

**Extracto de:** Wilfredo Sanguinetti Raymond, “*La negociación colectiva sobre acceso al empleo de la mujer: el lento avance de la igualdad*”, documento inédito elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “La igualdad de género en la negociación colectiva de Castilla y León: análisis interdisciplinar”, financiado por la Consejería de Educación de Castilla y León.

## **VI. La intervención sobre el acto mismo de la contratación: la novedosa inclusión de medidas de acción positiva**

Un último pero decisivo momento sobre el que la negociación colectiva está en condiciones de incidir a los efectos de combatir la discriminación de las mujeres en el acceso al empleo es el de la contratación. El instrumento para ello está representado por la introducción de cláusulas que regulen preferencias o reservas en materia de contratación en provecho de las mujeres. Como es obvio, este tipo de estipulaciones no son legítimas con carácter general, dado que introducen una muy grave restricción en la libertad de contratación empresarial y suponen además un perjuicio importante para los aspirantes del sexo masculino, que ven preteridas sus expectativas de contratación como consecuencia de su aplicación. No obstante, resultan legítimas cuando de lo que se trata es de combatir situaciones sistemáticas de discriminación en perjuicio de las mujeres.

La posibilidad de introducir cláusulas de esta naturaleza en los convenios colectivos se encuentra expresamente prevista dentro de nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 43 de la Ley Orgánica de Igualdad, de acuerdo con el cual “*mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo*”. Las medidas de acción positiva son un peculiar instrumento de fomento de la igualdad a través del cual se trata de superar la dimensión formal e individual de este principio para atender a su faceta material y colectiva. Lo que las caracteriza es su propósito de corregir las situaciones de desigualdad generalizada de partida mediante la asignación de un trato singular más favorable a los integrantes del colectivo perjudicado. No se trata, en consecuencia, de medidas de reacción contra actos discriminatorios concretos, sino de un instrumento concebido para contrarrestar las conductas discriminatorias sistemáticamente aplicadas, a partir de la constatación de su existencia mediante de datos estadísticos o informaciones de carácter general y recurriendo a actuaciones de favor que suponen una ruptura del trato igualitario entre los colectivos afectados.<sup>1</sup> En el caso particular del acceso al empleo de la mujer, esta clase de medidas se concreta, como puede presumirse, en la previsión de tratamientos preferenciales en la contratación en favor de las mujeres, que garanticen a éstas prioridad sobre los competidores del sexo masculino que aspiren al mismo puesto de trabajo.<sup>2</sup> La virtualidad del artículo 43 de la Ley Orgánica de Igualdad es, en este sentido, la de habilitar de manera expresa a la negociación colectiva para recurrir a este tipo de medidas dentro del articulado de los convenios colectivos, despejando así cualquier duda en torno a su legitimidad.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> En general sobre esta clase de medidas, puede verse la monografía de G. Fabregat Monfort, **Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria**, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, passim, así como la bibliografía citada por la autora.

<sup>2</sup> Nuevamente, G. Fabregat Monfort, op. ult. cit., pág. 19, con cita de M. Rosenfeld.

<sup>3</sup> Como destaca, F. Lousada Arochena, “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, **Revista de Derecho Social**, 2008, núm. 41, pág. 50.

En consecuencia, la introducción de medidas de acción positiva es una opción plenamente legítima, que se encuentra a siempre a disposición de los sujetos negociadores de los convenios colectivos. Estos no deben perder de vista, de todas formas, que la posibilidad de introducir preferencias o reservas en la contratación en beneficio de las mujeres se encuentra sujeta a unos límites y unas exigencias muy precisos, cuya razón de ser se encuentra, como es fácil de comprender, en la necesidad de que las restricciones que a través de ellas se ocasionan a la libertad de contratación y el derecho al acceso al empleo de los demás trabajadores no se vean sacrificados con carácter general sino únicamente cuando ello resulte estrictamente necesario y, además, en la menor medida posible. En particular, deberán tener en cuenta que la puesta en práctica de estas medidas sólo se encuentra justificada en tanto exista una situación de real desigualdad o infrarepresentación de las mujeres respecto de los varones en lo que al acceso al empleo se refiere dentro del ámbito para el que se prevé su aplicación; que su mantenimiento sólo procede mientras esa situación persista; y que la preferencia en beneficio de las mujeres que establezcan no puede ser absoluta e incondicionada, ya que ello supondría un sacrificio desproporcionado de las expectativas de los trabajadores del sexo opuesto, sino que deberá estar supeditada la concurrencia en las trabajadoras que de ellas se beneficien de méritos o condiciones de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo al menos similares a las de los aspirantes varones.<sup>4</sup>

