

DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO DE SITUACIONES DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LAS EMPRESAS

ÁNGEL CUBO MAYO

JUAN PABLO PÉREZ BUSTAMANTE MOURIER

Inspectores de Trabajo y Seguridad Social

SARA MATEOS SILLERO

Consultora de género.

Asistente técnica del Instituto de la Mujer

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, doña Teresa Díez MERIEL, don Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE y doña Rosa María VIROLÉS PIÑOL.

Extracto:

EL objetivo de este trabajo es idear una metodología que permita un examen externo y completo sobre las cuestiones que afectan a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito de la empresa.

Tal examen es necesario para detectar en la empresa los diversos vicios que, según la práctica jurisprudencial y el derecho comparado, constituyen discriminaciones directas e indirectas y examinar la procedencia de acudir a los nuevos instrumentos previstos en la Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH) en especial las medidas de acción positiva.

El diagnóstico terminado resulta indispensable:

- Como útil eficaz en manos de los departamentos de Recursos Humanos que deseen proyectar una política activa de no discriminación.
- Como parte del contenido esencial del Plan de igualdad, en cuanto instrumento necesario para diseñar las medidas que deben estar contenidas en el mismo: medidas correctoras, de conciliación de la vida familiar y laboral y medidas de acción positiva (distinguiremos desde un punto de vista metodológico unas de otras). En el artículo 46.1 de la LOIEMH establece que los planes de igualdad son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

.../...

.../...

- Para posibilitar el análisis correcto de la situación a efectos de una actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del órgano judicial competente. La presente metodología de análisis tiene vocación de instrumento jurídico a diferencia de otros métodos de diagnóstico que hacen hincapié en factores sociológicos o meramente estadísticos.

Se pretende además crear una metodología que, en su fundamento, resulte aplicable a situaciones de discriminación por otras causas, es decir, no exclusivamente de sexo.

En la segunda parte del trabajo se definen los contenidos mínimos de un Plan de igualdad en el ámbito empresarial, con un ejemplo práctico.

Palabras clave: diagnóstico de situación (análisis estadístico, test de igualdad), plan de igualdad (objetivos, acciones y seguimiento).

Sumario

Introducción.

Parte I. Diagnóstico de situación de empresas.

1. Dónde buscar la discriminación.
 - a) Contexto. Definiciones sociales del sexo, socialización diferencial y división sexual del trabajo-segregación del mercado laboral.
 - b) Datos estadísticos. Importancia de los datos estadísticos para un diagnóstico eficaz.
2. Análisis de empresas. Metodología.
3. Categorías de análisis.
4. Informe final de diagnóstico.

Parte II. El plan de igualdad en la empresa.

1. Contenido mínimo del Plan de igualdad.
2. Ejemplo práctico.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es idear una metodología que permita **un examen externo y completo** sobre las cuestiones que afectan a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito de la empresa.

Tal **examen es necesario** para detectar en la empresa los diversos vicios que, según la práctica jurisprudencial y el derecho comparado, constituyen discriminaciones directas e indirectas y examinar la procedencia de acudir a los nuevos instrumentos previstos en la *Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres* (en adelante LOIEMH) en especial las medidas de acción positiva.

El diagnóstico terminado resulta indispensable:

- **Como útil eficaz en manos de los departamentos de Recursos Humanos que deseen proyectar una política activa de no discriminación.**
- **Como parte del contenido esencial del Plan de igualdad, en cuanto instrumento necesario para diseñar las medidas que deben estar contenidas en el mismo: medidas correctoras, de conciliación de la vida familiar y laboral y medidas de acción positiva (distinguiremos desde un punto de vista metodológico unas de otras).** El artículo 46.1 de la LOIEMH establece que *los planes de igualdad son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar; las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.*
- **Para posibilitar el análisis correcto de la situación a efectos de una actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del órgano judicial competente. La presente metodología de análisis tiene vocación de instrumento jurídico a diferencia de otros métodos de diagnóstico que hacen hincapié en factores sociológicos o meramente estadísticos.**

Se pretende además crear una metodología que, en su fundamento, resulte aplicable a situaciones de discriminación por otras causas, es decir, no exclusivamente de sexo.

En la segunda parte del trabajo se definen los contenidos mínimos de un Plan de igualdad en el ámbito empresarial.

PARTE I. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN DE EMPRESAS

El diagnóstico de empresas requiere un proceso formalizado, ya que de no existir tal proceso la garantía jurídica quedaría fuertemente lesionada. Así lo sugiere el artículo 46 de la ley que establece que *los planes de igualdad son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación*. En este manual se propone una metodología de diagnóstico que permita a todas las personas que intervengan en el mismo la realización de un análisis «de suficiente entidad» y un conjunto de medidas «ordenado», proporcionando elementos probatorios clave y permitiendo aflorar las situaciones que requieren una intervención.

Insistimos en que la diferencia de la metodología que emplearemos aquí, respecto a otros procedimientos de diagnóstico es su vocación de servir de instrumento que sirva para un análisis externo con garantía jurídica en sus resultados. Intentamos justificar cada conclusión con instrumentos probatorios. Consideramos que esta garantía interesa a todos los agentes implicados: la empresa, los sindicatos, los órganos jurisdiccionales y la Administración, en una materia tradicionalmente considerada «difícil» de abordar fuera del caso concreto.

1. DÓNDE BUSCAR LA DISCRIMINACIÓN

a) Contexto. Definiciones sociales del sexo, socialización diferencial y división sexual del trabajo-segregación del mercado laboral.

El origen de la discriminación por razón de sexo está en la vigencia de valores, creencias y estereotipos fuertemente arraigados en las mentes y los comportamientos de las personas sobre cuál es el rol masculino y cuál el rol femenino.

Los estereotipos consisten en la atribución a cada sexo de unas cualidades determinadas que condicionarán lo que se espera de cada *uno* y de cada *una*. Se basan en el sexo de la persona para atribuirle comportamientos y actitudes –correctas o incorrectas– según sea hombre o mujer. Los estereotipos deben enmarcarse en el contexto de las *definiciones sociales del sexo*, que incluyen, además de estos, las creencias, valores y normas ampliamente compartidas por los miembros de una sociedad y formados a lo largo del tiempo ¹, estando «tales creencias (...) tan arraigadas en nuestra conciencia que condicionan nuestra forma de pensar hasta tal punto que muy pocos de nosotros estamos dispuestos a reconocerlo» ².

¹ COBO, ROSA, «Género» en *10 palabras claves sobre mujer*. Dirigido por Celia AMORÓS. *Verbo Divino*, Navarra 1995, pág. 66.

² MILLET, KATE, *Política sexual*. Aguilar, Madrid 1975, pág. 62.

Femenino ³	Masculino
Intuición	Razón
Cuidados	Provisión
Afectos	Inteligencia, saber
Dependencia	Autonomía
Subjetividad	Objetividad
Sumisión	Poder
Habilidad manual	Fuerza
Sensibilidad	Insensibilidad
Pendiente de las necesidades de los demás	Agresividad-competición
Pasividad	Actividad-emprendimiento
Gratuidad	Remuneración-retribución
Sedentarismo	Desplazamiento-itinerante
«Utiliza sus armas de mujer»	Liderazgo
Sexualmente pasiva	Sexualmente activo

La Comisión Europea señala que «los estereotipos constituyen barreras para la realización de las elecciones individuales, tanto de hombres como de mujeres. Contribuyen a la persistencia de desigualdades influyendo en la elección de carreras profesionales y del empleo, influyen también en la participación en las tareas domésticas y familiares y en la representación en los puestos de decisión. Pueden igualmente afectar a la valorización del trabajo de cada uno. Su eliminación es una de las prioridades de la *Hoja de Ruta* ⁴ y del marco de acción de los agentes europeos por la igualdad» ⁵.

Esta construcción social del sexo –definición de la categoría *género*– se elabora por medio del proceso de *socialización diferencial* de mujeres y hombres ⁶. Según esta teoría «las personas en su proceso de iniciación a la vida social y cultural, y a partir de la influencia de los agentes socializadores, adquieren identidades diferenciadas de género que conllevan estilos cognitivos, actitudinales y conductuales, códigos axiológicos y morales y normas estereotípicas de la conducta asignada a cada sexo» ⁷.

³ Como apunta SALTZMAN, estas creencias se constituyen en *estereotipos sexuales* cuando son compartidos por colectividades. En SALTZMAN, Jane, *Equidad y Género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*. Cátedra, Madrid 1992, pág. 433.

⁴ *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions—Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010— COM(2006)92 final*. Comisión Europea, 2006.

⁵ *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions. L'égalité entre les femmes et les hommes 2008*. Comisión Europea, 2008.

⁶ Cabe recordar el concepto de socialización: «La socialización es el proceso que se inicia en el momento del nacimiento y perdura durante toda la vida, a través del cual las personas, en interacción con otras personas, aprenden e interiorizan los valores, las actitudes, las expectativas y los comportamientos característicos de la sociedad en la que han nacido y que le permiten desenvolverse en ella». GIDDENS, A., *Sociología*. Alianza, Madrid 1998.

⁷ WALKER, Stephen, y BARTON, Len (editores), *Gender, class and education*. The Falmer Press. Nueva York 1983, pág. 71.

Las definiciones sexuales no solo se ocupan de señalar naturalezas o esencias específicas para cada sexo, también se proyectan en la sociedad en forma de ámbitos divididos (y jerarquizados) para cada uno de ellos ⁸:

Espacio privado-domestico ⁹ Femenino	Espacio público masculino
Ámbito reproductivo Hogar. Trabajo que no paga porque no se valora Lugar de crianza, afectos y cuidado de personas dependientes Lugar no reconocido ni valorado socialmente Tiempo para los demás	Ámbito productivo Empleo. Trabajo que se paga y se reconoce Vida laboral, social y política Lugar de participación social y reconocimiento Tiempo de reconocimiento

Elaborado a partir de MURILLO, Soledad, *El mito de la vida privada: de la entrega al tiempo propio*. Siglo XXI Editores. Madrid, 2006.

Hablando en términos generales, en un Estado de Derecho se producirá discriminación por razón de sexo cuando tales definiciones sociales del sexo se impongan o apliquen con preferencia al ordenamiento jurídico.

Trasladándonos al ámbito laboral, es ineludible tratar la *división sexual del trabajo*: «Se entiende por división sexual del trabajo, el reparto social de tareas según el sexo. (...) Ahora bien, la medida en que cada uno de los sexos participa de las actividades que la sociedad asigna básicamente al otro varía en el tiempo y en el espacio. La división sexual del trabajo se traduce en la mayor parte de las sociedades en una jerarquización en cuanto a la valoración social y económica otorgada a las funciones que unas y otros desempeñan, valoración que se realiza en perjuicio de las mujeres, y que se traduce en una manifiesta desigualdad entre ambos sexos» ¹⁰.

De este concepto se derivan tres ideas fundamentales:

1. La de los estereotipos y roles asignados a los sexos, que incluyen la división sexual del trabajo.
2. El valor que se da a cada una de esas tareas «asignadas»: se valoran las actividades que se desarrollan en el ámbito público –los roles masculinos– y se menosprecian las que se realizan en el ámbito privado, o con más exactitud, doméstico –roles femeninos–.
3. Y algo que es importante remarcar: es cambiante, varía en tiempo y espacio, es decir, no es natural. Por tanto, se puede intervenir en ello.

⁸ COBO, Rosa, «Género» en *10 palabras claves sobre mujer*. Dirigido por Celia AMORÓS, pág. 67.

⁹ En la teoría feminista existe diferenciación entre el ámbito privado y doméstico, es un debate en el que no entramos por cuestiones de espacio y porque se aleja del objeto de estudio de este manual.

¹⁰ AMORÓS, Ana, «División sexual del trabajo» en *10 palabras claves sobre mujer*. Dirigido por Celia AMORÓS. *Verbo Divino*, Navarra 1995, pág. 256 y ss.

En esta división sexual del trabajo, las mujeres son «cuidadoras» y los hombres «proveedores», o dicho de otra forma, las mujeres desempeñan el trabajo reproductivo (que incluye además del propiamente dicho –la reproducción–, todo lo relacionado con los cuidados y los afectos) y los hombres el productivo (provisión de recursos económicos).

La vigencia de estos roles y estereotipos –de la división sexual del trabajo– se manifiesta en el mercado laboral español de forma diversa:

En términos generales las mujeres tienen un índice de ocupación sustancialmente menor, lo que revela que siguen en buena proporción retiradas total o parcialmente en el ámbito doméstico. Las ocupadas reciben salarios inferiores debido a las funciones que desempeñan, a la menor jornada que realizan y al menor valor que se asocia a su trabajo.

Por sectores, las mujeres están más representadas en las actividades ligadas con su rol tradicional: limpieza (hogar); enseñanza, especialmente con niñas y niños pequeños donde su presencia es casi exclusiva (cuidado de hijas e hijos); sanidad-salud-belleza (pendiente de las necesidades de los demás, estética); servicios en general, hostelería, comercio, dependientas, trabajos de atención al público... En el sector industrial las mujeres están presentes en sectores como el agroalimentario y textil (donde prevalecen las habilidades domésticas, habilidad manual-atención). Pese a ello en los sectores en los que las mujeres son mayoría o en aquellas ramas del sector servicios en las que están en parecida proporción que los hombres (banca u oficinas y despachos) su presencia empieza a descender a medida que los puestos de trabajo conllevan mayor responsabilidad y salario. Los sectores en los que la presencia de hombres es mayoritaria de forma abrumadora son los tradicionalmente ligados a características «masculinizadas»: construcción, metal (fuerza física), química, transportes (fuerza física, itinerante), seguridad (fuerza). En todos los sectores los hombres copan los puestos directivos (poder, liderazgo).

Esta situación es definida como *segregación*. El mercado de trabajo español sufre *segregación horizontal*, con sectores con predominio masculino casi absoluto y a la inversa, y *segregación vertical*, esta vez unidireccional, las mujeres van desapareciendo a medida que ascendemos en la escala profesional y salarial.

Segregación no significa en términos jurídicos *discriminación*. Sin embargo, resulta imprescindible partir de la existencia de tal segregación por dos motivos:

- En primer lugar, porque nos revela la fuerte implantación de los estereotipos sexistas en las mentes del empresariado y de las trabajadoras y trabajadores, como factor sociológico y cultural. Por esta implantación las mujeres están segregadas en determinadas actividades, tienen menos años de experiencia, trabajan menos horas al año, es menos probable que trabajen a tiempo completo y se apartan de la fuerza laboral por períodos de tiempo más largos que los hombres. Por esa implantación hay muchos más hombres empresarios y trabajadores independientes que mujeres¹¹. No obstante, los estudios señalan que desagre-

¹¹ La mayor presencia de hombres en el ámbito empresarial se desprende de los datos de la Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística).

gados estos componentes sociológicos «que justificarían los desequilibrios en términos jurídicos» las diferencias, al menos en materia salarial, persisten debido a un «agregado discriminatorio»¹². Y es que el arraigo de estos prejuicios explicaría también la resistencia del empresariado a aceptar mujeres en determinados puestos de trabajo, su reticencia a promover a mujeres a puestos directivos, el fuerte rechazo a conceder a los hombres reducciones de jornada o permisos parentales y parte de las diferencias salariales, basadas en una desvalorización del trabajo femenino, prácticas y condiciones que sí entrarían dentro del tipo de la discriminación. El derecho a no ser discriminado no es otra cosa que el derecho a ser tratado según los méritos y capacidades que se reconozcan a una persona por el hecho de serlo y a no ser prejuzgado por los rasgos que el estereotipo social impone a un sexo, grupo o colectivo. La finalidad de este trabajo es encontrar en el caso concreto de una empresa las prácticas «discriminatorias» que contribuyen a perpetuar la segregación y aquellas otras que si bien no constituirían discriminación, merecen un tratamiento de acuerdo con la LOIEMH.

