acogido en el artículo 13 del ET– “el establecimiento al que el teletrabajador será asignado con el fin de ejercer sus derechos colectivos se precisa de antemano”.

15

Pero el Acuerdo Marco Europeo –cláusula 11^a– sí establece que el teletrabajo “no es obstáculo para la comunicación con los representantes de los trabajadores”. Se trata de un tímido reconocimiento de los denominados ciberderechos sindicales. En 1998, la Union Network Internacional elaboró un Código de Conducta donde se reivindicaba (1) el derecho de los trabajadores y de los sindicatos al acceso libre a los sistemas de correo electrónico de las empresas para enviar y para recibir comunicaciones, (2) el derecho de los trabajadores al acceso libre a Internet para entrar en la página web del sindicato, y (3) la garantía de no vigilancia sobre el correo electrónico o el acceso a Internet para entrar en la página web del sindicato.

16

Se establece en el Acuerdo Marco Europeo –cláusula 6^a– que el empresario respetará la vida privada del teletrabajador, y, si se instala un sistema de vigilancia, este debe ser proporcional al objetivo perseguido.



17

Se establece en el Acuerdo Marco Europeo –cláusulas 5, 7, 8 y 10– resumidamente lo siguiente: 1º. El empresario (1) dotará al teletrabajador de un servicio adecuado de apoyo técnico, (2) es responsable, conforme a las normas internas, de los costes ligados a pérdida o desperfectos de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador, (3) es responsable de tomar las medidas que se imponen para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el trabajador para fines profesionales, y (4) deberá informar al teletrabajador de toda legislación o normativa de la empresa relativa a protección de datos, de cualquier limitación en la utilización del equipo o de herramientas informáticas tales como internet y cuáles son las sanciones. 2º. Si el teletrabajo es regular –una especificación algo confusa ya que, según el concepto ofrecido en el Acuerdo Marco, el teletrabajo, para serlo, deberá ser regular– el empresario (1) está encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el trabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo, y (2) cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular las comunicaciones. 3º. El teletrabajador cuidará los equipos de trabajo, no recogerá ni comunicará material ilícito vía internet, y cumplirá con las normas sobre protección de datos.

18

En este sentido, la doctrina judicial ha resuelto, en un teletrabajo a domicilio, que ni el empresario ni sus delegados pueden acceder al domicilio sin consentimiento del trabajador, y, en todo caso, un eventual control telemático será proporcionado –SAN de 31.5.2004, Pto. 207/2003–. Además, cualquier control deberá ser consultado antes de su implantación con la representación legal de los trabajadores –artículo 64.1.4.d) del ET–, aparte de informar a los trabajadores interesados –SAN de 31.5.2004, Pto. 207/2003–.

19

La mayoría de las normas sobre utilización de equipos contenidas en el Acuerdo Marco Europeo se pueden derivar sin dificultad de las normas generales de buena fe –artículo 20.2 del ET–, al obligar los contratos no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley –artículo 1258 del Código Civil–.

versible, pudiendo la reversibilidad implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario, estableciéndose las modalidades de dicha reversibilidad por acuerdo individual o colectivo.

Pero el artículo 13 del ET nada dice al respecto –salvo la especificación a que luego se aludirá–, y hubiera sido bueno que el principio de voluntariedad se recogiera expresamente con carácter general en relación con la modalidad del trabajo a distancia y se regularán con detalle todas sus consecuencias –en especial, las garantías frente al rechazo de una oferta de trabajo a distancia–. A falta de una plasmación expresa, el principio de voluntariedad se sustentaría en los artículos 1.091, 1.204 y 1.256 del Código Civil, en relación con la imposibilidad de utilizar el artículo 41 del ET para modificar las condiciones de empleo que se proyectan en el régimen contractual –STS de 11.4.2005, RCO 143/2004–.

La especificación a la que nos referíamos es la contenida en el artículo 13.3, inciso final, del ET, donde se establece que, “a fin de posibilitar la movilidad y promoción, (el empresario) deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo”. Se trata de una fórmula

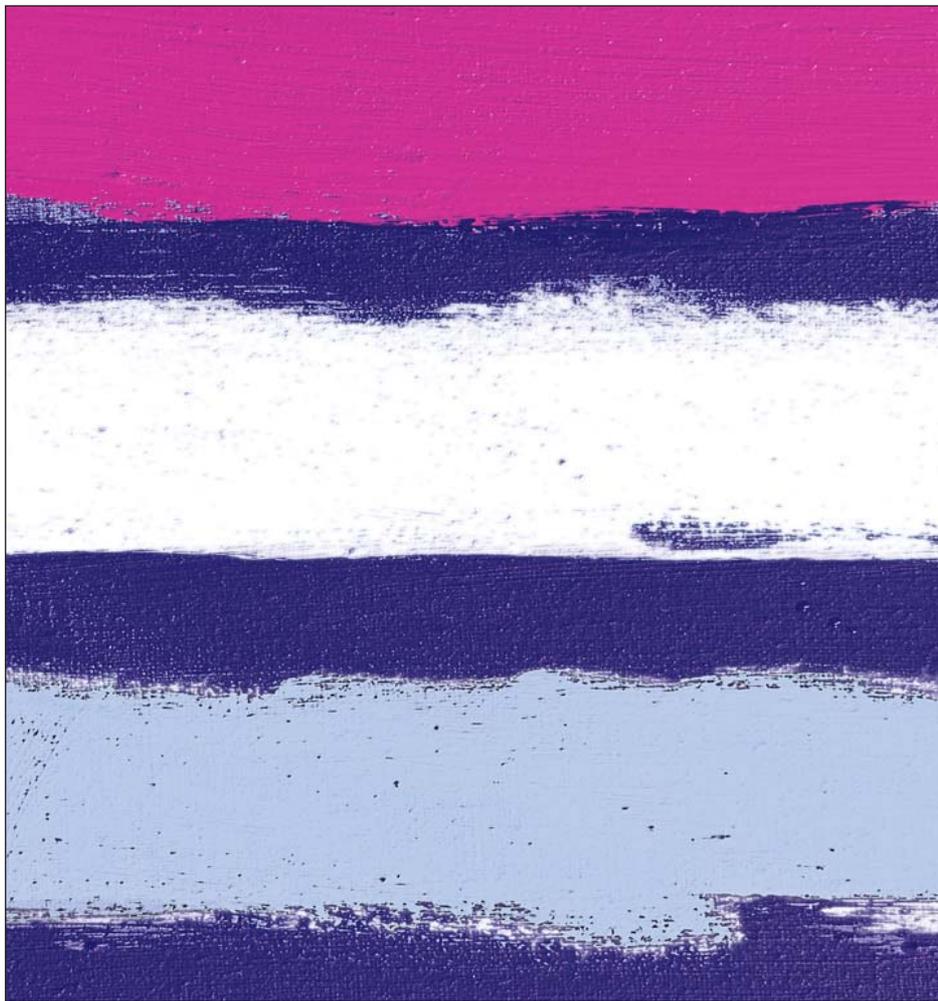
aplicable tanto si el acuerdo de trabajo a distancia fue inicial como posterior, operando, en este supuesto, como mecanismo de reversibilidad. Pero la laxitud del contenido de la obligación del empresario –simplemente está obligado a informar, no a acoplar en la medida de lo posible– deja el derecho del trabajador en una mera expectativa al arbitrio del empresario.

También calla el artículo 13 del ET sobre otra serie de cuestiones contempladas en el Acuerdo Marco Europeo, como es el respeto a la intimidad del trabajador¹⁶, o las normas sobre equipos de trabajo¹⁷. Ciertamente, esas lagunas –como la laguna relativa al principio de voluntariedad– se pueden llenar acudiendo a normas de general aplicación vigentes en nuestro ordenamiento jurídico como serían –respectivamente– el derecho fundamental a la intimidad¹⁸, o las reglas de la buena fe contractual¹⁹. Pero si lo pretendido es fomentar el trabajo a distancia, lo mejor es siempre establecer de modo preciso el régimen jurídico aplicable.

d

Bonificaciones ligadas al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, que se introdujo en el Real De-



creto Ley 3/2012, y cuya regulación vigente se encuentra en el artículo 4 de la Ley 3/2012, tiene una especificación destacable desde la óptica de la igualdad de oportunidades. Su apartado 5 regula las bonificaciones aplicables cuando se contrate a personas desempleadas inscritas en la oficina de empleo si son jóvenes de entre 16 y 30 años, ambos inclusive, o si son mayores de 45 años. Y, al establecer sus cuantías, se contempla un incremento cuando el contrato se concierne “con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado”. Dicho sea de paso, es criticable la calificación de las mujeres como “colectivo” cuando las mujeres son la mitad de la población, y ello demuestra la muy discutible utilización del lenguaje que se aprecia ya con la propia definición de la nueva modalidad contractual, que hubiera sido mejor denominar como “de apoyo a las personas emprendedoras”.

■ Cuando se contrate a desempleados de entre 16 y 30 años, “la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año”. Tales cuantías se incrementan, si son mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

■ Cuando se contrate a desempleados mayores de 45 años, “la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante

20

Según la nueva redacción del párrafo primero del apartado 1 del artículo 17 del ET, “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”. La novedad radicó en eliminar la referencia a situaciones de discriminación “favorables”, lo que podía ser malinterpretado como prohibición o limitación de las acciones positivas.

21

Según la redacción actualmente vigente del apartado 4 del artículo 22 del ET, “la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres”. La redacción anterior, según la cual “los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”, se podía malinterpretar en el sentido de excluir la posibilidad de acciones positivas.

22

Según la nueva redacción del apartado 2 del artículo 23 del ET, “en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores mujeres y hombres”. Se trata de una regla inexistente con anterioridad al Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio.

23

Según la nueva redacción del apartado 2 del artículo 24 del ET, “los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación”. La redacción anterior, según la cual “los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”, se podía malinterpretar como exclusión de medidas de acción positiva.

24

Con anterioridad a la Reforma de 2012, las distintas posibilidades de imputación de la reducción de jornada fueron contempladas en el minucioso estudio de Nora María Martínez Yáñez, “El régimen jurídico de la disponibilidad horaria”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, páginas 287 a 301. Tras la Reforma de 2012, véase el análisis de Lourdes Fraguas Madurga, “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, *Aranzadi Social*, número 10, 2013.

25

Alguna doctrina judicial admitió la imputación de la reducción a un turno de trabajo –STSJ/Madrid de 6.3.2009, RS 4779/2008, comentada por Ignacio Moreno González-Aller, “Reducción de jornada por responsabilidades familiares y trabajo a turnos”, *SEPIN Laboral y Seguridad Social*, número 3, 2009, y STSJ/Galicia de 11.3.2009, RS 5412/2008-. Tras la Reforma de 2012, la cuestión es dudosa, aunque la imposición de reducción horizontal parece pensada para jornadas regulares, no para jornadas irregulares.



tres años”. Tales cuantías son superiores si son mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, entonces “las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año)”.

No se puede considerar muy elevado el esfuerzo presupuestario para promover el empleo femenino en sectores donde las mujeres están subrepresentadas. A saber, 100 euros al año en el supuesto de personas desempleadas de entre 16 y 30 años y 200 euros al año en el supuesto de personas desempleadas mayores de 45 años. Si bien acaso no podamos ser muy exigentes en ese aspecto dadas las dificultades económicas del país.

II. FLEXIBILIDAD INTERNA Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN

a Incidencia general de la flexibilidad interna sobre la conciliación

El fomento de la flexibilidad interna es una seña de identidad de la totalidad de las Reformas acaecidas entre 2010 y 2012. Una seña de identidad que afecta especialmente a trabajadores/as marginales y a trabajadores/as con responsabilidades familiares. O, dicho más llanamente, a trabajadoras mujeres. Acaso con esta conciencia, las Reformas acaecidas entre 2010 y 2012 se han ocupado de introducir algunas normas con las cuales se pretende realizar algunas compensaciones. Lo que ocurre –y aquí está la crítica– es que esas normas se han situado más en el ámbito de las declaraciones generales y de las medidas de fomento o promoción, que en el ámbito de las normas jurídicas creadoras de derechos subjetivos plenos.

La disposición final 3ª del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, y, de forma mucho más completa, la disposición adicional 11ª de la Ley 35/2010, de 17 de

septiembre, ambas bajo el pomposo título “igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo”, han modificado diversos artículos del ET para mejorar la redacción de las cláusulas de prohibición de la discriminación en general –artículo 17.1.I²⁰–, y en relación con la clasificación profesional –artículo 22.4²¹–, la formación profesional –artículo 23.2²²–, y ascensos y promoción profesional –artículo 24.2²³–. En líneas generales, se trataba de despejar dudas –que razonablemente no deberían ya existir– sobre la posibilidad de las medidas de acción positiva.

Dentro de esta línea de escasa imperatividad, el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha introducido una especificación en el apartado 5 en el artículo 40 del ET para establecer, dentro de la regulación de la movilidad geográfica, que “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de... trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. Algo que, dicho sea de paso, se podía ya hacer antes sin ningún problema, con lo cual su plasmación legal solo es un mecanismo de fomento o promoción, es decir, “dando ideas” a la negociación colectiva.

b Promoción de la conciliación

Una última demostración de la levedad de ciertos cambios en el ámbito de los derechos de igualdad y de conciliación se encuentra con la modificación acometida en el apartado 8 del artículo 34 del ET. Antes de la reforma, la norma establecía que “el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que lleguen

con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”. Tras la reforma se añade que, “a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”. La cual –como es evidente– es norma meramente programática.

c Reforma de la reducción de jornada

Hay tres modificaciones relativas a la reducción de jornada por causa de conciliación en línea de restricción más o menos explícita del derecho.

En primer lugar, se especifica que la reducción de jornada por causa de conciliación será de la jornada de trabajo “diaria” –artículo 37.5 del ET–,²⁴ lo que –literalmente interpretado– solo permite reducciones de jornada horizontales –es decir se reducen una o unas horas todos los días en que se trabaja, aunque no se exige tengan que ser todos los días las mismas horas, cabiendo variar el número y la colocación de las horas–, impidiendo reducciones de jornada verticales –es decir concentrando todas las horas a reducir en un mismo día o en unos mismos días, dejando sin reducir los demás días, que quedarían con jornada diaria íntegra–, y quedando seriamente en entredicho la posibilidad de otras imputaciones en supuestos de jornadas especiales –por ejemplo, la relevación de un determinado turno de trabajo a través de la imputación de la reducción de jornada a ese turno de trabajo o la libranza de las guardias a través de la imputación de la reducción de jornada justamente a la jornada de realización de la guardia–²⁵.



En segundo lugar, “los convenios colectivos podrán establecer... criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de la empresa” –artículo 37.6 del ET–, lo que genera cierto desasosiego pues parece colocar en el mismo lugar la valoración de las necesidades de conciliación del trabajador/a con las necesidades productivas y organizativas de la empresa.

Y, en tercer lugar, se establece que “el trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada” –artículo 37.6 del ET–, un plazo de preaviso que se antoja bastante amplio cuando se trata de hacer frente a necesidades familiares y que la negociación colectiva puede válidamente reducir, aunque, vista la letra de la norma, la negociación colectiva también puede válidamente ampliarlo.

Haciendo una conclusión parcial de lo hasta ahora analizado en orden a la flexibilidad interna y a los derechos de conciliación, la conclusión es bastante desalentadora porque –siguiendo la doctrina más autorizada– “(se) ha trasladado ... al ámbito personal de los trabajadores con responsabilidades familiares las principales consecuencias del poder empresarial en el ámbito laboral”, y “como si ello no fuera suficiente ... (se) ha establecido, por alteración del artículo 37 del ET, una reducción en los derechos que facilitan la compatibilidad”, contrastando todo ello frontalmente con el carácter fundamental de los derechos de conciliación²⁶.

d

Reforma del permiso de lactancia

La titularidad femenina exclusiva del permiso de lactancia, que arran-

caba de la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo, se mantuvo incólume hasta el ET de 1980 –artículo 37.4–, aunque al no hablar de amamantamiento, sino de lactancia de un hijo menor de 9 meses, se posibilitó la inclusión de la lactancia artificial, que puede ser asumida por el padre, dejando así abierta la cuestión de si esa titularidad femenina era acorde con la igualdad de los sexos. Una cuestión que, con referencia a esa pretérita legalidad, resolvió negativamente la STC 109/1993, de 25 de junio, que, en una resolución desafortunada, consideró la titularidad femenina del permiso como una medida de acción positiva.

Mientras tanto, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, reformó el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo que “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen”. Ni se soltó el lastre histórico de beneficio femenino vinculado con el amamantamiento, ni se acogió la tendencia moderna de considerarlo un permiso parental indistinto de cuidado de hijos/as. Y el mantenimiento de esa titularidad predominantemente femenina era aún mucho más llamativa a la vista del desiderátum de la individualización de los derechos referidos al cuidado de los hijos/as recogido en la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, sobre Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental.

Tal era la situación normativa respecto al permiso de lactancia previa a la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, que, en consonancia con un anhelo de la doctrina laboral española²⁷, lo ha considerado discriminatorio sexista en cuanto que “las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, pa-

26

María Amparo Ballester Pastor, “De cómo la reforma operada por el Real Decreto ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de Derecho Social*, número 57, 2012, páginas 99 y 100. También Alexandre Pazos Pérez concluye que “la reforma tiende a conceder al empresario un mayor poder de disposición del tiempo del trabajador, lo que en la práctica dificultará la conciliación de la vida personal, laboral y familiar”, “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereira, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Bomarzo, Albacete, 2012, página 242.

27

Personalmente defendí, en 1996, que “la parificación absoluta, permitiendo, incluso, el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores trabajadores, parece más acorde con el principio de igualdad entre ambos sexos”, “El permiso de lactancia”, *Relaciones Laborales*, número 14, tomo segundo, página 163. Y en 2000 sostuve que “debe irse más allá, y, revisando la doctrina constitucional, sostener su actual inconstitucionalidad, al haber evolucionado la conciencia jurídica, a impulsos de la sociedad”, “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, *Actualidad Laboral*, número 25, 2000, página 444. Las dudas sobre la constitucionalidad de la titularidad femenina vienen de la redacción originaria del artículo 37.4 del ET y las recogió nada menos que en 1994 Teresa Pérez del Río en “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, páginas 111 y 112.

28

Siendo posible la acumulación de la lactancia en jornadas completas –lo que se introdujo en la LOIEMH–, la cuestión si la ejercita el hombre es si se realizará sobre lo que puede acumular él o sobre lo que puede acumular la mujer –que es menos por la mayor duración de la licencia de maternidad respecto al permiso de paternidad–. Al ser el derecho del hombre originario, acumulará según su propia situación. Tal solución ya la apunté en mi estudio “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (A propósito de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez)”, *Diario La Ley*, número 7536, 2010.

29

Se debería librar definitivamente al permiso de lactancia de su arrastre histórico como protección de la maternidad para pasar a ser un permiso parental para el cuidado de menores, lo cual obligaría a cambiar (1) su denominación, (2) su presupuesto de hecho, ampliando su titularidad a ambos progenitores y, en general, a quienes ostentan la guarda legal de un menor, otorgando un derecho igual a cada uno de los titulares, acumulable si se tratase de una familia monoparental, y (3) su consecuencia jurídica, atribuyendo la más amplia disponibilidad de ejercicio, por ejemplo, configurando un crédito de horas a disfrutar a elección del trabajador/a en el periodo temporal de disfrute del permiso. Al mismo tiempo, se debería fomentar el ejercicio masculino o conjunto, exonerar de costes al empresario para evitar el efecto boomerang y facilitar la lactancia natural –con salas de lactancia–. Tales propuestas las he realizado en “El permiso de lactancia: las últimas reformas y el estado de la cuestión”, *Aequalitas*, número 22, 2008.



dres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.

El Real Decreto Ley 3/2012 y la Ley 3/2012 han modificado el artículo 37.4 del ET para que, donde se decía “la trabajadora”, se diga “los trabajadores”, y añade que “este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres” –lo cual resuelve satisfactoriamente la cuestión del alcance de la acumulación de la lactancia ejercitada por un hombre²⁸-. Sin embargo, incurre en el defecto de añadir “pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”. Con lo cual seguimos sin tener un permiso de lactancia que compagine los diferentes intereses en juego –igualdad entre mujeres y hombres, fomento del uso paterno y facilitación de la lactancia natural²⁹-.
e

Paternalidad y vacaciones

La Reforma de 2012 ha modificado el artículo 38.3 del ET para extender la cláusula de salvaguarda de las vacaciones, hasta entonces establecida solo para la incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o la licencia de maternidad, al permiso de paternidad, así como cualquier otra incapacidad temporal “por contingencias distintas”, aunque en este caso solo se podrán disfrutar “siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”. Obsérvese que esta limitación sólo se aplica a “por contingencias distintas”, pero no cuando se trate de incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural.

Incluir la incapacidad temporal en la cláusula de salvaguarda de las vacaciones obedece a la jurisprudencia comunitaria sobre la materia –a saber, la STJUE de 20.1.2009, Caso Schultz-Hoff y Stringer, C 350/06 y C 520/06, y la STJUE de 10.9.2009, Caso Pereda, C-277/08-. Pero no era tan necesario incluir el permiso de paternidad debido a la amplitud de libre elección temporal para su disfrute –según el párrafo tercero del artículo 48 bis-, lo que debería permitir al progenitor evitar cualquier simultaneidad de su disfrute con el periodo vacacional. En todo caso, sea bienvenida su inclusión para evitar problemas aplicativos en casos donde la superposición de las vacaciones con la paternidad, a pesar de todo, se haya producido.

Donde la crítica debe ser más severa es si traemos a colación la STJUE de 22.4.2010, Caso ZLT, C-486/08, que decidió que privar a quienes disfruten durante dos años de un permiso parental del disfrute, a su finalización, de las vacaciones anuales retribuidas adquiridas durante el año anterior al nacimiento del hijo es contrario al Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso Parental de 14 de diciembre de 1995. Sin embargo, la salvaguarda de las vacaciones en la excedencia por causas familiares no se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico interno, que se limita a recoger esa salvaguarda en derechos vinculados a la maternidad, en el permiso de paternidad y en la incapacidad temporal –artículo 38.3 del ET-.



Desaparición de bonificaciones por reingreso desde maternidad o excedencia

La disposición derogatoria única, apartado 1, letra f), de la Ley 3/2012, de 6 de julio, deroga el artículo 4.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejo-

ra del crecimiento y del empleo, que regulaba las bonificaciones en las cotizaciones por reingreso tras maternidad o excedencia por causa de conciliación. Ciertamente que el Erario Público no está para muchas subvenciones, pero también es cierto que el empresario, después del reingreso tras maternidad o excedencia por causa de conciliación, puede sufrir ciertos inconvenientes derivados de la desvinculación temporal de la persona trabajadora de su relación laboral, ciertos inconvenientes que, con esa bonificación, se trataban de compensar.

III. LA FLEXIBILIDAD DE SALIDA EN PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Apenas se puede citar, en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo, una modificación que, en cualquier caso, más que una modificación es una mera corrección de errores. Y es que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, no modificó el artículo 52.d) del ET para, a los efectos de la extinción por ausencias del trabajador/a, excluir del cómputo de ausencias justificativas del despido las debidas a situación de riesgo durante la lactancia natural o a permiso de paternidad, instituciones ambas introducidas en tal norma legal. El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, corrigió –a través de su disposición final 3^a- esa omisión introduciendo la cita de esas instituciones.

