
“Mecanismos Legales de Lucha Contra la Discriminación de la Mujer en el Trabajo: Una Revisión Crítica”

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
*Universidad de Salamanca**

I. La Paradoja de la Tutela Antidiscriminatoria: muchas Normas y Escasos Resultados

Una de las paradojas más llamativas de la problemática, relacionada con el tratamiento por parte del ordenamiento jurídico de la posición de la mujer en el mercado de trabajo, se encuentra representada por la contradicción que existe entre la abundancia de normas dirigidas a asegurar el trato igualitario de la mujer respecto del varón y la persistencia de los datos que afirman que la misma se desenvuelve en el ámbito laboral en una posición de clara desventaja respecto de aquél.

En efecto, las normas dirigidas a tutelar la igualdad y no discriminación en el empleo y las condiciones de trabajo por razón de sexo son en la actualidad muy numerosas dentro del ordenamiento jurídico español. Así, si prescindimos de lo previsto por la normativa comunitaria sobre la materia y nos centramos en la de ámbito nacional, podemos mencionar los siguientes preceptos de alcance general, todos ellos dirigidos a proteger a la mujer del trato de desfavor:

- A Nivel Constitucional:

Artículo 14 CE: Proclamación del principio de igualdad ante la ley y prohibición de toda discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo.

Artículo 35 CE: Reconocimiento del derecho a una remuneración suficiente, «sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

- A Nivel Legal:

Artículo 4.2.c ET: Reconocimiento del derecho de los trabajadores «a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo».

Artículo 17.1 ET: Consideración como «nulos y sin efecto» de «los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan (...) discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada o demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo».

Artículos 22.4 y 24.2 ET: Indicación de que los «criterios de definición de las categorías y grupos» profesionales, así como «los criterios de ascenso en la empresa», deberán acomodarse «a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo».

Artículo 28 ET: Establecimiento de la obligación del empresario de «pagar por la prestación de un trabajador de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en alguno de los elementos o condiciones de aquella».

Naturalmente, siempre es posible decir más sobre la materia. Pero es difícil hacerlo de forma más clara y contundente que la expresada por las normas que se acaba de transcribir.

* El presente artículo recoge, con el añadido casi exclusivo de las referencias bibliográficas indispensables, el texto de la conferencia «Mecanismos legales de lucha contra la discriminación en el trabajo», impartida por el autor en la Universidad de Salamanca el 3 de marzo de 2004, en el marco del Curso «Mujer y empleo (una estrategia para la igualdad)». Con anterioridad el texto ha sido publicado en E. V. MARTÍNEZ GALLEGOS y J. REGUERO CELADA, *Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad*, Granada, Ed. Comares, 2004, págs. 33-42.

Aún así, es un lugar común afirmar que, aunque estas previsiones no están demás y se ha avanzado mucho desde su entrada en vigor en la garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y la igualdad de trato en el disfrute de las condiciones de trabajo por parte de las mujeres, los objetivos que han inspirado su incorporación al ordenamiento jurídico distan mucho de ser alcanzados.

Para tomar conciencia de hasta qué punto la afirmación que se acaba de realizar es exacta, basta con tener en cuenta que:

- Las mujeres en España tienen en la actualidad una tasa de desempleo que dobla la masculina: 15,79 % frente a 7,95 %. Es más, mientras la tasa de desempleo masculino es homologable en términos generales a la Europea, la femenina la duplica. Esto significa que, al menos en España, el desempleo es, esencialmente, un problema femenino.
- Las mujeres reciben en España salarios inferiores a los que obtienen por su trabajo los varones. Si se compara la ganancia salarial media de hombres y mujeres, se podrá comprobar que éstas últimas obtienen entre un 14 y un 30% menos de ingresos por hora trabajada. La cifra puede variar dependiendo de los estudios a los que se acuda o los criterios que se hayan tenido en cuenta para efectuar el cálculo, pero no así el resultado, que es siempre negativo. Es más, a diferencia del dato relativo al desempleo, este fenómeno, que recibe la denominación de «brecha salarial», es común al conjunto de los países Europeos, en todos los cuales el promedio de lo que las mujeres obtienen por su trabajo es significativamente inferior al que corresponde a los varones.