- En segundo lugar, el conocimiento más exacto de la situación nos servirá de guía para encontrar los puntos críticos donde yace la discriminación, según el sector del que estemos hablando. Todos los procesos son merecedores de examen, pero en el sector industrial fuertemente masculinizado habrá que observar principalmente las prácticas de reclutamiento y contratación. En el sector servicios feminizado, habrá que analizar el valor que se da al trabajo femenino en relación con el masculino. En sectores donde conviven hombres y mujeres habrá que observar la retribución concreta de unos y otros. En todos los sectores deberán examinarse las prácticas relacionadas con la promoción profesional. El sector es el punto de referencia para entender y contextualizar la situación de la empresa. El contexto podrá justificar determinadas situaciones, pero no hay que olvidar que la obligación de adoptar medidas para la igualdad por razón de sexo en la empresa no puede tener otro objetivo sino el de reducir el panorama de segregación, y ello se consigue no solo con medidas que eliminen prácticas discriminatorias, sino también con medidas de acción positiva.

b) Datos estadísticos. Importancia de los datos estadísticos para un diagnóstico eficaz.

El artículo 20 de la LOIEMH establece que los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán:

¹² El diferencial salarial entre hombres y mujeres resulta significativamente influido por la segregación de las mujeres en ocupaciones y establecimientos que pagan salarios comparativamente bajos, aunque cabe destacar que incluso tras el control exhaustivo de este fenómeno continúa existiendo un notable diferencial salarial a favor de los hombres (DE LA RICA, 2003 y HERNÁNDEZ, 1995). Las investigaciones empíricas muestran también que las diferencias salariales entre hombres y mujeres tienden a crecer a lo largo de la distribución individual de salarios (GARDEAZÁBAL y UGIDOS, 2005 y GARCÍA *et al.*, 2001), lo que sugiere que la discriminación laboral en el mercado de trabajo español es especialmente elevada para las mujeres más cualificadas, un fenómeno también documentado para otros países (véase ALBRECHT *et al.*, 2003), y que apunta, en suma, a la existencia de un efecto techo de cristal en la promoción laboral de las mujeres. SIMÓN, Hipólito, «Diferencias salariales entre hombres y mujeres en España: una comparación internacional con datos emparejados empresa-trabajador» en *Investigaciones Económicas*, vol. XXX (1), Universidad de Alicante e Instituto de Economía Internacional, 2006, págs. 55-87.

- a) *Establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar.*
- b) *Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención.*

Los análisis de género del mercado de trabajo tienen su base en los datos del Instituto Nacional de Estadística, en especial en sus Encuestas de Población Activa (EPA) y de Estructura Salarial, lo que nos permite conocer los datos de población activa, población ocupada y desempleada y las ganancias brutas anuales, en conjunto, por sectores de actividad, por edad y tipo de contrato separados por hombres y mujeres. La Encuesta de Condiciones de Vida recoge el salario bruto mensual, por hora y nivel de formación. No obstante, no aparece desglosada por sexo la Encuesta sobre Coste Salarial donde aparece el coste salarial por trabajador, período, tipo de jornada, sectores de actividad y componentes del coste. La EPA tampoco recoge información por sectores desglosada por hombres y mujeres, dato a nuestro juicio de gran interés para conocer la segregación en nuestro mercado de trabajo (personas trabajadoras ocupadas y desempleadas).

Un mayor esfuerzo en la recogida de datos permitiría obtener referentes y puntos de apoyo para el diagnóstico y la adopción de las medidas que son el objeto de este trabajo.

En cuanto a los datos que sí podemos extraer de las encuestas señaladas destacamos los siguientes:

OCUPACIÓN. De acuerdo con los datos de la EPA, que se llevan a cabo por trimestres, en el último trimestre de 2007:

- La tasa de actividad de los varones (porcentaje de población activa en relación con la población total) es del 69,23% y la de las mujeres del 49,37%. Se aprecia una tendencia al acercamiento en los últimos años.
- Dentro de la población ocupada el 41,4% son mujeres y el 58,6% hombres.
- El 80,4% de las personas ocupadas a tiempo parcial son mujeres y un 19,5% hombres. Según la encuesta un 33,1% de las mujeres eligen este tipo de jornada por obligaciones familiares frente a un 3,8% de los hombres.
- En cuanto al desempleo un 53,3% del total de las personas paradas son mujeres. En los dos últimos años el porcentaje de hombres y mujeres parados se ha ido acercando progresivamente.

La principal conclusión, con los datos disponibles, es que los mayores desequilibrios se producen en el porcentaje de población activa (definida como personas que suministran bienes y servicios para la producción o están disponibles y en condiciones de incorporarse a dicha producción: hay más hombres que mujeres) y en el tipo de contrato (más mujeres que hombres a tiempo parcial). No

cabe duda de que estas diferencias se deben a que las mujeres siguen asumiendo principalmente y casi en solitario las responsabilidades familiares ¹³.

SALARIO. Los últimos datos de la Encuesta de Estructura Salarial van referidos a los años 2004-2005, lo que indica la dificultad de obtener datos actualizados en este punto. De acuerdo con ellos:

- La ganancia media anual femenina en 2005 supuso el 72,5% de la masculina. Estas diferencias se reducen si se consideran situaciones similares respecto a variables como tipo de jornada o contrato, entre otras. Así la diferencia se reduce al 80% en caso de contratación a tiempo parcial.
- Según la Encuesta de Condiciones de Vida 2006 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2006 el salario bruto por hora de las mujeres representaba un 88,7% del salario de los hombres y el salario mensual bruto de las mujeres supuso un 75,3% del de los hombres. Ello indica que parte de las diferencias de la ganancia mensual se debe a que los hombres trabajan más horas, aunque aún existe un diferencial que debe atribuirse a otros factores.
- Por sectores se aprecia que aquellos en los que las mujeres están más representadas la brecha salarial se profundiza, mientras que aquellos en los que hay mayor presencia masculina las diferencias son menores. Por ejemplo, en trabajadores no cualificados del sector servicios el salario de las mujeres es del 70,6% del de los hombres mientras que en trabajadores cualificados del metal o construcción supera el 80%. Llama la atención, no obstante, las grandes diferencias que existen en el salario del personal directivo. El salario de las directoras de empresas de más de 10 personas trabajadoras es el 64,3% del de los hombres directivos de iguales características.

Lo que se echa en falta de los datos estadísticos señalados es la información por sectores sobre ocupación y salario desglosado por conceptos (precio hora, salario ordinario y extraordinario y tipo de contrato). La información sectorial es de vital importancia para saber dónde están los problemas y cómo abordarlos. A título de ejemplo se exponen las conclusiones sobre indicadores por sectores que ha elaborado la Federación Estatal de servicios del sindicato UGT y que fueron presentadas en la jornada de acción sindical sobre igualdad celebrada en Madrid el 6 de marzo de 2008. Se parte de la idea de que no hay datos fiables, no obstante las y los ponentes presentan un mapa de la situación:

Se detecta un techo de cristal para el acceso a las categorías profesionales superiores en las ramas de Seguros, Telemarketing, Oficinas y Despachos pese a que en dichos sectores la proporción de mujeres es superior al 50%.

En Seguridad y Vigilancia, sector altamente masculinizado, las mujeres que acceden a puestos directivos son aproximadamente el 1%. La cuantía del salario depende de las horas extraordinarias, a las que las mujeres tienen mayor dificultad de acceder por la carga de las responsabilidades familiares y del hogar, ya que en muchas ocasiones remuneran trabajo nocturno.

¹³ El 63,55% de mujeres ocupadas realizan tareas del hogar familiar mientras que en el caso de los hombres las realizan solo el 15%. Datos de la encuesta del Instituto Nacional de Estadística «Mujeres y Hombres en España 2007».

En el sector de Cajas de Ahorro hay en torno al 58% de hombres y 42% de mujeres, y en la Banca alrededor del 37% son mujeres. Es común el techo de cristal para la promoción profesional a partir del nivel VI del Convenio Colectivo. El exceso de niveles salariales motiva que las mujeres tengan percepciones salariales inferiores por trabajo similar.

En las ramas de Peluquería y Estética, aproximadamente el 70% de las personas ocupadas en tareas cualificadas son mujeres, y además hay un 90% de mujeres en trabajos no cualificados. El ponente estima que solo un 10% de mujeres ocupa puestos directivos.

Respecto al sector Limpieza se tiende a la contratación a tiempo parcial de las mujeres y a tiempo completo de los hombres. En lo relativo a la clasificación profesional las mujeres son contratadas como limpiadoras con una retribución más baja mientras los hombres lo son como peones especialistas, siendo a juicio del ponente trabajos de valor igual. Hay una importante discrecionalidad en los pluses. En torno al 90% de los empleados son mujeres, pero el 90 % de los puestos directivos son ocupados por hombres.

2. ANÁLISIS DE EMPRESAS. METODOLOGÍA

El análisis tiene como finalidad encontrar en el caso concreto de una empresa las prácticas «discriminatorias» y aquellas otras que, si bien no constituirían discriminación, merecen un tratamiento de acuerdo con la LOIEMH. El análisis permitirá diseñar las medidas adecuadas para el objetivo de promover la igualdad entre hombres y mujeres tal y como establece el artículo 45 de la citada ley. Nuestro propósito es conseguir una metodología para llevar a cabo el análisis de empresa, para lo que proponemos los siguientes pasos:

- Paso 1. Determinación de las cuestiones a analizar.
- Paso 2. Contextualización: el sector y la empresa.
- Paso 3. Datos cuantitativos: estadística.
- Paso 4. Datos cualitativos: criterios, prácticas, actuaciones de la empresa que inciden en los resultados cuantitativos.
- Paso 5. Test de discriminación: medidas a adoptar.

Paso 1. CUESTIONES A ANALIZAR

Para analizar la **situación laboral de una empresa desde la perspectiva de género**¹⁴ hemos de tener en cuenta una serie de **procesos o áreas de análisis**. La LOIEMH, en su artículo 46 al tratar los diagnósticos previos al Plan de igualdad, nos sugiere abordar en el análisis los siguientes proce-

¹⁴ Supone la utilización de la variable *género* como categoría de análisis. Implica, por tanto, analizar una situación teniendo en cuenta las diferentes necesidades y consecuencias de la elaboración y aplicación de una política, programa o decisión en hombres y en mujeres.

sos: **acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo** en cuanto los considera los objetivos de las medidas del plan. La ley incide en estos procesos pues es donde tradicionalmente se han encontrado situaciones de desigualdad entre hombres y mujeres. También sugiere abordar **la conciliación laboral, personal y familiar y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo**. Se debería añadir el análisis de **las extinciones de contrato o la incidencia de la temporalidad y parcialidad**.

En realidad la elección de los procesos dependerá del tipo de empresa, la actividad, el sector y lo exhaustivo que se quiera hacer el análisis. Como es lógico, es una lista abierta, nosotros hemos elegido algunos procesos que nos parecen significativos sin intención de cerrar la lista y hemos desarrollado el análisis con el objetivo inicial de buscar o descartar posibles situaciones de discriminación para posteriormente proponer medidas en función de los resultados.

Paso 2. CONTEXTUALIZACIÓN

Las empresas, individualmente consideradas, desarrollan su vida en el contexto de segregación examinado, y, por tanto, no permanecen ajenas a los elementos hasta ahora descritos. Por lo cual, el segundo paso es tratar de obtener datos básicos, esenciales, que permitan una visión de la composición del personal desde la perspectiva de género. Tales datos podrían ser:

- Rasgos de la empresa (si es de nueva creación o no, tamaño, expectativas de crecimiento...) y, fundamentalmente, la distribución de hombres y mujeres por categorías.
- Sector al que pertenece y actividad a la que se dedica dentro del sector incluyendo, si es posible, datos estadísticos generales de composición, grado de cualificación del personal requerido y señalando posibles elementos de segregación.
- Situación socioeconómica del entorno (si está situada en un entorno urbano o rural, si hay posibilidades de encontrar profesionales capacitados de ambos sexos, etc.). Análisis temporal.

Esta aproximación inicial nos permitirá obtener un mapa previo que muestre en qué medida la estructura del personal de la empresa comparte o no el diagnóstico general de segregación. El análisis, sin embargo, no puede ser exhaustivo ni debe conducirnos a conclusiones precipitadas.

Un ejemplo de contextualización sería el siguiente:

Empresa del sector bancario de ámbito inicialmente provincial en fase de expansión al ámbito autonómico. Datos de composición:

Categorías	Hombres	Mujeres	Porcentaje de Mujeres
Grupos superiores	360	70	16,27%
Grupos medios	572	326	36,30%
Grupos de entrada	45	67	59,82%

La empresa requiere personal con titulación universitaria de económicas para la práctica totalidad de los puestos de trabajo y exige experiencia profesional acreditada para ocupar puestos de trabajo de categorías profesionales medias y superiores. El acceso a los grupos superiores se efectúa por el procedimiento de libre designación según las cláusulas de convenio. Tradicionalmente, los puestos de trabajo en la banca han sido ocupados por hombres. Ha sido en los años 80 cuando las mujeres han tenido acceso al empleo en el sector bancario en los puestos de las categorías profesionales de entrada, pero su acceso no fue mayoritario.

Después de este acercamiento inicial, encontramos indicios de segregación vertical y, por tratarse de una empresa del sector servicios donde coexisten hombres y mujeres, el análisis de posibles situaciones de discriminación deberá concentrarse en la retribución y en la promoción. No obstante, insistimos, no debemos extraer conclusiones precipitadas sobre existencia de discriminación con este simple acercamiento.

Paso 3. DATOS CUANTITATIVOS: ESTADÍSTICA

La doctrina y la jurisprudencia tanto española como europea son unánimes a la hora de considerar los datos estadísticos como **prueba indiciaria de discriminación**. Por eso, tanto quienes pretendan probar la existencia de discriminación, como quienes pretendan descartarla en su defensa, están obligados a efectuar operaciones de análisis estadístico de los distintos procesos o áreas de análisis vinculados al nacimiento y desarrollo de las relaciones laborales: acceso al empleo, fijación de salarios, promoción... La estadística es esencial porque, si proporciona datos que indiquen paridad en los parámetros, el análisis no irá más allá y el informe de diagnóstico será favorable.

Es el pronunciamiento de la *sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 9 febrero 1999 Seymour-Smith vs. Laura Pérez (EDJ 1999/99)* el que realiza un estudio más completo de cómo han de ser las estadísticas a los efectos probatorios de discriminación ante los Tribunales. Tal sentencia dice que *cuando una medida conlleva el riesgo, por su propia naturaleza, de afectar de modo diferente a un colectivo y/o este efecto diferente queda demostrado en la práctica con estadísticas fiables y significativas, estamos ante una medida discriminatoria a menos que pueda demostrarse que dicha medida se basa en factores objetivos y ajenos a toda discriminación.*

Según esta sentencia las estadísticas han de cumplir los siguientes requisitos:

- *Consistir en parámetros de comparación apropiados.* No dice qué parámetros o indicadores tener en cuenta, solo que deben ser apropiados para la finalidad que se persiga. Nosotros a los efectos de este trabajo hacemos una propuesta de parámetros, en cada área de análisis, buscando la máxima simplicidad en la recogida de datos y en su representación y que permita además su seguimiento en el tiempo.

.../...

.../...

- *Ser significativas*: la significación de los resultados depende sin duda del tratamiento de los datos. Deben ser resultados que muestren desequilibrios importantes después de un análisis matemático relativamente simple o comprensible ¹⁵.
- *Deben mostrar desigualdades persistentes*, es decir, deben comprender un período importante que permita una comparación.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la prueba estadística en materia de discriminación por razón de sexo en las sentencias 250/2000 y 253/2004 cuyo contenido comentaremos a lo largo de este trabajo.