Contrasta esta parquedad normativa con el mantenimiento –a pesar de los esfuerzos traspositivos acometidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres- de algunos defectos traspositivos en relación con la prohibición de



despido del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Procede recordar ahora dichos defectos traspositivos.

Uno de ellos es la ausencia de contemplación, en los despidos colectivos, de una especial exigencia en orden a la designación de los afectados/as que proteja la maternidad –como sería establecer una prioridad de permanencia–. La solución puede venir vía interpretativa siempre que, para eludir la aplicación de la prohibición de despido, se exija a la empresa, no solo que acredite in genere la causa económica, técnica, organizativa o de producción justificativa del despido colectivo, sino también la especial afectación in casu de esa causa sobre la trabajadora embara-

da o madre ³⁰. Naturalmente, siempre se podría acudir a la prohibición de discriminación por embarazo/maternidad, pero la misma no opera de modo automático.

Otro defecto traspositivo se produce con la extinción en periodo de prueba que, en nuestro derecho laboral –artículo 14 del ET–, es una decisión libre de la empresa, no vinculada a la acreditación de la falta de aptitud objetiva del trabajador. La STS de 18.4.2011, RCUUD 2893/2010, consideró inaplicable la prohibición de despido, sin perjuicio de que, si se acredita la existencia de discriminación por embarazo, el despido sería nulo. Pero esto supone dejar a la decisión libre de la empresa la efectividad de la prohibición de despido. Más razonable es –aunque suponga alterar la naturaleza del periodo de prueba en nuestro derecho laboral– aplicar la prohibición salvo acreditación de la falta de aptitud objetiva del trabajador.

30

En un sentido semejante se manifiesta Ignacio Albiol Montesinos, quien apunta al respecto que *“para declarar la procedencia de la extinción de los contratos de estos trabajadores (se debe exigir) un grado de relación con la causa extintiva alegada mayor que con el resto ... introduciendo por la vía del control de la discrecionalidad empresarial en la selección (una) vía de preferencia”*, *“La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 114.



La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos

DERECHO ESPAÑOL

CARMEN CHELIZ

Licenciada en Derecho.

Becaria predoctoral en el Departamento de Derecho Privado.

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.



RESUMEN

En el presente artículo se va a realizar una aproximación a los problemas jurídicos que se plantean en España en relación con la gestación por sustitución. Con este fin se va a abordar, en primer lugar, el tratamiento que el ordenamiento jurídico español realiza de esta figura, prestando especial atención a la situación de la mujer gestante, para posteriormente analizar una problemática concreta que se está planteando en España en relación con esta técnica reproductiva: la inscripción en el Registro Civil español, de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Para ello, se analizarán diferentes pronunciamientos de la DGRN y de órganos jurisdiccionales españoles, finalizando con un esquema argumentativo de los mismos.

Palabras clave: Gestación por sustitución. Mujer gestante. Inscripción en el Registro Civil.

Gestational surrogacy in the Spanish legal system: status of the gestational surrogate, problems, and effects.

ABSTRACT

This article makes an approach to the legal problems raised in Spain in relation to gestational surrogacy. To this end it will address, first, the treatment that the Spanish legal system made of this figure, with particular attention to the situation of the gestational surrogate, later to analyze a specific problem that is being considered in Spain in relation to this reproductive technique: the inscription in the Spanish Civil Registration of children born through gestational surrogacy abroad. To do this, it will analyze various pronouncements of Spanish courts, ending with an argumentative scheme of them.

Keywords: Gestational surrogacy. Gestational surrogate. Inscription in the Civil Registration.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, los avances técnicos y científicos relacionados con la reproducción humana, han dado lugar a que se generen situaciones o figuras específicas de filiación distintas de las tradicionales, las cuales, en numerosas ocasiones, son difícilmente adaptables a la legislación y principios del Derecho de Familia¹. Este nuevo planteamiento ha ocasionado que la maternidad y la paternidad no procedan únicamente de una filiación natural o adoptiva, sino que se abren otras posibilidades en las que la descendencia genética o el origen biológico ya no son determinantes².

Esto es lo que ocurre en el caso de la gestación por sustitución, que se puede definir como *“una técnica que se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*³.

Se trata de una técnica de reproducción no permitida en España por el art. 10 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cual determina la nulidad de todo contrato de gestación por sustitución, y establece que en estos ca-

sos la filiación se determinará por el parto. No obstante, nuestra regulación contrasta con la de otros países que sí consideran la gestación por sustitución legal, como son ciertos Estados de Estados Unidos, Rusia, Georgia, Ucrania, Kazajistán e India, y, aunque con restricciones, también se permite en el Reino Unido y Grecia⁴.

Así, como consecuencia de que la figura sí que es admitida en otros ordenamientos jurídicos, unido al fenómeno de la globalización y a la facilidad que hay actualmente para desplazarse de un lugar a otro, ello hace que se planteen en España problemas jurídicos en torno a la gestación por sustitución, e incluso, que se le reconozca ciertos efectos, pese al precepto legal ya referido.

II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA MUJER GESTANTE

Como ya se ha mencionado, es el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida el que declara la nulidad de todo contrato de gestación por sustitución, y establece expresamente que la filiación en estos supuestos quedará determinada por el parto. No obstante, la no permisión de la gestación de sustitución en nuestro ordenamiento jurídico se

remonta a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que en su artículo 10 ya establecía, en términos idénticos, lo mismo que la actual Ley 14/2006.

Pero, ¿cuáles son las razones que lo fundamentan? Para encontrarlas hemos de acudir a un antecedente de la Ley 35/1988, el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro⁵, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. En dicho informe se recomienda la prohibición de la gestación de sustitución, teniendo en cuenta principalmente la situación en la que quedaría la mujer gestante. Así, aparte de considerar la influencia que el embarazo podría tener en su salud, establece expresamente que la gestación de sustitución *“puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer del mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría en un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles”*. Por lo tanto, con la prohibición de la gestación de sustitución, lo que se pretendía era proteger a la mujer gestante, evitar que sufriera abusos, y no convertir el cuerpo femenino en objeto de comercialización.



1 Véase CORRAL DUEÑAS, F. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 677, 2003, pp. 1955-1956. En general, sobre los nuevos modelos de familia véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ “Nuevos modelos de familia?” en *La familia, paradigma de cambio social: ponencias*, Barcelona, 15-16-17 de mayo de 2008, 2008, pp. 269-300; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal” en *Revista española de derecho canónico*, Vol. 64, N° 163, 2007, pp. 703-744.

2 Véase LASARTE ÁLVAREZ, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria” en *Diario La Ley*, N° 7777, 2012.

3 Definición dada por la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia núm. 826/2011 de 23 de noviembre.

4 Hacen alguna referencia al respecto SELMA PENALVA, A. “Vientres de alquiler y prestación por maternidad” en *Aranzadi Social*, N° 9, 2013; y especialmente LAMM, E. “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3, 2012.

5 Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, Secretaría General, Madrid, 1986, pp. 149-156.

6 Concretamente, atendiendo a los artículos 1261 a 1277 del Código Civil español.

7 Así por ejemplo, véase VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en *Diario La Ley*, N° 7501, 2010; DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, N° 7527, 2010; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 6, 2011; y VERDERA IZQUIERDO, B. “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”, *Actualidad Civil*, N° 10, 2007, pp. 1117.

8 Así lo pone de manifiesto la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, y ha sido apoyado por la doctrina internacional privatista. Véase por ejemplo el magnífico trabajo de CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, N° 2, 2009, pp. 294-319.

9 Ello también se puede extraer de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, que en su fundamento de derecho cuarto establece que “esta consecuencia jurídica sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento”.

Gran parte de la doctrina defiende también que, aunque no existiera tal precepto, el contrato sería nulo en aplicación de las normas del Código Civil⁶, por ilicitud de su causa y por razón de su objeto⁷, puesto que tanto la capacidad de gestar, como el cuerpo humano en sí, son indisponibles, intransferibles y personalísimos, de tal manera que la persona humana no puede ser objeto de comercio o de transacción. Además, las normas reguladoras de la filiación y del estado civil de las personas son imperativas y de orden público, por lo que son indisponibles, oponiéndose de tal forma este contrato al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil.

III. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Uno de los principales problemas que se plantea en España con respecto a la gestación por sustitución, es la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción, el cual ha dado lugar a numerosa jurisprudencia, y a una importante polémica en la doctrina. Entre los pronunciamientos más relevantes destacan la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, y la de Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10^a, núm. 826/2011 de 23 de noviembre.

Con carácter previo al análisis de la citada jurisprudencia, es relevante realizar dos aclaraciones. En primer lugar, debido a la incidencia de elementos extranjeros en los mencionados supuestos, resulta indispensable abordar la cuestión desde una perspectiva internacional privatista, teniendo en cuenta que, debido a que la filiación ya ha sido determinada en un país extranjero, no se trata de establecer cuál es la ley aplicable a la misma, sino que nos movemos en el

campo del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras⁸. En segundo lugar, el razonamiento a seguir ante estos supuestos es el mismo, independientemente del sexo de los miembros de la pareja que acuda a la gestación por sustitución y posteriormente traten de inscribir la filiación en el Registro, puesto que lo determinante es la forma de alumbramiento. La única diferencia es que en los supuestos en que se trate de mujeres, o de una pareja heterosexual, existe una mayor dificultad para el encargo del Registro, de conocer que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocido, la consecuencia jurídica es la misma⁹.

Teniendo en cuenta estas puntualizaciones, se va a realizar un análisis de la Resolución de la DGRN y de las dos sentencias ya citadas. En ellas se plantea el caso de dos cónyuges españoles, ambos varones, que viajaron a California, país donde se permite la gestación por sustitución y en el que recurrieron a dicha técnica para tener hijos. Tras el nacimiento de dos niños, acudieron a inscribir tal hecho en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, como hijos del matrimonio, inscripción que el encargado del Registro Civil Consular denegó, basándose en que los niños nacieron como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, práctica prohibida por la ley española, y por lo tanto la filiación ha de determinarse a favor de la madre gestante. Este auto es recurrido por los interesados, y da lugar a la Resolución siguiente.

1 Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN

Esta Resolución es una decisión pionera, puesto que determina, por primera vez en España, la procedencia de la inscripción de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, a favor de dos varones españoles. No obstante, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina, a las que luego se hará referencia.



En primer lugar, la DGRN distingue entre la inscripción en el Registro Civil practicada a partir de declaración, y la practicada a partir de certificación registral extranjera, y establece que, al haber ya una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los menores, no se trata de un supuesto de determinación de la filiación, y por lo tanto, de determinar cuál es la ley aplicable al caso mediante las normas conflictuales; sino que es una cuestión de validez extraterritorial de resoluciones extranjeras en España. En consecuencia, se excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que las normas de conflicto pudieran conducir (incluida la Ley 14/2006), y aplican al supuesto el art. 81 Reglamento Registro Civil¹⁰. En este punto es donde se ha hecho una de las principales críticas a la Resolución¹¹, puesto que, si bien es cierto que al tratarse de un certificado registral extranjero es de aplicación el art. 81 RRC, también son de aplicación los arts. 85 RRC, y, principalmente, el 23 LRC¹².

Continuando con la argumentación de la DGRN, establece que, basándose en la soberanía de los Estados y en los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, la solución alcanzada en un Estado debe ser estable, continua, y segura; y por ello, el art. 81 RRC obliga a un control de legalidad, pero no a que las soluciones adoptadas por un certificado registral extranjero sean idénticas a cómo habría resuelto la autoridad registral española. Así pues, los requisitos que, según la DGRN, debe cumplir una certificación extranjera para adquirir al Registro Civil son los siguientes:¹³ que se trate de un documento público, que la autoridad registral extranjera desempeñe funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas, que dicha autoridad fuese competente, que se hubieran respetado los derechos de defensa de los interesados, y que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Tras entender que se cumplen los cuatro primeros requisitos, el conflicto se presenta en la posible contrariedad de la certificación extranjera con el orden público internacional español. A este respecto, la DGRN establece que *“la incorporación de esta certificación no perjudica la estructura básica del Derecho español, y por ello tampoco lesiona la organización moral y jurídica fundamental de la sociedad española”*.

Ello lo fundamenta, principalmente, en que de no aceptarse tal inscripción se lesionarían los principios de igualdad y no discriminación (porque sí que se admite la filiación a favor de dos varones por adopción, y también se permite la filiación a favor de dos mujeres), y el principio del interés superior del menor, en concreto, su derecho a una identidad única, traducido en que dispongan de una filiación única en varios países. El interés del menor, exige por lo tanto, la continuidad espacial de la filiación, y la coherencia internacional de la misma¹⁴.

Finalmente, también añade que no se trata de un caso de fraude de ley internacional, puesto que para ello es necesario que se haya alterado un punto de conexión de la norma de conflicto española, con el fin de eludir una norma imperativa española¹⁵, y que tampoco es un supuesto de *forum shopping*, puesto que, la certificación extranjera no es una resolución judicial y por lo tanto es alterable, no existe *bad forum shopping* y, en cualquier caso, debe primar el interés del menor.

De todo ello, concluyen que se cumplen los requisitos exigidos por el art. 81 RRC (aunque como ya he matizado antes, son requisitos que la norma no establece expresamente, sino que los entiende así la DGRN), y por lo tanto sí que procede la inscripción en el Registro Civil Consular español, de la filiación de los niños a favor de los dos varones españoles¹⁶.

10

Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

11

En el caso de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 348, critica que la DGRN centra su argumentación en el art. 81 RRC, e ignora que también es aplicable el art. 23 LRC, que sí hace una mención expresa a la conformidad del certificado extranjero con la Ley española. Así, Álvarez González establece que este *“es un requisito que, mientras no cambie la norma, ha de respetarse”*.

12

La DGRN ha obviado totalmente este artículo, que es aplicable al caso, y sobre las inscripciones en el Registro Civil establece lo siguiente: *“También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*.

13

Ver el análisis realizado en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, N° 2, 2009, pp. 307 y siguientes.

14

Se basa en una interpretación de dos preceptos de la Convención de Derechos del Niño. Art. 3: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Art. 8.1: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”* También toma en consideración la jurisprudencia del TJUE, en cuanto a los casos García Avello, y Grunkin Paul.

15

Algunos autores hablan de que, aunque no haya fraude de ley al punto de conexión de la norma de conflicto, sí que hay fraude de ley a la norma de conflicto si se atiende a la pretensión o a la situación jurídica en su conjunto como objeto del conflicto de calificaciones que subyace a la maternidad subrogada. Ver QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, pp. 35 y siguientes.


2

Sentencias del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 826/2011 de 23 de noviembre.

Frente a la Resolución de la DGRN, el Ministerio Fiscal interpuso recurso, que dio lugar a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y, al ser recurrida también ésta, a la Sentencia de la Audiencia Provincial. Ambas fallan en contra de la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, con un razonamiento bastante similar, aunque divergente en algunos aspectos.

Con respecto a la Resolución de la DGRN, la primera distinción que cabe apreciar con ambas sentencias, es la normativa aplicada al caso. Mientras que la DGRN basaba su argumentación en el art. 81RRC, las dos sentencias aplican principalmente el art. 10 de la Ley 14/2006, y art. 23LRC. Por lo tanto, en aplicación de este último artículo, se exige como requisito para la inscripción de la certificación registral extranjera *“que no haya duda del hecho inscrito, y de su legalidad conforme a ley española”*. Partiendo pues de este precepto, ambos Tribunales coinciden en que para comprobar la legalidad del hecho conforme a la ley española hay que acudir a la Ley 14/2006 y como consecuencia, dado que en su art. 10 prohíbe la gestación por sustitución y establece que la filiación en estos casos se determinará por el parto, se trata de un hecho contrario a la ley española, por lo que no puede ser inscrito¹⁷. No obstante, ninguna de las dos sentencias se quedan ahí, sino que pasan a analizar también otros temas que trata la Resolución de la DGRN, como son la posible vulneración del principio de igualdad, del interés superior del menor, o del orden público, y si hay o no fraude de ley.

En primer lugar, atendiendo al principio de igualdad, ambos tribunales establecen que la no procedencia de

la inscripción no vulnera éste principio ni es discriminatorio, puesto que se fundamenta en la procedencia de los niños, no en el sexo de los solicitantes. Y en lo que respecta al interés superior del menor, las dos instancias admiten que se trata de un principio a considerar siempre que una decisión afecte a menores, pero en este supuesto concreto *“el fin no justifica los medios”* y *“la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley”*, tras lo que instan a los solicitantes a inscribir la filiación de los menores siguiendo los cauces legales.

En cuanto al orden público internacional, el Juzgado de Primera Instancia no se pronuncia acerca de si hay vulneración o no del mismo, pero sí que lo hace la Audiencia Provincial de Valencia estableciendo que la aceptación de la inscripción sí que comportaría una vulneración del orden público internacional, puesto que iría contra principios como que las personas, y los niños específicamente, no pueden ser objeto de transacción o comercio, y contra la propia dignidad de la persona. Incluso establece que se podría considerar el art. 10 Ley 14/2006 como una norma de policía, cuya observancia en nuestro país se podría considerar esencial para salvaguardar sus intereses públicos¹⁸.

Finalmente, respecto a si se produce fraude de ley o no, ambos tribunales coinciden en que no hay ningún tipo de conexión previa entre los solicitantes y el Estado de California, por lo tanto aunque no se haya alterado un punto de conexión de la norma de conflicto, sí que hay indicios suficientes para considerar que han tratado de huir de la aplicación de las normas de conflicto españolas y de la ley imperativa española, con la finalidad de aumentar las posibilidades de inscripción en el Registro que de otra forma serían nulas.

Por todo ello, ambos Tribunales fallan, como ya se había adelantado, que no es un hecho inscribible en el Registro Civil español.

16

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp.353 critica que la DGRN utiliza una forma de argumentación negativa, en el sentido de que se basa en que la no inscripción vulneraría el principio de interés del menor o el de igualdad, en vez de verificar si la inscripción los vulnera o no. Afirma que “bastaría con haber afirmado la inexistencia de un principio superior contrario al reconocimiento”. También ATIENZA, M. “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, N° 27, 2009, define la argumentación utilizada como “artificiosa” y establece que la DGRN “elude entrar en (...) si la gestación por sustitución va o no contra el orden público español”.

17

Al respecto, se ha criticado que el art. 23 LRC no nos conduce únicamente a una norma española, puesto que hay que entender que nos remite a todo el ordenamiento jurídico, incluidas las normas de conflicto, por lo que esto nos puede conducir a una ley extranjera: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp.356.

18

Sobre este tema ver QUINONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, pp. 17.



3

Instrucción de 5 de octubre de 2010

Un mes después de que se dictara la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, la DGRN dictó esta Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la cual se busca proteger principalmente el interés superior del menor y el de la madre gestante¹⁹, y con base a ello hace que actualmente sí que se admita la inscripción, siempre y cuando cumplan los requisitos allí establecidos, que son:

Que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en que se acredite la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución. Por lo tanto ya no basta con presentar una certificación registral extranjera.

Que dicha resolución judicial, si fuera resultado de un proceso de jurisdicción contencioso, obtenga el executur en España.

Por el contrario, si la resolución judicial extranjera hubiera sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, no es preciso el reconocimiento judicial por homologación, si no que el Encargado del Registro llevará a cabo un control incidental.

En este reconocimiento incidental, se debe comprobar: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera, que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación españolas, que se hubieran garantizado los derechos procesales de las partes, que no se ha vulnerado el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante, y que la resolución judicial es firme, y los consentimientos prestados irrevocables, o si no fuera así, ya hubieran transcurrido los plazos de revocabilidad.

Esta Instrucción no ha resuelto la problemática ya existente, sino que la ha complicado aún más, y ha generado un mayor debate entre la doctrina. Así, ha recibido numerosas críticas tanto por su mal manejo de las normas y los métodos de Derecho Internacional Privado español²⁰, como porque se está regularizando de facto una actividad ilícita en España, y ello puede dar lugar también a un “turismo reproductivo” internacional²¹. VELA SÁNCHEZ, A.J. incluso afirma que dicha Instrucción es inconstitucional, puesto que atenta contra el principio de igualdad del art. 14 CE, y además se trata de una norma reglamentaria nula por vulnerar el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado.

IV. ANÁLISIS ESQUEMÁTICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Siguiendo el esquema propuesto por ATIENZA, M.²², a continuación se va a representar la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, y la de Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 826/2011 de 23 de noviembre. El significado de las figuras que se emplean para ello es el siguiente:

19

Así, establece expresamente que “atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.”

20

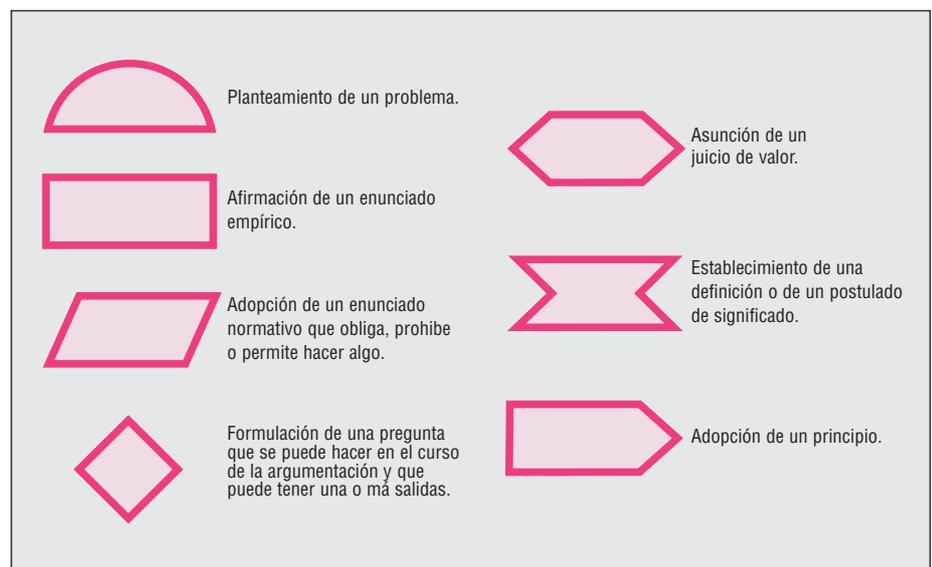
En este sentido ver el magnífico análisis que se lleva a cabo en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 247-262, y CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Ganada, Comares, 2011/2012, pp. 291 y siguientes. También trata el tema ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp.356 y siguientes.

21

Defienden esta posición por ejemplo VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” en *Diario La Ley*, N° 7608, 2011; y CERDÀ SUBIRACHS, J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN” en *Abogados de Familia*, Editorial La Ley, N° 60, 2011.

22

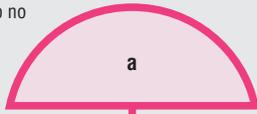
Véase ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1993, pp. 241.



Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado

a: Problema: si debe inscribirse o no en el Registro Civil español, la filiación a favor de dos varones españoles, de dos hijos nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución.

g: Hay una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y filiación de los menores en favor de los dos varones españoles. Por lo tanto, es una cuestión de validez extraterritorial de resoluciones de resoluciones extranjeras en España.



d y e: El precepto que se aplica principalmente es el art. 81 RRC. También se aplican:
 - art. 9 y 14 CE,
 - art.323.2 LECiv.,
 - art. 85 RRC,
 - art. 73 Ley 14/2006,
 - art. 3 Ley Convención Derechos Niño,
 - art. 17.1 a CC.



h: Debe respetarse el principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, y así, que la solución alcanzada en un Estado sea estable, continua y segura.

i: El art. 81 RRC obliga a un control de legalidad, no a adoptar idénticas soluciones.



j: Aceptar la inscripción no lesionaría los principios básicos de derecho fundamental español. No se ha cometido fraude de ley.

l: El principio del orden público internacional no se vulnera.



k: Tampoco se lesionan los principios de igualdad y no discriminación.



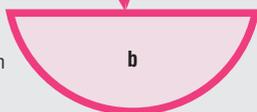
m: Hay que proteger el principio del interés de los menores.

n: Los menores tienen derecho a una identidad única, que se traduce en que dispongan de una filiación única en varios países.



f: Art. 81 RRC. Se cumplen los requisitos exigidos.

c: Los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española.

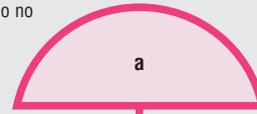


b: Si que procede la inscripción en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores.

Juzgado de Primera Instancia nº 15. Valencia

a: Problema: si debe inscribirse o no en el Registro Civil español, la filiación a favor de dos varones españoles, de dos hijos nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución.

g: Los niños fueron concebidos mediante una técnica de gestación por sustitución.



d: Normativa aplicada principalmente:
 - art. 10 ley 14/2006,
 - art. 23 LRC,
 También aplica el artículo 85.1 RRC.

e: Art. 23 LRC exige como requisitos que no tiene que haber duda del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española.



h: Para comprobar la legalidad de este hecho conforme a la ley española hay que acudir a la ley 14/2006, que en su art. 10 prohíbe dichas técnicas, y establece que en estos casos la filiación vendrá determinada por el parto.



i: Es biológicamente imposible que dos varones sean los padres de los niños.



j: El principio de discriminación y el del interés del menor no se vulneran aunque no se acepte la inscripción.



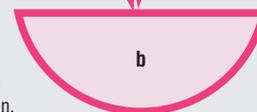
k: El matrimonio español formado por los dos varones acude a California, país donde es legal la gestación por sustitución.

l: Acuden allí para aumentar las posibilidades de inscripción en el Registro, que de otra forma son nulas.



f: El art. 10 ley 14/2006 prohíbe la gestación por subrogación, entonces es un hecho no legal conforme a la ley española, por lo que no cumple los requisitos del art. 23 LRC.

c: Hay determinados supuestos similares, que tampoco son inscribibles en el Registro Civil español.



b: Se trata de un hecho no inscribible en Registro Civil español, por lo tanto se procede a cancelar dicha inscripción.



Audiencia Provincial de Valencia

a: Problema: si debe inscribirse o no en el Registro Civil español, la filiación a favor de dos varones españoles, de dos hijos nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución.

d: Normativa aplicada principalmente:
- art. 10 ley 14/2006,
- art. 23 LRC,
También aplica:
- art. 81 y 85 RRC.
- art. 10.1, 14, 15 y 39.2 CE.
- art. 3 Convención sobre Derechos del niño.
- art. 1271 y 1275 CC.

g:

Define la gestación por sustitución como un contrato a través del cual una mujer consiente llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a sus comitentes, que pueden aportar o no sus gametos.

h: Es aplicable el art. 10 ley 14/2006, que establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación se determinará por el parto.

i:

i: Analiza distintos principios:
- El principio de igualdad, y el de interés del menor y el derecho a una identidad, no se violarían si se denegara la inscripción.
- Sin embargo si se aceptara, el orden público español si que se vulneraría, ya que iría contra principios como que las personas y los niños específicamente, no pueden ser objeto de transacción o comercio, y contra la propia dignidad de la persona.

j:

No hay ningún tipo de conexión previa entre los solicitantes y California.

k:

Han tratado de huir de la aplicación de las normas de conflicto españolas, y de la ley imperativa española.

f:

f: El art. 23 LCR permite el acceso al Registro, de las certificaciones extranjeras, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española, y según el art. 10 ley 14/2006, la gestación por sustitución no es legal en España.

b: Se trata de un hecho no inscribirle en Registro Civil español.



V. CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como se ha analizado, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009 y de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha permitido la inscripción en el Registro Civil de nacidos mediante esta técnica de reproducción. Ello ha planteado numerosos problemas, puesto que, como se ha visto, se cuestiona la licitud de esta actividad en España. Tanto la Resolución como la Instrucción de la DGRN, establecen los requisitos que han de concurrir para la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, a favor de los solicitantes, no siendo ninguno de ellos la madre gestante. Con ello se está produciendo una contradicción entre lo que establece el ordenamiento jurídico español, y concretamente, el artículo 10 de la Ley 14/2006, y la práctica jurídica.

Se observa por ello, cómo es posible reconocer ciertos efectos jurídicos en España a situaciones generadas en el extranjero en las que aparecen implicadas nacionales españolas. Desde el punto de vista internacional privatista, ello puede ocurrir a través del juego del llamado orden público internacional atenuado²³. El mismo opera en situaciones jurídicas que ya han sido creadas en un país extranjero y que ya han producido legalmente sus efectos jurídicos en dicho país, y consiste en que se reconozcan ciertos efectos en España, producidos por estas situaciones, sin que se dañe la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Por lo tanto, no se permite crear en España una situación jurídica con arreglo a una Ley extranjera que dañe el orden público internacional español, pero sí que se pueden aceptar efectos periféricos a situaciones creadas en el extranjero, con arreglo a ley extranjera, aunque no estén reconocidas en nuestro Derecho.

De ello se deduce que, no se puede considerar válido ni ejecutar un contrato de gestación por sustitución en España, puesto que atentaría directamente contra nuestro orden público internacional. Sin embargo, una vez que el contrato ha sido creado y ejecutado en el extranjero, válidamente celebrado y conforme a leyes extranjeras que lo permiten, estamos ante una situación válidamente creada en el extranjero, ya no se trata de crearla en España, sino únicamente de reconocer ciertos efectos derivados de esa situación ya existente. Estos efectos serían, como ya hemos visto, la inscripción en el Registro Civil de la filiación en favor de los padres que constan en la certificación registral extranjera. Por lo tanto, pese a la nulidad de este tipo de contratos establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, por esta vía sí que sería posible el reconocimiento de algunos efectos jurídicos derivados de la situación jurídica válidamente creada en el extranjero y en atención primordial al interés del menor. No obstante, el legislador español debería clarificar la situación, y establecer una norma que zanjara el tema, creando la necesaria seguridad jurídica, puesto que actualmente no cabe duda de que se ha generado una contradicción entre lo que establece la legislación, y la práctica jurídica, haciendo depender la inscripción registral de la interpretación jurisprudencial. Además, no hay que olvidar que, en última instancia, es el interés superior de los menores el que está en juego, y es la satisfacción de éste interés superior la que, que en todo caso, debe prevalecer.

23

Ha tratado el tema CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Orden público internacional y externalidades negativas" en *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 2065, 2008, pp.2351-2378, y CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Ganada, Comares, 2011/2012, pp. 444 y siguientes.

D E R E C H O E S P A Ñ O L



El contenido de los planes de igualdad: Guías y directrices prácticas

DRA. ANA MARTA OLMO GASCÓN
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Castilla-La Mancha



RESUMEN

El proceso de elaboración y gestión de los planes de igualdad en empresas y administraciones públicas es sumamente complejo, y en los últimos años diferentes administraciones públicas, sindicatos más representativos y organizaciones de mujeres juristas han elaborado valiosos documentos indicando el procedimiento y los contenidos más idóneos para garantizar el principio de igualdad de tratamiento por razón de género en el trabajo. Esta labor, que ha pasado un tanto inadvertida, es revisada en las siguientes páginas en las que añadidamente, se analizan los estudios procedentes de las organizaciones sindicales que revisan las medidas contenidas en la negociación colectiva y planes de igualdad de nuestro país, destacando las que pueden considerarse como buenas prácticas para equiparar en el ámbito laboral a mujeres y hombres.

Palabras clave: Planes de igualdad, planes de acción positiva, medidas contra el acoso laboral sexual o por razón de sexo.

Measures in equality plans: Guidelines and practices

ABSTRACT

The process of developing and managing equality plans in companies and government is extremely complex, and in recent years various public entities, most representative trade unions, organizations of women lawyers, have produced valuable documents, indicating the procedure and contents more appropriate to ensure the principle of equal treatment on grounds of gender at work. This work, which has gone somewhat unnoticed, is reviewed in the following pages, in which additionally analyzed studies from trade unions to review the measures contained in collective bargaining and equality plans of our country, highlighting which can be considered as good practice in the workplace equate women and men.

Keywords: Equality plans, measures against sexual harassment or gender.

1. DIRECTRICES PARA LA ELABORACIÓN DE PLANES DE IGUALDAD O DE ACCIÓN POSITIVA

La generalidad con que se pronuncia el art. 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI) respecto al contenido de los planes de igualdad, ha provocado la aparición de numerosas guías o documentos de carácter técnico que han ido precisando qué criterios deben referenciarse y las medidas que pueden adecuarse a la estructura de cada una de las empresas que pretendan articular un plan de acción positiva. Esta vaguedad, que es idónea en la medida que opera como un listado de materias básico y mínimo que debe ser analizado dependiendo de las circunstancias concretas y de las deficiencias en materia de género de cada empresa, no aparece en

cuanto al concepto de plan de igualdad que se formula con carácter funcional, explicitando las tres fases temporales que debe contener: diagnóstico de situación en la empresa, establecimiento de objetivos y verificación de resultados¹.

La variedad de guías prácticas o manuales, responde a la multiplicidad en la composición de las estructuras empresariales presentes en los sistemas de relaciones laborales, como manifestación, por un lado, de la libertad de empresa y por otro de las diversas condiciones materiales de cada actividad productiva. Por ello, encontramos guías para empresa o para administraciones públicas, y dentro de

1

El diagnóstico es el paso previo y determinante para ejecutar correctamente un plan; directrices para su elaboración en: *Guía práctica para diagnosticar la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas*, Instituto de la Mujer; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, en: <http://www.fundacionmujeres.es/img/Document/15024/documento.pdf> (09.01.2013).

2

De entre ellas, destacamos por la calidad de los indicadores utilizados: MORALES CAPARRÓS, M^a J.; LUNA JIMÉNEZ, M^a J.; ESTEBAN PAGOLA, A.I. “Diagnóstico de paridad en la Universidad. Análisis a través de indicadores.”, *Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento*, vol. 7, n^o 2 (2010); AA.VV., *Diagnóstico de la igualdad de género en el medio rural*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011; *Guía práctica para la incorporación del “mainstreaming” de género: ¿cómo aplicar el enfoque de género en las políticas públicas?*, Asociación Global e-Quality, Unidad de Igualdad de Género, Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, Toledo, 2009; *Orientaciones para negociar medidas y planes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas: Guías*, Fundación Mujeres, Instituto de la Mujer, 2008; *Guía para la elaboración de un plan de igualdad en ONG de acción social*, Federación de Mujeres Progresistas-Plataforma de ONG de acción social, Madrid, Plataforma de ONG de acción social, 2010; PELÁEZ NARVÁEZ, A. Comisionado de Género CERMI, *Planes de igualdad para entidades de la discapacidad del tercer sector*, CERMI, Madrid, 2010.

3

La negociación colectiva es el instrumento natural de adopción de medidas de género; no siendo objeto de este estudio, destacar que son numerosos los análisis de las prácticas contenidas en los convenios colectivos; de obligatoria consulta, pues ofrecen dos panorámicas reveladoras de la positiva evolución convencional en la materia: AA.VV., *Los planes de igualdad entre mujeres y hombres en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2009, y AA.VV., *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, MOLINA HERMOSILLA, O. (Dir.), Comares, Granada, 2012.

4

Modelo propuesto en el: *Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa*. Aspectos básicos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, págs. 10 y ss. En: <http://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gerencia/Igualdad/Plan%20de%20Igualdad/Manual%20para%20elaborar%20un%20Plan%20de%20Igualdad%20en%20la%20empresa.pdf> (09.01.2013). Una guía similar: *Manual para elaborar un plan de igualdad en la empresa*, Federación de Servicios Públicos de UGT de Madrid, en: <http://www.fspmadrugdt.org/dependencia/documentacion/Guias%20y%20manuales/Manual%20para%20elaborar%20un%20Plan%20de%20Igualdad%20en%20la%20empresa.pdf> (09.01.2013). *Vid.* indicaciones metodológicas para efectuar el diagnóstico en: *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, MOLINA HERMOSILLA, O. (editora), Bomarzo, Albacete, 2009.



estás últimas, de carácter local, autonómico o de determinadas entidades de derecho público –ayuntamientos o universidades, por ejemplo– y respecto a las dirigidas a empresas, por su plantilla, guías de pequeña o mediana empresa o bien documentos para elaborar planes de igualdad en atención al sector productivo o de actividad; también podría procederse a una clasificación por el organismo del que proceden estas pautas –nacionales, internacionales, públicos o privados– existiendo en todos estos ámbitos decenas de ellas².

De toda esta diversidad se estudiarán, al hilo del contenido de la LOI, las medidas contenidas en algunos de estos instrumentos al resultar imprescindibles para emprender la ejecución de un plan de igualdad de oportunidades, analizando las pautas necesarias para evaluar, corregir y prevenir las desigualdades en cualquier organización de recursos humanos, partiendo de la premisa de la notable inestabilidad de las condiciones laborales en cualquier organización productiva, que conlleva que la introducción de cualquier nueva condición laboral incidirá con toda probabilidad en el cumplimiento del principio de igualdad de tratamiento por razón de sexo en el trabajo; finalmente, se tratarán los mecanismos para prevenir y sancionar el acoso sexual o por razón de sexo y la articulación de estos procedimientos con los planes de igualdad.

Es importante mencionar que el llamamiento efectuado a los poderes públicos ordenando “la garantía de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejercen una profesión concreta, inclui-

das las prestaciones concedidas por las mismas”, efectuado en el art. 5 LOI, tiene como antecedentes directos, perfectamente reconocibles a la Directiva 76/207 de 09.02.1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002), y a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 05.07.2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Este compromiso con la igualdad de tratamiento por sexo, estaba exiguamente tutelado en la redacción de los arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que la LOI ha resultado un revulsivo que ha atendido este derecho convenientemente, y concretamente, los planes de igualdad resultan una medida perfecta para enraizar en un sistema normativo de relaciones laborales profundamente sindicalizado, en el que en la práctica, las disparidades por sexo siguen siendo alarmantes³.

Hemos señalado que la LOI realiza una definición funcional de los planes de igualdad o de acción positiva (PI); tras delimitar sucintamente su estructura –conjunto ordenado de medidas– el art. 46.1 LOI indica el objetivo de los mismos: “alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”. Seguidamente se establece secuencialmente qué fases debe contener para lograr su objetivo, pues tras un diagnóstico de situación, deben fijar los concretos objetivos de igualdad a conseguir, e incluir las estrategias y prácticas a implantar, conteniendo finalmente, un sistema “eficaz” de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados inicialmente. De esta

forma, las cuatro etapas que necesariamente concurren, y por ese orden, en la elaboración de un plan son: diagnóstico de situación, establecimiento de objetivos, determinación de estrategias y prácticas a implantar, y elaboración de un sistema eficaz de seguimiento y evaluación de los objetivos, si bien en la práctica, la fijación de objetivos debe diferenciar entre los establecidos a largo y corto plazo, estos últimos progresivos y coherentes con los primeros; en cuanto al diseño de acciones concretas, es preciso cerciorarse sobre la coherencia entre objetivos y acciones previstas para su consecución. En este sentido, para garantizar la funcionalidad de las medidas, previamente será preciso analizar el objetivo, los sujetos a los que se dirige, el sujeto responsable de su aplicación, la metodología de implantación y los recursos y sistemas de verificación de su cumplimiento, recogiendo dicha información en fichas individuales, en las que se debe hacer constar el plazo de seguimiento en su cumplimiento, y el procedimiento de evaluación de los resultados. Estas fases deben volcarse en un calendario de actuaciones que una vez cumplido, nos indicará los puntos a corregir en la empresa y las medidas adecuadas para ello⁴.

Por otro lado se indica un listado de materias básicas que pueden formar parte de un plan de igualdad; en primer lugar el art. 46.2 LOI establece este listado con carácter orientativo, indicando que el plan puede contener estas “u otras” materias, y además se explica, generando cierta confusión, que estas materias podrán incluirse o no “para la consecución de los objetivos fijados”, debiendo en nuestra opinión, aparecer obligatoriamente al menos en la primera fase de diagnóstico, pues difícilmente trazaremos un análisis realista de la situación de la empresa si omitimos condiciones laborales básicas. Las materias que se enuncian son acceso al empleo, clasificación profesio-



nal, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. Efectivamente la obligatoriedad de testar el cumplimiento del principio de igualdad de éstas y cualesquiera otras condiciones laborales no enunciadas, pero específicas o relevantes en el espacio productivo de que se trate, se torna en la obligación de establecer objetivos sólo cuando se detecte un incumplimiento en una materia concreta, pues es posible que ya se garantice un estricto respeto a la igualdad en determinadas materias, situación que previsiblemente se irá produciendo con más habitualidad sí la empresa ya ha instaurado, y revisado, planes de igualdad. Del mismo modo los criterios seleccionados para efectuar un primer diagnóstico podrán repetirse, u obviarse en los sucesivos, cuando en la evaluación de los resultados de las medidas propuestas se concluya que ya se han alcanzado⁵. Como paso previo a la realización del diagnóstico es preciso recabar los datos –para su posterior análisis–, de determinadas condiciones de la prestación laboral; una vez constatada la situación discriminatoria a corregir, el procedimiento exige la fijación de objetivos y el diseño de la temporización de los mismos, señalando la persona u órgano de gestión responsable de su implantación y la partida económica destinada en su caso. Finalmente debe procederse a una evaluación de los resultados, en la que los no alcanzados o conseguidos parcialmente deberán ser objeto de un nuevo proceso de diseño e implantación.

Desde el ámbito jurídico laboral, resulta especialmente interesante analizar las condiciones laborales que deben ser evaluadas, explorando en qué medida pueden resultar lesivas al derecho a la igualdad, y conjuntamente, los mecanismos oportunos a implementar recomendados en guías o manuales prácticos, estudio que complementa a los ya efectuados relativos a las prácticas incluidas en la negociación colectiva.

2. LAS CONDICIONES LABORALES EVALUABLES EN UN PLAN DE IGUALDAD

2.1

Acceso al empleo y contratación

Que la tasa de desempleo afecte en España mayoritariamente a la mujer es, sin duda, consecuencia de la confluencia de factores de diversa índole; a pesar de que la tardía incorporación de la mujer al mercado laboral en nuestro país, parece una rémora superada, determinados roles sociales siguen presentes incluso entre una parte de la población joven, presuponiendo que las tareas de atención al núcleo familiar deben ser desempeñadas preferentemente por la mujer. Resulta paradójico que esta inferior tasa de ocupación no es provocada por el nivel de formación en la que precisamente, la mujer tiene un porcentaje cuantitativo y cualitativamente superior al de los hombres⁶; mantener que la educación sería la solución a este estereotipo debe matizarse en unas décadas en las que en España hay un índice de titulados/as universitarios/as notable, de forma que cabe precisar que, efectivamente, la eliminación de patrones erróneos debe hacerse por la educación, pero por una educación con perspectiva de género que desde la infancia identifique y corrija los estereotipos discriminatorios presentes en la sociedad⁷. Otro problema típico es la infravaloración del trabajo femenino, pues cumpliendo las condiciones de titulación requeridas para ocupar puestos de mayor rango, frecuentemente se contrata a la candidata femenina para ocupar puestos de escasa cualificación, lo que evidentemente conlleva una precariedad salarial muy habitual. El plan de igualdad debe componer el conflicto existente entre la libertad de contratación, de que dispone el empresario, con el cumplimiento del principio de igualdad de tratamiento, evitando que bajo la apariencia de un uso regular de su derecho, se lesione el de rango fundamental de las candidatas femeninas⁸.

5

Varios ejemplos en: BRAVO, C., GÓMEZ, R., *Buenas prácticas en la negociación de los planes de igualdad*, Secretaría Confederal de la Mujer CCOO., Madrid, 2010, pág. 25, en: http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/699885-Guia_Buenas_practicas_en_la_negociacion_de_los_planes_de_igualdad.pdf (09.01.2013). En cuanto a las directrices prácticas para realizar la fase de diagnóstico en: *Aclarando algunas dudas sobre planes de igualdad*, Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. Madrid, 2011, págs. 43-47, en: http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15621/doc69851_Aclarando_algunas_dudas_sobre_planes_de_igualdad.pdf (09.01.2013).

6

En 2010 el 55% del conjunto de estudiantes universitarios de la Unión Europea eran mujeres. Las diferencias entre sexos están marcadas por la evolución del alumnado universitario, según las áreas de conocimiento, la presencia de mujeres en matemáticas, ciencias e informática es del 41% descendiendo al 26% en el ámbito de las ingenierías. Esta segmentación de la población universitaria se refleja en la posterior inserción en el mercado laboral; AA.VV., *Crisis y discriminación salarial de género*, Secretaría Confederal de la Mujer CC.OO. Madrid, 2012, pág. 18, en: http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/pub85343_Crisis_y_discriminacion_salarial_de_genero.pdf (09.01.2013).

7

En esta materia consultar: ELÓSEGUI ITXASSO, M^a. “Educar en la corresponsabilidad entre mujeres y hombres: la igualdad necesaria”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º. 20, (2009).

8

Supuesto que en la mayoría de las ocasiones es difícil de probar; cfr. FABREGAT MONFORT, G. “La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo.”, *La posibilidad de una nueva tutela a la luz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, TLB, Valencia, 2008, y la misma autora en: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 55.

9

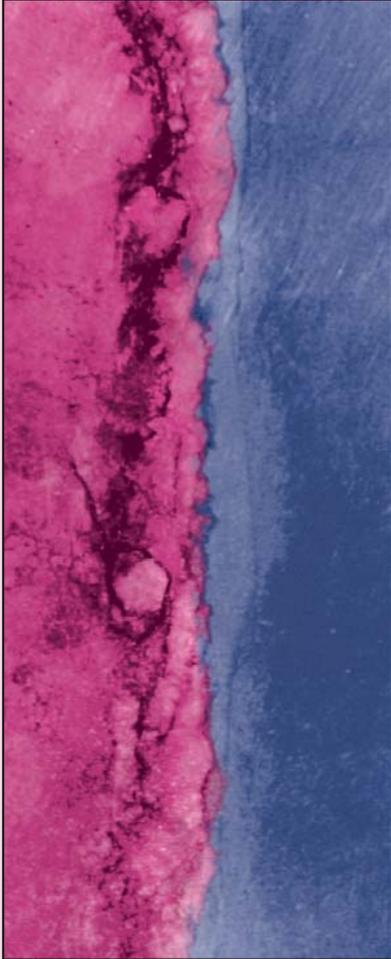
BRAVO, C., GÓMEZ, R., *Buenas prácticas en la negociación de los planes de igualdad*, cit., pág. 39. Directrices a seguir en el concreto proceso de ingreso en la empresa: Guía para un proceso de selección no discriminatorio, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, 2004, o *Guía para una selección de Personal no sexista*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.