Estas condiciones, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia comunitaria, aparecen recogidos, bien que de forma implícita y de algún modo singular, en el apartado 4 del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, introducido a tal efecto por la Disposición Adicional Undécima de la Ley Orgánica de Igualdad. De acuerdo con este precepto, la negociación colectiva *“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 del que se trate”*. Como se puede apreciar, la norma cumple con incluir la exigencia de que entre los candidatos al puesto haya *“igualdad de condiciones de idoneidad”*. No obstante, no supedita su validez a la comprobación de la existencia de una situación previa de sistemática desigualdad en la contratación en perjuicio de las mujeres; de la misma manera que tampoco condiciona su mantenimiento a la permanencia de la misma. Antes bien, opta por eludir la referencia a ambos requisitos mediante la atribución a estas cláusulas de un carácter neutro desde la perspectiva del género. Para su estipulación no hace falta, en este sentido, ni demostrar que el colectivo femenino se encuentra infrarrepresentado respecto de los varones, ni que esta situación se mantiene, en la medida en que las *“reservas y preferencias en las condiciones de contratación”* que pueden establecerse no operan aquí exclusivamente en provecho de las mujeres, sino de *“las personas del sexo menos representando en el grupo o categoría profesional del que se trate”*. De tal modo, la infrarrepresentación y su permanencia se mantienen, como no podía ser de otro modo, como criterios fundadores de esta clase de medidas, pero su existencia no es una que deba comprobarse con carácter previo a su estipulación, sino más bien a la hora aplicación, mediante la determinación de que quien se beneficia con su aplicación pertenece al *“sexo menos representado”*. Ello, como es natural, beneficiará en la mayor parte de los casos a las mujeres, en tanto colectivo normalmente afectado por las discriminaciones sistemáticas en el acceso al empleo, aunque eventualmente es capaz de aprovechar

---

<sup>4</sup> Véase, con especial atención al origen en la jurisprudencia comunitaria de estos requisitos, R. Sastre Ibarreche, “La acción positiva para las mujeres en el Derecho Comunitario”, **Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, 2004, núm. 6, passim.

también a los trabajadores del sexo masculino. Un resultado que, aunque a primera vista pudiera causar cierta perplejidad, es capaz de desplegar en último término también un efecto beneficioso, en este caso al objeto de combatir la segregación ocupacional horizontal de las mujeres, puesto que servirá de ordinario para poner en tela de juicio la feminización que caracteriza a ciertas tareas, funciones o actividades, rompiendo con los estereotipos que conducen a su adscripción exclusiva a las mujeres.

Hasta hace bien poco, las experiencias de inclusión en los convenios colectivos de medidas de acción positiva en la contratación eran, además de muy escasas, poco satisfactorias, toda vez que los negociadores no terminaban de decidirse a atribuirles eficacia directa e inmediata, inclinándose más bien por recomendar su aplicación o supeditarla a una decisión empresarial en tal sentido.<sup>5</sup> Que esta tendencia está cambiando, y además de manera relevante, lo demuestra el estudio de los convenios colectivos negociados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Igualdad en una región como la castellano-leonesa, que no tiene en principio por qué ser considerada puntera en materia de negociación colectiva. La más importante novedad que se aprecia en la práctica negociadora reciente de la región está constituida, precisamente, por la presencia de referencias a las medidas de acción positiva en un número no desdeñable de convenios colectivos, superior a la decena, con predominio además de aquellos que optan por atribuir a las mismas una configuración que asegura su aplicación directa e inmediata, no necesitada de ningún complemento decisional a nivel empresarial para desplegar sus efectos.

En un par de supuestos, lo que hacen los convenios es, simplemente, hacer referencia a las medidas de acción positiva como contenido recomendable o principal de los planes de igualdad que se negocien a nivel de empresa con posterioridad.<sup>6</sup> En otro, en cambio, se da un paso más, bien de alcances no del todo definidos, al recoger de manera expresa en su texto el contenido típico de una cláusula de esta naturaleza, pero sin dejar suficientemente clara su naturaleza preceptiva, al señalar, sin precisiones adicionales, que su “*utilización*” constituye uno de los “*pilares*” de la “*política de igualdad*” de la institución que lo suscribe.<sup>7</sup> La mayor parte de las veces en las que los sujetos negociadores han decidido incluir este tipo de medidas, en concreto en una decena de convenios, sin embargo, el texto de las mismas deja poco margen para la

---

<sup>5</sup> Véase, F. Fernández Prol, “Igualdad por razón de sexo ..”, cit., pág. 118-119, con referencia al muy divulgado artículo 18 del XV Convenio Colectivo de la Industria Química, que sin embargo ve mediatizada su aplicación por la exigencia de su artículo 11 de que las consecuentes “*exclusiones, reservas y preferencias en las condiciones de contratación*” se establezcan, en su caso, a nivel de empresa. Otro ejemplo proporcionado por la autora es el del artículo 5 del II Convenio Colectivo de Repsol YPF, a través del cual se dispone que “*en materia de contratación, se promoverá el que, a igual mérito y capacidad se contemple positivamente el acceso del género menos representado en el grupo profesional del que se trate*”. Es obvio que, como afirma la autora, esta cláusula “*no encierra una medida de acción positiva en sentido estricto*”. Si así fuese, su tenor sería terminante a la hora de disponer que se contratará a quien pertenezca al género menos representado.

