

IGUALDAD EFECTIVA POR RAZÓN DE GÉNERO Y POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

I. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO: LAS FUNCIONES DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El Derecho del Trabajo y los sistemas de relaciones de trabajo han venido funcionando tradicionalmente bajo los esquemas de un modelo de destinatario del contrato de trabajo típico: trabajador masculino, entre 18 y 60 años, con formación adecuada a los requerimientos del mercado, con contrato estable y sin asumir ningún tipo de responsabilidad familiar impeditiva o limitativa de su total disponibilidad para la empresa. Pese a los esfuerzos realizados en el mundo, en Europa y en el interior de cada uno de los Estados, la incorporación masiva de las mujeres al denominado “trabajo productivo” continúa siendo objeto de una persistente y generalizada situación de exclusión y de discriminación por razón de género en el mercado de trabajo.

En el momento actual, puede afirmarse con contrastados datos empíricos⁽¹⁾ que la causa última de la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales no reside en el sexo, sino en el género: el sexo presenta

(1) Por todos los documentos de referencia, véase el recientemente lanzado por la OIT a comienzos de 2015, La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo (Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión). Ginebra, 2015, con datos específicos sobre la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y los ámbitos de desigualdad persistentes.

connotaciones diferentes al género⁽²⁾. El sexo se encuentra directamente relacionado con la propia identidad sexual (varón, mujer), por lo que contiene elementos de índole biológica; el género, por el contrario, posee connotaciones fundamentalmente de carácter ideológico y cultural, aludiendo a la forma de integración de la persona en una sociedad que le asigna una serie de funciones predeterminadas y le confiere valores diferentes en razón de las funciones atribuidas. La discriminación practicada sobre la mujer no tiene que ver con el sexo biológico, sino con el género femenino; el primero, inmodificable, por tratarse de un factor natural; el segundo, en cambio, se manifiesta como factor susceptible de alteración o modificación porque no es otra cosa que un producto cultural. Las funciones sociales atribuidas a hombres y mujeres en razón del sexo son diferentes, eso es bien sabido; pero, además, es preciso destacar cómo el valor otorgado a las funciones sociales tradicionalmente asignadas a las mujeres, como colectivo social específico, se manifiestan generalmente con un valor inferior a las atribuidas a los varones. Por ello, las mujeres ocupan una posición social y económica caracterizada por conductas, actos y prácticas de desventaja y de discriminación. Esa situación se refleja continuamente en los datos estadísticos emanados de organismos oficiales internacionales, regionales y nacionales relativos a las condiciones de acceso al empleo, así como de la presencia, continuidad y promoción de las mujeres en los sistemas de relaciones de trabajo.

La discriminación de un colectivo, de cualquier colectivo social, en razón de la inferior valoración de los roles sociales atribuidos al mismo se opone abiertamente al principio de igualdad y al valor de la dignidad⁽³⁾, al reconocimiento de igual dignidad de los seres humanos, un valor común en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos en el mundo contemporáneo⁽⁴⁾.

La normativa antidiscriminatoria, ampliamente desarrollada en Europa desde la segunda mitad del siglo XX, pero con especial énfasis a comienzos del siglo XXI, ha venido a cumplir tres funciones específicas. Una, de carácter **preventivo**:

-
- (2) Vid. PÉREZ DEL RÍO, T., "*Tiempo de trabajo: una óptica de género*", en AA.VV. *Tiempo de Trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2007, p. 267-268.
 - (3) Esta situación de discriminación culturalmente consolidada obliga a repensar el concepto de dignidad, vid. SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A., "*Fundamento constitucional de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política*", RMTAS, 2007, número extraordinario, *Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, p. 22.
 - (4) Ampliamente, sobre el valor de la dignidad humana en las relaciones de trabajo y su tutela en la Constitución española de 1978, vid. RAMÓS QUINTANA, M. I., *La dignidad de la persona en las relaciones de trabajo*, en AA.VV., *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010 (Libro homenaje a María Emilia Casas)*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, Banco de Santander, 2015, p. 241-278.

la producción normativa creada señala a los poderes públicos y a los particulares que la igualdad implica la no tolerancia y prohibición de una serie de conductas; otra, de carácter **tutelar**: el sistema jurídico antidiscriminatorio trata de eliminar cualquier actuación discriminatoria recurriendo a instrumentos administrativos y judiciales conducentes a la reparación del derecho vulnerado y, en su caso, al resarcimiento del daño a las víctimas de tales comportamientos; por último, otra función de carácter **promocional**: más allá de la prohibición y de la sanción se encuentra la actividad normativa conducente al fomento de la igualdad y remoción de obstáculos materiales que impiden que la igualdad sea real y efectiva, llegándose así a la fundamentación de la validez y eficacia jurídica de las acciones positivas a favor de las mujeres.