10

Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, cit., págs. 51-53.

11

Intervención presente en nuestra negociación colectiva incluso antes de la promulgación de la LOI en 2007; ver numerosos ejemplos en: SERRANO GARCÍA, J.M^a. *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Albacete, Bomarzo, 2007, págs. 110-111.


12

OLMO GASCÓN, A.M. “Igualdad por razón de sexo”, *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo*, Valencia, TLB (en prensa). Sobre la diferencia entre acciones positivas y discriminaciones inversas, vid.: ELÓSEGUI ITXASO, M^a. “La Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n^o 20, (2007) págs. 11 y ss.; estrictamente en el ámbito laboral: PÉREZ DEL RÍO, M^a. T. “Principio de no discriminación y acción positiva; Comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidad para la Mujer 1988-1990”, *Documentación Laboral*, n^o 25 (1988) págs. 55-98.

13

Planes de igualdad en el sector agroalimentario, Federación agroalimentaria, Secretaría Mujer e Internacional CC.OO. 2009, pág. 18, en: http://www.agroalimentaria.ccoo.es/comunes/recursos/21/doc22801_Planes_de_Igualdad_en_las_empresas_del_sector_agroalimentario.pdf (09.01.2013).

14

Guía para la implantación de un plan de igualdad en las pymes al amparo de la nueva ley de igualdad 2007, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 2007, pág. 17, en: <http://www.rsc.camaramadrid.es/ficheros/Guia1.pdf> (09.01.2013).

Para garantizar que la selección de trabajadores se efectúa respetando criterios de igualdad tanto en la selección para ocupar vacantes, como en la promoción profesional, es común que los documentos técnicos señalen diferentes mecanismos en los que es preciso adoptar usos adecuados; concretamente, respecto a las ofertas de empleo, tests psicotécnicos y las pruebas profesionales o entrevistas es recomendable “que en el anuncio correspondiente de la oferta de empleo el puesto sea nombrado en femenino y masculino, además de utilizar vías de comunicación que lleguen tanto a hombres como a mujeres. Las preguntas en las entrevistas se ceñirán a las que guarden relación con el puesto de trabajo, y sería conveniente formar al equipo de selección en técnicas de entrevista desde la perspectiva de igualdad de oportunidades. También se puede garantizar que exista representación femenina en los equipos de selección de las empresas”⁹. De esta forma, es preciso utilizar criterios objetivos para la selección tales como la formación, y evaluar en la fase de diagnóstico qué sujetos intervienen en la definición de los perfiles de los puestos a cubrir, qué departamento o personal se encarga de diseñar el proceso, y quién o quiénes toman la decisión final de la incorporación del candidato/a¹⁰. En cuanto a la intervención de la representación de los trabajadores en esta fase de reclutamiento de personal, es muy recomendable en dos momentos concretos: en el diseño del sistema de selección procurando que se utilicen criterios equitativos, y en la baremación de los mismos, certificando que se cumplen; otra posibilidad procura un sistema de participación sindical más débil en el que la representación sólo es informada de las fases, contenido y resultado del proceso de contratación¹¹.

Finalmente como mecanismo preventivo para evitar una plantilla masculinizada o segmentada por género, el plan deberá incluir la revisión periódica del número concreto de puestos de trabajo y la categoría profesional de cada uno de ellos, ocupado por varones o por mujeres, para detectar específicamente la segmentación vertical.

En concreto, uno de los mejores procedimientos para corregir la deficiente situación laboral femenina en el acceso al empleo, es la conocida como acción positiva, reconocida en derecho europeo en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2009, permitiendo a los Estados miembros arbitrar “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”, acciones que deben ser razonables y proporcionadas (art. 11.1 LOI), en la medida en que operan a favor del colectivo desfavorecido en un momento o situación concreta, y que quedan afianzadas legalmente en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Que la acción positiva suponga una ruptura del universal principio de igualdad de tratamiento además de superar el juicio de razonabilidad, queda justificado por su eventualidad, pues sí actualmente deben operar a favor de las trabajadoras que, en efecto son frecuentemente discriminadas, en el momento en que se alcance una igualdad efectiva entre trabajadores y trabajadoras deberían desaparecer, y sólo retomarse si la igualdad de derechos se inclina desproporcionadamente de nuevo, a favor de un grupo exclusivamente por razón de género¹². En la práctica es común que tanto en guías para la elaboración de planes de igualdad, como en los propios planes, se incluyan acciones positivas en contratación, utilizando como criterio para su activación que exista una infrarepresentación de trabajadoras en el área o puesto de trabajo que se pretenda cubrir, y condicionando su operatividad a la “idoneidad” de la candidata para las tareas a desempeñar; el margen de interpretación subjetiva de esta condicionalidad aconseja prescindir de ella y adoptar fórmulas más neutras como el mérito y la capacidad¹³. También se utiliza la reserva de un porcentaje de las plazas vacantes para mujeres como medida temporal, hasta que ellas sean seleccionadas de una manera normalizada¹⁴.



Uno de los mayores problemas del empleo femenino en España es su contratación a tiempo parcial, frecuentemente además con carácter temporal. Advertido que el tiempo parcial, siendo formalmente una modalidad contractual, estrictamente es una forma de distribución de la jornada, en las guías y en la práctica convencional es una materia que se incluye en el apartado de contratación. Las sucesivas reformas legales que ha sufrido el régimen de tiempo parcial han flexibilizado tanto su utilización a favor del empresario, que prácticamente avocan al trabajador a una precariedad laboral –y por ende económica– injustificables. A parte de la percepción de un salario insuficiente en la mayoría de las ocasiones, el problema añadido es la incompatibilidad de varias actividades a tiempo parcial, precisamente por la libre disposición sobre el horario de que dispone el empresario. Que el tiempo parcial cumpliera la función de permitir compatibilizar un tiempo de trabajo limitado, con actividades de atención al núcleo familiar, exigiría unas condiciones en nuestro mercado laboral que están lejos de cumplirse: una retribución mayor de la hora trabajada a tiempo parcial –sea ordinaria, extraordinaria o complementaria– y la imposibilidad de compensarse por tiempo equivalente de descanso, y añadidamente, una voluntariedad real en la prestación bajo esta modalidad que permitiera a la trabajadora, optar a un tiempo completo de trabajo cuando sus necesidades vitales lo exigieran. Tal y como revelan los estudios en la materia, a parte de que el porcentaje de mujeres que trabajan a tiempo parcial es cuatro veces superior al de los hombres en la UE (un 32% frente a un 8%), el 24% de las mismas especifican que es debido a no encontrar empleo a tiempo completo. En nuestro caso el escenario es mucho peor, pues el 48% de las mujeres que trabajan a tiempo parcial en España, alegan no encontrar empleo a tiempo completo, mientras que el 27% explica que es para atender el cuidado de niños y responsabilidades familiares. Esta situación afecta especialmente a la mano de obra joven, pues mientras que en la Unión Euro-

pea el 22% de los hombres entre 15 y 24 años tiene un contrato a tiempo parcial, en el caso de las mujeres este porcentaje asciende al 37%¹⁵.

La contratación a tiempo parcial no sólo ocasiona un desplome de las condiciones salariales de la trabajadora durante su vida laboral activa, en el caso español, el régimen de jubilación contributiva también la discrimina económicamente. Un pronunciamiento ejemplar que exige la modificación de la normativa española –Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012, asunto C 385/11, Isabel Elbal Moreno/INSS, TGSS– afirma que nuestro régimen actual de jubilación “exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.” (nº 39 sentencia), vulnerando de este modo el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El Tribunal rechaza las alegaciones del INSS y del Gobierno español en las que aducen que “la exigencia de determinados periodos de cotización previos para poder acceder a determinadas prestaciones constituye la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional, puesto que esta obligación es esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo, en particular, para garantizar el equilibrio financiero del sistema.” (nº 33 sentencia), afirmando que la discriminación económica controvertida no es ni necesaria ni apropiada para salvaguardar el citado equilibrio financiero. Además, resulta especialmente consecuente el reconocimiento que hace el Tribunal que estima, quedando estadísticamente probado, que una normativa como la denunciada, afecta a una proporción mucho mayor de mu-

15

Datos procedentes de AA.VV., *Crisis y discriminación salarial de género*, cit., págs. 16-17.

16

Por ejemplo: “Garantizar que las empresas de trabajo temporal y contratas que dan servicio a la compañía, conocen nuestros compromisos en materia de igualdad, al objeto de evitar posibles malos usos derivados de la existencia de culturas empresariales diversas.” Plan de Igualdad de la empresa Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA), Resolución de 23 de agosto de 2011, (BOE 05.09.2011), pág. 96079.

17

Marco de protección legal, ya reclamado y propuesto con anterioridad a la reforma del precepto para empresas de trabajo temporal –y para contratas y subcontratas (actualmente huérfanas de tutela legal)– en: OLMO GASCÓN, A.M. “La tutela frente al acoso sexista en el trabajo”, en *Violencia contra las mujeres. Un enfoque jurídico*, Septem Ediciones, Oviedo, 2011, págs. 205-208.

18

FABREGAT MONFORT, G. *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2011, pág. 112.

19

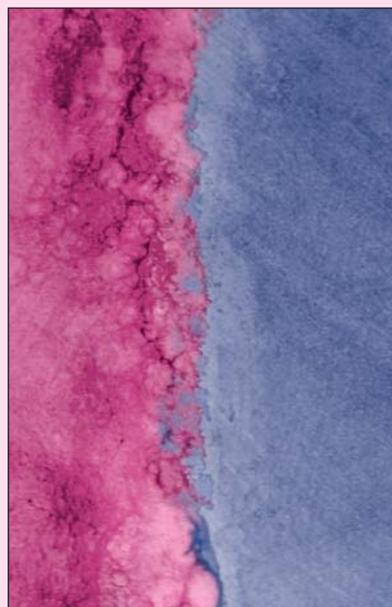
OLMO GASCÓN, A.M. “La tutela frente al acoso sexista en el trabajo” cit., págs. 201-203

20

La tendencia de la negociación colectiva es la eliminación de este sexismo en la clasificación profesional, con alguna desafortunada excepción; DILLA CATALÁ, M^a. J. “La clasificación profesional y la retribución salarial”, en *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la Negociación Colectiva, Comisión Ejecutiva Confederada de UGT, 2011, pág. 35, en: http://www.ugt.es/Mujer/LIBROPLANESDEIGUALDAD_UGT.pdf (09.01.2013).

21

AA.VV. *Crisis y discriminación salarial de género*, cit., págs. 18, 32-33 y 35-38.





eres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres (nº 31 sentencia).

Los fenómenos de externalización productiva constituyen otro elemento que precariza notablemente a la mano de obra femenina; la utilización de mano de obra ajena, procedente de contratadas o subcontratadas y empresas de trabajo temporal, es frecuentemente referenciada en planes de acción positiva o convenios colectivos con contenido en materia de género. Habitualmente se utilizan fórmulas genéricas tendentes a que las empresas que suministran personal, conozcan y respeten, los mecanismos implantados en la empresa para el fomento de la paridad de tratamiento, insuficientes en la mayoría de las ocasiones en la medida que han quedado superados por las disposiciones normativas¹⁶. Esta materia, en la que la autonomía de las partes en la negociación de medidas juega un papel nuclear, es idónea para introducir mecanismos funcionales que se adapten a esta colaboración de empresas; el plan de acciones positivas puede –y sería lo oportuno–, establecer que las trabajadoras de empresas externas deben beneficiarse de todas las medidas previstas en el plan de igualdad que materialmente, se les puedan aplicar mientras desempeñen sus funciones en la empresa usuaria; de esta forma se daría cumplimiento a lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal, que establece que “los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o

la orientación sexual.” Esta extensión del ámbito aplicativo al personal externo, perfectamente justificado por el aprovechamiento del empresario principal sobre la prestación de una mano de obra ajena, es especialmente recomendable en el caso de los protocolos contra el acoso sexual, puesto que los riesgos profesionales –en este caso intimidación sexual o por sexo– los provoca el entorno empresarial al que se desplaza la trabajadora¹⁷; judicialmente, el art. 177.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, permite demandar por acoso a empresarios interpuestos en la medida que se puede recurrir a la jurisdicción social “contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario”¹⁸. En estos casos, lo lógico sería una regulación legal que imponga la aplicación del protocolo contra el acoso laboral o por sexo existente en la empresa, a la que pertenece el empleado que provoca el hostigamiento, pues al fin y al cabo es la que dispone de la facultad de sanción laboral. De igual forma, si el acoso lo provoca el empleado enviado en misión o desplazado a una subcontrata, contra personal de la empresa con la que comparte el espacio de trabajo, el protocolo a activar – por denuncia del trabajador/a acosado aunque sea ajeno a la plantilla– es el de la empresa a la que pertenece el autor de la conducta denunciada, protocolo o procedimiento contra el acoso sexual de existencia obligatoria¹⁹, tal y como se analizará al tratar esta cuestión. Soslayando la concreta materia del acoso sexual laboral, el art. 11.1 de la Ley 14/1994, ordena la aplicación al personal “en misión” de las medidas del plan de igualdad de la empresa usuaria, que materialmente se les puedan adaptar, lógicamente, mientras dure la cesión de personal (por motivos obvios no se les aplicarán las previstas en contratación o promoción en la empresa, pero sí las dirigidas a formación, conciliación u ordenación del tiempo de trabajo).

2.2

Clasificación y promoción profesional

El acto de la clasificación profesional es el determinante del resto de las condiciones laborales que va a disfrutar la empleada; el salario, la jornada, las posibilidades de promoción, los riesgos profesionales y hasta las condiciones económicas de extinción laboral o la jubilación, dependerán del puesto de trabajo que se ocupe en la empresa. Las guías contienen un variado catálogo de medidas en la materia, tales como utilizar el sistema nacional de clasificaciones profesionales para identificar los puestos de trabajo presentes en la empresa, o la elaboración de la clasificación profesional con base en pautas neutras como la formación, la iniciativa, la autonomía, la complejidad de la actividad, la responsabilidad o el liderazgo preciso para su desempeño. Un elemento básico e inexcusable para evitar la discriminación en este ámbito es la eliminación del identificador sexual en la definición de los puestos de trabajo, práctica aún frecuente en algunas ofertas de empleo²⁰.

En esta materia, de nuevo, se detecta un problema del sistema de relaciones laborales español; el sector productivo con mayor peso es el de los servicios, en el que la mano de obra que se precisa es de nula o escasa cualificación y que está atendido mayoritariamente por trabajadoras, frente a sectores como el industrial, en el que las empresas precisan un mayor porcentaje de técnicos cualificados (diplomaturas, licenciaturas o grados, o formación profesional de segundo ciclo). Precisamente los sectores productivos en los que se requiere mano de obra con mayor titulación, están completamente masculinizados (por ejemplo, sector industrial en el que el salario medio es mayor en comparación con el sector servicios) y además, es donde se advierte una mayor brecha salarial entre salarios medios de hombres y mujeres en comparación con otros sectores²¹.



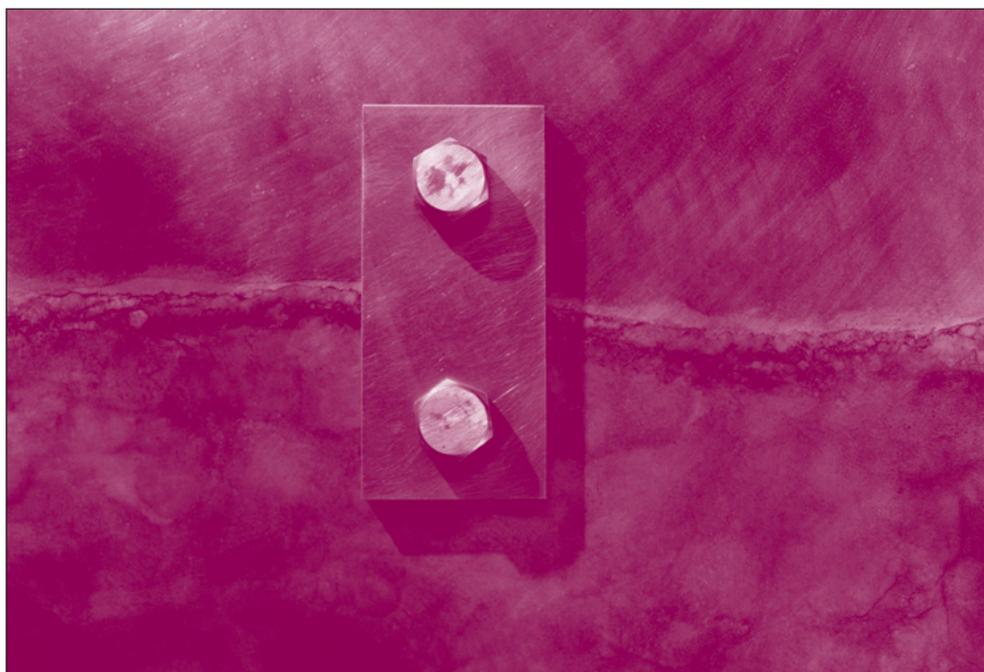
En los textos prácticos revisados, se prevén una batería de medidas muy adecuadas para el fomento de la igualdad en la clasificación profesional; así, el diseño de planes de carrera específicos para determinadas trabajadoras, la promoción de acciones positivas en las actividades de formación, reservando una cuota femenina, el fomento de las habilidades directivas de las mujeres, o el aumento del control de cada persona sobre su puesto de trabajo, repercuten no sólo en una clasificación no sexista, pues además generan una mayor satisfacción del trabajador/a en su vida profesional y personal²². Pero como paso previo a la adopción de medidas concretas, es preciso que la elaboración de la clasificación profesional no reproduzca la segregación sexual existente en el mercado de trabajo, y elimine cualquier componente discriminatorio en las funciones asignadas a los grupos o niveles profesionales²³, de igual forma que todo plan debería contener la formación interna en materia de igualdad de oportunidades, especialmente dirigida a los equipos de dirección y gestión de la empresa, que al fin y al cabo, serán los responsables de garantizar el respeto a la paridad sexual, y que en el caso de la plantilla en general, es frecuente que se realice mediante charlas de sensibilización²⁴; la medida, por su obviedad, puede parecer innecesaria dado que se trata de un derecho a la igualdad universalmente conocido, sin embargo, verbalizar el derecho y su contenido revela aspectos y manifestaciones del mismo habitualmente desconocidos por la plantilla que una vez razonados, se aceptan y cumplen con más normalidad.

La clasificación profesional es una materia directamente relacionada con la promoción en la empresa; el puesto que se ocupa condiciona la futura carrera profesional de manera que es corriente que, tanto en manuales de elaboración de planes de acción positiva como en los propios planes, estas materias se traten con-

juntamente. El proceso de ascenso en la empresa puede venir reglado en la negociación colectiva, o por acuerdo colectivo en su defecto; en ambos casos es preciso incluir en el plan pautas que no perjudiquen a las candidatas femeninas, pues tal y como ordena el art. 24.2 ET: “Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.” Los ejemplos propuestos van desde el establecimiento de criterios objetivos y medibles para poder acceder a una promoción o ascenso, la comunicación abierta y pública en la empresa de la disponibilidad del puesto y de los criterios para acceder a esa promoción; o el establecimiento de programas de “monitorizaje” –designando un tutor/a a la trabajadora con potencial para ocupar puestos de mayor categoría–, o también, garantizar la presencia sindical y femenina formada en género, en los órganos responsables de decidir la promoción²⁵. Una de las medidas más adecuadas, siempre que el puesto de trabajo lo permita, es la elección del trabajo por objetivos como mecanismo para evaluar a los/las candidatos que opten al ascenso, además de ser un buen sistema para

determinar complementos salariales. Este sistema logra examinar ecuánimemente la calidad y el nivel de cumplimiento de la actividad laboral; si además se puede realizar mediante parte de la jornada a través de jornadas flexibles y/o el teletrabajo la medida, añadidamente, conciliará oportunamente las responsabilidades laborales y familiares de la trabajadora, o del trabajador en su caso. En la práctica negocial éstas y otras medidas –como el estudio de los perfiles profesionales de las candidatas con potencial para el ascenso, vetando cualquier penalización para la promoción por el hecho de flexibilizar el tiempo de trabajo, al tener menores o dependientes a su cargo–, son ejemplos de buenas prácticas a incorporar en los planes²⁶. En los últimos años las nuevas formas de liderazgo que aportan las mujeres en los equipos directivos se están considerando un valor añadido en determinadas estructuras empresariales, de hecho, el establecimiento de cuotas en los equipos directivos es una recomendación presente en la mayoría de los manuales analizados²⁷, tratándose de una materia en la que resulta imprescindible detenerse.

La obligatoriedad del establecimiento de un porcentaje de mujeres en los equipos directivos se encuentra en el art. 75 LOI que determina que “las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su





22

Guía para la implantación de un plan de igualdad en las pymes al amparo de la nueva ley de igualdad 2007, cit., pág. 19.

23

GARCÍA QUIÑONES, J.C. “La formación profesional, los sistemas de promoción y los sistemas de clasificación profesional” en *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, cit., pág. 133.

24

Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, cit., págs. 86-87. Conviene que este proceso de información y sensibilización también se realice con los representantes de personal; Guía para la elaboración de planes de igualdad en las empresas, Secretaría de Igualdad de UGT-Madrid, pág. 36, en: http://madrid.ugt.org/pdfs/Menu%20Mujer/Gu%C3%ADa%20para%20la%20elaboraci%C3%B3n%20de%20Planes%20de%20Igualdad%20en%20las%20Empresas/plan_igualdad.pdf (09.01.2013).

25

Guía para la implantación de un plan de igualdad en las pymes al amparo de la nueva ley de igualdad 2007, cit., pág. 19.

26

Buenas prácticas para integrar la igualdad de género en las empresas, Fundación Mujeres-Junta de Extremadura, 2006, pág. 39, en: <http://www.fundacionmujeres.es/img/Document/15025/documento.pdf> (09.01.2013).

27

Ejemplos de ello: Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, cit., pág. 13; Planes de igualdad en empresas, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, pág. 16, en: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/calidad/admin/downloads/descargar.php?id=428> (09.01.2013); Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 22, estableciendo éste último un porcentaje del 40% de presencia femenina en las categorías profesionales sub-representadas.

28

Base de datos de la Comisión Europea sobre mujeres y hombres en la toma de decisiones: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/index_en (24.12.2012).

29

Hubiera sido aplicable en torno a 5.000 empresas europeas: http://europa.eu/rapid/press-release-IP-12-1205_es.htm, (24.12.2012). La propuesta de Directiva: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures, Bruselas, 14.11.2012, COM(2012) 614 final, 2012/0299 (COD).

30

AMERATUNGA, S.; KAWAR, M. *Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo*, (Informe de políticas 5: “Calificaciones y empleabilidad”), Organización Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas de Empleo, Ginebra, 2011, pág. 4, en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/instructionalmaterial/wcms_170457.pdf (09.01.2013).

Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años”, a partir de la entrada en vigor de la LOI. Por otro lado, la Disposición Adicional primera aclara que se entenderá por composición equilibrada, cuando las personas de cada sexo “no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento” en su conjunto. La importancia de esta presencia se evidencia en que es uno de los criterios tenidos en cuenta para la concesión del distintivo para las empresas en materia de igualdad (art. 50.4 LOI). Por su parte, el art. 52 LOI recoge el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos directivos de la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes de ella; esta determinación de presencia femenina, en el ámbito de la administración general del Estado, también se establece para los órganos de selección de personal (art. 53) y en los órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales en los que esté representada la citada administración (art. 54). Todas estas medidas tienen como plazo límite de implantación el año 2015 y su objetivo es franquear el conocido como “techo de cristal” aliviando la infrarepresentación femenina en los órganos directivos de las empresas que es sólo del 13,7% en Europa, teniendo España sólo un 11,5%, por lo que de seguir esta tendencia se tardarían 40 años en alcanzar un 40% de presencia de mujeres²⁸.

Desafortunadamente, en el ámbito comunitario, la conquista de los puestos directivos por las empleadas femeninas ha sufrido un revés que no es consecuente con la trayectoria general del derecho social europeo en esta materia, que básicamente ha fijado el contenido obligatorio en materia de igualdad de género de las legislaciones nacionales menos progresistas en este tema, como ha sucedido en el caso español. La propuesta de Directiva para acelerar el progreso hacia un mejor equilibrio de género en los consejos de administración

de las empresas europeas, que fijaba como plazo de transposición hasta el año 2020, y pretendía ser aplicable en empresas de más de 2.500 empleados o con ingresos superiores a 50 millones de euros²⁹, ha sido pospuesta por la Comisión Europea, lo que desde luego supone un retroceso importante en el proceso de equiparación laboral femenina en Europa y ensombrece los avances conquistados durante décadas; que las mercantiles sean dirigidas mayoritariamente por varones, en la mayoría de las ocasiones, perpetúa la aplicación de patrones machistas en la cultura empresarial.

2.3

La formación ocupacional

La formación y la recualificación profesional en el seno de la empresa es complicada, pues el diseño de una formación sensible al género debe sortear numerosos factores estructurales discriminatorios, y atender dos aspectos diferentes del proceso formativo: el acceso a la formación y el contenido de la misma. Las ventajas de superar estereotipos ocupacionales cualificando a la mano de obra femenina son, desde la perspectiva empresarial, muy valiosas pues “resulta positivo para generar innovación, competitividad y lealtad del personal (...) y se traduce en una asignación más eficaz de la mano de obra, mayor productividad y producción total, aumento de la competitividad global y mejor formación del capital humano para la siguiente generación”, además de ser una herramienta muy eficaz para combatir las múltiples dimensiones de la pobreza a nivel global³⁰.

Testar que la formación prevista en la empresa atiende, convenientemente, al principio de igualdad precisa en primer término recabar qué porcentajes de mujeres y hombres han asistido a los cursos formativos disgregados por la tipología del curso (por ejemplo: idiomas, informática, habilidades interpersonales, gestión del tiempo, gestión de estrés, liderazgo, comunicación) y en caso de una menor presencia femenina, indagar en las causas y en las medidas adoptadas por la empresa para evi-



tar este déficit³¹. Es importante evaluar los procedimientos de difusión de las ofertas de formación y los criterios de selección para decidir que parte de la platilla los realiza. Las posibilidades de acceso de la trabajadora a la formación, están íntimamente relacionados con cuestiones como la voluntariedad-obligatoriedad de los mismos o su realización dentro o fuera de la jornada laboral, la posibilidad de su seguimiento mediante medios telemáticos que permitan conciliarlos con otras ocupaciones, o si los cursos ofertados fuera del horario laboral son preferentemente dirigidos a unos tipos de ocupaciones en la empresa pertenecientes a un nivel profesional determinado. También resulta conveniente diagnosticar si se fomenta la formación externa a la empresa mediante algún tipo de ayuda económica, y si existe algún tipo de formación en la empresa sobre igualdad de oportunidades. En segundo lugar es necesario analizar si existe y qué contenido tiene el Plan de formación en la empresa, cómo se detectan las necesidades formativas, qué tipo de cursos se han impartido en los últimos años (de especialización técnica, de desarrollo de carrera, de formación genérica) y quién determina y bajo qué criterios estas cuestiones.

La práctica generalidad de las guías advierten sobre la conveniencia del establecimiento de la formación continua en horario laboral, el establecimiento de ayudas económicas cuando la formación no pueda realizarse en la jornada laboral, vincular las acciones formativas al acceso a la promoción profesional, el fomento de la formación de mujeres en los puestos con menor presencia, el derecho de la formación de las trabajadoras que ejercen un derecho de reducción y excedencia de jornada, para conciliar vida personal y vida laboral³², o el establecimiento de medidas de acompañamiento y cuidado de los hijos durante el tiempo de formación, si ésta se realiza fuera del horario laboral³³. Para la conciliación entre trabajo y formación, determinados manuales recomiendan contemplar la formación en modalidad semi presencial, la

creación de un aula virtual de formación vía intranet, incorporar la perspectiva de género en todos los cursos de formación que la empresa dirija a su personal, e incluir un módulo de igualdad de oportunidades en todos los cursos de formación que organice la empresa³⁴.

Como conclusión y partiendo de la premisa general de que “los altos niveles de desigualdad son un impedimento para el crecimiento económico, pues éstos aumentan la pobreza y retrasan la justicia social”, en lo que atañe concretamente a la formación ocupacional de la mano de obra femenina según destacan informes internacionales, “la infrautilización de las calificaciones de las mujeres provoca un desperdicio de recursos humanos y ahoga la innovación y la creatividad. Para competir a nivel mundial, los países deben hacer un uso pleno y eficaz de su capital humano” y, por lo menos la mitad de ese capital humano, son mujeres³⁵.

2.4

Condiciones salariales

Los dos aspectos básicos a evaluar respecto al sistema retributivo, son el cumplimiento del derecho universal de equiparación salarial por un trabajo de igual valor, y el establecimiento de salarios base y complementos salariales no discriminatorios. Determinadas guías enuncian directamente que el PI debe garantizar el “principio de igual remuneración por trabajos equivalentes”³⁶ derecho garantizado internacionalmente hace décadas; el Convenio OIT sobre igualdad de remuneración, n° 110 de 1951, establece la obligación de garantizar por parte de las legislaciones nacionales de una idéntica retribución por un “trabajo de igual valor” y no “por un mismo trabajo”, criterio que, entre dos prestaciones comparables, evita las discriminaciones salariales camufladas en circunstancias como la modalidad contractual, la categoría profesional, o los complementos salariales que corresponden a una u otra actividad laboral, formalmente diferentes pero cuyo contenido real es análogo. Sin embargo en nuestro país

31

Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, cit., págs. 54-60.

32

Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 20. *Guía para la implantación de un plan de igualdad en las pymes al amparo de la nueva ley de igualdad*, cit., págs. 19-20.

33

Guía para la implantación de un plan de igualdad en las pymes al amparo de la nueva ley de igualdad, cit., pág. 20.

34

Manual para la implantación de Planes de igualdad en las Empresas de Economía Social, Federación empresarial de mujeres para la economía social de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2009, pág. 17, en: <http://plataformaeconomia.uji.es/empreendedona/wp-content/uploads/igualdadeconomiasocial.pdf> (09.01.2013).

35

AMERATUNGA, S.; KAWAR, M. *Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo*, (Informe de políticas 5: “Calificaciones y empleabilidad”), cit., Pág. 3.

36

Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 19.

37

AA.VV. *Crisis y discriminación salarial de género*, cit., págs. 18, 24 y 34; el estudio analiza datos de 2008-2010.

38

Ibidem, pág. 34.

39

Cfr.: SÁEZ LARA, C. *Mujeres y Mercado de Trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994; CABEZA PEREIRO, J., “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo [Comentario a la TC S 58/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)]”, RL, n° 2 (1994). Diferencias de trato reguladas en el art. 6 LOI y art. 17.1 ET.

40

Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 250].

41

Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 2008, Asunto C-46/07, Comisión contra República Italiana.



la discriminación salarial sigue siendo frecuente y además se manifiesta en varios sentidos; en primer lugar, la brecha salarial en España entre sexos ha aumentado de 5.292 a 5.745 euros y ha subido de 28 a 29,1 puntos porcentuales³⁷. Esta elevada y creciente diferencia, obedece a diferentes variables tales como la jornada laboral, el tipo de contrato, la ocupación laboral, el sector de actividad, o los diferentes componentes del salario. También resulta determinante de esta ruptura al principio de igualdad salarial, la existencia de sectores masculinizados mejor retribuidos que los ocupados preferentemente por mujeres; tal y como desvelan los estudios en la materia, en el sector servicios, en el que existe una tasa de ocupación femenina porcentualmente más alta que en sectores como el industrial, el salario medio es menor y además, la diferencia salarial media entre hombres y mujeres es mayor a la de otras ocupaciones. Añadidamente, se acusa una mayor brecha salarial por sexo en la contratación indefinida frente a la temporal; “esta mayor remuneración de las personas asalariadas indefinidas se produce tanto entre los hombres como entre las mujeres, pero no con la misma intensidad. La ganancia media masculina mejora claramente de un contrato temporal a uno indefinido (+56%), en mayor medida de lo que mejora la ganancia femenina entre un contrato temporal y uno indefinido (+35%). Es decir, los hombres, además de contar con una ganancia media superior a las mujeres en los contratos temporales, también logran aumentar más su ganancia media al contar con un contrato indefinido”³⁸.

Atendidas las altas tasas de incumplimiento de la igualdad retributiva, cualquier medida de acción positiva en esta materia debe diseñarse con un doble carácter, correctivo y preventivo, tratando en primer término de eliminar las discriminaciones existentes, y de otro lado, articulando las medidas necesarias para evitar que vuelvan a producirse situaciones dis-

criminatorias en la empresa. En cuanto a los actos que lesionan el derecho a la igualdad de tratamiento por sexo en general, debe diferenciarse entre las discriminaciones directas, que se producen exclusivamente por la pertenencia a un género determinado, de aquéllas que no estando fundamentadas en el sexo o que estándolo tienen una apariencia neutra, pero afectan mayoritaria o únicamente a un grupo específico de trabajadoras (discriminaciones indirectas o inversas)³⁹; los actos discriminatorios a través de medidas que aparecen formuladas aparentemente de forma imparcial, pero afectan negativamente a un porcentaje más alto de mujeres que de hombres, se produce preferentemente en los criterios o pruebas para acceder al empleo, en las condiciones exigidas para ocupar un puesto determinado o promocionar en la empresa, y sobre todo en materia salarial; de este modo, se entiende como una discriminación indirecta, la diferencia salarial que afecta a una modalidad contractual ocupada mayoritariamente por mujeres en la empresa o en el sector productivo concreto (por ejemplo, contratadas a tiempo parcial con un salario proporcionalmente menor al de los trabajadores a tiempo completo en la empresa o en el sector).

En cuanto a la detección de discriminaciones en esta materia, en primer término debe diferenciarse dentro de la estructura retributiva entre el salario base –abono fijado habitualmente por unidad de tiempo o de obra-, y los complementos salariales, que se determinan en función de circunstancias relativas a condiciones personales del trabajador/a, a la cantidad o calidad del trabajo realizado, o a la situación o resultados de la empresa. En el establecimiento del salario base se debe evitar la segregación de categorías o grupos profesionales por sexo, y atribuir idéntico salario base, a categorías diferentes en las que las tareas tengan el mismo nivel de complejidad, responsabilidad, fatiga, o nivel de formación. Tal y como ha advertido la jurisprudencia constitu-

cional, la determinación de las categorías y grupos profesionales debe efectuarse mediante reglas comunes para trabajadoras y trabajadores, siendo precisa “la utilización de criterios neutros, con exclusión de los sexualmente caracterizados, por corresponder a los rasgos medios de la capacidad del varón”⁴⁰; ejemplos de prácticas contrarias al principio de igualdad retributiva son, por ejemplo, la determinación de un salario base menor para los trabajadores temporales o el establecimiento de una edad de jubilación diferente para mujeres y hombres, estando la pensión de jubilación comprendida en el concepto global de salario y por tanto, tutelada por el principio de igualdad⁴¹.

Es frecuente que la discriminación retributiva se camufle en el reconocimiento de determinados complementos a categorías o niveles profesionales o actividades desempeñadas, exclusiva o mayoritariamente por trabajadores varones. Esta operación suele producirse utilizando complementos como el de antigüedad, toxicidad, peligrosidad o nocturnidad, disposición horaria, o complementos vinculados al puesto de trabajo. En el diseño del PI es recomendable utilizar incrementos salariales más objetivos o neutros que valoren la formación del trabajador (complementos personales por titulación, idiomas) o los vinculados a los resultados de la empresa o a la cantidad y calidad del trabajo. En este sentido, que los complementos salariales no sean discriminatorios depende de una valoración objetiva de la clasificación profesional, que atienda a criterios verídicos sobre las auténticas características del trabajo; en suma, la paridad retributiva debe partir de una clasificación profesional no sexista, que efectúe una evaluación de puestos de trabajo neutra y ecuaníme. De esta forma debe entenderse contrario a este derecho, por ejemplo, el establecimiento de una remuneración menor para las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial, modalidad contractual pre-



ferentemente utilizada con mujeres, o el reconocimiento de un plus salarial sólo a los trabajadores fijos.

Los documentos técnicos que sugieren las premisas para elaborar planes de acción positiva señalan muy oportunamente la importancia de revisar el salario correspondiente a los grupos, categorías o niveles profesionales en relación con el nivel de estudios y desgargar la partida salarial por puestos de trabajo y sexo, con y sin complementos, para testar si el salario base en realidad se establece correctamente⁴²; es imprescindible, además, revisar que los complementos salariales no priman exclusiva o indebidamente condiciones como peligrosidad, toxicidad, esfuerzo físico, disponibilidad o dedicación plena⁴³. Medidas como promover que más hombres soliciten la reducción de jornada y salario por cuidado de un menor, mediante campañas de sensibilización acerca de la importancia de cooperar en el cuidado de menores⁴⁴, o establecer indicadores para verificar la razonabilidad de la promoción económica que no conlleve un cambio de grupo o categoría profesional, son ejemplos válidos a implantar en las empresas, con independencia del sector productivo al que pertenezcan⁴⁵.

2.5

Ordenación del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, personal y familiar

El art. 44.1 LOI ordena que los derechos de conciliación deben fomentar “la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio” permitiendo con esta fórmula tan abierta, que en la práctica se planteen medidas de diverso contenido. Normalmente los objetivos de los planes de igualdad en la materia tratan de fomentar la corresponsabilidad en las tareas de atención al núcleo familiar, o bien están destinadas a permitir un uso flexible y/o reducido de la jornada por parte del trabajador/a que tenga algún tipo de cargas familiares, posibilidades que cuando no conlle-

van una penalización económica son completamente idóneas para alcanzar los objetivos de compatibilización de tareas. Sin perjuicio de la vinculación existente entre la práctica totalidad de las condiciones laborales entre sí, y en general, de la situación laboral de la trabajadora respecto a sus situación vital, la materia de la conciliación es perfecta para aplicar la transversalidad de las medidas de género, pues precisamente permite el diseño de medidas que inciden en condiciones ajenas al espacio productivo propiamente dicho, y además de diferente naturaleza (familiar, personal, económica o cultural). El concepto de transversalidad ha supuesto un avance importante en materia de igualdad de género, e implica superar el contenido internacional básico presente en la Carta Fundacional de Naciones Unidas de 1945 (art. 55) o en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 2), en las que se manifiesta que toda persona debe disfrutar de los derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. No es hasta 1979 cuando se supera esta indefinición sexual de la normativa, que evidentemente perjudica la diferente y peor situación de la mujer en el mundo, mediante la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, que en su art. 11 establece el derecho a las mismas oportunidades en el empleo, en el ascenso en el trabajo, en la estabilidad laboral, la formación profesional, y a la igualdad en la remuneración e igual trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como el derecho a recibir un tratamiento equitativo respecto a la evaluación de la calidad del trabajo y a la protección de la salud o a la seguridad en las condiciones laborales. Pero las particularidades y la gravedad de

la discriminación existente contra la mujer en el mundo son puestas de manifiesto aún más recientemente, en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de 1995 (ONU) –conocida como Conferencia de Beijing– en la que se acuña el término de transversalidad, tratando de resolver la confluencia de factores de diversa índole que afectan a la deficiente situación de la mujer, por lo que las medidas tendentes a alcanzar un tratamiento igualitario deben ser “transversales”, eliminando las desigualdades presentes en el ámbito cultural, religioso, político y económico. En la práctica –sin perjuicio de que la conciliación laboral y personal sea una materia especialmente oportuna– implementar esta orientación heterogénea en un plan de acción positiva, significa que se debe revisar cualquier aspecto relacionado con la prestación laboral, que incida directa o indirectamente, en la igualdad de condiciones y oportunidades en el empleo, quedando sólo excluidas las materias que lo son en cualquier proceso negociado colectivo o individual, por tratarse de derecho necesario absoluto⁴⁶. Precisamente porque las dificultades de conciliar una actividad asalariada y la atención del núcleo familiar provocan una discriminación económica y social de la mujer, los recortes económicos que se están produciendo en materias como la dependencia inciden dramáticamente sobre el colectivo femenino, pudiendo calificarse como una forma de violencia económica contra la mujer. Añadidamente, la reforma operada mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha trasladado indebidamente el incremento del poder empresarial al ámbito personal de los trabajadores con responsabilidades familiares legalmente tutelado. La Disposición Final primera de esta reforma que modifica el art. 37 ET está provocando la imposibilidad de compatibilización de trabajo y atención a las responsabilidades familiares, situación agravada por la eliminación de la indemnización por despido, extinción que afectará ma-

42
Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, cit., págs. 34, 36-37.

43
Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 19.

44
Aclarando algunas dudas sobre planes de igualdad, cit., pág. 87.

45
Guía para la elaboración de planes de igualdad en las empresas, Secretaría de Igualdad de UGT-Madrid, cit., pág. 37.

46
 Además de transversal cualquier plan de igualdad debe ser colectivo-integral, dinámico, sistemático y coherente, flexible y temporal; *Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, cit., pág. 7.*

47
 Análisis efectuado por: BALLESTER PASTOR, M^a.A. “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *RDS*, n^o 57, (2012), pág. 108. Compartimos la opinión de la autora, que en relación a esta reforma laboral inconstitucional opina que “destaca, pero a estas alturas no sorprende, que el Gobierno, no haya tenido reparos en olvidar hacer referencia a una garantía de tamaño relevancia en relación con los derechos de conciliación.”, pág. 114.

El recorte de derechos laborales operado es tan grave que desde luego, en esta materia, no queda compensado por las mejoras introducidas en la anterior reforma mediante la Ley 35/2010, que fueron calificadas de “irrisorias”; CABEZA PEREIRO, J. “Estrategias para la incorporación transversal del género en la negociación colectiva”, *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género, cit., pág. 10.*

48
 AMERATUNGA, S.; KAWAR, M. *Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo, cit., pág. 6* (Informe de políticas 10 “Prácticas adecuadas en el lugar de trabajo”).

49
Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 22.

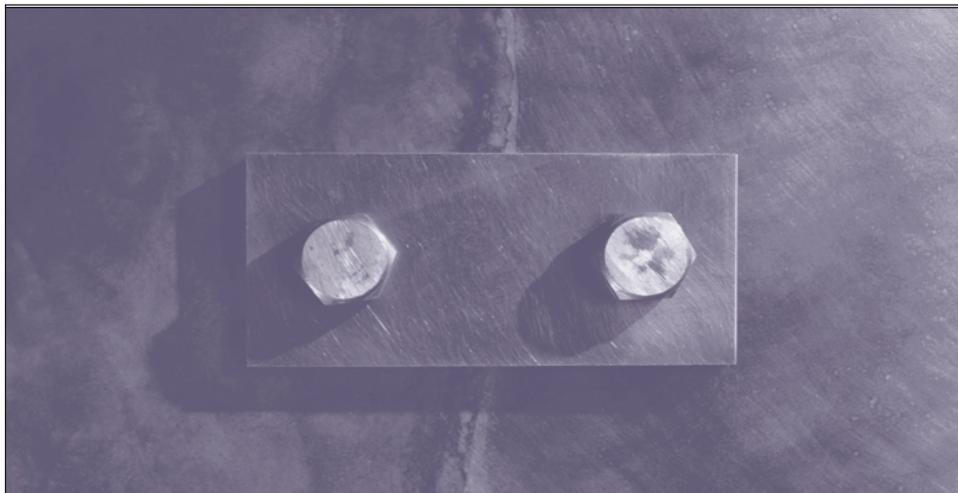
50
Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 20.

51
Manual para la implantación de Planes de igualdad en las Empresas de Economía Social, cit., pág. 17.

yoritariamente al colectivo femenino. La reforma del art. 37.4 ET ha consistido en la reformulación de sus beneficiarios en términos neutros, interpretando erróneamente la jurisprudencia comunitaria que señaló la necesidad de regular este derecho en términos de corresponsabilidad, obviando la necesidad de que el reparto del derecho debe hacerse entre varios posibles titulares del mismo. En cuanto a la reforma del permiso de lactancia (art. 37.5 ET), se reduce el derecho de ajuste del mismo al obligar a su cómputo diario, lo que evidentemente perjudica la necesaria planificación de la conciliación por la trabajadora. De otro lado, a través de la reforma del art. 37.6 ET, se admite la posibilidad de que la reducción de jornada motivada en la conciliación se concrete en la negociación colectiva, en atención a “las necesidades productivas y organizativas de las empresas” supeditando de esta forma un derecho que ya estaba conquistado, sin más condición a la conveniencia del empresario. Finalmente se condiciona el derecho al disfrute posterior de las vacaciones cuando coincida con el permiso de paternidad o con la incapacidad temporal incorporando límites temporales máximos (art. 38.3 ET)⁴⁷.

En cuanto al contenido de las medidas en materia de conciliación, la mayor parte de las mismas hacen referencia al tiempo de trabajo, bien sea en relación al horario de trabajo o a la duración de la jornada; efectivamente esta materia

tiene un “efecto desproporcionado sobre las mujeres”⁴⁸ por ser ellas las que principalmente se ocupan todavía del cuidado de la familia y las diferentes guías, concretamente proponen, el uso fraccionado de los permisos retribuidos⁴⁹; introducir cláusulas de flexibilidad en la jornada, inclusive en turnos, excedencias reducidas y fraccionadas, y puestos de trabajo compartidos; también introducir cláusulas para reducir la jornada mediante jornadas continuadas o jornadas partidas con descansos cortos, implantar un transporte colectivo, permitir el cumplimiento de parte de la jornada mediante el teletrabajo y celebrar video conferencias, en vez de desplazar al personal, cuando sea posible, y establecer en la negociación colectiva a través del calendario laboral, distribuciones irregulares de la jornada para conciliar y coordinar con la representación legal el disfrute de jornadas especiales de las trabajadoras con responsabilidades familiares⁵⁰. Otras acciones positivas más específicas y detalladas pueden consistir en flexibilizar el horario de entrada y salida para compatibilizar los horarios escolares y de guarderías con la jornada laboral, creación de una bolsa de trabajo con personal especializado en asistencia y cuidado de personas dependientes, ofrecer la posibilidad de acumular las horas de lactancia para su disfrute tanto continuado como de forma flexible, u ofrecer permisos retribuidos para asistir a consultas médicas y para el acompañamiento de menores y/o personas dependientes⁵¹. En otro orden de





cuestiones y atendiendo situaciones personales de la trabajadora no relacionadas con el cuidado de dependientes, una posible medida a incluir es que no computen las ausencias al trabajo motivadas por violencia de género o la flexibilización del tiempo y lugar de trabajo, tal y como establecen determinados convenios colectivos de empresa que detallan un conjunto de medidas en tales supuestos⁵².