<sup>6</sup> El primero es el caso del convenio del sector de la Industria Siderometalúrgica de Burgos (artículo 61). Más explícito en cuanto a la conveniencia de su recepción es el II Convenio Colectivo de la Unión General de Trabajadores de Castilla y León, en el que se indica que el Plan de Igualdad que las partes se comprometen a negociar, “*se estructurará mediante medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo*”. (artículo 42).

<sup>7</sup> Se trata del convenio Colectivo para el Personal de la Oficina Provincial de Cruz Roja Española de Salamanca, donde se afirma que la entidad “*asume la Política de Igualdad que establece el Plan de Igualdad que el Comité Nacional de la Institución ha aprobado*”, entre cuyos “*pilares*” se destaca, entre otras medidas, la “*utilización de acciones positivas consistentes en otorgar el puesto de trabajo, en igualdad de condiciones, al candidato/a cuyo sexo esté subrepresentado en el puesto de trabajo a cubrir*” (Capítulo XIII).

duda en cuanto a su carácter obligatorio. La fórmula elegida en estos casos es, con una sola excepción, la misma, lo cual nos revela la existencia de una incipiente política contractual compartida por los agentes negociadores en esta dirección. En concreto, y más allá de algún pequeño matiz en la redacción, lo que se hace es incluir en los convenios una cláusula del siguiente tenor:

*“Para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, formación y promoción, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional del que se trate”.*<sup>8</sup>

Como es fácil de apreciar, la particular técnica a la que se recurre no es otra que reproducir, precedida de una suerte de “preámbulo” en el que se destaca el propósito de la medida, la redacción de la parte final del apartado 4 del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores. No hay, en este sentido alusión alguna a la existencia de una previa situación de sistemática postergación de las mujeres respecto de ciertos puestos o actividades, ni tampoco una supeditación de su aplicación a la demostración de su mantenimiento, sino una doble exigencia: a) que entre los candidatos al puesto de trabajo, por hipótesis pertenecientes a géneros distintos, exista “*igualdad de condiciones de idoneidad*”; y b) que uno de ellos pertenezca a un género que se encuentre “*menos representado en el grupo profesional del que se trate*”. En consecuencia, si se presentan ambas condiciones, es decir si en un concreto proceso de selección la idoneidad de los candidatos de distinto género es similar y existe una diferencia de “representación” entre sus respectivos sexos, el efecto previsto por la cláusula despliega toda su eficacia sin necesidad de ningún tipo de complemento decisional por parte del empleador. Simplemente, como indica la cláusula transcrita: tendrá “*preferencia*” para ser contratado aquel que pertenezca al género que padece el déficit de representación.

---

<sup>8</sup> El texto reproducido ha sido extraído del convenio del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Valladolid (artículo 16). Cláusulas de un tenor literal casi idéntico aparecen igualmente en los siguientes convenios sectoriales: para las Actividades de Limpieza, Abrillantado y Pulimento de Edificios y Locales de Salamanca (artículo 34), del Comercio en General de Segovia (artículo 25), y de Industrias de Tintorería y Limpieza de Ropa, Lavanderías y Planchado de Ropa de León (artículo 45). Y también en los siguientes convenios de ámbito empresarial o inferior: de Aqualia Gestión Integral del Agua (artículo 15), para el personal de la Planta de Residuos Sólidos Urbanos “Los Huertos” de la empresa Fomento de Construcciones y Contratas (artículo 6), del Balneario de Ledesma (artículo 11), y de Urbaser-Planta de Tratamiento de Residuos Urbanos de Ávila Norte (artículo 6). Un caso en parte especial es el del Plan de Igualdad de ASPRODES FEAPS Salamanca, que emplea la siguiente redacción: “*en los procesos de selección de personal referidos a grupos profesionales en los que la distribución de la plantilla no tiene una composición equilibrada, la empresa adoptará una decisión de acción positiva hacia el sexo menos representado en los casos en que haya una valoración global idéntica, sobre todo en las vacantes que se produzcan en las categorías de cuidadoras y operarios*”. Es importante observar que la presencia de esta cláusula en proporciones casi idénticas en convenios de sector y de empresa pone en tela de juicio el criterio sostenido con frecuencia de que su inclusión constituye una materia propia del ámbito empresarial más que del de rama. Esto es así, naturalmente, si su configuración debe partir de la constatación efectiva de la existencia de una situación de infrarrepresentación del colectivo femenino, ya que esta comprobación sólo puede hacerse en relación con un contexto empresarial preciso y previamente delimitado. No obstante, al independizarse su diseño de este elemento por influencia del texto del artículo 17.4 del Estatuto de los Trabajadores, se abre la posibilidad de que estas cláusulas puedan ser incluidas, como efectivamente ha ocurrido, también en los convenios de sector, con la consecuente multiplicación de su impacto.