No existe en nuestro Derecho una obligación de las empresas de mantener datos archivados en función del sexo, de forma que permitan un análisis desglosado del acceso al empleo, retribuciones, promociones... La única mención que la LOIEMH hace de los datos desglosados es la disposición adicional undécima, que añade un nuevo párrafo segundo al número 1 del apartado 1 del artículo 64 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET) para decir que *también tendrán derecho* [la representación de las y los trabajadores] *a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación por la empresa del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales...* la proporción de hombres y mujeres, siendo un dato interesante, solo nos permite una mera contextualización de la empresa, en los términos que hemos señalado.

Facilitaría enormemente la labor de quienes vayan a realizar un diagnóstico de empresa desde la perspectiva de género introducir en la normativa española un precepto similar al de la *Ley sobre igualdad por razón de género* ratificada por el Parlamento de Estonia el día 7 de abril de 2004 que establece, junto a la obligación del empresariado de promover la igualdad entre hombres y mujeres, la obligación de mantener los archivos personales de tal manera que permitan un análisis desglosado por sexo de los datos sobre reclutamiento, salario, promoción, formación, etc.¹⁶ A fin de cuentas el primer paso de cualquier analista es conseguir estos datos y no se puede decir que sea fácil sin una actitud extremadamente positiva por parte de la empresa.

¹⁵ «El mejor método es comparar proporciones de trabajadores que reúnen el requisito X y las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. Esto significa que si en una empresa hay un 27% de mujeres y se quiere calcular un indicador de discriminación en materia de contratos temporales en principio habría que calcular el óptimo de paridad: es decir (total de hombres y mujeres con contrato temporal imaginemos $80 \times 27\% = 29,6$. Este número sería el número de mujeres que tendría que haber con contratos temporal para que se dieran condiciones de paridad. En segundo lugar, tomamos el número de mujeres con contrato temporal (imaginemos que es 61 y lo relacionamos con el óptimo de la paridad ($\times = 61 \times 100/29,6$). Esta operación da como resultado $\times = 206$. Si el valor resultante es superior a 100 y el ámbito funcional escogido se valora como negativo se puede concluir que el indicador de discriminación da positivo y medir el impacto cuantitativo de acuerdo con el diferencial sobre 100». SÁNCHEZ, Esther, «La igualdad real en el trabajo como obligación jurídica o como compromiso social» en *La calidad en la ocupación*. I Jornadas de Inspección de Trabajo el 6 y 7 de Octubre. Generalitat de Cataluña, Dirección General de Relaciones Laborales, 2006.

¹⁶ PHILIPS, Kaia y EAMENTS, Raul, «Parliament passes Gender Equality Act» en *European industrial relations observatory on line*. Estonia, 2004.

Paso 4. DATOS CUALITATIVOS: procedimientos, criterios, prácticas y actuaciones de la empresa referidos a los aspectos objeto de análisis

Si los resultados cuantitativos revelan situaciones significativas de falta de paridad, el siguiente paso nos llevaría a analizar en qué grado la conducta de la dirección de la empresa incide en esos resultados.

Para llevar a cabo este paso es preciso haber definido previamente tres cuestiones importantes:

- 1.º Qué procedimientos, criterios, prácticas o actuaciones analizar.
- 2.º Cómo detectarlos o descubrirlos.
- 3.º Cómo valorarlos.

En cuanto a los **procedimientos, criterios o prácticas a examinar**, sin ánimo de ser exhaustivos señalamos:

- En el acceso al empleo, serán los de reclutamiento, contratación y procesos de formación previa.
- En los de determinación de categorías profesionales, los sistemas formales o informales de valoración de puestos de trabajo y fijación de salario por puesto.
- En los relativos a la retribución se analizará la política retributiva en su conjunto haciendo hincapié en el salario no reglado (salarios no fijados en Convenio).
- En la promoción se evaluarán los procedimientos de ascenso y otro tipo de promociones, así como el acceso a la formación continua.
- En la incidencia de la temporalidad en la contratación se examinarán las prácticas de contratación en relación con la actividad y puestos de trabajo; y en la incidencia de la parcialidad los tipos de contrato.

En cuanto a **cómo detectarlos**, en algunos casos será sencillo pues se trata de procedimientos o criterios reglados y transparentes y en otros será más complejo. Por ejemplo, las prácticas o criterios de reclutamiento suelen desarrollarse en la máxima oscuridad. Quien lo analice deberá obtener esos datos de la empresa pero tendrá que recurrir también al método de cuestionario entre el personal trabajador, preferiblemente a través de sus órganos de representación en la empresa. También habrá que recabar la opinión de las/os directivos/as de la empresa acerca de los criterios y prácticas empleados y su justificación.

En los cuestionarios para la plantilla se incluirán al menos preguntas sobre los siguientes aspectos:

- Si es tenida en cuenta o no la igualdad de oportunidades en la empresa.
- Si hombres y mujeres tienen las mismas posibilidades de acceso en los procesos de selección de personal.
- Si se accede por igual a la formación y si se promociona por igual.
- Percepción de si se cobra menos que su compañero/a.
- Si se favorece o no la conciliación de vida familiar, personal y laboral.
- Si se sabe cómo proceder en caso de sufrir acoso sexual o por razón de sexo, es decir, qué hacer y a quién dirigirse.
- Si es necesario un Plan de igualdad.
- Se ha de facilitar asimismo a cada trabajador o trabajadora la posibilidad de enumerar las posibles sugerencias en materia de igualdad de oportunidades ¹⁷.

Para contestar a la cuestión de **cómo valorar** los procedimientos, criterios, prácticas y actuaciones resulta imprescindible acudir a las definiciones legales contenidas en la LOIEMH, en particular a las definiciones de discriminación directa, indirecta y medidas de acción positiva. El artículo 3 de la Ley establece que *el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*. El artículo 6 define *Discriminación directa e indirecta* en los siguientes términos: 1. *Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.* 2. *Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.* 3. *En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.*

Así, un criterio, práctica o actuación que se base en el sexo de una persona (o en circunstancias íntimamente conexas con el sexo como la maternidad o la lactancia o con las responsabilidades familiares o estado civil) debe ser considerada una práctica a identificar en el proceso de diagnóstico como presuntamente constitutiva de discriminación directa. A la inversa, el sexo y las obligaciones familiares no deben ser tenidas en cuenta por la empresa para tomar sus decisiones en materia de gestión de personal, salvo para el simple reconocimiento de los derechos que la normativa laboral reconoce a las personas trabajadoras en función de las mismas (suspensión del contrato por maternidad, reducciones por lactancia, cuidado de hijos, excedencias arts. 37 y 48 del TRET). Los impedimentos en el ejercicio de estos derechos también serían discriminatorios ¹⁸.

¹⁷ Instituto de la Mujer. *Manual para elaborar un Plan de igualdad en la empresa. Aspectos básicos*. 2007.

¹⁸ La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya antes de la LOIEMH consideraba igualmente discriminación directa aquellos tratos peyorativos no basados en el sexo pero sí en circunstancias íntimamente conexas con el sexo de una per-

Además, habrá que examinar en qué medida los demás procedimientos, prácticas, criterios o reglas que la empresa aplica en su gestión de personal inciden en los resultados estadísticos resultantes del análisis cuantitativo. Si los resultados cuantitativos revelan una disparidad significativa y estos son provocados o propiciados por una práctica, criterio o regla cualquiera (aunque no esté basada en el sexo), tal práctica deberá señalizarse como potencialmente discriminatoria por su impacto, es decir, discriminación indirecta. Proporcionaremos ejemplos adecuados de prácticas de reclutamiento, ascenso, fijación de categorías, de salarios, de contratación que consideramos potencialmente constitutivas de discriminación indirecta por su impacto en el examen de cada una de las áreas de análisis.

Por último los procedimientos, prácticas, criterios, reglas o medidas que no impactan en los resultados cuantitativos, es decir, que no impulsan o propician la segregación, sino que permanecen verdaderamente neutros, no se considerarán discriminatorias. No obstante, la LOIEMH establece que la simple constatación de un desequilibrio habilita la adopción de medidas legales para reducirlo. Son las **medidas de acción positiva** que consisten en una inversión del principio general de igualdad mediante un trato más favorable a quienes se encuentran en situación de desigualdad patente y previa. El artículo 11 de la ley establece que *con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.*

En el ámbito laboral, tales medidas solo podrán adoptarse mediante la negociación colectiva, estableciéndose en cualquier caso la obligación de negociar su adopción (art. 45 y disp. adic. undécima de la LOIEMH, y art. 17 del TRET). Además, su establecimiento sería inconcebible sin un diagnóstico previo de las llamadas *situaciones patentes de desigualdad en la empresa*. El diagnóstico, por lo tanto, debe servirnos para detectar o descartar la discriminación, establecer la oportunidad de adoptar medidas de acción positiva, así como para medir su razonabilidad y proporcionalidad.

Paso 5. EL TEST DE IGUALDAD: MEDIDAS A ADOPTAR

Una vez que tenemos una serie de efectos negativos medidos cuantitativamente y unas prácticas, criterios, reglas o actuaciones basadas en el sexo, circunstancias conexas con el sexo o apa-

sona, como puede ser la maternidad en el caso de la mujer. Sentencia 175/2005, de 4 de julio de 2005 (RTC 2005, 175) (STC 166/1988, de 26 de septiembre [RTC 1988, 166]) y añade que «tal clase de discriminación comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio [RTC 1994, 173], F. 2; 136/1996, de 23 de julio [RTC 1996, 136], F. 5; 20/2001, de 29 de enero [RTC 2001, 20], F. 4; 41/2002, de 25 de febrero [RTC 2002, 41], F. 3; y 17/2003, de 30 de enero [RTC 2003, 17], F. 3)», refiriéndose en el caso de la mujer «a la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad». Con la LOIEMH se califica expresamente discriminación directa cualquier trato perjudicial basado en la maternidad –art. 8– y hay que entender igualmente discriminación directa en virtud del artículo 3, cualquier trato perjudicial que se efectúe sobre hombres y mujeres basado en la asunción de obligaciones familiares.

rentemente neutras que los provocan o propician, hay que dar un paso más para determinar la existencia de discriminación. ¿Por qué? El principio de igualdad, es decir, la obligación de trato igual, tiene su límite y contrapeso en el principio de libertad, que precisamente consiste en el derecho a tratar a cualquier persona como se desee. Por eso la jurisprudencia constitucional (STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2), señala que *el principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados*.

Consecuentemente, corresponde ahora juzgar si esas prácticas, criterios, reglas o actuaciones de la dirección de una empresa que implican diferencia de trato se pueden justificar o son discriminatorias. Este juicio es denominado por la doctrina *Test de igualdad* y los criterios y elementos que se deben examinar según la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional son: *la finalidad constitucionalmente legítima del trato desigual; la congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidad entre los elementos anteriores*; básicamente, **idoneidad, necesidad y proporcionalidad**. Estos tres criterios deben aplicarse sucesivamente al supuesto de hecho¹⁹. Además, el Tribunal Constitucional venía exigiendo ya antes de la LOIEMH una especial justificación del trato desigual en lo que se refiere a discriminación por razón de sexo, con lo que no servirá que a la empresa la diferencia de trato le resulte conveniente o adecuada en función de razones organizativas²⁰.

Ahora la propia LOIEMH nos ofrece algunos criterios para realizar ese test o valoración. El artículo 5 nos ofrece un test para la consideración del sexo a la hora de tomar decisiones relativas al acceso al empleo: *...No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*.

¹⁹ **Examen de idoneidad**, este paso exige que la medida que establece la diferencia de trato deba ser congruente con un fin constitucionalmente legítimo que se trata de proteger: en el caso que nos ocupa el fin constitucionalmente legítimo es el poder de dirección de la empresa amparado en el principio de libertad de mercado. **Examen de necesidad**, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por la empresa que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad para el poder de dirección. Se comparan dos medios idóneos, el optado por el Legislador y el hipotético alternativo. **Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación**, de acuerdo con el examen de proporcionalidad para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. Es decir, que la finalidad de una diferencia de trato sea al menos tan digna de protección como el Derecho a la igualdad por razón de sexo. Debe advertirse que conforme se expuso en la STC 0045-2004-AI/TC la forma de aplicación de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación ha de ser sucesiva. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad –el trato diferenciado– no es idónea, entonces será inconstitucional; por tanto, no corresponderá examinarlo según el principio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado –la intervención– fuera idóneo, se procederá a su examen de acuerdo con el principio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

²⁰ LÓPEZ GUERRA, Luis M., «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la constitución de 1978» en *Mujer y Constitución en España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs 19-42.

Se trata en realidad de un test de **idoneidad** –el funcionamiento de la empresa sería el objetivo legítimo del trato desigual–, **necesidad** –la naturaleza de la actividad o el contexto de la misma debe fundamentar la consideración del sexo de manera que la alternativa de emplear a alguien de otro sexo no sea posible– y **proporcionalidad** –el requisito exigido de pertenecer a uno u otro sexo debe estar proporcionado al objetivo, es decir, debe ser necesario para el funcionamiento de la empresa–. En los casos de **discriminación directa** en la fijación de salario, promoción, etc., deberá exigirse el mismo nivel de justificación, con las particularidades que veremos en cada aspecto.

En cuanto a la **discriminación indirecta**, el artículo 6 de la LOIEMH establece que los efectos negativos cuantitativamente medidos, causados o propiciados por prácticas, criterios, reglas o actuaciones aparentemente neutras, no serán discriminatorios *cuando dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*. El test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad es más difícil en estos casos, no obstante señalaremos que:

- La finalidad legítima significa que las prácticas deben responder a necesidades productivas claras y justificadas de la empresa, desarrolladas dentro del marco legal. Serían discriminatorias las prácticas simplemente adecuadas, convenientes, las prácticas arbitrarias o que vulneren la legalidad.
- La práctica debe ser necesaria para cubrir las necesidades organizativas sin que exista una alternativa posible de efectos equivalentes.
- La práctica debe ser proporcionada, es decir, se debe valorar el efecto negativo causado en función del valor que para la empresa tiene la práctica objeto de examen.

Una vez realizado el *Test de igualdad* tendremos los siguientes resultados:

1. Resultados negativos cuantitativamente medidos.
2. Resultados negativos cuantitativamente medidos provocados o propiciados por prácticas de la empresa que toman en consideración el sexo de las personas, situaciones conexas al sexo o la asunción de obligaciones familiares o provocados o propiciados por prácticas aparentemente neutras. Sin embargo tales prácticas han pasado el Test de igualdad.
3. Resultados negativos cuantitativamente medidos provocados o propiciados por prácticas de la empresa que toman en consideración el sexo de las personas, situaciones conexas al sexo o la asunción de obligaciones familiares o aparentemente neutras **que no han pasado el Test de igualdad**, es decir, **discriminación por razón de sexo**.

Ante tales resultados, el diseño de las medidas preventivas debe ser el siguiente:

1. En los casos primero y segundo justifica que se lleve a la mesa de la negociación medidas para promover la igualdad, medidas de acción positiva y de conciliación de la vida familiar y laboral –art. 44 y 11 de la LOIEMH y art. 17 del TRET–. En empresas de más de 250 personas trabajadoras, tales medidas irán orientadas a la elaboración del Plan de igualdad –art. 46 LOIEMH–.
2. En el tercer caso la empresa deberá tomar medidas correctoras inmediatas dirigidas a eliminar la práctica discriminatoria y prevenir su reaparición. Más adelante definiremos y pondremos ejemplos de estas medidas. **Después y solo después**, podrán negociarse además las medidas del apartado anterior.