1. El recorrido del principio de igualdad en las relaciones de trabajo: la contribución de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La evolución del alcance y dimensión del principio de igualdad desde su origen hasta el momento actual ha experimentado un largo recorrido: partiendo de ser considerado como simple principio inspirador de la política social –como ha ocurrido, particularmente, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea–, se ha transformado en verdadero derecho fundamental subjetivo, invocable directamente ante los tribunales. Y, desde otra perspectiva, de ser entendida la igualdad en un sentido absolutamente formal (homogeneidad y uniformidad de trato), actualmente es concebida en sentido material (atendiendo a las diferencias sociales y culturales existentes entre varones y mujeres e introduciendo un tratamiento adecuado que permita superar tales diferencias injustificadas). Originariamente, se partía de vetar la discriminación de carácter formal por razón de sexo, pero esa fase ha quedado ampliamente superada por más modernas y recientes consideraciones que permiten entender actualmente la igualdad efectiva con un alcance más extenso que se asienta sobre la noción más amplia del “género”, introduciendo en la literatura jurídica el “peso” de los factores culturales en los tratamientos discriminatorios enquistados y enraizados en la sociedad. El importante giro de comprensión de la igualdad no solo como contraria a todo tipo de discriminación abierta, directa o manifiesta, sino abarcando aquellos otros supuestos de discriminación indirecta merece ser destacado y recibir una valoración muy positiva en favor de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

En ese recorrido, sin duda alguna, ha intervenido de manera decisiva la legislación (internacional, de la Unión Europea y de los diferentes Estados), pero también la jurisprudencia, mediante una contribución que por fuerza debe calificarse como decisiva, haciendo del momento aplicativo de las normas y de la

interpretación de su sentido y alcance un verdadero ejercicio de creación y producción jurídica. Especialmente relevante ha sido la contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano que ha elaborado un copioso corpus jurisprudencial sobre la igualdad y no discriminación por razón de género verdaderamente determinante de cambios políticos, sociales y jurídicos en los países de la Unión y con una clara influencia en los cambios normativos experimentados en sus sistemas de relaciones de trabajo⁽⁵⁾.

Tempranamente, el Tribunal estableció que son contrarias al Derecho Comunitario las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras que, sin embargo, perjudican de manera desproporcionada a los miembros de un grupo social a causa de su pertenencia al mismo y que no se justifican objetivamente o por una razón o condición necesaria relacionada con la persona en cuestión, o extraña a toda discriminación fundada en el sexo (SSTJCE en los Asuntos Jenkins [STJCE de 31 de marzo de 1981, Asunto C-96/80], Danfoss [STJCE de 17 de octubre de 1989, Asunto C-109/88], Cadman [STJCE de 3 de octubre de 2006, Asunto C-17/05], entre otras).

Algunos aspectos laborales han sido, especialmente, objeto de valoración por el Tribunal, terminando por ser considerados como criterios potencialmente justificativos de prácticas indirectamente discriminatorias: la formación profesional, la flexibilidad y la adaptabilidad en el trabajo, la antigüedad y la calidad productiva en el trabajo (doctrina establecida en la STJCE de 17 de octubre de 1989 [Handels os c. Danfoss, asunto 109/88]. En el caso examinado en la STJCE de 9 de febrero de 1999, caso Nicole Seymour-Smith y Pérez, rescata el concepto clásico de discriminación por sexo de carácter indirecto, exigiendo una justificación de los tratos diferenciados basados en criterios de necesidad estricta. Muy conocida y utilizada ha sido la STJCE de 8 de noviembre de 1990 (Asunto Dekker), en la que se consideró discriminatoria por razón de sexo la no contratación de una trabajadora a causa de su embarazo, inaugurando una construcción jurisprudencial rotunda y totalmente contraria en relación con prácticas empresariales en las que el embarazo se convierte en factor de discriminación en el trabajo.

Entre los múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria europea, es referencia indispensable la fundamentación jurídica de las acciones positivas en favor de las mujeres, precisamente, para remontar situaciones de desigualdad originarias. La STJCE de 17 de octubre de 1995 (caso Kalanke) dio la

(5) Hasta la aprobación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Lisboa, 2007), la denominación del Tribunal fue "Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", siendo comúnmente objeto de referencia por sus siglas TJCE.

impresión de que el Tribunal solo estaba dispuesto a admitir las acciones positivas que inciden en el camino, esto es, en los procesos o procedimientos en los que se discute la existencia o no de discriminación, pero su relevancia histórica ha quedado de manifiesto, por cuanto dicha sentencia inauguró la etapa que finalmente conduciría a proscribir las discriminaciones que inciden en el resultado. Realmente se produce un avance notable en el reconocimiento normativo de las acciones positivas a partir del Tratado de Ámsterdam, que da nueva redacción al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y cuyo artículo 141.1 ya admite expresamente el ejercicio de acciones positivas en favor de las mujeres cuando sean precisas para garantizar una igualdad real y efectiva no solo en los procedimientos utilizados en el ámbito de las relaciones de trabajo, sino también cuando la igualdad no se alcanza en el resultado. Una clara manifestación de esta concepción de las acciones positivas puede apreciarse en la STJCE de 11 de noviembre de 1997 (caso Marshall), la cual admitió las acciones positivas que inciden en el resultado –con relevancia indiscutible en el régimen de cuotas y los criterios de méritos exigibles tanto a hombres como a mujeres, jurisprudencia que luego se consolida en las SSTJCE de 28 de marzo de 2000 (caso Badeck) y de 6 de julio de 2000 (caso Abrahamsson)–.