Naturalmente, si los datos recién citados no son incorrectos, surgen inmediatamente numerosas preguntas. Entre ellas algunas tan evidentes como las siguientes: ¿por qué se sigue prefiriendo contratar hombres en vez de mujeres?, ¿por qué, cuando acceden a un empleo, las mujeres reciben peores salarios que los hombres por su trabajo?, o, en fin, ¿qué es posible hacer para revertir esta situación desde el Derecho del Trabajo, yendo más allá, naturalmente,

de los mecanismos antes descritos, ya que éstos no se han mostrado capaces de conseguir por sí mismos dicho resultado?

A continuación intentaré dar mi personal respuesta a estas tres decisivas preguntas. Debo anticipar, no obstante, que la respuesta a cada una de ellas es siempre compleja, dada la variedad de factores a tener en cuenta, y también polémica, toda vez que depende de la valoración que se tenga de las causas que se sitúan en la base de las situaciones descritas.

II. ¿Por qué se Contrata menos a las Mujeres?

Entre las distintas explicaciones posibles de la preferencia a la hora de contratar trabajadores por los de sexo masculino, me inclino por conceder importancia

a una sobre todas las demás: se opta por contratar hombres principalmente porque contratar mujeres puede resultar más oneroso para el empresario.

Esta afirmación parece contradecir lo afirmado antes en el sentido de que las mujeres perciben, en promedio, salarios inferiores a los hombres. No obstante, existen dos circunstancias diferenciales que, al menos en mi opinión, hacen más oneroso, pese a todo, contratar mujeres que hombres. Estas circunstancias son:

- El hecho diferencial de la maternidad.

- La asunción prioritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades relacionadas con el cuidado de hijos y familiares.

Ambas son circunstancias de carácter biológico y social cuyas consecuencias vienen siendo en la actualidad siendo soportadas esencialmente por los empresarios, en vez serlo por el conjunto de la sociedad, lo cual desalienta a estos a contratar mujeres.

Así, en el caso de la maternidad, el empresario debe soportar en la actualidad una doble carga:

- No disponer de los servicios de la trabajadora que da a luz.
- Tener que cotizar a la Seguridad Social por la trabajadora durante el período de suspensión del contrato de trabajo, a pesar de que ésta no presta servicios.

“(...) se opta por contratar hombres principalmente porque contratar mujeres puede resultar más oneroso para el empresario.”



“Mecanismos Legales de Lucha Contra la Discriminación...”

Otro tanto, ocurre con el cuidado de los hijos y familiares. Desde la aprobación de la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, se ha dado un gran impulso a los mecanismos dirigidos a hacer posible una mejor compatibilización de ambas esferas de la existencia de las personas. La política de conciliación impulsada por esta ley, sin embargo, no ha estado dirigida a suplir las carencias existentes en materia de servicios e infraestructuras de apoyo para el cuidado de niños y personas dependientes. Antes bien, se ha centrado en la creación de una larga lista de permisos, reducciones de jornada, suspensiones contractuales y excedencias, que deben conceder los empresarios a sus trabajadores con el fin de permitirles atender dichas situaciones.

Salvo error u omisión, en la actualidad se encuentran previstos por la legislación vigente diez supuestos de este tipo. Estos son los siguientes:

Artículo 37.3.f ET: Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación para el parto.

Artículo 37.4 ET: Permiso por lactancia.

Artículo 37.4 bis ET: Permiso por mantenimiento de la hospitalización de los hijos con posterioridad al parto.

Artículo 37.5 ET: Reducción de jornada por guarda de menores de seis años o minusválidos.