Una vez examinados los pasos vamos a ilustrar un análisis completo siguiendo las áreas del proceso de análisis con ejemplos particulares. Se analizará en cada categoría:

- i. Datos cuantitativos. Situación de falta de paridad.
- ii. Datos cualitativos. Procedimientos, actuaciones, criterios, prácticas de la empresa. Exámenes documentales.
- iii. Justificaciones aceptables e inadmisibles. Resultado del *Test de igualdad*.
- iv. Medidas a adoptar.

3. CATEGORÍAS DE ANÁLISIS

Acceso al empleo.

a. Datos cuantitativos. Situación de falta de paridad.

El examen de los datos cuantitativos nos lleva al simple expediente de revisar el número y porcentaje de personas trabajadoras contratadas y admitidas en formación.

Incorporaciones y formación vinculada al puesto de trabajo					
Evolución por años	Mujeres	%	Hombres	%	Total
Año 200*					
Año 200**					
Año 200***					
TOTAL					

b. *Datos cualitativos. Procedimientos, actuaciones, criterios, prácticas de la empresa. Exámenes documentales.*

Los procesos de selección y de formación previa comprenden una serie de operaciones, generalmente opacas, que deben ser examinadas. En primer lugar, hay que definir las vías de contratación, los lugares en los que se selecciona (escuelas, universidades, ETT...); en segundo lugar, hay que revisar los sistemas que utiliza la empresa para recabar y obtener la información de los demandantes de empleo, en especial, formularios de solicitud de empleo, ofertas de empleo (internet o prensa) entrevistas o exámenes; y, por último, hay que clarificar los requisitos que la empresa exige a sus empleados, es decir, el «perfil».

Resulta de gran utilidad el sistema de cuestionario a fin de conocer las prácticas de la empresa en relación con el acceso al empleo y es imprescindible en caso de que se quiera implantar un **Plan de igualdad**. Los resultados del cuestionario efectuado a los trabajadores o trabajadoras que han entrado en los últimos años a la empresa pueden ilustrar muy bien el proceso de incorporación y los requisitos exigidos. El Instituto de la Mujer lleva utilizando desde 1996 cuestionarios para el diagnóstico de empresas para la ejecución del programa ÓPTIMA y ahora para la elaboración de planes de igualdad adaptados a la LOIEMH, y recomendamos su uso ²¹.

Una conducta constitutiva de discriminación directa y evidente se daría en el caso de pedir hombres y no mujeres en las ofertas. Sin embargo, el asunto se complica si contemplamos el reclutamiento a través de Empresas de Trabajo Temporal o la concurrencia de personas trabajadoras de empresas subcontratadas que prestan casi exclusivamente mano de obra:

- En Francia se demostró judicialmente en dos casos que el personal de gestión de ADECCO aceptaba peticiones discriminatorias de trabajadores de sus empresas clientes. En concreto se cursaban peticiones de «mujeres jóvenes, blancas y francesas». Se deberá investigar la estadística de acceso de trabajadores de ETT y el procedimiento de petición ²².
- En cuanto a la presencia de personas trabajadoras de subcontratas se consideraría discriminación indirecta en el acceso al empleo si se dieran los requisitos de una cesión ilegal y estas personas trabajadoras de la falsa subcontrata fueran del sexo subrepresentado y prestaran servicio en condiciones inferiores.

²¹ Estos cuestionarios se encuentran en el *Manual para elaborar un Plan de igualdad en la empresa. Aspectos básicos* disponibles en la página web del Instituto de la Mujer.

²² Después de dos casos de discriminación, ADECCO, la empresa de trabajo temporal introdujo en 2001 un número de medidas correctoras tales como una línea de teléfono gratuita para trabajadores temporales que reclamaran por trato discriminatorio, formación en diversidad para 2.000 de sus 4.700 empleados, y la obligación del personal de no aceptar solicitudes de empleo discriminatorias por parte de las empresas, bajo amenaza de sanciones incluido el despido. Más recientemente, sin embargo, una de las empresas filiales de ADECCO fue procesada por reclutar ante las demandas de sus clientes solo mujeres, blancas, jóvenes y francesas. PHILIPPIN, Yves, «L'entreprise prend des couleurs» en *Le Journal du Dimanche*, artículo publicado el 14 de mayo de 2006, pág. 15.

Hay determinadas categorías profesionales definidas por sustantivos y adjetivos masculinos o femeninos o que generalmente se asocian a la masculinidad o feminidad: mozos de almacén (asociado a la masculinidad y esfuerzo físico), o dentro del personal de limpieza: limpiadoras o camareras de pisos (asociado al trabajo del hogar). Si efectuamos el Test de igualdad del artículo 5 de la LOIEMH llegaremos a la conclusión de que en estos puestos de trabajo o categorías el sexo de la persona operaria no es esencial para el desarrollo de la actividad o el funcionamiento de la empresa ni por su naturaleza ni por su contexto. La oferta de empleo que anuncie un puesto de trabajo de *camarera de pisos* o *mozo de almacén* disuade a hombres o a mujeres de participar en el proceso de selección por tomar en consideración el sexo, por lo que se considera discriminatoria.

La regla general a mantener es que la empresa no puede pedir a las personas que participan en el proceso de selección información relativa a las obligaciones familiares o estado civil o familiar. Los formularios de solicitud de empleo, cuestionarios o entrevistas de acceso deben evitar preguntas que puedan relacionarse indirectamente con el estado civil o familiar, por ejemplo *¿eres estudiante?*²³.

Por último, hay que examinar el *perfil buscado* en los procesos de selección, es decir, los requisitos personales preferidos a la hora de contratar, aunque no estén conectados con el sexo.

En este apartado hay que destacar los requisitos exigidos por la empresa en materia de formación. Nos encontramos con un supuesto judicializado –el caso Fasa-Renault– conocido en la STC 41/1999, de 22 de marzo, y en tres SSTS (Social), de doctrina muy destacable, la primera de 18 de abril de 1994, RJ 1061/1994, y la última de 4 de mayo de 2000, RJ 4266/2000. En él se utilizaron datos estadísticos para detectar una discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo: la empresa demandada exigía a los contratados de una concreta línea de producción una titulación académica de formación profesional en ramas técnicas, pero el sindicato demandante acreditó que durante casi un año no se contrató a ninguna mujer, aunque sí se contrató a 120 hombres –estadística intraempresarial–, y que en el área geográfica de la empresa apenas había mujeres con la titulación requerida –estadística extraempresarial–. Finalmente la empresa, ante el expuesto panorama discriminatorio no consiguió acreditar la necesidad de la exigencia de esa titulación profesional a la vista del contenido de la prestación laboral de mínima cualificación²⁴. Dentro del sector industrial masculinizado resulta de especial interés analizar estos requisitos de formación exigidos en los puestos de trabajo de entrada.

Las exigencias de edad perjudican a las mujeres según la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal Europeo de Justicia *Ms Price v Civil Service Commission affair 1977*) ya que muchas, sometidas a la crianza de los hijos, suelen conseguir sus títulos e iniciar su actividad laboral más tarde. No obstante, en España hay una sentencia criticable y muy criticada en sentido contrario: Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999 que establece que no hay ninguna

²³ El mero hecho de preguntar no implica «diferencia de trato», no obstante, si se detectan esas preguntas en los formularios y un efecto estadístico significativo, difícilmente podría justificarse su formulación.

²⁴ LOUSADA, J. Fernando, «La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral» en *Cuadernos de Derecho Laboral*. N.º 7, 2005, págs 321-392.

discriminación cuando en una convocatoria de acceso a la empresa se exige una determinada edad, porque «*es perfectamente justificable la decisión de la empresa de rejuvenecer la plantilla de auxiliares de vuelo, actividad que requiere notoriamente unas condiciones que hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable*». Entendemos que la asociación genérica entre edad y capacidad no pasa el Test de igualdad y menos aún si introducimos el componente del sexo. Por un lado, *las condiciones* se examinan a través de los reconocimientos médicos, no mediante barreras artificiales y todavía menos cuando no se aplica a determinados puestos de trabajo sino a toda la plantilla. Por otro lado, la juventud ni es necesaria ni resulta proporcionada si tomamos el referente del sexo en una actividad feminizada como es la de *auxiliar de vuelo*: siguiendo la jurisprudencia europea el requisito perjudica a aquellas mujeres que deseen reincorporarse a su actividad laboral después de dedicarse durante un tiempo a la crianza de los hijos y afecta a la asunción de responsabilidades familiares porque a mayor edad es más fácil haberlas asumido. La opción por el *rejuvenecimiento* de la plantilla de auxiliares de vuelo debe desecharse porque, en el fondo, consiste en el rechazo de mujeres maduras con familia a cargo.

c. Justificaciones aceptables e inadmisibles. Resultado del Test de igualdad.

Puede ser que la falta de paridad se deba a un contexto sociolaboral en el que hombres o mujeres estén subrepresentados. En cualquier caso, sería interesante conocer los datos concretos del contexto sociolaboral, del porcentaje de hombres y de mujeres (estadística extraempresarial), a efectos de determinar la posible adopción de medidas de acción positiva. Lógicamente, la falta de paridad queda justificada si no hay aspirantes mujeres u hombres para determinados puestos de trabajo. Sólo existiría discriminación si las ofertas de empleo son disuasorias para hombres o mujeres o para personas con responsabilidades familiares. Y serán disuasorias si las vacantes se ofertan con definiciones sexistas de categorías y puestos de trabajo. Por ello tales definiciones deben sustituirse, o bien se expresará claramente en la misma oferta que la plaza está destinada tanto a hombres como a mujeres.

En segundo lugar, en virtud del artículo 5 de la LOIEMH, puede justificarse la consideración del sexo de la persona candidata para actividades relacionadas con el espectáculo o la imagen: modelos, actores y actrices, etc.

No parece que el sexo sea un requisito esencial y determinante en las actividades relacionadas con la Seguridad. El Tribunal de Justicia Europeo tiene algunos precedentes de cuestionable ambigüedad: en el caso *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland* sostiene que la exclusión de mujeres en puestos militares es discriminación y no se puede justificar por el hecho de que puedan ser llamadas a utilizar las armas; sin embargo, en el caso de 26 de octubre de 1999 *Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence* se admite la exclusión de una mujer como cocinera de un cuerpo militar porque los cocineros también pueden ir a primera línea de combate.

En cuanto al resto de las cuestiones, valga lo dicho en el apartado referido al Test de igualdad. Hay que excluir como justificación la simple conveniencia de la empresa:

- Exigir una formación que no sea la necesaria para el desempeño de un trabajo no se justifica por el argumento de que la empresa necesita personal que pueda ser posteriormente promovido a otros puestos de trabajo. La finalidad es legítima pero el requisito no es necesario para el desempeño del puesto de trabajo (juicio de necesidad) y se puede sustituir por una alternativa simple como la formación en el puesto de trabajo o cubriendo puestos de trabajo superiores por otra vía.
- Tampoco lo sería excluir a las mujeres porque se trata de un trabajo a turnos y es difícil «cuadrar el turno» cuando «estas optan por jornadas reducidas para cuidar de familiares».

d. Medidas a adoptar.

Medidas correctoras. La primera medida correctora a considerar es la compensación económica; no obstante, difícilmente puede compensarse económicamente a quien no ha sido contratado o contratada y no ha reclamado. Cabe, sin duda, la eliminación de los procedimientos y la documentación en los que se tome o se haya tomado en consideración el sexo de las personas demandantes o empleadas, la revisión de los componentes del perfil profesional y la publicidad, en las mismas ofertas de empleo, de la política de no discriminación vigente en la empresa. Como ejemplo de posibles medidas correctoras destacamos las que la empresa ADECCO diseñó en Francia en el año 2001 después de los casos citados de peticiones discriminatorias: una línea de teléfono para personas trabajadoras que aleguen discriminación en el acceso a puestos de trabajo, formación en diversidad para el personal encargado de la selección y la prohibición de aceptar peticiones discriminatorias bajo amenaza de sanciones incluido el despido.

Medidas de acción positiva. La más controvertida, pero la más eficaz, de las medidas de acción positiva es el establecimiento de cuotas (según la terminología anglosajona *quota*). La disposición adicional undécima de la LOIEMH modifica el artículo 17 del TRET para incluir expresamente esta posibilidad. El uso de cuotas plantea dos problemas que deben ser tenidos en cuenta:

- El primer problema es que el establecimiento de la cuota puede atraer a más personas del grupo que se privilegia de las habituales. De tal manera que en el proceso de selección se produciría una nueva discriminación por solo contratar el número de personas establecido en la cuota. Nos encontraríamos con la paradoja de que una cuota establecida para favorecer la paridad, provoque la discriminación ²⁵.

²⁵ La utilidad de revisar las diferentes fases del proceso de reclutamiento o/y selección puede ilustrarse con un simple ejemplo relativo a una empresa ficticia, consultoría legal ACME ubicada en Helsinki. Esta empresa comienza su actividad y necesita contratar a 52 abogados/as para comenzar. La empresa pretende aplicar una política igualitaria y pide a cada aspirante que presente una solicitud, y todos lo hacen. Asumiremos por cuestión de simplicidad que los abogados/as con discapacidad son un 10% del total de abogados en el área de Helsinki y que no hay diferencias significativas en la idoneidad para el puesto de los abogados/as con discapacidad de los que no la tienen. El análisis del proceso de reclutamiento da lugar a la tabla expuesta a continuación. De esta tabla podemos constatar que ACME Consultoría legal ha conseguido atraer solicitudes de abogados con discapacidad en el mismo porcentaje que quiere cubrir (10%). Sus prácticas de reclutamiento son adecuadas para conseguir la total paridad. Sin embargo en el proceso de selección ACME tiene serios problemas:

- El segundo problema es lo confuso de la regulación. Así, el artículo 17.4 de la LOIEMH establece que *sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto, podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate*. En primer lugar, el precepto suscita la duda de si se podrá establecer una cuota de hombres para categorías o grupos feminizados o no. En segundo lugar, no define lo que se considera *igualdad en las condiciones de idoneidad*. Es lógico que ante dicha exigencia el establecimiento de una medida como la cuota requiera la determinación de cuáles son las condiciones de acceso (formación, experiencia, etc.) y a partir de qué punto las personas son idóneas para el puesto. Ello presupone que habrá elementos que no se considerarán más allá de las condiciones de idoneidad previamente fijadas. El Tribunal de Justicia Europeo, en el *Asunto de 6 de julio de 2000 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist*, establece que la preferencia de una mujer sobre un hombre solo es posible en caso de méritos equivalentes o sustancialmente equivalentes. No obstante, la LOIEMH no habla de mérito sino de idoneidad, es decir, de simple adecuación.

A nuestro juicio, el eventual establecimiento de una cuota deberá tener en cuenta estas dos posibles distorsiones; contempladas estas no habrá problema en establecerlas.

No obstante el establecimiento de un objetivo numérico o porcentual a alcanzar en un plazo determinado no implica necesariamente el establecimiento de una cuota. Dicho objetivo puede conseguirse mediante otro tipo de medidas que no serían propiamente de acción positiva, como el cambio del perfil profesional en las ofertas de empleo o la búsqueda de candidatas y candidatos en lugares hasta el momento no explorados. El parámetro más razonable a tener en cuenta para fijar un objetivo en un plazo determinado –*benchmark*– sería el porcentaje de personas contratadas ya existentes en el contexto sociolaboral ²⁶.