Eficaz particularmente ha sido la tutela antidiscriminatoria o el acopio de medidas e instrumentos jurídicos establecidos con el fin de garantizar la erradicación de prácticas discriminatorias. Las técnicas relativas al reparto de la carga de la prueba y la inversión de dicha carga, siendo el empresario el obligado a aportar pruebas justificativas de la inexistencia de trato discriminatorio cuando las trabajadoras aportan indicios o elementos objetivos que permiten a los órganos judiciales deducir presuntas prácticas contrarias a la igualdad entre hombres y mujeres es uno de los más importantes logros del recorrido de la igualdad. El derecho antidiscriminatorio ha encontrado en la inversión de la carga de la prueba uno de los mecanismos más potentes para garantizar la tutela de la igualdad por razón de género. La aportación jurisprudencial sobre este extremo ha sido verdaderamente crucial, obligando a los ordenamientos internos de cada país miembro de la Unión Europea a efectuar las adaptaciones correspondientes a esta técnica jurídica de tutela antidiscriminatoria. Son verdaderamente significativos algunos de los asuntos de los que llegó a conocer el TJCE, entre los que resulta obligado citar la sentencia Danfoss, de 17 de octubre de 1989, así como las SSTJCE Kowalska, de 27 de junio de 1990; Bilka, de 13 de mayo de 1986; Hill y Stapleton, de 17 de junio de 1998; Jorgensen, de 6 de abril de 2000, sin dejar de citar la STJCE de 27 de octubre de 1993, caso Enderby.

Precisamente, sobre el acceso a los tribunales en reclamaciones por supuestas discriminación, la STJCE de 22 de septiembre de 1998 (Asunto C-185/1997,

caso Coote) estableció que la normativa comunitaria impone a los Estados miembros la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación “pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional”.

Uno de los núcleos fuertes de la construcción del derecho antidiscriminatorio ha encontrado en el embarazo y la maternidad campos específicos de intervención y sus repercusiones en la relación de trabajo: la STJCE de 18 de marzo de 2004 (asunto C-342/01, Merino Gómez), permitió que una trabajadora pueda disfrutar de sus vacaciones en un periodo distinto al de su permiso de maternidad, incluso en los casos de vacaciones fijadas colectivamente para toda la empresa, aunque ello implicara superar el periodo anual normalmente establecido para que las vacaciones se hicieran efectivas. Con anterioridad, la STJCE del 4 de octubre de 2001, en el asunto Jiménez Melgar vs. Ayuntamiento de los Barrios, el Tribunal estableció que el órgano judicial ha de comprobar si la falta de renovación de un contrato de trabajo, cuando este forma parte de una sucesión de vínculos de duración determinada, ha estado efectivamente motivado por el embarazo de la trabajadora o por alguna otra causa de discriminación de las proscritas por el ordenamiento jurídico. Igualmente, la STJCE del 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker, C-177/88 señaló que la discriminación por razón del embarazo constituye una manifestación de la discriminación por razón de sexo no solo aplicable al despido, sino también al acceso al empleo y a cualquier otra condición de trabajo. De nuevo en relación con el embarazo y su influencia en la decisión empresarial de despido, la STJUE del 14 de julio de 1994, asunto *Webb*, C-32/93, señaló que lo que pretende la normativa comunitaria es la prevención del “riesgo” que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia; en dicho riesgo se incluye como algo particularmente grave incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo.

Las proscripciones de los despidos con causa en el embarazo de la mujer trabajadora vuelven a ser analizadas en la STJCE del 11 del octubre de 2007 (C-460-06), que considera prohibido notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo durante el periodo de protección, y también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho periodo: una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo es discriminatoria, cualquiera que sea el momento en que se notifique esta decisión de despedir e incluso se notifique una vez finalizado el periodo de protección, por lo que la protección habrá de ser análoga a la brindada a los supuestos de notificación dentro de plazo.

Algunos pronunciamientos judiciales, especialmente sancionadores para España, han entrado a valorar la repercusión del trabajo a tiempo parcial en las pensiones de Seguridad Social de las mujeres, observándose cómo una legislación aparentemente “neutra” provoca en el colectivo de las mujeres discriminaciones de forma indirecta: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11, Elbal Moreno) consideró que la normativa española que regulaba los requisitos de acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, era contraria a lo dispuesto en la Directiva 79/7/CEE, por exigir un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía equitativamente reducida a la parcialidad de su jornada.

2. Desigualdad persistente en numerosos ámbitos de las relaciones de trabajo

Por lo que al ámbito específico del empleo se refiere, en el mercado de trabajo funcionan múltiples estereotipos sexistas acerca del trabajo de las mujeres y de los empleos que pueden ocupar. Pese a disponer de elevados niveles de educación, las mujeres se concentran en determinados sectores (salud, servicios sociales, educación, comercio, administración pública...) y en profesiones tradicionalmente consideradas femeninas (trabajadoras domésticas, comercio, cuidadoras, personal administrativo...). Tendencialmente, el empleo femenino se registra e incrementa en sectores dominados ya por las mujeres. Deben igualarse las condiciones de acceso a la protección social de mujeres y hombres: la reducción de jornada por motivos familiares, el uso de permisos maternales y parentales para el cuidado, el empleo ATP y temporal, la segregación y discriminación salarial son elementos que inciden directamente en la reducción de la cuantía y duración de las prestaciones de las mujeres, especialmente en desempleo y jubilación. Estas cifras permiten deducir las inevitables repercusiones sobre los ingresos a lo largo de su carrera laboral, la protección social y las pensiones.