La redacción así dada a la cláusula puede parecer, ciertamente, poco imaginativa. Sin embargo, tiene al menos una cuádruple ventaja. Y es que, además de dejar claro desde un inicio el carácter preceptivo de su aplicación, el texto citado permite soslayar la necesidad de la comprobación de la existencia de una situación previa de discriminación social en perjuicio de las mujeres, que además plantear las consiguientes dificultades prácticas, limita su potencial aplicación exclusivamente a los puestos de trabajo, tareas o funciones en las que la misma se produzca de manera efectiva. Con el tenor transcrito, en cambio, la cláusula es capaz de desplegar su efecto en relación con cualquier puesto de trabajo o tarea, con la sola condición de que se compruebe que, en el momento de su aplicación, las mujeres son, en ellos, “*el género menos representado*”. A estas dos ventajas se suma la constatación de que, como se ha destacado ya, incluso en los supuestos en que su aplicación beneficia a un trabajador del género masculino, este resultado despliega un efecto positivo de ruptura de la segregación horizontal que padecen las mujeres, al ser aplicable por hipótesis a funciones o tareas caracterizadas por un alto grado de feminización. Finalmente, es preciso tener en cuenta que, con esta formulación neutra desde la perspectiva del género, se evita que estas cláusulas puedan tener un no deseable efecto *boomerang* de carácter simbólico sobre las mujeres, capaz de degradar la valoración social de su trabajo.<sup>9</sup> Cosa que puede ocurrir, en cambio, cuando éstas son concebidas como medidas en provecho exclusivamente de ellas.

El único aspecto en el que estas cláusulas requieren de mayor precisión es el relativo a la forma de determinar la existencia de las situaciones de “*igualdad de condiciones de idoneidad*” que desencadenan su aplicación. Aquí debe tenerse presente, antes de nada, que las condiciones de idoneidad a tener en cuenta no deben guardar relación con la adscripción de la persona a un determinado sexo, ni derivarse de la asignación de un valor especial a aptitudes o destrezas que sean propias él, salvo situaciones excepcionales en las que ello guarde relación con el puesto de trabajo del que se trate. Además, aunque parezca obvio, es importante advertir que resulta prácticamente imposible encontrar a dos personas que reúnan exactamente los mismos méritos. Y que, por tanto, la aplicación de esta exigencia de igualdad en las condiciones de idoneidad debe entenderse referida a “*méritos de igual valor*”.<sup>10</sup> Con ser adecuado, sin embargo, este criterio deja sin resolver la delicada cuestión de los procedimientos y métodos a emplear para la valoración de los méritos a los efectos de determinar su equivalencia. Del tenor mismo de la cláusula objeto de comentario, así como del propósito igualatorio que la inspira, se desprende la necesidad de que esa valoración deba responder a criterios objetivos, susceptibles a demás de mensuración y comparación. Una plena consecución de este resultado, y a través de él una plena efectividad de este mecanismo sólo puede ser garantizada si su introducción se ve complementada por la inclusión, en el propio convenio colectivo, de métodos de selección del personal y ponderación del mérito basados en pruebas, baremos u otros instrumentos que garanticen una ponderación neutral y equitativa de las condiciones de cada aspirante.<sup>11</sup> De allí que, al lado de la difusión de estas cláusulas a la mayor parte de actividades en las que existan diferencias de acceso al empleo en perjuicio de las mujeres, una de las grandes tareas de

---

<sup>9</sup> Sobre el posible efecto *boomerang* de carácter simbólico de las medidas de acción positiva en general, véase A. Álvarez del Cubillo, “Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”, **Relaciones Laborales**, 2010, núm. 1, especialmente pág. 63.

<sup>10</sup> Según propone, A. Álvarez del Cubillo, op. ult. cit., pág. 57, citando a J. Shaw.

<sup>11</sup> La recomendación de vincular ambos instrumentos aparece en el Informe del Consejo Económico y Social, **La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres**, Madrid, Madrid, 2003, pág. 75.

la negociación colectiva de los años futuros sea la de combinarlas con sistemas que garanticen su aplicación objetiva, no vinculada, a su vez, a criterios sexistas o estereotipados.