Artículo 37.5 ET: Reducción de jornada por cuidado de familiares.

Artículo 45.1.d ET: Suspensión del contrato por maternidad.

Artículo 45.1.d ET: Suspensión del contrato riesgo durante el embarazo.

Artículo 45.1.d ET: Suspensión del contrato por adopción o acogimiento de menores de 6 meses.

Artículo 46.3 ET: Excedencia por cuidado de hijos naturales, adoptivos o menores acogidos.

Artículo 46.3 ET: Excedencia por cuidado de familiares.

Naturalmente, con la sola excepción del riesgo durante el embarazo y la maternidad (en el período obligatorio posparto), ninguna de estas facilidades está prevista de forma exclusiva para las mujeres. Por el contrario, a todos ellos pueden acceder en condiciones de igualdad los hombres y las mujeres. Sin embargo, en la práctica los permisos, reducciones de jornadas, suspensiones y excedencias son solicitados casi de forma exclusiva por las mujeres, bien porque éstas siguen asumiendo al interior de las familias el grueso de las responsabilidades familiares, o bien porque, en caso de tener que decidirse por la continuidad en el trabajo de uno de los cónyuges, se suele optar por la del varón.

Lo anterior conduce a pesar que, pese a los buenos propósitos que, de seguro, inspiró la

introducción de esta amplia gama de situaciones especiales, ésta ha contribuido, más a facilitar el mantenimiento del rol tradicionalmente subordinado de las mujeres que a liberarlas de él. Y, en consecuencia, más a penalizar el empleo de éstas que a fomentarlo.

Los empresarios y las mujeres lo saben. Los empresarios saben que, sólo si contratan mujeres, se tendrán que enfrentar con estas situaciones que merman su disponibilidad sobre el trabajador, en tanto que, si contratan hombres, no. Y las mujeres son conscientes de que, si desean salir adelante en sus carreras profesionales, deben olvidarse de recurrir a esta clase de medidas.

Naturalmente, mientras las cosas sigan siendo así, no será fácil que las mujeres puedan colocarse más. Salvo que opten por no tener hijos o que tengan la fortuna de contar con la ayuda de familiares o con recursos económicos para servirse del trabajo doméstico para atender a sus hijos y familiares, claro está.

De lo anterior se desprende la necesidad de dos tipos de medidas:

- Avanzar hacia la supresión de la cotización empresarial a la Seguridad Social durante el período de maternidad, haciendo que ese coste sea asumido por la sociedad en su conjunto y no solamente por el empresario.
- Desarrollar una amplia red pública de servicios de apoyo al cuidado de niños y personas dependientes, que libere a las mujeres la obligación social de atender directamente estas necesidades y convierta a los permisos, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias a conceder por los empresarios en una posibilidad más y no en la única forma de conciliar la atención de las necesidades familiares con la vida laboral.

En la actualidad se ha dado algún paso en la primera de dichas direcciones. El Programa de Fomento del Empleo para el año 2004, incluido en la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, prevé que los contratos de trabajo de las mujeres que sean suspendidos por maternidad y por excedencia por cuidado de hijos dan derecho a una bonificación del 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo, siempre que ésta se produzca dentro de los dos años siguientes a la reincorporación. Esto supone que, aunque la obligación empresarial de cotizar a la Seguridad Social se mantiene durante la suspensión,

se bonifica la posterior reincorporación de la trabajadora tras el período de suspensión o excedencia.

Lo que ha progresado poco son los servicios de apoyo al cuidado de niños y personas mayores dependientes. Es cierto que se ha avanzado en la provisión de servicios educativos para los niños mayores de tres años. Las carencias siguen siendo importantísimas, sin embargo, tratándose de los menores de tres años y mayores dependientes.