Si bien el nivel de formación de las mujeres ha aumentado considerablemente en los últimos años (el Informe para la Igualdad [Unión Europea] , año 2010, señala que actualmente hay más mujeres que hombres que obtienen un título universitario: 59 % de tituladas en todas las materias en la UE en 2006, las mujeres siguen concentrándose en sectores productivos tradicionalmente feminizados y a menudo peor remunerados (sanidad, servicios asistenciales, educación) y ocupan menos puestos de responsabilidad en todos los ámbitos de la sociedad.

En materia salarial, la brecha salarial entre mujeres y hombres se mantiene por encima del 20 % sin que haya síntomas de que ese nivel se esté rebajando,

conforme señala el documento de la OIT más arriba citado *La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo* (Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión), el cual, asimismo, insiste en que las mujeres continúan ocupándose mayoritariamente de formas atípicas de trabajo y de trabajo familiar no remunerado.

Es preciso efectuar una revisión de la legislación para introducir mecanismos de control que detecten supuestos de discriminación, fomentando sistemas transparentes de clasificación profesional que valoren y retribuyan de igual forma las cualificaciones y la experiencia profesional. Más difícil resulta aproximarse al campo de la participación de las mujeres en la toma de decisiones. Se constata que la situación de las mujeres apenas ha variado en los últimos años en este punto, como con anterioridad quedó explicitado. Son necesarios objetivos claros y cuantificables, políticas específicas y medidas eficaces para alcanzar la paridad de mujeres y hombres, paridad que se considera un eje central de las políticas públicas y prioridad clave para lograr la igualdad a todos los niveles. Son apreciables resultados muy escasos en el área de investigación del Sector Público, así como en el área económica y financiera (apenas hay mujeres en la dirección de bancos y con una escasísima representación en los consejos de administración de grandes empresas).

No puede abandonarse la orientación y la perspectiva de género en las políticas de recuperación económica, en las medidas de estímulo y dinamización de la economía. Es preciso integrar dicha perspectiva en el diseño, puesta en marcha y ejecución y evaluación de las políticas activas y pasivas de empleo. Las políticas de protección social como salida a la crisis deben incorporar un tratamiento especial respecto del mayor riesgo de pobreza y exclusión social que deriva de los mayores niveles de desempleo registrados en las mujeres. Se corre el peligro de que la menor valoración y la inferior retribución salarial de las mujeres les coloque en mejor posición que los varones para un eventual “regreso al hogar” ante la falta de empleo, con lo que ello supone de retroceso social y político.

II. PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL MERCADO DE TRABAJO: LAS DIFICULTADES PARA OCUPAR PUESTOS DE ESPECIAL RELEVANCIA Y CARGOS DIRECTIVOS

Las mujeres representan en la actualidad algo más de la mitad de la población mundial; sin embargo, su contribución a la actividad económica, al bienestar y al crecimiento continúa estando muy por debajo de su verdadero potencial. El impacto y las consecuencias macroeconómicas de la constatación de

esta realidad han sido puestos de manifiesto en un informe del Fondo Monetario Internacional que constata la importante pérdida que para la economía supone desperdiciar el talento y el trabajo de las mujeres⁽⁶⁾. A pesar de los significativos progresos logrados en las últimas décadas, en todo el mundo los mercados de trabajo siguen manifestando como una de sus características más relevantes la división por géneros, pudiendo constatarse un cierto estancamiento en el avance hacia la igualdad de género. Una de las conclusiones más relevantes del Informe del FMI apunta hacia una realidad desigual entre hombres y mujeres: la participación femenina en la fuerza laboral se ha mantenido por debajo de la participación masculina. Tal segregación por género va acompañada de otros factores intrínsecos de desigualdad social, puesto que las mujeres realizan la mayor parte de los trabajos no remunerados, y, cuando tienen un empleo remunerado, están sobrerrepresentadas en el sector informal y entre la población pobre. A ello se suma la apreciación objetiva que se observa en el ámbito de la retribución: las mujeres continúan encontrándose ante significativas diferencias salariales frente a sus colegas varones.

Si bien el crecimiento y la estabilidad son necesarios para ofrecer a las mujeres las oportunidades que necesitan, la participación de la mujer en el mercado de trabajo también es parte de la ecuación de crecimiento y estabilidad. La tasa de participación femenina sigue siendo un 26 % inferior a la de los hombres, según datos ofrecidos recientemente por la OIT y dados a conocer en *La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo*, documento presentado por el director general de la OIT a la 104ª reunión de la Conferencia Internacional (2015)⁽⁷⁾.

En muchos países, las distorsiones y la discriminación en el mercado laboral restringen las opciones de las mujeres para conseguir un empleo remunerado, y la representación femenina en los altos cargos y entre los empresarios sigue siendo baja. Específicamente, en relación con la promoción profesional y el acceso de las mujeres a puestos de especial responsabilidad, la OIT ha dado a conocer un informe titulado “La mujer en la gestión empresarial. Cobrando impulso”⁽⁸⁾, cuya conclusión central puede ser resumida de la siguiente manera: Promover la igualdad de género en el lugar de trabajo, además de ser la opción justa, es la más inteligente.