	Solicitantes	Seleccionados	Puestos cubiertos
Abogados/as sin discapacidad	N=1.000	N= 100	N=50
Abogados/as con discapacidad	N=100	N=8	N=2

Un 8% de los y las solicitantes con discapacidad fueron seleccionados mientras que la cifra correspondiente para personas sin discapacidad fue el 10%. La mayor diferencia, sin embargo, aparece al examinar las decisiones de contratación; como los resultados muestran, los y las solicitantes con discapacidad, una vez seleccionados, solo tienen un 25% de posibilidades de ser contratados mientras que quienes no lo son tienen un 50%. La diferencia total en los porcentajes de éxito para las y los solicitantes sin y con discapacidad es acumulativa incrementándose en cada fase del proceso. Al final del proceso, las cifras revelan que debido a este desequilibrio acumulativo, las y los solicitantes sin discapacidad tienen 2,5 más posibilidades de ser contratados que quienes lo son. La consultoría legal ACME, pese a sus buenas intenciones no alcanza su ideal de ser una compañía destacada por la igualdad de oportunidades y necesita examinar seriamente su procedimiento de selección. Comisión Europea, *European Handbook on Equality Data*, 2006, pág. 88.

²⁶ Comisión Europea, *European Handbook on Equality Data*, 2006.

Categorías Profesionales.

a. Datos cuantitativos. Situación de falta de paridad.

El examen cuantitativo de las categorías nos lleva a examinar el número de mujeres y hombres en cada categoría profesional o puesto de trabajo y ponerlo en relación con los factores que se valoran, considerando si tales factores están *masculinizados* o *feminizados* en función de las definiciones sociales del sexo (estereotipos, valores, etc.).

Categoría	Hombres		Mujeres		Factores o requisitos valorados	Salario de categoría
	N.º	%	N.º	%		
Categoría 1						
Categoría 2						
Categoría 3...						

Puesto	Hombres		Mujeres		Factores o requisitos valorados	Salario de categoría
	N.º	%	N.º	%		
Puesto 1						
Puesto 2						
Puesto 3...						

b. Datos cualitativos. Procedimientos, actuaciones, criterios, prácticas de la empresa. Exámenes documentales.

Es preciso examinar si las categorías profesionales mejor remuneradas privilegian factores comúnmente atribuidos a los hombres por su conexión con el estereotipo sexista. Pero a partir de aquí el procedimiento para realizar esta comprobación se torna complejo. La norma laboral (arts. 22.4 y 24.2 del TRET) establece que deben establecerse *criterios de clasificación y promoción profesional comunes para trabajadores de uno y otro sexo*. No obstante, hay que ser críticos con estas disposiciones por su insuficiencia. No basta con que los criterios sean comunes, ya que pueden ser comunes pero tener un impacto especial sobre uno u otro colectivo. Además de comunes *deben ser neutros en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos*²⁷. Se producirá discriminación si estos criterios privilegian factores habitualmente masculinizados o feminizados de tal manera que el salario no se corresponde con el valor que esa determinada cualidad tiene para la empresa. ¿Pero cómo se privilegia un factor masculinizado? La contestación *es desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, regularidad, responsabilidad,*

²⁷ STC 145/1991, de 22 de julio, sobre el reconocimiento de derechos derivados de Convenio Colectivo.

*etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos*²⁸. Supuesto paradigmático en la jurisprudencia europea y en la constitucional española es el carácter sospechoso del criterio del esfuerzo físico como criterio único de valoración para atribuir un salario superior por lo que tiene de cualidad predominantemente masculina. Ello implica que no se trate de un criterio de valoración sexualmente neutro, sino que implica una ventaja injustificada para los varones –SSTC 145/1991, 58/94, 147/1995 y 198/1996–.

Por ello y para facilitar un análisis de las prácticas de la empresa debemos procurar analizar de acuerdo con los cuadros de las definiciones sociales del sexo si prevalece algún factor fuertemente masculinizado (fuerza, disponibilidad horaria, etc.) en las categorías mejor remuneradas y si hay características feminizadas o neutras que se minusvaloran. Tales características podrían ser:

- Estrés emocional derivado de trabajo de atención al público, relaciones públicas o cuidado de personas.
- Habilidad manual.
- Atención y cuidado largamente sostenidos.
- Trabajo habitualmente vinculado a tareas domésticas, manipulación de alimentos. limpieza...

Las comprobaciones son diferentes si existe un sistema de valoración de puestos de trabajo implantado en la empresa o no. En el primer caso se deberá examinar este y extraer los factores valorados para ver cuál se valora más y cuál menos y por qué. Si no existe el análisis deberá hacerse sobre las propias categorías y puestos de trabajo y se extraerá de ellas un listado de factores privilegiados en unas y otras.

c. Justificaciones aceptables e inadmisibles. Resultado del Test de igualdad.

El Test de igualdad a aplicar a las diferencias entre categorías y puestos de trabajo hemos de buscarlo en el artículo 28 del TRET. La empresa está obligada a pagar por la prestación de un trabajo 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 ninguno de los elementos o condiciones de aquella. De aquí se deduce:

- Que el salario de categoría debe referirse a un valor o valoración.
- Toda valoración de un puesto de trabajo debe referirse al fin legítimo que tiene la empresa de valorar mejor (y por tanto remunerar más alto) aquel trabajo que más importancia tiene

²⁸ *Ibid.*

en función de su actividad y normal funcionamiento (no tiene el mismo valor el puesto de trabajo de cocinero en un restaurante de cuatro estrellas que en un colegio de primaria). La existencia de salarios diferentes por categoría tiene por lo tanto un fin legítimo –juicio de idoneidad–.

- El juicio de necesidad pasará por determinar si el salario fijado responde realmente a la importancia que el trabajo en concreto tiene para la empresa en función de la actividad, considerando los diversos factores de un trabajo. Se barajaría la alternativa de si otra valoración serviría mejor a las necesidades de la actividad. Para eso se descompondrán todos los trabajos o puestos en factores comunes y múltiples sin desconocer ninguno, confiriendo más valor a aquel más importante para la empresa y menos al menos importante, sumando las puntuaciones y comparando después el resultado.
- Por último, si un factor masculinizado resulta privilegiado, debe justificarse la proporcionalidad de la diferencia salarial resultante y adecuarse a una escala determinada.

d. Medidas a adoptar

Medidas correctoras. La primera medida correctora viene dada por el artículo 17.1 del TRET y es la *nulidad radical de toda disposición que contenga discriminación por razón de sexo*. Hacemos referencia a esta consecuencia aquí porque los salarios de categoría o de puesto de trabajo suelen venir dados por norma convencional –Convenio Colectivo o acuerdo entre la empresa y representantes de los trabajadores–. La otra medida correctora ya ha sido apuntada y consiste en la elaboración de un sistema de valoración de puestos de trabajo neutro desde el punto de vista de la igualdad por razón de sexo. En España se ha elaborado el sistema ISO a instancias del Instituto de la Mujer, un sistema que aporta múltiples factores y su forma de aplicarlos para calcular las diferencias salariales. No obstante tal valoración deberá efectuarse para la determinación de las categorías del Convenio Colectivo aplicable.

La elaboración de un sistema de valoración de puestos de trabajo neutro es recomendable en todo caso, como garantía de la empresa y las personas trabajadoras cara a futuras reclamaciones.

Promoción en el empleo.

a. Datos cuantitativos. Situación de falta de paridad.

El porcentaje de mujeres ascendidas mediante promoción interna a categorías profesionales superiores es notablemente inferior al porcentaje de hombres.

La estadística relevante es la de los porcentajes de ascendidos en los últimos procesos de promoción (cinco sería una cifra significativa).

Promoción últimos años: categorías profesionales a las que se ha promocionado					
Denominación categorías	Mujeres	%	Hombres	%	Total
1.					
2.					
3...					
TOTAL					

Utilizaríamos una tabla de iguales características para determinar el número de mujeres y hombres que han recibido formación vinculada a la promoción en el último año.

b. Datos cualitativos. Procedimientos, actuaciones, criterios, prácticas de la empresa. Exámenes documentales.

Es preciso examinar el procedimiento de promoción que se sigue en la empresa y las prácticas anejas. En primer lugar, se revisará la aplicación de las reglas legales o convencionales en cuanto a la promoción.

Resulta esencial conocer si el procedimiento es transparente, es decir:

- Si las vacantes son conocidas por todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa antes de que se inicie la promoción y existe, por tanto, la misma posibilidad de acceder a ellas.
- Si se publican y son conocidos los criterios para la valoración y la forma de puntuar.
- Si las calificaciones o resultados se ponen de manifiesto una vez resuelto el proceso de promoción.

En casos como el del Convenio Estatal de Cajas de Ahorros en los que la promoción a determinadas categorías queda reservada a la *libre designación por parte de la empresa* hemos de tener en cuenta que por muy libérrima que sea la designación ello no implica ausencia de prácticas. Aun en el más oscuro de los casos, las plazas se ofrecen a algunas personas y sería necesario saber a quién se han ofrecido y qué condiciones reunían en un plano lo más objetivo posible (antigüedad, formación, experiencia, etc.).

También procede analizar en qué puntos las condiciones de trabajo que rigen en los puestos directivos con ausencia de mujeres son diferentes de las de las categorías inferiores, en especial, en materia de horario y jornada de trabajo, y si tales condiciones son legales.

A efectos de elaboración del **Plan de igualdad**, el sistema de cuestionario puede ser en este caso también de gran utilidad para conocer la percepción de las personas trabajadoras en relación con las promociones llevadas a cabo en la empresa y las trabas que pueden encontrar.

c. *Justificaciones aceptables e inadmisibles. Resultado del Test de igualdad.*

Se justifica, sin duda, la situación de segregación vertical, si se prueba de manera fehaciente que las mujeres no quieren participar en el procedimiento de promoción, porque se publican las vacantes y estas no las solicitan –habría que analizar cómo se publican–. También en este campo cabe destacar dos sentencias muy relevantes:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999: consideró discriminación indirecta en una empresa la presentación de más solicitudes de hombres que de mujeres para el puesto de Dirección de sucursal ya que las solicitudes las presentaban mayoritariamente aquellos que habían sido aleccionados para ello por la empresa y estos resultaban ser hombres. A pesar de que una vez presentadas las solicitudes la selección de hombres y mujeres era proporcional a las solicitudes, el Tribunal consideró la existencia de más solicitudes por parte de hombres como discriminatoria ya que la empresa había auspiciado esta diferencia.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de mayo de 2006, confirma sentencia de instancia del Juzgado de lo Social 4 de Navarra: las mujeres de la sección de cosido de una empresa que se encuadran en el grupo 1 no ascienden al grupo 2 mientras que los hombres sí. Se establece por la empresa un sistema para el ascenso de las mujeres diferente al de los hombres pidiendo requisitos que a los hombres no se les pedían. Se declara por los Tribunales la nulidad radical de la conducta por discriminatoria y la necesidad de establecer un sistema de ascenso en igualdad de condiciones para hombres y mujeres.

No se puede justificar la promoción de más hombres que mujeres en número significativo cuando en el proceso de promoción no se ofertan las plazas a todo el personal, cuando los criterios exigidos para ascender no están claros ni aparecen justificados o son diferentes para uno y otro sexo. En estos casos se está privando a las mujeres de su derecho a la promoción profesional.

La preferencia en el ascenso de hombres o de mujeres en virtud del criterio de la *especial confianza* pasaría el Test de igualdad excepcionalmente y para casos muy concretos: la finalidad es legítima (porque el funcionamiento de la empresa puede requerirlo), sería necesario por su cercanía concreta al núcleo más interno de dirección sin otra alternativa posible y sería proporcionada en tanto que no constituiría exactamente una promoción (sino un nombramiento) y no se vulneraría el derecho de las mujeres a la promoción profesional recogido en el artículo 35 de la Constitución. No pasará el Test de igualdad cuando se trata de la cobertura de plazas habituales y necesarias para el ejercicio normal de la actividad. En estos casos la empresa deberá justificar la ausencia de alternativa en las promociones de hombres o mujeres (es decir, la falta de personas del otro sexo idóneas para el puesto) y después la proporcionalidad, en los términos de si negar al colectivo femenino de su empresa el derecho a la promoción profesional es una consecuencia aceptable en función del *daño que sufriría su organización teniendo mujeres al mando*.

Tampoco estaría justificada una situación en la que las condiciones de jornada y horario impuestas al personal de categoría superior fueran tales que impidieran manifiestamente la conciliación de la vida familiar y personal, cuando estas condiciones no se justifiquen por la naturaleza del trabajo o actividad. Aquí habría que entrar a examinar conceptos como la *disponibilidad* y la *flexibilidad horaria* que se exigen a mandos intermedios, y que pueden ocultar la obligación de realizar horas extraordinarias prohibidas por el artículo 35 del TRET. En este sentido, puede ser legítima la consideración de la *mayor disponibilidad* para hacer trabajo extra en un procedimiento de promoción –*juicio de idoneidad*– pero tal exigencia no pasaría el *juicio de necesidad* ya que las horas extra son voluntarias y por tanto, por su esencia, no necesarias para la ejecución de una determinada tarea, y tienen una alternativa obvia consistente en destinar a más personas para ejecutar la tarea correspondiente. Tampoco pasaría el *juicio de proporcionalidad* ya que el sacrificio consistente en privar a las trabajadoras de su derecho constitucional a la promoción profesional no queda indemnizado por la legitimidad de la pretensión empresarial.

Es el campo de la promoción uno de los puntos fundamentales para analizar el poder de dirección de la empresa frente a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. El poder de dirección del empresariado, consagrado fundamentalmente en el artículo 20 del TRET, no es un poder absoluto y está sometido a límites, entre los cuales ocupan un lugar destacado los derechos constitucionales –en este caso igualdad, no discriminación y promoción– en los artículos 14 y 35 de la Constitución Española de 1978. Así, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional proclama que el poder de dirección de la empresa no puede hacer ilusorios los derechos fundamentales de las y los trabajadores. Por todas, dispone la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10, lo siguiente: *el contenido esencial de un derecho fundamental se rebasa o se desconoce cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*

d. Medidas a adoptar.

Medidas correctoras. La principal es el establecimiento de un sistema de provisión de vacantes a efectos de ascenso público y claro respecto a los criterios de valoración o requisitos exigidos. Además estos criterios o requisitos serán comunes y neutros para trabajadores de uno y otro sexo. También es importante la garantía de acceso a las medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar (horario flexible, jornadas continuadas, reducciones de jornada, posibilidades de teletrabajo, etc.) en todas las categorías (también las de mayor responsabilidad) tanto para hombres como para mujeres, así como asegurar la indemnidad de todas las personas trabajadoras que se acojan a las mismas.

Medidas de acción positiva. Proponemos el establecimiento de cuotas, con la posibilidad de fijar objetivos porcentuales a un plazo determinado –*benchmarks*–. El objetivo a tener en cuenta sería el mismo porcentaje de mujeres en categorías superiores que inferiores. Para la fijación de cuotas hay que tener en cuenta las cautelas ya subrayadas en el apartado de *acceso al empleo*.

Salarios.

a. Datos estadísticos. Situación de falta de paridad.

Lo que se debe medir aquí son las diferencias salariales entre hombres y mujeres al margen del salario por categoría (analizado en el apartado de categorías profesionales) y las encontraremos en aquellas retribuciones no regladas percibidas por categorías y puestos de trabajo, es decir: las que no vienen determinadas por los criterios del Convenio Colectivo aplicable y excluyendo los incentivos derivados de sistemas de remuneración por rendimiento y las horas extraordinarias. En resumen, se trata de buscar la máxima homogeneidad en los conceptos comparados y con el criterio de medias anuales por puesto de trabajo.

		Conceptos no reglados o basados en rendimientos no medidos					
Categoría	Puesto	Hombres			Mujeres		
		N.º	%	Media conceptos (euros)	N.º	%	Media conceptos (euros)
Denominación categoría 1	Puesto 1						
	Puesto 2						
	Puesto 3						
Denominación categoría 2	Puesto 1						
	Puesto 2						
	Puesto 3						
...							