Para concluir este apartado conviene destacar también la inclusión, dentro del citado Programa de Fomento del Empleo para el año 2004, de medidas dirigidas a fomentar económicamente la contratación de mujeres. Estas medidas, cuya presencia puede contribuir a mejorar la predisposición empresarial a recurrir a trabajadores del sexo femenino, se articulan en torno a dos supuestos:

- Contratación de mujeres desempleadas entre 16 y 45 años, caso en el que concede al empleador una bonificación de la cuota a abonar a la Seguridad Social del 25 % durante dos años.
- Contratación de mujeres desempleadas durante los 24 meses siguientes al parto, supuesto en el que la citada bonificación alcanza al 100 % durante un año.

III. ¿Por qué las Mujeres Reciben Salarios Inferiores a los de los Hombres?

Expuesto lo anterior, podemos pasar a analizar el segundo de los problemas apuntados: ¿por qué existe una «brecha salarial» entre el trabajo de los hombres y las mujeres? La explicación de ese enojoso diferencial retributivo puede apoyarse en la confluencia de hasta tres factores de distinta naturaleza:

- Las mujeres tienen una tasa de temporalidad en el empleo y de trabajo a tiempo parcial superiores a los hombres. En concreto, 34,5 % frente a 29,8 % de tasa de temporalidad; y 80 % frente a 20 %, en cuanto al índice de trabajo a tiempo parcial. Y es bien sabido que los salarios de los trabajadores eventuales, lo mismo que los de los trabajadores a tiempo parcial, son inferiores a los de los trabajadores fijos o a tiempo completo.
- El trabajo de las mujeres se concentra en determinadas ocupaciones, caracterizadas por su inferior retribución. Los datos provenientes de la Encuesta de Población Activa revelan que en los últimos años se viene produciendo una polarización del empleo femenino, con arreglo a la cual, mientras una minoría de mujeres ocupa empleos cada vez más cualificados, la gran

mayoría de ellas trabaja en labores de escasa calificación. Es así como, en tanto que solamente un 7 % de las mujeres accede a puestos de dirección en empresas, más del 75 % de las ellas labora en ocho ocupaciones, todas ellas del sector servicios: comercio al por menor, enfermería, enseñanza, servicios a empresas, administración pública, servicio doméstico, hostelería y servicios personales. Esto supone que las mujeres hoy en día desarrollan mayoritariamente oficios que reproducen, en el ámbito profesional, las tareas que realizan en el hogar. Es decir, las mujeres trabajan en España mayoritariamente como limpiadoras, cocineras, enfermeras, cuidadoras de personas mayores, enfermos y discapacitados, cuidadoras de niños en guarderías, empleadas de hogar, dependientas de comercio, etc. Esto es lo que se conoce como «segregación ocupacional» de la mujer y en ella encontramos, en buena medida, la explicación de la tantas veces aludida brecha salarial, ya que todas estas ocupaciones son por lo general peor remuneradas debido a que se sitúan en la cola de la jerarquía salarial, bien porque son poco cualificadas, o bien, precisamente, porque son realizadas por mujeres.

- Esto último nos conduce al tercer y último factor de explicación.
- Actualmente existen todavía sistemas de clasificación profesional y de valoración de puestos de trabajo, en su mayoría heredados de las viejas ordenanzas laborales del franquismo, que encubren discriminaciones por razón de sexo, bien porque valoran más positivamente determinados atributos o competencias más propios de los varones, como por ejemplo el esfuerzo físico, o bien porque valoran menos los puestos en los que existe una concentración de mujeres.

De este diagnóstico es fácil deducir que la superación de los desniveles salariales que padecen las mujeres requiere de un «cóctel» de medidas bastante amplio, dentro del cual la mejora de los niveles de formación de las mujeres tiene, sin lugar a dudas, un papel este'ar.

Dentro de este amplio espectro de medidas, me concentraré en aquellas que, a mi criterio, pueden ser adoptadas desde el propio Derecho del Trabajo.