(6) *Las mujeres, el trabajo y la economía: Beneficios macroeconómicos de la igualdad de género*. FMI. Departamento de Estrategias, Políticas y Evaluación y Departamento de Finanzas Públicas. Septiembre de 2013.

(7) Véase un comentario a la misma de RAMOS QUINTANA, M. I. En Trabajo y Derecho, Nueva Revista de actualidad y Relaciones Laborales, 2015, Nº 9.

(8) <http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_335674/lang--es/index.htm>.

La participación de las mujeres en la ocupación, y muy significativamente en aquellos puestos considerados de máxima responsabilidad, es una cuestión absolutamente relevante para conseguir el logro efectivo de una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este punto, resulta coincidente la conclusión alcanzada en el marco de esta investigación de la OIT con la ya avanzada a través del informe emitido por el FMI en el año 2013, antes señalado, y revela que los esfuerzos de investigación que se están realizando en diferentes organismos internacionales tratan no solo de verificar cuáles son las causas determinantes de la menor cuota de participación femenina en el mercado de trabajo, sino, de manera puntual y específica, por qué las mujeres no han llegado a ocupar puestos de máxima responsabilidad en el ámbito de la actividad económico –empresarial, pese a haber aumentado exponencialmente los niveles de formación y cualificación de las mismas.

El informe mencionado de la OIT, exactamente, tiene por objeto “demostrar los beneficios que pueden obtener las empresas que reconocen y apoyan el talento de la mujer”. Una pretensión que se encuentra en la base de algunos de los debates más relevantes sobre la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Actualmente, las investigaciones en este campo están centradas sobre la necesidad no solo del aumento de la ocupación femenina –que aún continúa necesitado de respuestas rápidas y eficaces–, sino también, y de modo específico, de la promoción profesional y el ascenso de las mujeres a puestos de responsabilidad y de relevancia en la toma de decisiones.

La aportación del talento de las mujeres y su contribución al desarrollo de competencias de dirección y organización es de mayor valor a medida que han aumentado sus niveles de formación. Un extremo resaltado en el informe de la OIT no únicamente como elemento de valor económico, sino como verdadero “recurso nacional”, en referencia a que las economías necesitan cada vez más conocimientos, especialización y tecnología. Pese a esa realidad, las mujeres continúan teniendo dificultades para romper “el techo de cristal” impeditivo del acceso a cargos de poder en las empresas, quedando al margen del ámbito de decisiones económicas.

Existen, sin duda, obstáculos de carácter cultural, como explicación a la persistente falta de acceso de las mujeres a cargos directivos en las empresas. Las pautas culturales tradicionales, a través de las cuales se asignan roles específicos a las mujeres de cuidados de la familia y de la organización del hogar, se encuentran en la base de esta cuestión y juegan un papel completamente desincentivador para que ellas logren asumir funciones profesionales que impliquen ejercicio de poderes directivos. Es cierto que cada vez es mayor el volumen de mujeres propietarias de empresas y que ocupan altos cargos, sin embargo, todavía no puede

decirse que la representación de la población femenina en la cúspide de la pirámide empresarial sea representativa de las competencias, experiencia y conocimientos adquiridos por las mujeres, especialmente en las economías desarrolladas. Se constata, asimismo, que a medida que las dimensiones de una empresa o una organización son mayores, más difícil será para una mujer ocupar el cargo de ejecutiva máxima.

La finalidad del informe de la OIT a que aquí se hace referencia no es otra que robustecer la comprensión de cuáles son los obstáculos que continúan impidiendo la progresión de las carreras profesionales de las mujeres en el mundo empresarial, exponiendo medidas aptas para hacer frente a esa situación, destacando cuáles evidencian las mejores prácticas experimentadas en el Sector Privado y cuales son las organizaciones que las representan. Un documento valiosísimo para cuantos estén interesados –poderes públicos, agentes económicos y sociales– en diseñar instrumentos y mecanismos que permitan el aprovechamiento al máximo del talento y capacidad directiva de las mujeres en el ámbito de la economía.

En el marco de los trabajos de campo realizados para la elaboración del informe destaca inicialmente el cuadro de resultados relativo a la tasa de participación de mujeres en puestos directivos de las empresas cotizadas en bolsa: países OCDE, menos del 5 %, lo que contrasta con países como China, que ya alcanzan el máximo porcentaje a escala mundial, 5,6 %. En este contexto, la Unión Europea ofrece un inexplicable panorama desolador: 2,8 %. En cuanto al porcentaje de mujeres que ocupan lugares en las juntas directivas, por países, Finlandia, Noruega, Suecia y Reino Unido superan el 20 %, mientras que Francia y Alemania se sitúan entre un 10-20 % y otros como Italia y España⁽⁹⁾ se encuentran entre una franja comprendida entre el 5 y el 10 %. Otros países relevantes por su desarrollo económico y tecnológico como China y Japón continúan evidenciando porcentajes de participación inferiores al 5 %. En cuanto a la presidencia de las juntas directivas, en las empresas entrevistadas se pudo comprobar que el 87 % estaban presididas por un hombre y el 13 % por una mujer. Los estudios realizados ponen de manifiesto que, de seguir creciendo a este

(9) Recuérdese el encendido debate que tuvo lugar en nuestro país en el momento de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la cuestión relativa a la necesidad de introducir cuotas de participación en los consejos de administración, cuestión que finalmente quedó reducida a una recomendación legal a los consejos de administración de las sociedades mercantiles con obligación de presentar cuentas no abreviadas de pérdidas y ganancias: “procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley” (art. 75).

ritmo, se tardarían aproximadamente entre 100 y 200 años para alcanzar la paridad en la cúspide empresarial⁽¹⁰⁾.