Aparte de las medidas sobre distribución del tiempo de trabajo, otras posibles directrices consistirían en establecer procedimientos objetivos para la movilidad geográfica, priorizando la permanencia de personas en situación de guarda legal⁵³ y es reseñable que la práctica totalidad de las guías indican que la disposición de un servicio de guardería –propio de la empresa o concertado con una empresa externa– es un mecanismo de conciliación imprescindible, que en algunos casos se sustituye por una compensación económica para que la trabajadora opte por el centro infantil que mejor se adecue a sus necesidades⁵⁴. Efectivamente el cuidado de hijos es la cuestión que más tiempo ocupa a la trabajadora por lo que las medidas que valoren este aspecto pueden resultar muy adecuadas para compensarla; por ejemplo, a la hora de promocionar podría puntuarse el hecho de tener hijos a su cargo menores de una edad determinada.

Con anterioridad a la LOI, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, ya introduce en nuestro espacio jurídico la conciliación laboral, estableciendo básicamente un régimen de permisos y licencias, y algunas formas de flexibilización de la jornada para la mujer trabajadora⁵⁵. Por otra parte la llamada a la negociación colectiva efectuada en el art. 34.8 ET para que a través de ella, se introduzcan reglas para un diseño de la jornada en términos de corresponsabilidad y conciliación, no se ha visto satisfecha a la luz de la realidad convencional de los últimos años⁵⁶. Afortunadamente se comienza a vislumbrar un mayor compromiso en los planes de igualdad más recientes en dos ámbitos concretos: introduciendo

medidas de conciliación que mejoran las previstas legalmente, y permitiendo fórmulas de flexibilización de la jornada consecuentes con la conciliación y la corresponsabilidad en la atención de las tareas familiares entre hombre-mujer⁵⁷. De entre las primeras, son reseñables el incremento de la duración de la suspensión de la maternidad, del tiempo de concesión de los permisos retribuidos por nacimiento de hijos o del de disfrute de las excedencias familiares; también encontramos propuestas que permiten la acumulación del periodo de lactancia, la concesión de permiso no retribuido para asistir al tratamiento de reproducción asistida, para la tramitación de la adopción internacional, o para el acompañamiento en la asistencia médica de familiares o emergencias familiares. En cuanto a otras fórmulas de flexibilización horaria arbitradas en los planes de igualdad, además de la típica prevista para quienes tengan a su cargo a menores de una determinada edad (normalmente 10 ó 12 años), o para el cuidado de familiares con discapacidad, o mayores de 65 años, en la práctica se incluye la posibilidad de adaptar los horarios de trabajo a los horarios de las escuelas infantiles y de las necesidades de las personas dependientes, la creación de un horario especial para situaciones personales familiares graves, la posibilidad de una jornada especial post maternidad durante un tiempo tras la incorporación de la trabajadora, o la alternativa de establecer una jornada flexible dividida en una jornada de obligada presencia y otra de presencia flexible, en función de las necesidades personales y profesionales. En todo caso, debe procurarse que la conciliación no incida negativamente en la promoción profesional o en las condiciones concretas de la prestación laboral, y que las medidas de flexibilización del tiempo de trabajo puedan disfrutarse por los trabajadores varones para permitir una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares⁵⁸.

Pero no todas las guías aciertan en las medidas a implantar, por lo que resulta importante seleccionar las



52

Un ejemplo en: Convenio colectivo de la empresa Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA), Resolución de 18 de julio de 2011, Resolución de 18 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, S.A., (BOE 02.08.2011), págs. 87692-87693.

53

Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 20.

54

AMERATUNGA, S.; KAWAR, M. *Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo*, cit., págs. 5 y 7 (Informe de políticas “Prácticas adecuadas en el lugar de trabajo”); *Planes de igualdad en el sector agroalimentario*, cit., pág. 20; *Manual para la implantación de Planes de igualdad en las Empresas de Economía Social*, cit., pág. 17.

55

Guías específicas en materia de conciliación: *Guía de buenas prácticas para conciliar la vida familiar y profesional*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001; *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal: Una estrategia que beneficia a las empresas. Información práctica para integrar la conciliación en las organizaciones laborales*, Fundación Mujeres, 2007; *Guía sobre conciliación de la vida laboral, familiar y personal*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2008.

56

MOLERO MARAÑÓN, M^a.L. “Medidas para conciliar la vida laboral y la vida personal y familiar” en *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, cit., págs. 40 y ss. Algunas excepciones a esta tónica general de los convenios colectivos, recogiendo mejoras a la regulación legal en págs. 43-44.



propuestas que en primer lugar, se adapten a la estructura y particularidades de la empresa, y además sean prácticas y efectivas. Proponer por ejemplo los “bancos de tiempo” como medida de conciliación no resulta ninguna de las dos cosas, pues una materia en la que se trata de la atención de menores o dependientes es preciso poner a disposición de la trabajadora el apoyo de servicios especializados y de confianza, por lo que esta propuesta –propia del asociacionismo ciudadano– no es oportuno ni tan siquiera en tiempos de crisis, tal y como justifica la medida comentada; el compromiso de la empresa en el cumplimiento de la conciliación, en la mayoría de las ocasiones no conlleva un desembolso económico importante –por ejemplo la mayoría de las fórmulas de flexibilización horaria–, pero el caso de los servicios internos o externos de guardería sí conlleva un gasto ineludible a asumir por la empresa⁵⁹.

discriminación”, lo que supone que la trabajadora queda eximida de la acreditación de que “existe indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental”, declarándose automáticamente la nulidad. Por lo que se refiere a la práctica convencional encontramos manifestaciones de este respeto a los derechos de conciliación en determinados PI que se fijan como objetivos la garantía de “que el ejercicio de los derechos relacionados con la conciliación no supongan un menoscabo en las condiciones laborales de la plantilla”, añadiendo que el disfrute de dichos derechos no puede suponer ningún tipo de discriminación, velando porque se disfruten por las personas con cualquier tipo de contrato y prestando un especial seguimiento en el caso de reincorporación al puesto de trabajo, de personas con contratos fijos discontinuos que han disfrutado reducciones por conciliación⁶⁰.

57

MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. “La conciliación laboral” en *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, cit., págs. 139-141.

58

Ibidem, pág. 142. Señalando la presencia asimétrica en la atención de las tareas reproductivas: ÁLVAREZ MONTERO, A. “Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género”, *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, cit., págs. 118 y ss.

59

La guía comentada propone otras medidas más adecuadas como liberar la jornada de tarde de los viernes a las trabajadoras, sin embargo el “banco de tiempo” o “dar libre el día del cumpleaños” restan seriedad, rigor y compromiso a este documento; *Cuaderno de trabajo 3: Del discurso de la conciliación al discurso de la igualdad*, Red Concilia, Área de Gobierno de Familia y Asuntos Sociales del Ayuntamiento de Madrid, 2009, págs. 22-23, en: http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/IgualdadDeOportunidades/Publicaciones/CuadernosTrabajo/CUADERNO_3.pdf (09.01.2013). En otro sentido –más acertado–, la propuesta de “bancos de tiempo libre” como medida que permite al personal intercambiar sueldo por tiempo libre, lo que equivaldría a vacaciones no retribuidas, en: *Guía de buenas prácticas para conciliar la vida familiar y profesional*, Fundación Mujeres, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 2010, pág. 11, en: http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183_Conciliacion_de_la_vida_laboral_familiar_y_personal_.pdf (09.01.2013).

60

Plan de Igualdad entre mujeres y hombres Sodexo España S.A. (2010-14), en: BRAVO, C.; GÓMEZ, R. *Buenas prácticas en la negociación de los planes de igualdad*, cit., pág. 51.

Finalmente mencionar que la interpretación jurisprudencial del catálogo de derechos de la trabajadora que concilia trabajo y cuidado de familiares puede considerarse muy adecuada en algunos aspectos; concretamente la extinción contractual del contrato de obra o servicio de una trabajadora con reducción de jornada por guarda legal, se ha considerado automáticamente nula, al realizarse una interpretación extensiva del régimen legal que ampara a la trabajadora embarazada y la protege, tanto frente al despido como a los actos preparatorios del mismo (STS u.d. 16.10.2012). De esta forma, se aplica la doctrina constitucional que entiende que al estar comprometido un derecho fundamental debe aplicarse estrictamente el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 92/2008, de 21 de julio) constituyendo el derecho a la jornada reducida por guarda legal, una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Como consecuencia de ello, en estos supuestos es necesaria “una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la

2.6

Otras materias

Bajo este epígrafe el art. 46.2 LOI permite que el plan de igualdad contenga todas aquellas materias que los negociadores estimen oportuno, tratándose de un instrumento dúctil que se adapta a las necesidades específicas de cada mercantil en materia de igualdad. Sin embargo, la práctica totalidad de las guías, incluye individualizadamente la prevención de riesgos laborales bajo un epígrafe en el que se proponen una batería de medidas garantistas de la igualdad por sexo en salud laboral, aunque la LOI no la mencione expresamente.

De hecho, incluso en las guías existe cierta confusión a la hora de proponer medidas en prevención de riesgos con orientación de género, concretamente respecto a su inclusión en epígrafes no específicamente relativos a la salud laboral; en algunos casos, se propone “incluir en la evaluación de riesgos laborales la reproducción, lactancia y el estrés” o “incluir actividades relacionadas



no consideradas como enfermedades profesionales” dentro del apartado “Condiciones laborales y salud” junto a otras cuestiones no concretamente dedicadas a la prevención de riesgos⁶¹. Con la misma sensibilidad, que reconoce que fisiológicamente la trabajadora puede generar patologías específicas en el lugar de trabajo, es típico que se incluya la detección de riesgos laborales propios de las mujeres a la hora de elaborar el Plan de Riesgos Laborales, con inclusión en los reconocimientos médicos oficiales del reconocimiento ginecológico, promover el desarrollo de actuaciones preventivas dirigidas a las trabajadoras con exposición a riesgos en circunstancias especiales asociadas a la maternidad y lactancia, y la elaboración de estadísticas periódicas, desagregadas por sexo, recogiendo y valorando aspectos relativos a la salud laboral⁶².

En cuanto al catálogo de materias de diversa naturaleza que se sugieren en los instrumentos técnicos para la elaboración de PI, encontramos la responsabilidad social corporativa, medidas para mujeres en situación o riesgo de exclusión⁶³, siendo además común que se traten dos cuestiones: los problemas de representatividad de la mujer en la empresa y la comunicación, el lenguaje y la imagen no sexista en la misma. Respecto a la primera materia las buenas prácticas aconsejan como objetivos a conseguir en la empresa el equilibrio en la representación femenina-masculina en la negociación colectiva y el acceso de mujeres a puestos de responsabilidad, y de dirección y gestión; también tratan de promover la composición paritaria del consejo de administración y órganos directivos de la empresa; garantizar la equidad entre géneros en los actos de representación de la empresa; promover la formación y representación de agentes de igualdad dentro de la empresa; transmitir clara y explícitamente el compromiso social de la empresa con respecto a la equidad entre géneros en actos de representación, o

promover el asociacionismo interno para la participación-acción de la empresa en proyectos para la promoción de la igualdad de oportunidades⁶⁴.

En cuanto a la comunicación, lenguaje e imagen no sexista conviene que se incluya entre las materias del plan de igualdad puesto que “la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa”, es uno de los criterios evaluados para conceder el distintivo de igualdad de las empresas previsto en el art. 50.4 LOI. Los manuales indican que los objetivos a cumplir en la materia van desde revisar las publicaciones internas y externas de la empresa, hasta la actualización del lenguaje del convenio colectivo, eliminando todo estereotipo sexista en imágenes o textos de la empresa⁶⁵.

Las posibilidades a la hora de incluir diferentes cuestiones en la llamada general efectuada en el precepto, permiten que puedan establecerse medidas de tutela de la trabajadora embarazada, atendida la frecuente extinción laboral basada en esta causa discriminatoria. Concretamente se defiende que en el plan podría articularse un procedimiento de fiscalización en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas similar al expediente contradictorio previsto para los despidos de representantes de los trabajadores del art. 55.1 ET⁶⁶. En esta materia es preciso mencionar que la interpretación jurisprudencial ha acomodado convenientemente la regulación sobre despido, con la tutela de la trabajadora en situación de embarazo o en situaciones conexas con el mismo, estableciendo que no es necesario que el empresario conozca la situación de ingravidez para que el despido se declare nulo con base en el art. 55.5.b) ET (STS 17.10.2008 y STC 92/2008, de 21 de julio), doctrina atemperada posteriormente al defenderse que la declaración de nulidad no impide la ulterior extinción del contrato temporal de la trabajadora (STS 28.04.2010)⁶⁷.

61

Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 22.

62

Manual para la implantación de Planes de igualdad en las Empresas de Economía Social, cit., pág. 74. Otras guías para esta modalidad productiva: *Guía para la implantación de medidas de igualdad en las Cooperativas*, Elkar-Ikertegia, S.Coop.And., Dirección General de Economía Social del Gobierno Vasco, 2008; *Guía para la elaboración de planes de igualdad en cooperativas de trabajo asociado*, Confederación Española de Cooperativas de Trabajo Asociado, 2008.

63

Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, cit., págs. 49 y 80.

64

Manual para la implantación de Planes de igualdad en las Empresas de Economía Social, cit., pág. 75. También en: *Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa*. Aspectos básicos, cit., pág. 75.

65

Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 22; *Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa*. Aspectos básicos, cit., pág. 69.

66

FABREGAT MONFORT, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, cit., págs. 71-73.

67

MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 796-797.

68

ALFONSO MELLADO, C.L.; FABREGAT MONFORT, G. *Los planes de igualdad en la administración pública*, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 65; LOUSADA AROCHENA, J.F. “Acoso sexual y acoso sexista”, *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, AA.VV., LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), pág. 364; SERRANO GARCÍA, J.M.^a. “La obligatoriedad de los convenios de proteger la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo”, en *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la negociación colectiva de Castilla-La Mancha*, AA.VV., Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 276.

69

OLMO GASCÓN, A.M. “La tutela frente al acoso sexista en el trabajo” cit., págs. 201-203.

70

Defendiendo la obligatoriedad de los protocolos en todas las administraciones públicas y no sólo en la Administración General del Estado: ALFONSO MELLADO, C.L. *Igualdad entre mujeres y hombres en la función pública*, Albacete, Bomarzo, 2007, pág. 55. En cuanto a las guías en este ámbito, realizando una descripción muy apropiada de la metodología a seguir en las corporaciones locales, *Guía para Elaborar Planes Locales de Igualdad*, Federación Española de Municipios y Provincias, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

3. TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO EN GUÍAS Y MANUALES

3.1

La obligatoriedad de los protocolos contra el acoso con independencia del tamaño de la empresa

Con carácter previo al análisis de los protocolos contra el acoso recomendados en diferentes documentos técnicos, nos detendremos en dos aspectos de la regulación legal que han tenido que ser interpretados por la doctrina: la existencia de los protocolos contra el acoso laboral asociados a un PI o de existencia autónoma, y el innecesario consentimiento de la víctima en los supuestos de acoso sexual laboral. En cuanto a la primera de las cuestiones, los procedimientos para prevenir y solventar el acoso sexual o por razón de sexo se mencionan en el art. 46.2 LOI como una materia de obligatoria revisión en un plan de acción positiva. Sin embargo, el art. 48 se detiene específicamente en la prevención de esta modalidad de acoso, estableciendo que las empresas no sólo deben propiciar y asegurar un ambiente laboral libre de este tipo de conductas sino que además deben “arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”. De la lectura conjunta de los arts. 46 y 48 se concluye que el contenido de los planes de igualdad puede ser variado, y más o menos extenso dependiendo de las condiciones de respeto al principio de igualdad presentes en la empresa, pero en todo caso deben adoptarse procedimientos específicos de prevención y para dar cauce a las denuncias en materia de acoso.

Los PI enunciados en el art. 45 son de existencia obligatoria en tres supuestos: empresas de más de



250 trabajadores/as, cuando así lo recoja el convenio colectivo de aplicación a la empresa, y cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador “la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo (art. 45 en sus números 2, 3 y 4). Fuera de estos supuestos la implantación de un PI en la empresa es voluntario para el empresario (art. 45.5). La circunstancia de que los procedimientos contra el acoso se enuncien como uno de los posibles contenidos de los PI plantea la duda de si su existencia sólo será obligatoria en los tres casos expuestos; sin embargo, la mención contenida en el art. 48.1 –“las empresas deberán”– parece indicar dos cosas: las empresas deben establecer protocolos contra el acoso con independencia de su tamaño o de lo establecido en convenio, y en segundo lugar, los protocolos contra el acoso son materia de obligatoria existencia en cualquier plan de igualdad, bien formando parte del mismo o en un instrumento independiente que puede adoptar la forma de “códigos de buenas prácticas” tal y como menciona el art. 48.1 en su segundo párrafo⁶⁸. En este sentido, es posible que la necesaria existencia de medidas específicas para prevenir este tipo de acoso en todo el tejido empresarial, sea muestra de

un interés especial del legislador en erradicar estas violaciones al derecho a la dignidad personal tutelando convenientemente el derecho a la libertad sexual. Este tratamiento por separado de los planes de igualdad –que deben contener protocolos contra el acoso– y de los propios protocolos “independientes” de necesaria existencia, implica que las empresas de menos de 250 trabajadores o en las que sin importar su tamaño, el convenio colectivo de aplicación no establezca la obligatoriedad de negociar un PI, deben contar forzosamente con procedimientos específicos para prevenir la violencia sexual o sexista y para dar cauce a las denuncias en la materia⁶⁹. De este modo se desarrolla correctamente el derecho laboral básico enunciado en el art. 4.1.e) ET que garantiza la protección frente a este tipo de acoso, otorgando la necesaria cobertura a todos los trabajadores y trabajadoras independientemente del tamaño de la empresa, y que en la regulación dirigida a garantizar la igualdad en la función pública está convenientemente resuelta, pues el art. 62 y la Disposición final sexta de la LOI se refieren a la obligatoriedad de los mismos sin sujeción a condición alguna y sin mencionar en ningún caso, que deben formar parte de los PI⁷⁰. Por otro lado, la justificación de la existencia de estos mecanismos de prevención y resolución de conductas en todo



tipo de empresas, da cumplimiento a la normativa española en materia de prevención de riesgos laborales que establece el deber del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio “en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, debiendo realizar en primer término, una labor de prevención de los riesgos ⁷¹. Sin embargo esta tesis no ha prosperado en la práctica, pues las guías de recomendaciones parten de la premisa de que todo plan de igualdad debe contener un protocolo contra el acoso sexual o por razón de sexo, pero no indican la posibilidad de que cuando el PI no es obligatorio, la empresa deberá contar en todo caso con un protocolo contra el acoso por aplicación del art. 48 LOI ⁷².

3.2

La irrelevancia del consentimiento de la víctima en algunos supuestos de acoso

Una definición típica del acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo que repara en tres posibles manifestaciones del mismo, establece que debe considerarse acoso sexual si dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; en segundo lugar, si la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta de superiores o compañeros, se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y finalmente si además, o de forma independiente, dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante para la persona que es objeto de la misma ⁷³. Estas tres posibilidades nos plantean en primer término qué sucede con las conductas sexuales inapropiadas por ofensivas, pero libremente aceptadas por la víctima, y con las que aparentemente son deseadas pero están mediatizadas por un vicio del consentimiento de la víctima, que accede condicionada por algún temor ⁷⁴.

En cuanto a la primera posibilidad debe diferenciarse entre el acoso sexual vetado y el mero “comportamiento sexual en la empresa” pues el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo ⁷⁵, aunque se desenvuelva mediante hostilidades o resulte degradante desde el punto de vista de los posibles testigos, pertenece a la libertad de los sujetos de desarrollar su libertad sexual en los términos que estimen conveniente, a lo que cabe añadir que subjetivamente el derecho a la dignidad y a la integridad física y moral tiene unos márgenes generosos dependiendo de cada sujeto. En la práctica numerosas guías para la elaboración de PI recogen que “el acoso sexual se distingue de las aproximaciones libremente aceptadas y recíprocas, en la medida que no son deseadas por la persona que es objeto de ellas” ⁷⁶.

Pero evaluar como imprescindible el hecho del consentimiento de la víctima, sin más matizaciones, puede ocasionar la vulneración de un derecho fundamental en los casos en los que la voluntad de la víctima se encuentra influenciada o anulada por las circunstancias que rodean el acoso (aceptado por temor a sufrir consecuencias laborales, por ejemplo) y que recordemos, supera una mera conducta sexual ordinaria pues se trata de manifestaciones ofensivas, intimidatorias u hostiles que denigran al acosador, a la víctima, y si se efectúan en público, afectan al ambiente laboral de la empresa aunque se presenten como aparentemente consentidas. Resultan sorprendentes los resultados de las estadísticas efectuadas entre trabajadoras españolas en los que un amplio porcentaje, cree que muchos acosos sexuales se permiten por temor a sufrir consecuencias laborales y además, opinan que en bastantes ocasiones las trabajadoras utilizan comportamientos sexuales para acceder al empleo o mejorar en el mismo ⁷⁷; a este respecto es preciso aclarar que en muy pocas ocasiones el acoso se produce por una actitud complaciente de la

71

PÉREZ DEL RÍO, T. *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 55 y ss.

72

Sin indicar esta obligatoriedad y autonomía: *Aclarando algunas dudas sobre planes de igualdad*, cit., págs. 52-53. De igual forma en la negociación colectiva, los protocolos contra el acoso se incluyen normalmente como parte de los PI; FABREGAT MONFORT, G. “La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial”, *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, cit., pág. 83.

73

Recomendación de la Comisión de Comunidades Europeas 92/131/CE, de 27.11.1991.

74

La doctrina y la jurisprudencia condicionan el acoso al no consentimiento de la víctima; de esta forma, la doctrina destaca jurisprudencia procedente del TC, como la Sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, que establece “el carácter no deseado de la agresión libidinosa y cómo, cuándo y con qué ‘contundencia’ ha de manifestarse ese carácter no deseado. En segundo lugar, la Sentencia 136/2001, de 18 de julio, que reitera el criterio de la Sentencia anteriormente citada y determina que «para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria», SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a. “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, cit., pág. 57. Defendiendo la necesaria indeseabilidad: PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, F. *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva* (Colección Estudios n.º 36), Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, pág. 263.

75

Guía sindical: el acoso sexual en el trabajo, Secretaría Confederal de la Mujer de CC.OO. 2.ª ed., 2000, pág. 28, en: http://www.funiovi.org/c/document_library/get_file?uuid=8294cf01-da9a-4c60-ba54-13715fb1ad78&groupId=41671 (09.01.2013).





76

Aclarando algunas dudas sobre planes de igualdad, cit., págs. 98-99.

77

Conducta esta última, que en cuanto indeseada hay que incluir como acoso sexual indirecto; PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, F. *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, cit., pág. 265.

78

El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 5, en: http://webs.uvigo.es/pmavobre/textos/varios/linforme_acoso_sexual.pdf (09.01.2013).