En este ámbito, lo primero que habría que hacer es tratar de revertir la elevada tasa de temporalidad del empleo femenino. Para ello, convendría empezar por adoptar medidas más resueltas de lucha contra el abuso



“Mecanismos Legales de Lucha Contra la Discriminación...”

en la contratación temporal. Una reforma del régimen de los contratos temporales del artículo 15 ET, que limite de forma más clara y decidida su uso, o la introducción de cautelas frente a ciertas prácticas abusivas, como el encadenamiento de contratos, son, en este ámbito, una necesidad urgente.

Estas medidas servirían para complementar la política de fomento de la contratación de mujeres mediante la bonificación de las cuotas empresariales actualmente en marcha. Una política que, como es evidente, sólo bonifica los contratos por tiempo indefinido.

Un segundo y decisivo terreno sobre el que habría que tratar de operar es el de la segregación ocupacional. Aquí seguramente es donde resulta más difícil actual con medidas específicamente laborales. Pensar en cuotas o en preferencias para la contratación no es fácil, aunque habría que plantearse un debate sobre la cuestión. Entre tanto, sólo contamos con una medida específica en este ámbito: las bonificaciones a la contratación estable de mujeres desempleadas en sectores en los que existe un menor índice de empleo femenino. Estas bonificaciones alcanzan al 35 % durante dos años de vigencia del contrato con carácter general, o al 70 % el primer año y el 60 % el segundo, si además la mujer lleva inscrita en la oficina de empleo al menos seis meses o es mayor de 45 años.

Finalmente, un tercer y no por ello menos importante frente a considerar es el de la lucha contra el sexismo en el diseño de los sistemas de clasificación profesional y la valoración de los puestos de trabajo. Aquí es preciso reconocer que se ha avanzado bastante en la supresión en los convenios colectivos de referencias gramaticales al sexo a la hora de formular las categorías profesionales (del tipo de las de «limpiadoras» y «limpiadores»). En la negociación colectiva subsisten, sin embargo, supuestos más ocultos y sibilinos de discriminación retributiva basados en el sexo, que deberían ser igualmente proscritos.

Para tomar conciencia de cómo operan este tipo de cláusulas discriminatorias, quizá convenga hacer referencia, a modo de ejemplo, a un conocido supuesto de discriminación indirecta para cuyo desenmascaramiento fue preciso llegar hasta el propio

Tribunal Constitucional, que se encargó de resolverlo a través de su Sentencia número 58/1994. En este caso, el debate giraba en tono a la licitud de la atribución de un mayor complemento de «calidad y cantidad» de trabajo a ciertas categorías de trabajadores, compuestas mayoritariamente por hombres, frente a otras categorías integradas preferentemente por mujeres, en función de su diferente ubicación en la cadena de producción (mientras las mujeres ocupaban las líneas de producción, los hombres las alimentaban; mientras las mujeres clasificaban y ordenaban los pedidos, los hombres los embalaban y cargaban). Para resolver la controversia, el alto tribunal partió de entender que la

diferencia observada entre las retribuciones abonadas a ambas categorías no podía fundarse en la diferencia de tareas en sí misma, sino en el mayor valor del trabajo realizado por las categorías masculinizadas. De este modo, el máximo intérprete de la Constitución procedió a recoger la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas conforme a la cual el principio de no discriminación se aplica no sólo a los trabajos iguales, sino también a los trabajos de igual valor.

Naturalmente, dicho lo anterior, el problema pasaba a ser cómo medir el valor del trabajo.

Para el Tribunal Constitucional, dicha valorización debe hacerse en base a criterios neutros, que no supongan una hipervaloración de características o aptitudes propias de uno de los sexos frente a las del otro. Como es evidente, esto excluía de plano la posibilidad de tener en cuenta como criterio de valoración el mayor esfuerzo físico, salvo en casos excepcionales (cuando el esfuerzo físico constituye un factor absolutamente determinante para el desarrollo de las tareas o cuando se lo tiene en cuenta junto con otros factores neutros). Nada de esto ocurriría, sin embargo, en el caso analizado, en el que el esfuerzo físico no era en sí mismo determinante y sin embargo era el motivo alejado para la distinción. Por ello, se llegó a la conclusión de que la diferenciación de categorías enmascaraba en realidad una infravaloración de los trabajos de igual valor que eran desarrollados por las mujeres.