Algunos aspectos merecen especial atención en la medida en que siguen constituyendo factores determinantes de una posición desigual de las mujeres en el acceso a puestos de especial relevancia en el mundo del trabajo:

1. Las paredes de cristal: concentración de mujeres en determinadas funciones de la gestión empresarial

La falta de experiencia acumulada en tareas de gestión suele convertirse en una dificultad específica para el ejercicio de cargos directivos empresariales por parte de las mujeres. A este hecho es preciso añadir la tendencia a su concentración en específicas parcelas de gestión o en determinadas funciones. Ello explica la expresión conocida de “paredes de cristal” para hacer referencia a la segregación por género en las ocupaciones empresariales; en particular, hay una clara tendencia a concentrar a las mujeres en determinadas parcelas o funciones gerenciales particulares, según señala el informe de la OIT aquí analizado: un claro predominio en los ámbitos de los recursos humanos, relaciones públicas, gestión de las comunicaciones, finanzas y administración, en detrimento de otras funciones como las de administración de operaciones y ventas, investigación y desarrollo de productos o gerentes generales, siendo estas últimas indispensables para poder acceder al centro de la pirámide orgánica para convertirse en alto cargo. Estos datos ponen de manifiesto que las mujeres ascienden solo hasta cierto punto, debido a que las funciones fundamentales que ejercen están situadas a los lados de dicha pirámide.

Los estereotipos sociales y culturales vinculados al género y la edad, así como las responsabilidades y las pautas habituales en la cultura empresarial constituyen factores de obstaculización para superar la influencia de normas que permanecen arraigadas en todas las regiones del mundo a pesar de las transformaciones experimentadas en el mundo del trabajo y, en general, de la sociedad.

La segregación de puestos de trabajo por razón de género con trabajos masculinizados o feminizados, según el caso, se encuentran en el fondo de creencias conforme a las cuales históricamente se ha entendido que la dirección de una empresa, su gestión o, en otro orden, la adopción de decisiones en el ámbito de lo

(10) El Informe Global de la Brecha de Género 2014 del Foro Económico Mundial ha venido a señalar que desde 2006, año en que comenzó su medición, la brecha de género en participación y oportunidades económicas ha avanzado solo un 4 %, pasando del 56 al 60 %, lo que significaría que, si las otras condiciones se mantienen igual, se tardarían 81 años en cerrar la brecha de género en el mundo.

público han sido consideradas como profesiones para los hombres, esfera propia de lo masculino. El informe de la OIT delata cómo estas convicciones culturales han estado presentes en los programas educativos, así como en las políticas de contratación y en las prácticas utilizadas para los ascensos. Todas las regiones del mundo, a excepción de Europa central y oriental presentan una coincidencia en detectar los obstáculos más comunes al ascenso de las mujeres a cargos de dirección, entre los que cabe señalar por orden de prioridad: las mayores responsabilidades familiares de las mujeres, los roles que socialmente se atribuyen a hombres y mujeres de manera diferenciada, la cultura empresarial masculina, la insuficiente experiencia en gestión empresarial de las mujeres o la falta de estímulo a los varones para que soliciten los permisos o licencias para cuidados de familiares. En Europa central y oriental un ítem significativo lo representan los prejuicios de género en la contratación y en los ascensos.

2. El techo de cristal intacto: infrautilización del talento femenino

Tradicionalmente, las diferencias de niveles de formación de las mujeres con respecto a los varones explicaban las dificultades de acceso a puestos de máxima responsabilidad empresarial por parte de estas, quedando prácticamente excluidas de esa esfera de poder, dando lugar a lo que se ha denominado “techo de cristal”. A ello se une, según expone el informe de la OIT, la dificultad que manifiestan las empresas para atraer talento y conservarlo, especialmente si se trata de mujeres (así lo revelaron los datos relativos al 34 % de las empresas entrevistadas). Esta pérdida de aprovechamiento resulta especialmente relevante, dadas las cifras de desempleo, en un mundo en el que el consumo está fundamentalmente orientado por las mujeres, al tiempo que se desaprovechan las ventajas de la innovación y la creatividad derivados de la diversidad de género, lo que podría contribuir a mejorar la gestión y los resultados empresariales.

El universo del trabajo se ha transformado radicalmente por la disminución de la fertilidad, el envejecimiento poblacional y los procesos migratorios, junto a un mayor grado de acceso a la educación y a la tecnología. El informe en este punto es absolutamente claro: “Los datos de la OIT indican que las mujeres ocupan el 40 % de los empleos en el mundo”, y las investigaciones realizadas ponen de manifiesto que la participación creciente de las mujeres en el mercado de trabajo ha sido “el principal motor del crecimiento y la competitividad mundiales”.