79

“b) si la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de la empresa o trabajadores/as, se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, el salario o cualquiera otras decisiones relativas al empleo;” en el PI de EMULSA (sociedad anónima municipal) en: SOBRINO GONZÁLEZ, G.M^a. “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, cit., pág. 161.

80

Ibidem, pág. 162.

81

Convenio colectivo de la empresa Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA), cit., pág. 87680.

82

VILCHES ARRIBAS; PÉREZ DEL RÍO, T.; HERNÁNDEZ CANOSA, M. *Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva* (Dirección General de la Mujer) Madrid, 2004, pág. 26.

83

PÉREZ DEL RÍO, T. *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, cit., págs. 31-32. Analizando la evolución de este elemento subjetivo en la normativa comunitaria: QUESADA SEGURA, R. “La protección y las medidas preventivas frente al acoso sexual en el trabajo, en desarrollo de la Ley 3/2007”, *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, cit., págs. 130 y ss.

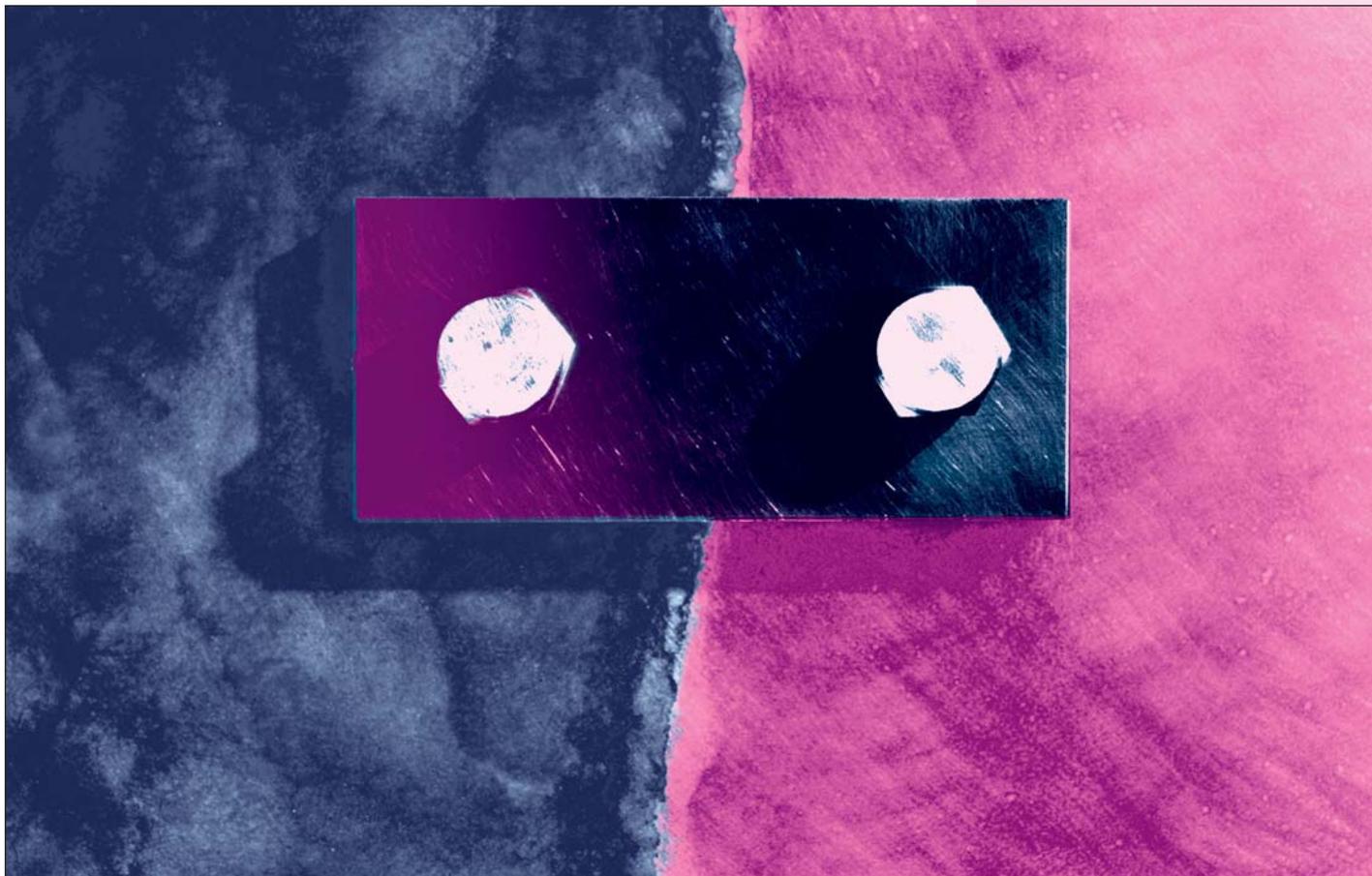
víctima, por lo que debe desterrarse la idea de que es preciso soportar el acoso para conservar el trabajo o para ascender, prejuicios machistas que favorecen estas conductas ⁷⁶.

En la práctica ya se está reparando en este extremo y determinados planes de igualdad indican que también es acoso el consentido, cuando de su aceptación depende alguna mejora laboral o expectativa de derecho ⁷⁷, y en consonancia con esta interpretación en algunos PI se indica que los compañeros/as de la víctima deben denunciar las conductas acosadoras pudiendo iniciar el procedimiento contra el acoso existe en la empresa como testigos de las mismas, lo que en algunas ocasiones seguramente revelará auténticos acosos sexuales o por razón de sexo camuflados en relaciones aparentemente deseadas ⁸⁰; por ello, determinadas condiciones recogidas en la práctica negocial resultan inconvenientes pues sólo tutelan los acosos no deseados o queridos por la víctima sin más matizaciones ⁸¹.

De forma muy oportuna el art. 7 LOI define el acoso sexual eliminando el elemento del consentimiento de la víctima, puesto que no se hace mención alguna al “comportamiento no deseado”, referencia que sí se contenía en la Ley 62/2003 (art. 28). Para analizar esta diferencia en la normativa española y sopesar su significado, es necesario poner en relación la regulación contenida en este precepto con el resto de la regulación laboral que tutela a los trabajadores frente al acoso sexual o por sexo. En opinión de diversos autores, el hecho relevante para calificar el acoso no es el consentimiento de la víctima, pues es suficiente con que los actos del acosador tengan ese propósito o produzcan ese efecto tal y como advierte el art. 7 de la Ley de Igualdad española ⁸². Es preciso resaltar que el art. 48 LOI establece como obligación la eliminación de cualquier tipo de acoso sexista en el espacio laboral, y como mecanismo de tutela, la regulación del Estatuto de los Trabajadores en

el art. 64.7.a).3º) recoge entre los derechos de información y consulta de los comités de empresa y delegados de personal, la capacidad de vigilar el respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Además, constituyendo el acoso sexual o por sexo una causa de despido disciplinario (art. 54.2.g), o tratándose de una cuestión también abordada por la normativa de prevención de riesgos laborales, el consentimiento de la víctima debería interpretarse adecuadamente no constituyendo un elemento determinante del ilícito laboral o de incluirse, especificando que en los supuestos en los que se encuentra influenciado por alguna amenaza, violencia o intimidación constituye acoso aunque la manifestación externa de la víctima aparentemente consienta la conducta. De esta forma, la regulación actual no tutela convenientemente el derecho laboral básico a “la protección frente al acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso por orientación sexual” pues desatiende un porcentaje de acosos sexuales laborales forzados que deberían ser reconocidos normativamente de forma concreta. En este sentido, se defiende que si una conducta resulta ofensiva cabe entenderse que automáticamente resulta indeseada ⁸³.

La disyuntiva se plantea entre si debe primar la tutela del derecho a la dignidad de la víctima, pues no debe olvidarse que el comportamiento ilícito debe tener como “propósito el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”, o bien, debe exigirse como elemento configurador del ilícito el carácter ofensivo de la conducta. Por ello el concepto recogido en el *Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo*, de abril de 2007, es óptimo en el sentido de que no establece una definición unívoca de acoso sexista y si una descripción de la conducta, sos-



layando en todo caso el elemento del consentimiento, pues “la percepción subjetiva de los individuos frente a un determinado comportamiento es muy variable dependiendo de su propia manera de ser, su estado de ánimo, y está, además, supeditada a distintos elementos vinculados a su contexto personal, cultural, geográfico y laboral”. En este texto se parte de la premisa de que “el acoso moral afecta directamente a la dignidad del trabajador, así como a la productividad y a la eficiencia en el trabajo. (...) Conviene por ello que las empresas subrayen que los supuestos de acoso moral no serán tolerados y que son contrarios a la cultura empresarial”⁸⁴.

3.3

Buenas prácticas para prevenir el acoso sexual o por razón de sexo

En primer término conviene referirse a las conductas constitutivas de acoso sexual o por razón de sexo,

pues habitualmente en los manuales y guías analizadas se diferencia entre tres actividades diferentes: el chantaje sexual siendo el chantajista una persona jerárquicamente superior a la víctima que condiciona de una manera directa o indirecta, alguna decisión laboral (acceso al empleo, permanencia, mejora de condiciones laborales) a la aceptación de la propuesta (chantaje) sexual; en segundo lugar, el acoso ambiental, tratándose de un comportamiento de naturaleza sexual, de cualquier tipo, que tiene como consecuencia producir un contexto intimidatorio, hostil, ofensivo y humillante, pudiendo ser el acosador de superior o igual categoría profesional que la víctima⁸⁵, y añadidamente algunas guías incluyen el acoso sexual, en la redacción dada a este delito en el Código Penal, tratándose más bien de un tipo penal independiente que puede o no presentarse junto a los ilícitos laborales descritos. También se diferencia entre el “acoso técnico”, siendo el pa-

84

Acuerdo de 08.11.2007, COM (2007) 686 final. En esta línea, la STC 224/1999, de 13 de diciembre, que evaluando el elemento del consentimiento de la víctima declara que para determinar la existencia de acoso sexual laboral no se requiere que la reacción de la víctima, tras las insinuaciones o contactos sea inmediata y contundente, sino que es suficiente una señal suficientemente expresiva del carácter no querido del acto.

Destacar que el delito penal de acoso laboral en el trabajo –art. 184 CP– tipifica la conducta sin mencionar el consentimiento estableciendo como suficiente que el comportamiento provoque a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; además establece como fórmula cualificada prevalerse “de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación”, estableciendo como agravante que “la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación” procurando una regulación bastante más correcta técnicamente que la laboral.



85

Aclarando algunas dudas sobre planes de igualdad, cit., pág. 98. Concretamente las conductas pueden materializarse como “contacto físico deliberado y no solicitado, o un acercamiento físico excesivo e innecesario; comentarios o gestos repetidos de carácter sexual; llamadas telefónicas, cartas o mensajes de carácter sexual ofensivo; la persecución reiterada y ofensiva contra la integridad sexual; la exposición o exhibición de gráficos o imágenes de contenido sexualmente explícito, no consentidas y que afecten a la integridad e indemnidad sexual; bromas o proposiciones sexualmente explícitas que afecten a la integridad e indemnidad sexual; preguntas o insinuaciones acerca de la vida privada de la persona, que afecten a su integridad e indemnidad sexual; peticiones de favores sexuales, incluidos los que asocien esos favores con la mejora de las condiciones de trabajo del trabajador/a o su estabilidad en el empleo; cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo la discriminación, el abuso, la vejación o la humillación de un trabajador por razón de su sexo.”, págs. 99-100.

Definición de los dos tipos de conducta acosadora, pacífica entre la doctrina: PÉREZ DEL RÍO, T. *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, cit., pág. 22.

86

El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral, cit., pág. 9.

87

En: SERRANO GARCÍA, J.M. “La obligatoriedad de los convenios...”, cit., pág. 281.

88

GALLARO MOYA, R.F. “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: un análisis de las primeras experiencias”, *RDS*, n° 48 (2009) pág. 104.

89

Diario Oficial L 49 de 24.2.1992. Un procedimiento diferente, sin una fase previa tendente a resolver el acoso mediante su visualización en: SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a. “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, cit., pág. 63.

90

SERRANO GARCÍA, J.M. *Participación y planes de igualdad en al Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, cit., págs. 138-139.

decido en el último año por una trabajadora en cualquiera de las situaciones definidas como acoso sexual, independientemente de que ella lo considere o no acoso sexual, y el “acoso declarado” o situaciones sufridas por una trabajadora en el último año y que ella considera como acoso sexual⁸⁵.

Por lo que atañe al diseño específico de los protocolos contra el acoso, se deja al criterio de los agentes negociadores en la medida que representantes de los trabajadores y empresario, deben llegar a un acuerdo sobre las fases y contenido del protocolo que más se adapte a las características del ámbito laboral concreto; sin embargo, conviene especificar cuatro criterios básicos recomendables para cualquier sistema de resolución de este tipo: una declaración de principios o criterios en los que se determinen los derechos y obligaciones de las partes en el procedimiento; el sistema de denuncia de la presunta conducta en el que se respete la confidencialidad de la información; las sanciones disciplinarias previstas en caso de confirmación del acoso junto a la protección contra las posibles represalias del denunciante, y finalmente, una estrategia de formación y comunicación para prevenir futuras conductas similares. Los aspectos claves de los protocolos contra el acoso sexista suelen determinar la forma de presentar la denuncia y ante que órgano, un procedimiento de tramitación y las medidas preventivas para atajar el hostigamiento provisionalmente. Respecto al órgano diseñado para intervenir hay pluralidad de opciones: desde establecer órganos de carácter unipersonal pudiendo ser un agente de igualdad, o bien un órgano colegiado cuya composición puede ser variada. En otros supuestos los protocolos contra el acoso determinan que la denuncia puede presentarse ante cualquier responsable de la dirección de la empresa, de recursos humanos o de la representación legal de los trabajadores⁸⁷. Seguidamente se debe dar audiencia a los sujetos in-

volucrados: víctima, presunto acosador y testigos, existiendo la posibilidad de facilitar el cambio de puesto de trabajo cautelarmente a la víctima, si bien son escasos los protocolos que incluyen medidas cautelares para que el presunto acoso cese automáticamente una vez que es puesto en conocimiento del órgano competente⁸⁸.

En general, los procedimientos para solventar los supuestos de acoso suelen contener una fase previa de carácter informal tendente a disuadir al acosador, y un procedimiento formal reservado a supuestos en los que los intentos de solucionar el acoso en un primer término, o no son efectivos o se trata de conductas especialmente graves (fases recomendadas en el *Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992*)⁸⁹.

Una vez demostrada fehacientemente la veracidad de la conducta acosadora, los convenios colectivos que incluyen protocolos contra el acoso establecen en ocasiones, que si el acoso se ha producido sirviéndose de la situación jerárquica respecto a la persona afectada la sanción disciplinaria se aplicará en su grado máximo⁹⁰, si bien, el hostigamiento sexual o por razón de sexo constituye una falta laboral muy grave que puede motivar el despido. En la práctica se recomienda establecer en el protocolo como agravantes que la persona denunciada sea reincidente en la comisión de actos de acoso, que existan dos o más víctimas, si se demuestran conductas intimidatorias o represalias por parte de la persona agresora, que la persona agresora tenga poder de decisión sobre la relación laboral de la víctima, que la víctima sufra algún tipo de discapacidad física o mental, que el estado psicológico o físico de la víctima haya sufrido graves alteraciones, médicamente acreditadas, que el contrato de la víctima sea o no indefinido, o que su relación con la empresa no tenga



carácter laboral, que el acoso se produzca durante un proceso de selección de personal, que se ejerzan presiones o coacciones sobre la víctima, testigos o personas de su entorno laboral o familiar con el objeto de evitar o entorpecer el buen fin de la investigación, y finalmente, que la situación de acoso se produzca durante el periodo de prueba, e incluso con contrato de beca o en prácticas de la víctima⁹¹.

En cuanto al catálogo de sanciones laborales que pueden establecerse en los protocolos contra el acoso sexual laboral, encontramos desde la suspensión de empleo y sueldo, hasta la pérdida de la categoría profesional pasando a ocupar una inferior, o el traslado forzoso del autor, dependiendo de la gravedad y circunstancias del ilícito laboral⁹².

Por lo que respecta a las medidas correctoras y preventivas concretas propuestas en las guías y manuales prácticos enunciamos a continuación algunas de ellas: se recomienda elaborar un Código de Conducta que defina, prevenga y establezca sanciones en los casos en que se produzca algún caso de acoso sexual o acoso laboral por razón de sexo; designar a una persona como agente de igualdad para canalizar los casos de acoso sexual que existen en la Empresa; incluir principios claros en el Convenio Colectivo, en los Estatutos Sociales y Reglamento de Régimen Interno sobre situaciones de acoso sexual y laboral; realizar campañas de sensibilización a toda la plantilla para la identificación, prevención y denuncia de los casos de acoso sexual o acoso laboral por razón de sexo; realizar campañas de sensibilización animando a las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género a denunciar estas conductas; incluir entre la documentación que se facilite a la plantilla en el momento de su incorporación a la empresa (junto a la copia del contrato laboral), el protocolo de actuación de la empresa ante situaciones de violencia de género; fa-

cilitar a las trabajadoras que estén en esta situación fórmulas de flexibilización del tiempo y lugar de trabajo, tales como optar a una jornada flexible o a la movilidad geográfica o funcional; promover lugares de trabajo en los que las relaciones se desarrollen de igual a igual, limitando las relaciones desmedidas de poder; informar de comportamientos y comentarios sexistas, homófobos o irrespetuosos hacia la dignidad y libertad de las personas⁹³.

Algunas de estas propuestas pueden perder efectividad por su imprecisión, siendo en estos casos imprescindible un compromiso real de la dirección de la empresa en el cumplimiento de los objetivos en la materia; concretamente, las medidas destinadas a evitar el acoso ambiental deben concretarse convenientemente al tratarse de conductas especialmente difíciles de erradicar, al presentarse normalmente intermitentemente y entre círculos privados y limitados de trabajadores. Por ello es importante garantizar un clima laboral no sexista, por ejemplo mediante el establecimiento de “un equipo de mujeres y hombres a través de la representación sindical de la empresa para facilitar la denuncia”⁹⁴.

Otras medidas proponen publicar el protocolo en la intranet de la empresa, así como publicitarlo en todos los medios de comunicación de que se dispongan en la misma, el desarrollo de campañas de sensibilización, y queremos destacar, la necesidad de proporcionar formación específica sobre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo a toda la plantilla, incidiendo especialmente en los colectivos en los que por sus funciones o por antecedentes, son susceptibles de acoso, siendo esta política empresarial de visualización extremadamente importante y afortunadamente implementada en la práctica en algunos supuestos⁹⁵ ejerciendo además, una función de prevención imprescindible en la materia.

91

Aclarando algunas dudas sobre planes de igualdad, cit., pág. 110.

92

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M^a. “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, cit., págs. 61-62.

93

Manual para la implantación de Planes de igualdad en las Empresas de Economía Social, cit., págs. 73-74.

94

Planes de igualdad en el sector agroalimentario, cit., pág. 21.

95

Medidas propuestas en: Aclarando algunas dudas sobre planes de igualdad, cit., págs. 101-102; un ejemplo en el Plan de Igualdad de Vossloh España, S.A (2009-2012), en el que se establece como objetivo la “formación específica a mandos y responsables que les permita identificar los factores que contribuyen para que no se produzca acoso y a familiarizarse con sus responsabilidades en esta materia.”, BRAVO, C. GÓMEZ, R. *Buenas prácticas en la negociación de los planes de igualdad*, cit., pág. 52.



**Comentario
a la sentencia del
Tribunal Constitucional
61/2013, de 14 de marzo
de 2013, sobre la cuestión
de constitucionalidad sobre
pensiones de jubilación para
trabajadores a tiempo parcial**

RICARDO PEDRO RON LATAS
Catedrático de Derecho Laboral
y de la Seguridad Social.
Universidad de La Coruña



RESUMEN

Este estudio debería abordar el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres por el Tribunal Constitucional el año 2012. Pero tales resoluciones son virtualmente inexistentes, por lo que el estudio se centrará en el estudio de la sentencia más relevante en este terreno que ha producido el Tribunal Constitucional en el primer trimestre del año 2013.

Palabras clave: Tribunal Constitucional-Principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

Chronicle of the spanish Constitutional Court case on gender equality (year 2012)

ABSTRACT

This study would have to tackle the analysis of judgments dictated in application of the principle of equal treatment and opportunities between women and men by the Constitutional Court of Justice of Spain during the year 2012. But such resolutions are virtually non-existent, by what the study will centre in the study of the most notable sentence in this terrain that has produced the Constitutional Court in the first quarter of the year 2013.

Keywords: Constitutional Court of Justice of Spain-Principle of equal treatment and opportunities between women and men.

1

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres durante el año 2012 presenta una única característica: es virtualmente inexistente. No sucede lo mismo, en cambio, con la recaída en los primeros meses del año 2013, que será de la que nos ocupará de ahora en adelante; pero –debo advertir– no toda ella, ya que únicamente nos detendremos en el análisis de una sola de sus resoluciones. Y es que, en estos primeros meses de 2013 una resolución del Tribunal Constitucional ha merecido nuestra atención especialmente, habida cuenta lo singular del tema que aborda.

Ese tema, que viene ocupando desde hace varios lustros la doctrina científica y jurisprudencia, es el relativo a la relación de los trabajadores a tiempo parcial con el sistema de Seguridad Social español. Pero no cualquier tipo de trabajador a tiempo parcial. Los trabajadores a tiempo parcial que han merecido la atención del Tribunal Constitucional español en estos primeros meses del año 2013 son todas aquellas trabajadoras del género femenino que se ven obligadas a cotizar a la Seguridad Social en unas condiciones de empleo abiertamente discriminatorias.

2

La resolución de nuestro Tribunal Constitucional que se ha ocupado de la especial relación de Seguridad Social que la Administración española mantiene con esa

concreta clase de trabajadores –y a la que nos referiremos a lo largo de toda esta crónica– es su sentencia número 61/2013, de 14 de marzo de 2013. En ella se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por uno de los Tribunales españoles que más se ha significado en la construcción de una doctrina sólida, consistente, estable y conceptualmente irreprochable acerca del derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y prohibición de discriminación por razón de género. Me estoy refiriendo a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En esta ocasión, la Sala gallega suscitó del Tribunal Constitucional una respuesta acerca de la posible inconstitucionalidad del inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, por posible vulneración del art. 14 de la Constitución.

3

Conforme a dicha disposición adicional –relativa a las normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial–, “para acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización”. Así las cosas, el supuesto de hecho que ocupó al Tribunal gallego tenía que ver, lógicamente, con una trabajadora a tiempo parcial que tras haber cotizado durante más de diecinueve años al sistema de Seguridad Social solicita, una vez alcanzada la edad mínima de jubilación, el reconocimiento de una pensión por jubilación; solicitud ésta que fue denegada por la Administración de Seguridad Social por no reunir el periodo mínimo de cotización de quince años exigido para causar derecho a la pensión de jubilación, conforme a lo dispuesto en el art. 161.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

La razón denegatoria tenía que ver precisamente con el hecho de que la trabajadora, habiendo cotizado –dentro de esos casi veinte años de aportaciones dinerarias al sistema de Seguridad Social– durante más de diez años a tiempo parcial –con una jornada del 18,4 por 100 de la jornada habitual de la empresa–, no acreditaba el número mínimo de días necesarios para acceder a la pensión reclamada, teniendo en cuenta, claro, que durante el periodo de trabajo a tiempo parcial sólo debían ser computadas –de acuerdo con el mandato legal antes transcrito– las horas efectivamente trabajadas.