Para avanzar con carácter general en esta indispensable dirección es necesario insistir en la necesidad de que los convenios colectivos adopten criterios objetivos de valoración de los puestos de

“(...) el principio de no discriminación se aplica no sólo a los trabajos iguales, sino también a los trabajos de igual valor.”

trabajo, basados en una evaluación neutra de sus componentes desde la perspectiva del género. Esto supone que no deben sobre valorarse las competencias tradicionalmente consideradas como prototípicas del trabajo masculino, mientras se obvia tener en cuenta aquellas que se entienden innatas en las mujeres. A ello podría contribuir también la eliminación de ciertos complementos salariales de los cuales la mujer tiene menos posibilidades de beneficiarse, como ocurre por ejemplo con los complementos por antigüedad o por disponibilidad horaria, sustituyéndolos por otros que se relacionen de forma directa con la competencia y la productividad de quien trabaja.

IV. Consideraciones Finales

Lo hasta aquí expresado no pretende negar que los avances dados en las últimas dos décadas en cuanto a la integración de la mujer en el mercado de trabajo han sido muy importantes y abren una perspectiva de futuro esperanzadora.

A pesar de ello, tampoco puede ocultarse a nadie que queda aún un largo camino por recorrer hasta lograr una auténtica equiparación laboral de la mujer respecto del varón. Ello se debe en gran parte, como se ha puesto de manifiesto, a la existencia de hábitos sociales muy arraigados que favorecen el rol subalterno de la mujer. Pero también al hecho de que, como igualmente se ha podido poner de manifiesto, el sistema legal no sólo no contribuye a acabar con dicha situación sino que añade a los anteriores nuevos factores que hacen más difícil dicha equiparación, en vez de crear condiciones para favorecerla. De allí la importancia de asumir una perspectiva integral a la hora de enfocar el sentido de la intervención legislativa en este ámbito y de apuntar a la introducción de medidas complementarias que contribuyan a aligerar la presión que desde el conjunto de la sociedad se ejerce sobre la mujer para que esta

atienda de forma simultánea obligaciones de carácter laboral y familiar.

Referencias Bibliográficas

Para la preparación de la presente intervención han servido de eficaz complemento de la bibliografía jurídica disponible los informes del CES titulados **La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres** y **Segundo informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española**, los cuales fueron aprobados en sus Sesiones de 22 de octubre y 10 de diciembre de 2003, respectivamente. Datos de singular importancia han sido extraídos, igualmente, de diversos números del **Boletín Panorama Sociolaboral de la Mujer en España**, elaborado por el Área de Estudios y Análisis del CES, y especialmente de su edición 34, dedicada a los cambios ocurridos en el patrón ocupacional de las mujeres entre 1994 y 2003. Las referencias al este fenómeno en la prensa diaria son, por lo demás, abundantes. Pueden citarse, por su especial interés, el artículo de Vicente Castelló publicado en la página 2 de la edición para la Comunidad Valenciana del **Diario El País** del 8 de marzo de 2003, titulado «En qué trabajan las mujeres», o el informe elaborado por Soledad Alcaide y aparecido en la página 38 de la edición el **Diario El País** de 29 de febrero de 2004, bajo el título de «La encrucijada del trabajo femenino». Finalmente, especialmente agudas en cuanto a los posibles efectos contraproducentes sobre la situación laboral de las mujeres de las medidas de compatibilización de la vida laboral y familiar son las reflexiones de María José Nevado Fernández, contenidas en el estudio «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social)», publicado en los números 105 y 106 de la **Revista Española de Derecho del Trabajo** 