Las mujeres con experiencia empresarial se concentran en microempresas y pequeñas empresas, alcanzando solo un 30 % las empresas donde las mujeres son dueñas o administradoras del total de las mismas. Representan el 24 % de los empleadores en todas las regiones, a excepción de Oriente Medio y África del Norte, donde solo llegan a un 6 %; entre los trabajadores por cuenta propia, su

representación oscila entre un 31 y un 38 %, constatándose que en los últimos 20 años ha aumentado el número de mujeres en los cargos directivos, especialmente cargos de grado medio y superior (eso sí, con grandes disparidades entre los países de las diversas regiones y entre estas entre sí).

Muy significativo resulta el hecho de que las mujeres aventajan a los varones en la educación: más mujeres que hombres con licenciaturas y maestrías; en cambio, los títulos de doctorado están representados por igual entre ambos sexos. Según la Unesco (*Women in Higher Education*), para alcanzar el nivel de investigadora, la mujer debe superar una serie de obstáculos, lo que explica que los hombres aventajen a las mujeres en los niveles más altos (casi el 55 % del total de títulos de doctorado y el 77 % de los investigadores), no siendo nada desdeñable observar que los periodos de acceso a los niveles más altos de cualificación coinciden con los años habituales de tenencia de hijos para las mujeres. Llama la atención que la más alta proporción de investigadoras se encuentra en América Latina y el Caribe (45,2 %), mientras que en Europa la proporción es del 34 % (Unesco, *Women in Science*, 2011).

Otro aspecto de no menor importancia abordado en el informe de la OIT, debido a su impacto en el mercado global de bienes y servicios, es el relativo al consumo y la progresiva repercusión en él del acceso de las mujeres al mercado de trabajo y la actividad empresarial. Cuestiones como el control de los presupuestos familiares, las decisiones financieras, así como la creciente proporción de mujeres que ganan más que sus cónyuges o parejas conducen a hacer una valoración altamente positiva de la mayor participación de las mujeres en las funciones de responsabilidad empresarial en cuanto a representar las preferencias y opiniones de las mujeres al igual que las de los hombres.

3. Librarse de las paredes y del techo de cristal

Aunque hay un discurso que continúa insistiendo en la innecesariedad de los cupos, tratos especiales y, en general, acciones positivas en favor de la efectiva inclusión e integración económica, política y social de las mujeres, lo cierto es que cada vez más se demanda con renovada insistencia la disponibilidad de nuevos mecanismos e instrumentos que permitan una mejor armonización de las responsabilidades derivadas del trabajo y aquellas que comprometen el desarrollo y organización de la vida familiar. Revisar las normas sociales y culturales desde una perspectiva renovada de la capacidad y potencial de las mujeres para participar en el ámbito de lo público y en el mundo del trabajo, examinar la cultura empresarial con una perspectiva inclusiva de la mujer, revisión de los procedimientos y estructuras organizativas internas de las empresas son algunos de los aspectos

incorporados al informe de la OIT para superar las dificultades que aún subsisten y que constituyen verdaderas láminas de cristal obstructoras de la igualdad efectiva en el mundo del trabajo.

La relevancia cuantitativa y cualitativa de mujeres que se incorporan progresiva e imparablemente al mundo del trabajo por sí sola pone de manifiesto los esfuerzos que se han realizado por superar tales dificultades, a lo que se suma, especialmente tras el inicio de la crisis financiera mundial, el seguimiento de la evolución de la presencia de las mujeres en las juntas de dirección en relación con la gobernanza empresarial. Entre las políticas aplicadas por las empresas para promover una mayor presencia de las mujeres en la gestión empresarial a nivel mundial, el informe OIT destaca la licencia por maternidad (que en muchos países viene establecida por ley), seguida por la capacitación profesional, contratación y ascensos de las mujeres. Pocas empresas contemplan la prestación de otros servicios como cuidado de menores, personas de edad, interrupciones de la carrera profesional o programas de reinserción y, en particular, el acceso a la formación profesional de alto nivel solo es reconocido en un 33 % de las empresas encuestadas como medida específicamente orientada especialmente a la mujer. Otras iniciativas han ido estableciéndose, pero aún de manera muy tímida: servicios de transportes (especialmente en países donde continúa siendo un factor de riesgo para su integridad que las mujeres utilicen el transporte público), de cafeterías, salas para amamantar a sus hijos y aseos específicos para mujeres.

El informe de la OIT da cuenta de las medidas que las empresas encuestadas estarían dispuestas a promover. Este aspecto es de suma importancia, ya que representa la voluntad de poner en marcha procesos conducentes a un cambio de la cultura empresarial tradicional asentada sobre un modelo de funcionamiento basado en esquemas de participación exclusiva o principalmente masculina.

Los mecanismos de apoyo para este cambio que las empresas demandan y proponen en la medida en que consideran que les resultarían útiles son: 1. Explicar y justificar las razones favorables a un número mayor de mujeres en la dirección. 2. Colaborar en redes con otras empresas intercambiando buenas prácticas. 3. Proporcionar ejemplos de buenas prácticas relativos a medidas y estrategias para promover a la mujer en la empresa. 4. Elaborar una estrategia para promover a más mujeres en la dirección empresarial. 5. Diseñar una política de igualdad de oportunidades. 6. Colaborar en redes con asociaciones de empresarias. 7. Proporcionar directrices sobre sistemas de gestión de los recursos humanos que tengan una dimensión de género. 8. Elaborar guías sobre medidas y estrategias para promover a la mujer en la gestión de empresas. 9. Introducir un programa

de orientación. 10. Formular una política sobre el acoso sexual. 11. Introducir un programa de patrocinio.