A juicio del Tribunal gallego, pues, la norma cuestionada podía ser contraria al art. 14 de la Constitu-

ción por dos motivos esenciales. En primer lugar, por ruptura del principio de proporcionalidad –que resulta ser, bien sabido es, uno de los aspectos básicos del principio de igualdad de trato–, en el sentido de que si éste justifica que la base reguladora de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial sea inferior a la de los trabajadores a tiempo completo –toda vez que la reducción de jornada de aquéllos determina una menor retribución–, y además influye en el cálculo de los periodos carenciales, se produciría una “doble penalización”, pues un trabajador a tiempo parcial necesitaría trabajar más tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir la carencia exigida, y, cuando la cumpliera, la base reguladora de su pensión sería inferior que la del trabajador a tiempo completo, incluso en la misma actividad y categoría profesional. En segundo lugar, el precepto también se cuestiona por su efecto de discriminación sexista indirecta.

Apoyándose precisamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el particular, así como en la consolidada doctrina (de la que se hablará más adelante) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de trabajo a tiempo parcial, e inspirado (el Tribunal gallego) por la prohibición de discriminación por razón del trabajo a tiempo parcial que inspira la regulación comunitaria en materia de Derecho laboral, el Tribunal gallego entendía que los datos estadísticos extraídos de la encuesta de población activa correspondiente al año 2002, en cuanto a varones y mujeres asalariados a tiempo parcial, evidenciaban que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino, lo que a su vez le permitía argumentar acerca de la existencia de un “impacto adverso” en el ámbito de la igualdad de oportunidades que, de no aparecer justificado en circunstancias objetivas no relacionadas con el género o de no ser los medios empleados para satisfacer esos fines adecuados o necesarios, nos llevaría a considerar la existencia de discriminación sexista indirecta.

4

Con relación a esto último, y antes de continuar con el análisis de la resolución del Tribunal Constitucional que nos ocupa, conviene recordar que las cuestiones que se abordan en ella no resultan novedosas ni para la doctrina ni para la jurisprudencia laboral. El tema de la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en el ámbito de la Seguridad Social ya fue suscitado hace décadas por los tribunales laborales. La sentencia que inicia el largo camino que llegará hasta la sentencia que ahora nos preocupa –bien que en el ámbito estricto del Derecho del Trabajo– fue dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en marzo de 1981. Se trataba del Caso Jenkins, y en él se consideró discriminatorio abonar una retribución por hora a una trabajadora a tiempo parcial inferior a la de

un trabajador a tiempo completo, siempre y cuando el trabajo a tiempo parcial fuera ocupado mayoritariamente por mujeres, ya que entonces esa diferencia era discriminatoria sexista indirecta si la empresa no justificaba la diferencia.

Tras años de vaivenes doctrinales en esta concreta materia, los años noventa presentan un Tribunal Europeo más comprometido en materia de discriminación por razón de género, lo que acabará dando lugar (ya por lo que se refiere al Derecho de la Seguridad Social) a la sentencia del caso Bruno y Pettini, de 10 de junio de 2010, conforme a la cual el Derecho Comunitario se opone a toda norma nacional que en relación con los trabajadores a tiempo parcial excluya los periodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a pensión de jubilación, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

5

En España, por su parte, el tema de las trabajadoras a tiempo parcial y su relación con la Seguridad Social se asemeja al juego del ratón y el gato. En nuestro país legisladores y jueces se han dedicado, desde la década de los 80, a poner en juego la tercera Ley de Newton de acción/reacción: yo legislador promulgo una norma abiertamente discriminatoria y no es hasta que los jueces así lo dictaminan cuando decido modificar mi inicial disposición, dictando una nueva igualmente discriminatoria. Aunque la cuestión –mejor, la política reactiva del Gobierno– arranca ya a principios de los años 80, no es sino hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de 1995 cuando se puede constatar ya de manera clara esa interacción.

En 1995, el art. 12.3 del Estatuto de los Trabajadores establecía que para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarían exclusivamente las horas trabajadas. Como es por otra parte lógico, la previsión normativa fue declarada inconstitucional –por contraria al principio de igualdad y por discriminatoria sexista indirecta– por el Tribunal Constitucional en su sentencia 253/2004, de 22 de diciembre. No contento con ello, el legislador español mantuvo la redacción de la norma en la disposición adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social, aunque (cierto es) que dulcificada, añadiendo que para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente al número de días teóricos de cotización se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los periodos mínimos de cotización. Y esa es justo la situación que debió enjuiciar el Tribunal Constitucional en 2013.



6

Ya se dejó escrito antes que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a la vista de esa concreta (y a primera vista dulcificada) previsión normativa, decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del principio de igualdad, y prohibición de discriminación por razón de sexo, en su vertiente de discriminación indirecta, que consagra el art. 14 de la Constitución, respecto de la letra *a*) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social. Y como no podía ser de otro modo, el Tribunal Constitucional acabó dando la razón al alto tribunal gallego, que entendía que en el curso de un proceso sobre pensión de jubilación el precepto cuestionado, al computar para el cálculo de los periodos de carencia exigidos para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social –en el caso de los trabajadores a tiempo parcial– únicamente las horas efectivamente trabajadas, en lugar de computar cada día trabajado como un día completo –según se hace en el caso de los trabajadores a tiempo completo–, vulneraba el art. 14 de la Constitución, desde una doble perspectiva: por un lado, por la ruptura del principio de proporcionalidad como aspecto del derecho de igualdad, pues en virtud de dicho precepto un trabajador a tiempo parcial necesitaría trabajar más tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir la misma carencia exigida; y, por otro lado, por discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino, ocasionándoles la norma cuestionada un “impacto adverso” que, de no estar objetivamente justificado o no ser los medios empleados adecuados o necesarios, resultaría discriminatorio.

7

El Tribunal Constitucional, en efecto, ha acogido la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Tras recordar que la cuestión de inconstitucionalidad presenta aspectos novedosos, aunque próximos, con relación a su sentencia de 2004 (también referida, recuérdese, a trabajadores a tiempo parcial), decide dos cosas. La primera de ellas es que el cálculo de los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial en atención exclusiva a las horas trabajadas, incluso con aplicación de las reglas correctoras incorporadas tras la sentencia de 2004, sigue careciendo de justificación razonable, produciendo igualmente resultados desproporcionados en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. La segunda es que la norma cuestionada origina una discriminación indirecta por razón de sexo.

Si entendida la referida discriminación indirecta como aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado género, en el caso de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social es posible apreciar estos dos presupuestos; y es que, aunque la disposición cuestionada constituye una norma neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores, lo cierto es que los datos estadísticos permiten constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras, sin que haya quedado acreditado que la medida responda a una determinada política social que actúe como justificación suficiente, habiendo quedado constatado por contra que la medida produce un efecto adverso y carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo, o no resultar idónea para el logro de tal objetivo; en otras palabras, la norma da lugar a discriminación indirecta al no estar justificada objetivamente ni ser proporcionada al objetivo perseguido.

En definitiva, para el Tribunal Constitucional, las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 de la Constitución, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir, hasta el punto de que su aplicación puede incluso resultar potencialmente más perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial que el criterio establecido en la regulación ya declarada inconstitucional en 2004. Las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Por ello, la norma cuestionada vulnera el art. 14 de la Constitución, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

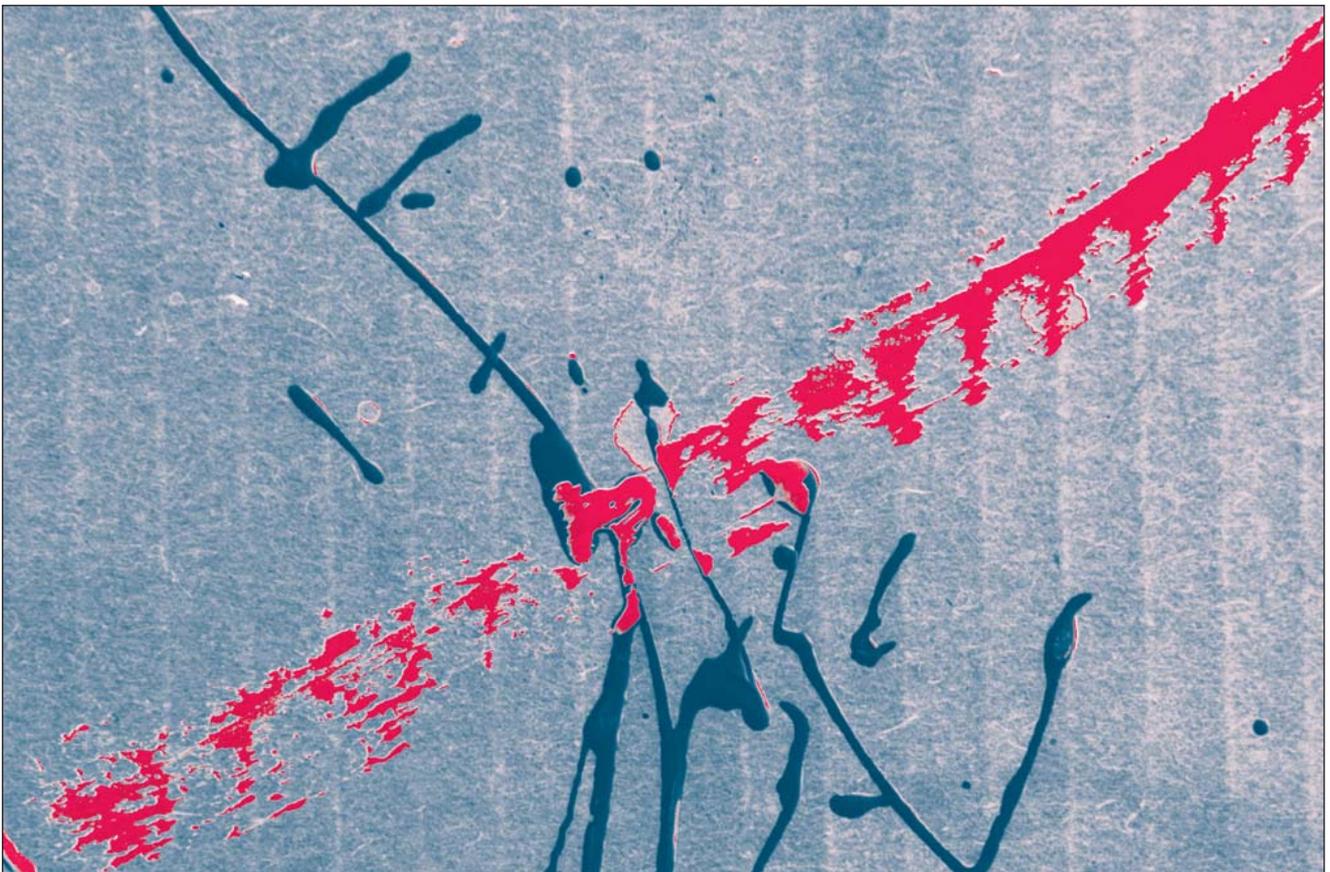
8

Llegados a este punto final, sólo cabe hacer dos precisiones a modo de conclusión. La primera de ellas tiene que ver con la influencia que el Tribunal de Jus-

ticia de la Unión Europea ha ejercido sobre este pronunciamiento constitucional. Y es que, la clave de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional reside en realidad en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 (dictada en el asunto Elbal Moreno), relativa justamente a la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social y su relación con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo derivada del art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo –sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social–.

En ella, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, mediante Auto de 4 de julio de 2011, relativa precisamente a la misma previsión normativa que fue objeto de cuestión de inconstitucionalidad en 2013, para acabar declarando que ese artículo 4 de la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro, como la mencionada disposición adicional, que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

La segunda de esas precisiones finales tiene que ser una llamada de atención al legislador; llamada que viene proclamando desde hace años la doctrina científica más autorizada. Así, no estaría de más que los poderes públicos se percataran de que la infraprotección de las trabajadoras a tiempo parcial no se limita al aspecto carencial en materia de seguridad social, sino que va más allá, llegando a afectar al cálculo de las bases reguladoras de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, o incluso a la integración de lagunas cuando se trata de calcular la cuantía de pensiones por jubilación o incapacidad permanente, derivadas de enfermedad común. Y todo ello, sin olvidar el aspecto laboral del trabajo a tiempo parcial, también necesitado de una revisión constitucional. El contrato de trabajo a tiempo parcial necesita, en efecto, ser igualmente tamizado por el cedazo del art. 14 de la Constitución, con la finalidad de evitar la invisibilidad que en estos casos se produce con relación a la discriminación por razón de género, ya que si sólo se atendiera aquí al inferior número de horas trabajadas a tiempo parcial, se ignoraría el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación.





El distintivo empresarial en materia de igualdad

Djamil Tony Kahale Carrillo,
Ed. Síntesis, Madrid 2012, 228 Pp.

PROF. DR. TOMÁS J. ALISTE SANTOS
Profesor Adjunto Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)



El debate doctrinal en torno al derecho de igualdad, entendido en su vertiente material y en íntima conexión con el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, se ha visto enriquecido con la aportación de la reciente monografía *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, del profesor Djamil Tony Kahale Carrillo, autor que acredita una amplia experiencia docente e investigadora como profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), cuyo reflejo podemos percibir en este nuevo libro suyo.

El derecho de igualdad formal proclamado en el art. 14 CE ha tenido un desarrollo espectacular en las últimas décadas a través de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y, fundamentalmente, gracias a la intensa labor legislativa, generadora de una compleja batería normativa que ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico toda una serie de disposiciones dirigidas a garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el principio de igualdad de oportunidades. En definitiva, la *mens legislatoris* ha estado presidida por una voluntad promotora de un objetivo concreto en materia de igualdad: conseguir que la igualdad formal proclamada en el art. 14 CE vaya también acompañada de la igualdad sustantiva o material proclamada por el constituyente en el art. 9.2 CE. La igualdad material que se recoge en el art. 9.2 CE contiene un mandato a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias para hacerla real y efectiva. En este sentido, el mandato del constituyente tiene un campo fértil para su desarrollo en la promoción efectiva de la igualdad material entre mujeres y hombres y la garantía de igualdad de oportunidades para todos.

A la luz de lo señalado, el profesor Djamil Tony Kahale Carrillo ofrece al debate doctrinal un magnífico análisis monográfico en su libro sobre el distintivo empresarial en materia de igualdad, cuyo prólogo corre a cargo de la profesora Ángela Figueruelo Burrieza, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Así las cosas, que el prólogo de este libro corra a su cargo es un indicio muy esclarecedor para el lector de la calidad y relevancia que tiene la obra del profesor Kahale Carrillo.

A lo largo de las 228 páginas del libro, el Dr. Kahale Carrillo efectúa un análisis riguroso del distintivo empresarial de igualdad a través de un planteamiento caracterizado por una exposición sistemática,

concisa y precisa, muy de agradecer en tanto que la obra no sólo se dirige a especialistas académicos sino que tiene una dimensión eminentemente práctica y de gran utilidad para el mundo empresarial y las administraciones públicas implicadas, que son los verdaderos protagonistas del objeto de estudio, en tanto que de su actividad depende la solicitud, tramitación y resolución expresiva de la concesión o denegación del distintivo empresarial en materia de igualdad.

Atendiendo, pues, a un fin eminentemente práctico, el profesor Kahale Carrillo describe, en primer lugar, el marco legislativo general del tema de igualdad entre mujeres y hombres, distinguiendo tres contextos normativos diferenciados, pero solidarios entre sí: el ámbito internacional, el ámbito comunitario y el ámbito nacional español. Se ofrece, así, un enfoque global de la legislación sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres de gran interés para las empresas españolas. Un enfoque imprescindible en tanto que síntesis diacrónica legislativa fundamental para comprender la introducción de un expediente como el distintivo de igualdad empresarial en nuestro ordenamiento jurídico, que constituye una auténtica medida de discriminación positiva en el ámbito empresarial dirigida a promocionar la igualdad de trato y oportunidades entre trabajadores con independencia de cuál sea el sexo de éstos. Una vez centrado el planteamiento general, el Dr. Kahale Carrillo pasa a realizar un análisis sumario de los antecedentes del distintivo empresarial en materia de igualdad, repasando tanto las iniciativas y proyectos del gobierno español y de las comunidades autónomas como la evolución de este tema en el contexto internacional, fundamentalmente iberoamericano.

Ya dentro del contexto español, los capítulos 3 y 4 se dedican, respectivamente, al estudio del procedimiento de concesión y utilización del distintivo de igualdad en la empresa y a los beneficios que puede reportar su empleo como sello de diferenciación empresarial. Por último cierra el libro una relación documental completa, diseminada en varios apéndices anejos, que permite tener a mano del lector tanto las referencias legislativas como los formularios precisos para proceder a la solicitud y trámite del distintivo.

En suma, se trata de un libro escrito con gran concisión y claridad expositiva, que se convierte en una auténtica guía para obtener el distintivo de “igualdad en la empresa” de gran utilidad para el mundo empresarial.

HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

- **ALTO GÁLLEGO**
Secorum, 35. Teléfono 974 480 376 – 974 483 311. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA/BAIX CINCA**
Avda. de Navarra, 1. Teléfono 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**
Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973 – 974 403 593. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**
Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **LA JACETANIA**
Ferrocarriil, s/n. Teléfono 974 356 980. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**
Doctor Fleming, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **LOS MONEGROS**
Avda. Huesca, 24 (pasaje comercial). Teléfono 974 570 701. Sariñena.
- **RIBAGORZA**
Ángel San Blacat, 6. Teléfono 974 541 183. Graus.
- **SOBRARBE**
La Solana, s/n. Teléfono 974 518 026. Aínsa.
- **SOMONTANO DE BARBASTRO**
P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

TERUEL

E-mail: iamteruel@aragon.es

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**
Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**
Ciudad Deportiva, 1 bajos. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **BAJO MARTÍN**
Lorente, 45. Teléfono 978 820 126. La Puebla de Híjar.
- **CUENCAS MINERAS**
Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**
Hispanoamérica, 5. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **JILOCA**
Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocho.
- **MAESTRAZGO**
Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574 – 978 887 526. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**
Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 882. Valderrobres.
- **SIERRA DE ALBARRACÍN**
Catedral, 5. Teléfono 978 704 024. Albarracín.
- **TERUEL**
San Francisco, 1, planta baja. Teléfono 978 641 050. Teruel.

ZARAGOZA

E-mail: iam@aragon.es

- **ARANDA**
Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.
- **BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP**
Plaza Compromiso, 89. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CAMPO DE BELCHITE**
Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**
Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.
- **CINCO VILLAS**
Justicia Mayor de Aragón, 20, 1º. Teléfono 976 677 559. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**
San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**
Arco del Marqués, 10. Teléfono 976 612 329. Alagón.
- **RIBERA BAJA DEL EBRO**
Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.
- **TARAZONA Y EL MONCAYO**
Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.
- **VALDEJALÓN**
Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.
- **ZARAGOZA**
Paseo María Agustín, 16, 5ª planta. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
www.aragon.es/iam

EL IAM ofrece Asesorías y Servicios gratuitos que trabajan de forma coordinada para conseguir una asistencia personalizada, integral y eficaz. Funcionan con cita previa.

ASESORÍA JURÍDICA

En principio se orientó el servicio a la atención a mujeres maltratadas y agredidas sexualmente, pero actualmente se atiende todo lo relativo a la discriminación de la mujer en todos los campos de actuación jurídica.

ASESORÍA PSICOLÓGICA

La atención y el trabajo se desarrolla de forma individualizada, ofreciendo ayuda a las mujeres, proporcionándoles tanto información como apoyo psicológico y dotándolas de recursos que les permitan afrontar los conflictos cotidianos.

El trabajo de prevención lo realiza fundamentalmente con la asistencia a reuniones de asociaciones de mujeres, charlas a las mismas sobre temas psicológicos y el desarrollo de cursos y seminarios específicos sobre autoestima, asertividad, habilidades sociales, etc.

ASESORÍA LABORAL iamlaboral@aragon.es

El servicio se presta de manera presencial en las sedes del IAM de Huesca, Teruel y Zaragoza mediante:

- Asesoramiento sobre el mercado de trabajo para la inserción laboral.
- Información sobre la formación para el empleo.
- Asesoramiento jurídico-laboral.
- Jornadas y talleres para la mejora del empleo.
- Servicio de videoexperto: videoconferencia con las oficinas delegadas del Gobierno de Aragón en: Calatayud, Ejea de los Caballeros, Jaca, Calamocho y Alcañiz, para atender las consultas de las personas que viven en el medio rural.
- Boletín electrónico emple@aragon de difusión trimestral a mujeres desempleadas.

ASESORÍA EMPRESARIAL iamza@aragon.es

El servicio se presta de manera presencial en las sedes del IAM de Huesca, Teruel y Zaragoza mediante:

- Asesoramiento empresarial para la creación y el mantenimiento de empresas en Aragón.
- Asesoramiento Planes de Igualdad en Empresas.
- Boletín electrónico inf@empresarias de difusión semanal de noticias de interés empresarial.
- Acciones de motivación: jornadas, talleres y eventos de interés empresarial.
- Servicio de videoexperto: videoconferencia con las oficinas delegadas del Gobierno de Aragón en: Calatayud, Ejea de los Caballeros, Jaca, Calamocho y Alcañiz para atender consultas de las personas que viven en el medio rural.

ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones. Este servicio se presta en todas las Comarcas del territorio aragonés.

ESPACIO SERVICIO DE ATENCIÓN PSICOLÓGICA A HOMBRES CON PROBLEMAS DE CONTROL Y VIOLENCIA EN EL HOGAR

Atiende hombres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, que hayan sido actores de malos tratos a mujeres y niños/as, en el marco de las relaciones familiares o similares, desarrollando con ellos un tratamiento psicológico adecuado. El objetivo es asegurar el bienestar psicológico de las mujeres víctimas de maltrato tanto en caso de separación como de mantenimiento de la relación y prevenir posteriores situaciones violentas.

C O N T E N I D O

Editorial	5
-----------------	---

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea. Por Ascensión Lucea. Licenciada en Derecho. Doctoranda en el programa de Derechos Humanos. y Libertades Fundamentales de la Universidad de Zaragoza	6
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

DERECHO ESPAÑOL

La reforma laboral 2010/2012 desde una perspectiva de género. Por José Fernando Lousada Arochena. Magistrado especialista del Orden Social. Tribunal Superior de Justicia de Galicia.....	16
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos. Por Carmen Cheliz. Licenciada en Derecho. Becaria predoctoral en el Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza	29
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

El contenido de los planes de igualdad: Guías y directrices prácticas. Por Dra. Ana Marta Olmo Gascón. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha.....	37
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial. Por Ricardo Pedro Ron Latas. Catedrático de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Universidad de la Coruña.....	59
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Reseña de Djamil Tony Kahale Carrillo, El distintivo empresarial en materia de igualdad, Ed. Síntesis, Madrid 2012, 228 pp. Por Prof. Dr. Tomás J. Aliste Santos. Profesor Adjunto Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)	64
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