Puesto	Hombres		Media total de conceptos no reglados o basados en rendimiento no medido	Mujeres		Media total de conceptos no reglados o basados en rendimiento no medido
	N.º	%		N.º	%	
Puesto 1						
Puesto 2						
...						

Categoría	Hombres		Media total de conceptos no reglados o basados en rendimiento no medido	Mujeres		Media total de conceptos no reglados o basados en rendimiento no medido
	N.º	%		N.º	%	
Categoría 1						
Categoría 2						
...						

Para mayor detalle en la búsqueda de datos, el Instituto de la Mujer elaboró en 2003, en el marco del Proyecto ISOS, un programa para la detección de las diferencias salariales dentro de la empresa que permite elaborar estadísticas relevantes.

b. Datos cualitativos. Procedimientos, actuaciones, criterios, prácticas de la empresa. Exámenes documentales.

Hemos de examinar los instrumentos que utiliza la empresa para la fijación de salarios. La empresa paga por categoría o puesto de trabajo según un salario reglado en convenio: los criterios de igualdad en la fijación del salario por categoría o puesto de trabajo ya han sido abordados en este trabajo, por lo que tendremos que fijarnos en los criterios para el pago de los pluses voluntarios, gratificaciones, complementos no salariales, etc. También en estos casos resulta de aplicación el artículo 28 del TRET en lo relativo a *remuneración igual para trabajo de igual valor* y hay que tener en consideración los mismos vicios ya estudiados en el establecimiento del salario por categoría. La diferencia es que la fijación de estos conceptos suele quedar a cargo de mandos intermedios o encargados por lo que procede examinar el grado de formalización del procedimiento y el margen que tienen para hacer apreciaciones subjetivas o personales y para considerar factores reales y múltiples.

Aunque las horas extraordinarias no se tienen en cuenta en la comparación, se examinará que el acceso al trabajo extra o a otros conceptos como premios o gratificaciones se realiza en igualdad de condiciones para trabajadores de uno u otro sexo. El trabajo extra u otras condiciones que generen mayor retribución ofrecerse tanto a hombres como a mujeres.

Cualquier condición salarial que no se aplique o se aplique de forma devaluada a las y los trabajadores a tiempo parcial se considerará discriminación indirecta ya que las mujeres son el colectivo que más recurre al trabajo a tiempo parcial ²⁹.

A efectos de elaboración del **Plan de igualdad**, sería interesante un cuestionario que preguntara a la plantilla los criterios de retribución de complementos variables, así como cuál es su percepción en materia de aplicación del principio de igualdad en el salario.

c. Justificaciones aceptables e inadmisibles. Resultado del Test de igualdad.

La asignación de pluses no reglados superiores a los hombres que a las mujeres o viceversa, dará lugar a discriminación, si no hay justificación. El Test de igualdad, como en el caso de la fija-

²⁹ El carácter discriminatorio de las condiciones inferiores impuestas a los contratados a tiempo parcial se desprende de nuestro derecho de la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que consideró inconstitucional, por su carácter discriminatorio indirecto, el sistema establecido en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción anterior al Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de cómputo de las carencias de los trabajadores a tiempo parcial por horas efectivamente trabajadas, argumentando, en cuanto al carácter discriminatorio indirecto, que, según la EPA, los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente mujeres –el 81,94% en el primer trimestre del año 2004–.

ción del salario por categoría se fundamenta en el artículo 28 del TRET que insta el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor. El Test de igualdad tendría por lo tanto las mismas características: finalidad legítima consistente en remunerar el trabajo más importante en función de la actividad de la empresa, necesidad en función de si la diferencia retributiva es favorable para la actividad sin otra alternativa y proporcionalidad, en el sentido de valorar si se inserta en el contexto de una escala racional.

En sentido negativo, el artículo 28 del TRET es taxativo a la hora de establecer el único criterio del valor para la fijación de salario. Cabe plantearse si el margen para la negociación, el recurso al lanzamiento de ofertas salariales atractivas para atraer a determinados profesionales, serviría para justificar diferencias salariales entre hombres y mujeres. Aceptar *el margen de negociación* nos llevaría a que en ocasiones, las trabajadoras que accedieran a puestos de trabajo por promoción tendrían peor remuneración que un trabajador con contrato estrella realizando el mismo trabajo. A nuestro juicio, tal situación sería discriminatoria de acuerdo con el artículo 28 del TRET, salvo que en virtud del juicio de proporcionalidad tales márgenes se produjeran dentro de bandas salariales muy estrechas.

d. Medidas a adoptar.

Medidas correctoras. La medida correctora que debe adoptarse en este caso es la compensación de las diferencias salariales detectadas, pagando atrasos y regularizando la situación. Además, proponemos:

- Formación a las personas encargadas de valorar el trabajo de los subordinados a efectos de asignar un plus.
- Introducción de la máxima transparencia en los sistemas de retribución, sustituyendo pluses y gratificaciones voluntarias por sistemas de cálculo de salario reglados.
- El establecimiento de estrechas bandas salariales obligatorias por categoría de trabajadores a aplicar a trabajadores sometidos a similares condiciones de jornada y horario.

Mayor incidencia de la temporalidad y parcialidad en la contratación.

a. Datos cuantitativos. Situación de falta de paridad.

Mayor número de mujeres contratadas con contrato temporal que hombres en general y por categorías y puestos de trabajo. La distinción por puestos de trabajo y categorías se realiza para facilitar la comparación.

Contratos temporales por categoría y puesto de trabajo						
Categorías	Puesto de trabajo	Mujeres	%	Hombres	%	Total
1.	Puesto 1					
	Puesto 2					
	Puesto 3...					
2.	Puesto 1					
	Puesto 2					
	Puesto 3...					
TOTAL						

Distribución de la plantilla por tipo de contratos					
Tipo de contrato	Mujeres	%	Hombres	%	Total
Temporal a Tiempo Completo					
Temporal a Tiempo Parcial					
Indefinido a Tiempo Completo					
Indefinido a Tiempo Parcial					
TOTAL					

b. Datos cualitativos. Procedimientos, actuaciones, criterios, prácticas de la empresa. Exámenes documentales.

Deberemos examinar los contratos temporales y contrastar sus causas; es decir, si se recurre injustificadamente a la temporalidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del TRET y si el fraude de ley afecta principal y significativamente a mujeres. Hay que tener en cuenta que la temporalidad tiene incidencia en la antigüedad reconocida, por lo que a la postre la discriminación en la temporalidad se traduciría en discriminación salarial.

c. Justificaciones aceptables e inadmisibles. Resultado del Test de igualdad.

No se pueden aceptar como causas de temporalidad otras que no estén previstas en la normativa reguladora, por lo que una mayor incidencia de la temporalidad no causal en uno y otro sexo no pasaría el test de idoneidad: la finalidad de la empresa no sería legítima, se apreciaría la voluntad del empresario de facilitar la extinción de contratos de mujeres en caso de eventualidades como el matrimonio o la maternidad. La temporalidad no causal será discriminatoria –discriminación indirecta– siempre que afecte de manera significativa al colectivo femenino por encima del masculino.

d. Medidas a adoptar.

Medida correctora. La medida correctora a aplicar será la inmediata transformación de los contratos afectados en contratos por tiempo indefinido. También es preciso reforzar las garantías en los procedimientos de extinción de los contratos, preavisos, ceses, etc.

Conciliación de la vida familiar y personal.

a. Datos cuantitativos. Situación de falta de paridad.

Los análisis estadísticos a realizar para conocer la discriminación por asunción de obligaciones familiares serían en primer lugar los destinados a conocer el porcentaje de trabajadores y trabajadoras que hacen uso de las medidas de conciliación laboral y familiar.

Permisos último año					
Descripción situaciones	Mujeres	%	Hombres	%	Total
Maternidad (parto) 6 meses					
Maternidad					
Paternidad					
Adopción o acogimiento					
Riesgo durante el embarazo					
Reducción de jornada por lactancia					
Reducción de jornada por cuidado de hija/o					
Reducción de jornada por motivos familiares					
Exced. por cuidado de hija/o					
Exced. por cuidado de familiares					
Exced. fraccionada por cuidado de hija/o o familiar					
TOTAL					

Trabajadores y trabajadoras sujetas a jornada no flexible y partida				
Mujeres	%	Hombres	%	Total

b. Datos cualitativos. Procedimientos, actuaciones, criterios, prácticas de la empresa. Exámenes documentales.

El artículo 3 de la LOIEMH establece que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. De este artículo se desprende la conexión que la LOIEMH establece entre el sexo y las obligaciones familiares. De manera específica el artículo 8 de esta ley señala que *constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*, lo que viene a recoger la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Justicia³⁰ que reconocía como discriminación directa aquellos tratamientos peyorativos que tuvieran como causa circunstancias conexas con el sexo como la maternidad y la lactancia.

No obstante, también hemos de considerar aquellas prácticas aparentemente neutras que tienen incidencia en las personas con obligaciones familiares. Tales prácticas implican discriminación indirecta por razón de sexo ya que, como hemos visto, las mujeres siguen ocupándose mayoritariamente de los cuidados de los hijos según la estadística extraempresarial (63,55% de mujeres ocupadas realizan tareas del hogar familiar mientras que hombres solo el 15%). Por ejemplo, sería discriminación indirecta que una prima anual no fuera percibida por las personas contratadas a tiempo parcial (y estas fueran mayoritariamente mujeres que concilian su vida laboral y familiar).

Por otro lado, cualquier práctica o actuación empresarial dirigida a impedir u obstaculizar el ejercicio por parte de las trabajadoras de los derechos de suspensión de maternidad y reserva de puesto de trabajo, permiso de lactancia, o reducción de jornada por cuidado de familiares en sus distintas modalidades³¹ debe ser considerada discriminatoria por razón de sexo por considerarse que la asunción de obligaciones familiares tiene más impacto en las mujeres que en los hombres, como refleja la estadística extraempresarial. La pregunta que nos hacemos es si constituiría igualmente discriminación por razón de sexo la práctica o actuación empresarial dirigida a impedir o dificultar el ejercicio por parte de los hombres de sus derechos a la conciliación de la vida familiar y laboral. A nuestro juicio lo sería si se acredita que tal práctica tiene como fundamento el sexo, porque la empresa, por la prevalencia de las definiciones sociales de sexo, considere que a quien le corresponde conciliar su trabajo con la vida familiar, y por tanto ejercer los derechos de conciliación, es a las mujeres. En ese caso la comparación debería realizarse con otras mujeres que trabajan en la empresa y disfrutan de esos derechos libremente, o incluso con trabajadoras de otras empresas del sector si en la empresa de referencia no las hubiere. De no acreditarse que la práctica tiene como fundamento el sexo, la conducta de la empresa sería igualmente discriminatoria pero por razón de asunción de obligaciones familiares, circunstancia recogida en el artículo 3 de la LOIEMH, comparando el trato peyorativo

³⁰ En la sentencia de 4 de octubre de 2001 el Tribunal Europeo establece que el empresario debe asumir todo el coste organizativo y funcional del embarazo de sus trabajadoras y no hay ningún tipo de perturbación que pueda justificar su despido. Lo mismo sucede con la enfermedad relacionada con el embarazo en la *sentencia Mary Brown v Rentokil Ltd de 1998*.

³¹ Artículos 37, 46 y 48 del TRET en la redacción dada por la LOIEMH.

con el dispensado a otros hombres que no asumen estas obligaciones. A la postre el resultado a nivel de protección jurídica sería el mismo.

Las prácticas perjudiciales por razón de asunción de obligaciones familiares son múltiples y citaremos a título de ejemplo: los despidos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo antes o después de los permisos, no respetar las suspensiones de contrato llamando al trabajador/a en pleno período de disfrute de maternidad o paternidad. Un supuesto judicializado, que citamos por su trascendencia, es la no renovación de un contrato temporal de una trabajadora embarazada que haya dado recientemente a luz o se encuentre en situación de lactancia. Cuando llega el momento de la extinción del contrato, si se prueba que la causa es el embarazo –es decir, que no hay una causa que justifique la extinción– se considerará la existencia de discriminación directa por razón de sexo³².

c. Medidas a adoptar.

Medidas correctoras. En función de los datos estadísticos se implantará una política de empresa encaminada a fomentar la jornada flexible, concentrada y el teletrabajo y que garantice la indemnidad de los/as trabajadores/oras que accedan a las medidas legales para conciliar la vida laboral y familiar.

Prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo.

a. Situaciones discriminatorias.

El artículo 7 de la LOIEMH establece que *sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo y constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*

El **acoso sexual** consiste en la petición de favores sexuales no consentidos en el entorno de la empresa. El **acoso por razón de sexo** implica comportamientos potencialmente ofensivos relacionados con el sexo. Ambos comportamientos se asocian con la generación de un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. El carácter discriminatorio del acoso sexual viene dado por referencia a las definiciones sociales del sexo de hombre = activo sexualmente, mujer = pasiva

³² Sentencia de 4 de octubre de 2001 del Tribunal Europeo de Justicia en el asunto *Maria Luisa Jiménez Melgar v Ayuntamiento de Los Barrios*.

sexualmente, lo que lleva a la consideración del rechazo de la mujer, no como una negativa, sino como muestra de pasividad que requiere por tanto nuevas insistencias, o a la percepción de que cualquier signo de actividad o provocación sexual en la mujer significa que esta está dispuesta a atender todos los requerimientos.

El acoso por razón de sexo es una manifestación del abuso de poder que incide en la mayor vulnerabilidad de las mujeres en un entorno tradicionalmente masculinizado como es el de la empresa.

b. Datos estadísticos.

Normalmente, el acoso sexual tiene más que ver con las relaciones de poder que con las relaciones sexuales tal como manifiesta la Nota Técnica de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo sobre acoso sexual³³. Por lo tanto, es más fácil que se produzca en empresas con marcada segregación vertical o en aquellas en las que las mujeres son menos que los hombres. No obstante, no parece que un tratamiento estadístico de los datos sea muy significativo a efectos de extraer futuras conclusiones ya que la ley obliga a adoptar medidas de prevención y establecer cauces de denuncia en todo caso –art. 48 de la LOIEMH–.

Prácticas de acoso sexual o acoso por razón de sexo. Las prácticas de acoso sexual se detectan por el método de cuestionario, o a través de los estudios psicosociales de riesgos laborales.

c. Medidas a adoptar.

Medidas correctoras. El artículo 48 de la LOIEMH establece de manera general y obligatoria: *Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.* 1. *Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.*

Como ejemplo de códigos de buenas prácticas proponemos el *Código práctico encaminado a combatir el acoso sexual en el trabajo* de la Comisión Europea³⁴, que entendemos igualmente aplicable para otros tipos de acoso. Se debe incluir en los códigos: declaración de principios conocida por toda la plantilla, procedimiento de resolución de conflictos y procedimientos disciplinarios y sancionadores.

³³ NTP 507: Acoso sexual en el trabajo.

³⁴ Publicado en el Diario Oficial L 49 de 24 de febrero de 1992.

4. INFORME FINAL DE DIAGNÓSTICO

El informe final de diagnóstico incluye los aspectos básicos del análisis. Se podrían analizar otros procesos o introducir más datos en el cuestionario, dando así una visión más completa, pero el objetivo de este trabajo no es ser exhaustivo, sino dar una idea sobre las líneas generales del procedimiento y los resultados de un diagnóstico desde la perspectiva de género. El diagnóstico acabará con un informe final que recogerá los análisis realizados, las prácticas empresariales constatadas y los resultados de los Test de igualdad.

No obstante, no podemos acabar el diagnóstico sin una referencia a los agentes destinatarios del mismo, que según señalamos en la introducción serían los órganos jurisdiccionales y administrativos fiscalizadores de la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de las empresas, así como los departamentos de Recursos Humanos.

En cuanto a **los órganos jurisdiccionales** hay que destacar que si aprecian indicios de discriminación en las pruebas aportadas en los procedimientos judiciales debe operar la inversión de la carga de la prueba, según el artículo 13 de la LOIEMH, *de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad*.

Esto se traduce en que si una demanda va acompañada de un *análisis estadístico fiable y significativo* –sentencia del TJCE de 9 febrero 1999 *Seymour-Smith v Laura Pérez* EDJ 1999/99–, corresponde a la empresa probar que sus prácticas no toman en consideración el sexo, son verdaderamente neutras y pasan el Test de igualdad.

Pero además, según la jurisprudencia constitucional, el órgano judicial debe intervenir para facilitar la prueba de dichos hechos, adoptando una postura activa. A quien juzgue le corresponderá *acordar de oficio precisas o determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de la base fáctica del proceso, máxime cuando este se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental, como es el caso que nos ocupa* –STC 41/1999, de 22 de marzo, caso Fasa-Renault–.

Diferente es la actuación de la **Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. La inspección como órgano fiscalizador de la Administración en materia laboral tiene la competencia de iniciar expedientes sancionadores contra las empresas que incurran en actuaciones discriminatorias contra su personal. El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración está sometido al principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la Constitución por lo que no se puede invertir la carga de la prueba. El inspector o inspectora actuante deberá aportar en el acta de infracción el análisis estadístico fiable y significativo, la prueba de las prácticas empresariales y el Test de igualdad para el caso concreto contenido en el acta.

Pero además la LOIEMH ha incluido la posibilidad de que sea la propia Inspección de Trabajo la que inicie procedimiento de oficio en los supuestos de discriminación por razón de

sexo³⁵. Entendemos que para iniciar tal procedimiento no basta con la aportación del indicio estadístico ya que, por el carácter policial de la Inspección de Trabajo, este organismo debe preservar en cualquiera de sus actuaciones el principio de presunción de inocencia. No obstante, una vez que el informe de inspección sea admitido a trámite, el juez deberá invertir la carga de la prueba y proveer su intervención directa en la obtención de otras pruebas de discriminación.

Para los **departamentos de Recursos Humanos y representación legal de la plantilla**, el diagnóstico será necesario como medio para detectar o descartar la discriminación o para diseñar las medidas más adecuadas para combatirla. En cualquier caso, el diagnóstico debe ser un elemento básico para la negociación de las medidas a las que se refiere el artículo 45 de la LOIEMH *dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres*.

PARTE II. EL PLAN DE IGUALDAD EN LA EMPRESA

1. CONTENIDO MÍNIMO DEL PLAN DE IGUALDAD

Por la importancia que se confiere al diagnóstico de situación en relación con el Plan de igualdad nos detendremos a analizar las características y los contenidos del mismo. De acuerdo con el artículo 45 de la LOIEMH todas las empresas deberán *adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores* (las medidas son las que ya hemos examinado en este trabajo, correctoras, de acción positiva y de conciliación de la vida laboral y familiar). Pero además, la ley en el mismo artículo, establece la obligación de seguir un procedimiento complejo, con diagnóstico incluido, denominado **Plan de igualdad** en tres casos tasados:

En el caso de empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior ***deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un Plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación.***

En el segundo caso ***las empresas deberán elaborar y aplicar un Plan de igualdad cuando así se establezca en el Convenio Colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.***

Por último, las empresas ***también elaborarán y aplicarán un Plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitu-***

³⁵ Disposición undécima que modifica el artículo 146 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

ción de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan (art. 46 bis.2 del TRLISOS).

*La elaboración e implantación de planes de igualdad será **voluntaria** para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.*

Este articulado de redacción tortuosa plantea problemas de interpretación en varios sentidos. La primera duda es si en el caso de empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, la expresión *las medidas deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un Plan de igualdad* conlleva la obligación jurídica de elaborarlo y aplicarlo. La cláusula final que establece que será voluntaria en las restantes empresas, parece indicar que sí. Sin embargo, los términos mucho más taxativos de los otros supuestos *deberán elaborar y aplicar* o *elaborarán y aplicarán*, nos suscitan dudas, por lo que parece necesaria, como mínimo, una aclaración jurisprudencial.

La segunda duda versa sobre el alcance de la obligación de negociar: todas las medidas dirigidas a evitar la discriminación deben negociarse, no obstante la elaboración de un Plan de igualdad en aquellas empresas que no están obligadas a elaborarlo, solo exige consulta previa con la representación legal de la plantilla –art 45.5 de la LOIEMH–. En este caso parece que la consulta se ceñirá a la mera propuesta de elaborar un plan, y que las medidas contenidas en el mismo deberán negociarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la LOIEMH en su punto primero.

Por otro lado, el artículo 85 del TRET establece como contenido mínimo de los Convenios Colectivos **la obligación de negociar** las medidas para evitar la discriminación o negociar o articular la negociación de un Plan de igualdad en empresas de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras. Sin embargo, negociar no implica necesariamente alcanzar acuerdos, lo cual nos lleva a plantearnos de nuevo cuáles son las verdaderas obligaciones de las empresas. De lo único que no hay duda es de que las empresas deben **adoptar medidas para evitar la discriminación**, que **deben negociarlas** –aunque no lleguen a acuerdos– y que **deben elaborar e implantar planes de igualdad si lo dice el convenio aplicable o se acuerda en sustitución de una sanción accesoria**, y que además **las empresas de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras deben negociar planes de igualdad** –aunque no alcancen acuerdos en la negociación–.

En sintonía con estas conclusiones, el artículo 7.13 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS) tipifica como infracción administrativa grave *no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el Convenio Colectivo que sea de aplicación*. El TRET solo regula la obligación de negociar los planes, con lo que esta infracción se concreta en no negociar planes en empresas de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras o no elaborarlos e implantarlos según el convenio que los regule.

Si la Autoridad Laboral exige el Plan de igualdad en sustitución de sanciones accesorias en supuestos de infracciones por discriminación, la ausencia del plan o el incumplimiento manifiesto de

los términos previstos constituirá infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 8.17 del TRLISOS. Cabe destacar que el artículo 8.17 se remite al artículo 46.bis.2 del mismo Texto Refundido que exige el plan como sustitución de sanciones accesorias.

La regulación del contenido mínimo del Plan de igualdad se encuentra en el artículo 46.1 de la LOIEMH: *Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.* No será objeto de negociación el *diagnóstico*, que por su propia naturaleza es un instrumento técnico. Lo que sí son objeto de negociación son los *objetivos y las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución*, es decir, las medidas o acciones que integran el contenido material, ejecutivo, del Plan de igualdad, así como el *establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación.* A este contenido se llega a través del proceso de negociación que introduce el artículo 45 de la LOIEMH.

De esta somera regulación deducimos que el plan debe tener los siguientes elementos esenciales para que se pueda identificar como tal:

- En primer lugar, unas personas responsables de su elaboración e implantación.
- En segundo lugar, un diagnóstico previo.
- En tercer lugar, unos objetivos y por supuesto una serie de medidas para alcanzarlos
- En cuarto lugar, un sistema de evaluación y seguimiento.

A partir de este momento se requiere un modelo de documento para el desarrollo del contenido y objetivos del plan, es decir, un modelo a partir del cual se desprenda claramente la justificación del plan, sus acciones y el seguimiento.

No daremos un modelo rígido pero sí desglosaremos las partes con las que necesariamente debe contar un Plan de igualdad, atendiendo a que es un documento objeto de negociación. Nos inspiramos en el modelo de Plan de igualdad desarrollado por el Instituto de la Mujer. El plan tendrá cuatro partes:

Parte primera o parte organizativa: en la que se designará un comité o comisión que se encargará más directamente de la gestión del plan y se identificará a todas las personas y órganos que participan en el plan y cuál es su grado de participación y responsabilidad. En concreto, la comisión o comité tendrá una composición paritaria (representantes de la empresa y de la plantilla) y sus funciones serán de impulso y apoyo al diagnóstico, a la negociación y a la ejecución y seguimiento del plan. Incluso en ese comité se podrá negociar directamente la parte ejecutiva o acciones del plan, apartándolo así de la negociación general. El manual para la elaboración del Plan de igualdad del Instituto de la Mujer denomina a esta comisión *Comité Permanente de Igualdad*.

Parte segunda: informe del diagnóstico de la empresa en el que se exprese de manera clara y precisa los resultados de dicho diagnóstico y la manera en la que se ha realizado. El diagnóstico debe realizarse de acuerdo con criterios técnicos (como los que hemos presentado en la metodología de diagnóstico) por personas competentes en la materia y sus conclusiones **no tienen que ser objeto de negociación**, sin perjuicio de la transparencia de las mismas, tal como exige el artículo 47 de la LOIEMH. La exigencia de imparcialidad y el carácter técnico de los analistas es un requisito indispensable para la eficacia y «honestidad» del plan.

Parte tercera o ejecutiva: aquí incluiremos los objetivos del plan y las medidas diseñadas para la ejecución de los objetivos. Tanto los unos como las otras son objeto de negociación pero hay que tener en cuenta que:

- La elección de los objetivos y las medidas dependerá del resultado del diagnóstico. Lo lógico será establecerlos por las áreas de análisis o procesos analizados en el diagnóstico de los que se desprendan disparidades (acceso al empleo, categorías profesionales, promoción, salario, condiciones de trabajo, temporalidad, etc.).
- Ya conocemos el tipo de acciones a desarrollar pero hay que puntualizar sus características para un uso adecuado dentro del plan:

a) Medidas correctoras destinadas a corregir las situaciones de discriminación concretas en las condiciones de trabajo, en tanto desigualdades atribuibles a una práctica o criterio empresarial no justificado detectadas en el diagnóstico por el técnico/a que lo elaboró. Estas **son de obligada inclusión en el plan** ya que de no ser así darían lugar a responsabilidades para la empresa.

b) Medidas de acción positiva (en cuanto medidas de preferencia, reserva y duración que favorezcan al sexo menos representado) que deberán establecerse a través de la negociación colectiva y nunca unilateralmente por la empresa tal como refiere el artículo 43 de la LOIEMH y el artículo 17 párrafos 4 y 5 (introducidos por la LOIEMH) del TRET. Si hay alguna medida de este tipo establecida en la negociación de ámbito superior, lógicamente, deberá formar parte de las acciones a realizar por las empresas que se encuentren dentro del ámbito del Convenio Colectivo que resulte de aplicación.

c) Medidas de conciliación de la vida familiar y personal que sí puede establecer unilateralmente la empresa.

La articulación entre objetivos y acciones se realizará en jerarquía, es decir, se definirá un objetivo y a continuación las acciones para llevarlo a cabo. Es posible que existan acciones que se repitan porque responden a objetivos distintos, en este caso, solo será necesario nombrarlas una vez y se colocarán en el área que se considere pertinente. En la ficha que se debe elaborar para cada acción detallando la implantación y evaluación de la misma, pueden referirse los dis-

tintos objetivos a los que sirve, sin necesidad de hacer fichas distintas y por tanto multiplicar el trabajo.

El listado de posibles objetivos y acciones en cada área de actuación puede ser muy extenso según los resultados del diagnóstico, por lo que de forma orientativa introducimos los siguientes:

Área de acceso al empleo.

Objetivos:

- Fomentar el acceso al empleo de trabajadoras a los puestos de trabajo en los que estén subrepresentadas.
- Atraer mujeres a la formación necesaria para acceder al puesto de trabajo.

Acciones:

- Eliminación en los cuestionarios de acceso de datos relacionados con el estado civil o familiar.
- Publicitar en las ofertas de empleo la existencia de una política activa de no discriminación.
- Establecimiento de un teléfono de queja de trabajadores o trabajadoras que se hayan considerado discriminados/as en los procesos de selección y obligación por parte de la comisión de investigar el asunto.
- Establecimiento de reservas de trabajadoras para ofertas de puestos de trabajo en los que estén subrepresentadas.
- Acciones formativas entre el personal encargado de la selección y contratación.

Área de clasificación profesional / Área categorías profesionales.

Objetivos:

- Favorecer la paridad (mujeres-hombres) en la composición de las distintas categorías profesionales dentro de la empresa, disminución de la segregación vertical y horizontal.
- Valorar adecuadamente los puestos de trabajo en orden al establecimiento de una retribución adecuada según valor por categoría.

Acciones:

- Modificar la denominación de las categorías profesionales eliminando aspectos que se asocien al sexo de sus integrantes (limpiadora, mozo, etc.).
- Introducir un sistema de valoración de puestos de trabajo de acuerdo con criterios neutros, es decir, valorando todos los factores en función de su importancia real para la empresa y no por la consideración social dado a uno u otro.
- Establecimiento de un programa de formación específico para que mujeres puedan ocupar puestos de trabajo en la empresa de categorías o secciones principalmente ocupadas por hombres (mantenimiento, logística...).

*Área promoción en el empleo.***Objetivos:**

- Eliminar trabas, favorecer el ascenso de mujeres a los puestos de trabajo de mandos intermedios o personal directivo, estableciendo o no porcentajes a conseguir en un plazo determinado.
- Garantizar que la conciliación de la vida familiar y laboral no suponga un freno para las mujeres que deseen promover o conseguir puestos de trabajo de mayor responsabilidad.
- Introducir una política activa de no discriminación en la libre designación de cargos directivos.

Acciones:

- Introducción de criterios de transparencia en los procedimientos de selección: convocatoria, publicidad de los criterios de valoración y del sistema de puntuación.
- Participación de la comisión de igualdad en los procesos.
- Establecimientos de medidas de reserva de plazas en los procesos de promoción a puestos de trabajo en los que las mujeres estén subrepresentadas.
- Eliminar las referencias contractuales o convencionales en virtud de las cuales las trabajadoras y trabajadores de los puestos superiores quedan fuera del horario ordinario.
- Publicar el objetivo porcentual a cubrir entre el personal para asegurar la participación de las mujeres en los procesos de promoción, junto a las convocatorias.

- Publicar las convocatorias de plazas para ascenso con regularidad y utilizar criterios de valoración claros y transparentes.
- Participación de la comisión de igualdad en el tribunal de valoración.
- Establecimiento de flexibilidad horaria y posibilidad real de reducción de jornada para los encargados.

Área de formación.

Objetivos:

- Sensibilizar a toda la plantilla en la importancia de conseguir la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y en cuestiones de igualdad de género.
- Formar a los mandos intermedios y directivos en igualdad de género.

Acciones:

- Realizar unas jornadas de sensibilización de 8 horas de duración para toda la plantilla (dividida en tantos grupos como se requieran) en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
- Realizar una charla informativa para toda la plantilla en la que se explique la Ley para la Igualdad en lo relativo al ámbito de la empresa.
- Formar a los mandos intermedios y a la alta dirección mediante un curso específico de igualdad de oportunidades y perspectiva de género en la empresa.

Área de retribuciones / salarios.

Objetivos:

- Garantizar el cumplimiento del principio de igual salario por trabajo de igual valor.
- Que la discrecionalidad de la empresa a la hora de fijar salarios no constituya una causa de discriminación.
- Reducir las diferencias salariales entre hombres y mujeres.

Acciones:

- Sustitución de pluses no reglados (voluntarios, gratificaciones) por sistemas de remuneración por rendimiento que permitan determinar de acuerdo con qué criterios se remunera.
- Reducción de la banda salarial en aquellas categorías en las que se constate que los hombres cobran más que las mujeres. Tal reducción podrá ser de una vez o progresiva.

Área de ordenación del tiempo de trabajo / conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Objetivo:

- Promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de forma equitativa entre mujeres y hombres.

Acciones:

- Introducción de una ventanilla para gestionar propuestas encaminadas a favorecer la conciliación de la vida familiar y personal.
- Eliminación de cláusulas que otorgan a la empresa la potestad para modificar unilateralmente el lugar de prestación de servicios y el horario.
- Eliminar el establecimiento obligatorio e injustificado de guardias nocturnas y de fines de semana o reforma de los sistemas implantados para facilitar una mejor conciliación de la vida personal, laboral y familiar.
- Jornadas de sensibilización sobre el permiso de paternidad, mostrando la empresa una actitud abierta de su disfrute por parte de los empleados.

Área acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Objetivos:

- Prevenir comportamientos de naturaleza sexual o realizados en función del sexo de una persona que puedan dar lugar objetivamente a la existencia de un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo para las víctimas.

Acciones:

- Elaboración de protocolos para hacer frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo tal como exige la normativa vigente (art. 48 y 62 de la Ley 3/2007).
- Implantación de decálogos, códigos de conducta... asegurándose de que llegan a toda la plantilla para su conocimiento.
- Sensibilización a toda la plantilla por medio de carteles.
- Introducción de sistemas de resolución de conflictos y su publicidad.
- Acciones formativas de aquellas personas que vayan a intervenir en la resolución de conflictos.

Área de actuación: otras condiciones de trabajo.

Objetivo:

- Favorecer la paridad en los niveles de temporalidad que afectan a hombres y mujeres.

Acciones:

- Sujeción estricta a los criterios de temporalidad legalmente establecidos.

Estas áreas de actuación, objetivos y acciones no pretenden ser una lista exhaustiva pero ilustra la sistemática que todo plan debería tener.

Parte cuarta: criterios y procedimientos para la evaluación del plan. El establecimiento de un sistema de seguimiento y evaluación es parte del contenido obligatorio del plan de igualdad. Para establecer tal sistema es necesario:

- Recursos: designar a las personas responsables del seguimiento y evaluación, que podrán ser los miembros de la Comisión o Comité permanente de igualdad, así como los medios y recursos que se seleccionan para ello.
- Establecer un procedimiento: para evaluar será necesario establecer unos indicadores del cumplimiento de los objetivos alcanzados. Los indicadores se configuran según los objetivos y las acciones planteadas. Cada objetivo requerirá de un modo u otro de ser evaluado.

El diseño de los indicadores y herramientas que van a permitir evaluar el plan debe ser un proceso minucioso y llevado a cabo por alguien con la formación adecuada, ya que un mal diseño o análisis de los mismos puede ofrecer información falsa. El diseño del indicador supone especificar tanto la metodología de recogida (de tipo cualitativo o cuantitativo, encuestas, datos internos de la empresa, etc.) como las tablas donde van a volcarse los datos. Estas tablas deben permitir establecer comparaciones entre ellas para relacionar los datos que se consideren oportunos según la información que se quiera obtener. Lo más lógico sería utilizar los datos y los mismos procedimientos que se utilizaron en el diagnóstico. Dos diagnósticos, el inicial y el realizado en el momento del seguimiento o la evaluación, nos permitirán una comparación de los resultados de uno y otro una vez adoptadas las medidas previstas en el plan.

Ejemplos de indicadores:

- Si se han establecido objetivos porcentuales a conseguir en un plazo determinado, finalizado el plazo se evaluará el grado de consecución de dicho porcentaje en términos numéricos y porcentuales.
- Si se han seleccionado **indicadores de impacto**, como, por ejemplo, la *disminución de la segregación vertical* y la *disminución de la segregación horizontal*, habrá que comparar la situación de partida y la de llegada y ver si el grado de segregación vertical y horizontal ha disminuido o no, para ello habrá que contar con la tabla que recoja esta información tanto en el cuestionario diagnóstico inicial como en el de evaluación. La tabla comparativa que servirá como indicador contendrá los resultados numéricos y porcentuales del diagnóstico inicial y los del diagnóstico de evaluación.

2. EJEMPLO PRÁCTICO

Informe resumen del diagnóstico

Empresa del sector bancario de ámbito inicialmente provincial en fase de expansión al ámbito autonómico. Datos de composición:

Categorías	Hombres	Mujeres	Porcentaje de mujeres
Grupos superiores	360	70	16,27%
Grupos medios	572	326	36,30%
Grupos de entrada	45	67	59,82%

La empresa requiere personal con titulación universitaria de económicas para la práctica totalidad de los puestos de trabajo y exige experiencia profesional acreditada para ocupar puestos de trabajo de categorías profesionales medias. El acceso a los grupos superiores se efectúa por el procedimiento de libre designación según las cláusulas de convenio. Tradicionalmente los puestos de

trabajo en la banca han sido ocupados por hombres. Ha sido en los años 80 cuando las mujeres han tenido acceso al empleo en el sector bancario en los puestos de las categorías profesionales de entrada, pero su acceso no fue mayoritario.

Acceso al empleo

Primer paso: datos estadísticos. Se aportan los datos estadísticos de las personas contratadas en los últimos dos años. Entre el 70% y 60% hombres y entre el 30 y 40% mujeres.

Segundo paso: procedimientos de contratación. Existen dos vías de contratación: la primera es a través de contratación de personal recientemente titulado en las universidades para su formación e integración en la empresa desde los niveles inferiores. En este caso el procedimiento se realiza por medio de ofertas en Internet, currículum y entrevista. El segundo es el denominado *de fichaje* de personal directivo que es atraído de otros bancos después de negociaciones particulares. Los datos estadísticos desglosados de las dos vías presentan una paridad del 50% en la vía de contratación de jóvenes titulados y un 80% a 90% de hombres en la vía de contratación a través de fichaje. Por esta vía se contrata aproximadamente a 15 personas al año.

Tercer paso: justificación. Al parecer los puestos de trabajo en banca han estado tradicionalmente masculinizados y es todavía difícil encontrar mujeres en puestos directivos y por tanto contratarlas. Por lo tanto, la falta de paridad que afecta al acceso por la vía *de fichaje* estaría justificada por la situación en el contexto sociolaboral que determina un menor número de mujeres disponibles para contratar directamente como personal directivo. No habría discriminación en el acceso al empleo. No obstante, la situación determina un mayor número de hombres ocupando puestos de trabajo de superior categoría y tiene un efecto indirecto sobre los salarios. Además, las razones «históricas» que podrían justificar en algunos casos esta falta de paridad en la contratación dejarán de justificar la situación a medida que pase el tiempo. Por ello, debería estudiarse la adopción de medidas que compensasen este desequilibrio.

La **medida** de acción positiva que propondríamos sería establecer como objetivo la consecución de un porcentaje determinado de mujeres en cargos directivos en un plazo determinado. La cuota no sería una medida adecuada, porque difícilmente podría publicitarse y si se pudiera, afectaría a la negociación de los salarios.

Acciones:

- Contactar con asociaciones de mujeres empresarias, escuelas de negocios, instituciones de igualdad, etc., con la finalidad de conseguir perfiles de mujeres directivas (algunas cuentan con bases de datos especializadas y redes de contacto) que puedan resultar atractivas para incorporarlas en la empresa vía «fichaje».
- Establecer perfiles de mujeres de la plantilla susceptibles de promoción a puestos directivos o pre-directivos y establecimiento de planes de carrera.

- Los planes de carrera para el colectivo mencionado implican la posibilidad de formación especializada en dirección de empresas y prioridad para acceder a ella (máster, cursos, etc.).

Categorías profesionales.

En el convenio aplicable se regula una sola categoría profesional dividida en 10 niveles profesionales que determinan el salario.

El paso del décimo al cuarto nivel se establece por antigüedad, pero se puede obtener un nivel más alto sin esperar al turno de antigüedad si la trabajadora o el trabajador es destinado a un puesto de trabajo que lleve aparejado un nivel superior (una oficina que dé mejores resultados). A partir del nivel sexto y hasta el primero el ascenso se realiza por libre designación: estos puestos de trabajo son los que se denominan *jefes administrativos* y comprenden directoras y directores de oficina, interventores e interventoras y gran parte del personal de servicios centrales.

La estadística relevante es la de los salarios. Los salarios están constituidos por el salario según nivel profesional, al que se suman remuneraciones consistentes en pluses de productividad que son fijadas por la mayor dedicación del personal, no medida con un sistema de remuneración por rendimiento. La estadística nos dice que aquellos puestos de trabajo calificados como «jefes administrativos» están ocupados principalmente por hombres y perciben un salario global promedio un 33% superior al salario fijado en convenio para su categoría. El personal de las categorías inferiores percibe un salario global promedio un 10% superior al salario fijado en convenio para su categoría.

Práctica o criterio que determina esta situación: lo examinaremos en profundidad cuando veamos el diagnóstico de los salarios.

Acciones:

- Analizar en qué se basan esas diferencias salariales superiores al salario fijado en convenio y establecer medidas correctoras que iguallen la situación si no está justificada.
- Establecer que el tanto por ciento de salario que se obtiene por encima del fijado en convenio para cada categoría sea equilibrado en todas ellas (o un 30% para todas, o un 10% o un 20%) estableciendo para ello la posibilidad de remunerar objetivos adecuados a cada categoría.

Promoción.

Los datos estadísticos nos muestran que en los tres últimos años 22 mujeres han sido promovidas mediante promoción interna a puestos directivos frente a 17 hombres. La práctica de la empresa responde a la política de expansión, las nuevas oficinas se cubren con personal joven,

seleccionado y formado en la propia empresa, y dentro de este perfil hay mujeres suficientes como para conseguir una situación de paridad.

Si no se detectan desequilibrios en la promoción, no es necesario establecer medidas correctoras.

Salarios.

Del análisis salarial se desprende:

- **Primer paso: datos estadísticos.** Dentro de las categorías superiores, los hombres directores de banco y los que trabajan en los servicios centrales perciben una remuneración un 30% superior a la de las mujeres, incremento atribuido a pluses voluntarios y productividad no medida con sistemas de remuneración por rendimiento.
- **Práctica empresarial asociada a dicho dato:** la contratación mediante el sistema de fichaje, hace que se negocien particularmente los salarios a percibir. Como los contratados por dicho sistema son casi en exclusiva hombres esto hace que la retribución de los hombres en un análisis global supere a la de las mujeres.
- **Justificación:** por un lado, se encuentra el interés de la empresa de poder jugar con los salarios para atraer a trabajadores/as a la empresa y, por otro, está el principio de remuneración igual entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor. Debe prevalecer el principio de igualdad constitucionalmente reconocido y la remuneración ajustarse al valor que el trabajo de cada uno tenga para la empresa independientemente del sistema de contratación. Por lo tanto, estaremos ante una discriminación indirecta en materia salarial al tratarse de una práctica aparentemente neutra que provoca el efecto de fijar salarios superiores para los hombres que para las mujeres.

Acciones:

- Establecer sistemas de remuneración por rendimiento (fijo + objetivos claramente definidos).
- Eliminación de los pluses voluntarios.
- Garantizar que en cada categoría de puesto directivo se pueda acceder a la misma retribución si se cumplen unos determinados objetivos claramente definidos.

Ceses y extinciones.

La mayoría de los ceses son por jubilación o bajas voluntarias y afectan en un 90% al colectivo masculino (ya que hay un altísimo porcentaje de hombres mayores y a que los hombres tienen más movilidad en el sector).

Aquí podría entenderse que en la empresa existe un remanente de mujeres que ni se jubilan, por edad, ni tienen mucha movilidad en el sector (esto podría ser más bien por aspectos socio-culturales relacionados con los estereotipos...) el caso es que habría que plantear medidas que consiguieran aprovechar esta parte de la plantilla, por medio de cursos para promoción de mujeres.

Conciliación de la vida familiar y personal.

De los resultados del diagnóstico se desprende que si bien en la regulación convencional se constata la existencia de un horario flexible para las y los apoderados, tal horario se traduce en realidad en excesos de jornada no retribuidos, ya que las y los trabajadores hacen su jornada ordinaria en oficina y luego van a trabajar también por la tarde. No existen procedimientos para conciliar la vida familiar y personal.

Objetivo: establecer procedimientos para conciliar la vida personal, familiar y laboral.

Acciones:

- Revisar por qué el sistema de horario flexible no funciona y adoptar medidas correctoras.
- Eliminar reuniones de trabajo cercanas a la hora de salida.
- Establecer medidas de valoración del trabajo por objetivos en vez de fomentar la cultura presencial en la empresa.
- Para procedimientos más generales habría que entrar en temas de posibilidad de excedencias cortas, extensión del permiso de maternidad/paternidad, reducción de jornada, establecimiento de elección preferencial de vacaciones para personas con responsabilidades familiares, fomento del teletrabajo cuando el puesto lo permita, etc.

Formación.

Objetivos:

- Sensibilizar a toda la plantilla en la importancia de conseguir la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y en cuestiones de igualdad de género.
- Formar a los mandos intermedios y directivos en igualdad de género.

Acciones:

- Realizar unas jornadas de sensibilización de 8 horas de duración para toda la plantilla (dividida en tantos grupos como se requieran) en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
- Realizar una charla informativa para toda la plantilla en la que se explique la Ley para la Igualdad en lo relativo al ámbito de la empresa.
- Formar a los mandos intermedios y a la alta dirección mediante un curso específico de igualdad de oportunidades y perspectiva de género en la empresa.

Bibliografía

- AMORÓS, Celia (directora) [1995]: *10 palabras claves sobre mujer. Verbo Divino*, Navarra.
- COMISIÓN EUROPEA [1992]: *Código práctico encaminado a combatir el acoso sexual en el trabajo*.
- COMISIÓN EUROPEA, *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions –Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010– COM(2006)92 final*.
- COMISIÓN EUROPEA [2006]: *European Handbook on Equality Data*.
- COMISIÓN EUROPEA [2008]: *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions. L'égalité entre les femmes et les hommes*.
- GIDDENS, Anthony [1998]: *Sociología*. Alianza, Madrid.
- INSTITUTO DE LA MUJER [2007]: *Manual para elaborar un Plan de igualdad en la empresa. Aspectos básicos*.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Mujeres y Hombres en España 2007*.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Población Activa*.
- LÓPEZ, Luis M. [2000]: «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la constitución de 1978» en *Mujer y Constitución en España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 19-42.
- LOUSADA, J. Fernando [2005]: «La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral» en *Cuadernos de Derecho Laboral*, n.º 7, págs. 321-392.
- MILLET, Kate [1975]: *Política sexual*. Aguilar, Madrid.
- MURILLO, Soledad [2006]: *El mito de la vida privada: de la entrega al tiempo propio*. Siglo XXI Editores. Madrid.
- PHILIPPIN, Yves [2006]: «L'entreprise prend des couleurs» en *Le Journal du Dimanche*, artículo publicado el 14 de mayo de 2006.
- PHILIPS, Kaia y EAMENTS, Raul [2004]: «Parliament passes Gender Equality Act» en *European industrial relations observatory on line*. Estonia.
- SALTZMAN, Jane [1992]: *Equidad y Género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*. Cátedra, Madrid.
- SÁNCHEZ, Esther [2006]: «La igualdad real en el trabajo como obligación jurídica o como compromiso social» en *La calidad en la ocupación*. I Jornadas de Inspección de Trabajo el 6 y 7 de octubre. Generalitat de Catalunya, Dirección General de Relaciones Laborales.
- SIMÓN, Hipólito, [2006]: «Diferencias salariales entre hombres y mujeres en España: una comparación internacional con datos emparejados empresa-trabajador» en *Investigaciones Económicas*, vol. XXX (1), Universidad de Alicante e Instituto de Economía Internacional, págs. 55-87.
- WALKER, Stephen, y BARTON, Len (editores) [1983]: *Gender, class and education. The Falmer Press*. Nueva York.