En el apartado final, este valioso y sugerente Informe de la OIT da cuenta del importante papel que deben jugar las medidas “de promoción”, tanto a escala internacional como nacional y, especialmente, del papel relevante que pueden jugar sobre esta cuestión las organizaciones nacionales de empresarios, y concluye proponiendo un conjunto de principios inspiradores para el empoderamiento de las mujeres y de medidas concretas para promover el aumento del número de mujeres en la gestión empresarial.

IV. DIFICULTADES PERSISTENTES PARA UNA EQUILIBRADA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

Las dificultades para alcanzar un reparto equilibrado de responsabilidades familiares entre mujeres van desde las que se producen en los lugares de trabajo, especialmente relacionadas con la organización de los procesos de producción, hasta los ámbitos en que se precisa una actuación directa y específica de los poderes públicos, sin la cual, las medidas adoptadas en las relaciones entre privados no pueden satisfacer el conjunto de demandas existentes.

En primer lugar, habría que señalar que la conciliación de la vida laboral y familiar indudablemente exige no solo medidas destinadas a facilitar a los progenitores y otros miembros de la unidad familiar la disponibilidad del tiempo indispensable para ocuparse de las responsabilidades familiares y de la vida privada, sino que también demanda cambios en la organización del trabajo, especialmente, en la organización y distribución del tiempo de trabajo. Horario flexible, concentración de horario, adaptación de la jornada o cambios en su distribución son instrumentos que en la organización del proceso productivo tienen una repercusión directa sobre el empleo de las mujeres.

En cualquier caso, las políticas laborales de conciliación han estado tradicionalmente concebidas como una cuestión afectante “a las mujeres” y dirigidas “a las mujeres”, pues su pretensión radicaba en posibilitar que las mujeres puedan compatibilizar el trabajo con sus ocupaciones familiares. La división sexual del trabajo no es puesta en cuestión por este tipo de medidas, al tiempo que erigen el trabajo en el eje central de la vida de toda persona, pues los institutos jurídicos de la conciliación se orientan desde una perspectiva eminentemente laboral-individual, combinando fórmulas claramente insuficientes de permisos, ausencias y reducciones de jornada que sitúan a las mujeres en una posición vulnerable:

disminución de niveles de protección social por pérdidas de cotización obligada, sobreesfuerzo personal en la realización de dobles jornadas con repercusión personal, familiar y social. Las cifras relativas a los escasos niveles de presencia de mujeres en puestos de trabajo de especial responsabilidad y reconocimiento social guarda estrecha relación con las condiciones bajo las cuales se incorporan al trabajo y sostienen mayoritariamente las cargas familiares.

No solo hay un campo de acción posible en la esfera de las relaciones entre privados en materia de conciliación. La actuación pública, mediante la oferta de adecuados servicios públicos que permitan afrontar las responsabilidades y necesidades de las unidades familiares de forma solvente contribuirá en gran medida a cambiar el panorama actualmente existente en muchos países en las relaciones entre trabajo y vida privada, especialmente en el caso de las mujeres. La disponibilidad de servicios de apoyo social y asistencial se convierte en eje fundamental de las políticas públicas en materia de igualdad. Únicamente con medidas dirigidas a efectuar cambios en los sistemas productivos no es suficiente, debido a que una de las causas principales de desigualdad radica en el desequilibrado reparto de obligaciones familiares, a lo que debe añadirse la desigual posición de que parten las familias con escasos recursos económicos. En el modelo de conciliación que podría ser calificado como modelo “Sur”, en el que predominan los instrumentos propios de las relaciones entre privados, en particular, medidas establecidas en el ámbito de las relaciones de trabajo, las unidades familiares más perjudicadas son aquellas que provienen de capas sociales pobres y vulnerables. Este modelo, al tiempo que porta la consolidación de desigualdades de género, no afronta ni ofrece solución a las desigualdades por causas económicas, lo que produce una situación de enquistamiento de discriminación múltiple.

Solo medidas de impulso de la igualdad con la introducción de servicios públicos adecuados de atención a la vida diaria, de fácil acceso y suficientemente eficaces pueden contener elementos de remoción de desigualdades y erradicación de la discriminación múltiple. La inversión en servicios sociales desplegaría consecuencias positivas de dinamización de la economía y generaría empleo, al margen de su indiscutible utilidad social. La escasez de infraestructuras relativas a servicios de cuidados (de personas mayores o dependientes, de enfermos crónicos, de hijos antes de la edad de escolarización obligatoria, etc.) contribuye poderosamente a mantener en situación estática la segregación de género e impide progresar hacia mayores niveles de corresponsabilidad de los varones con un reparto más equitativo. El trabajo a tiempo parcial como medida de conciliación por parte de las mujeres está ocasionando en muchas circunstancias por la falta de infraestructuras y servicios públicos de cuidado a menores, enfermos, discapacitados, personas mayores, etc.

La conciliación y la corresponsabilidad, en suma, continúan siendo asignaturas pendientes. No obstante, existen numerosos instrumentos normativos en el marco internacional para tratar de asegurar los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

1. Los derechos de conciliación de vida laboral y familiar en los instrumentos internacionales

La protección del derecho de trabajadores y trabajadoras a conciliar las responsabilidades familiares con las derivadas del trabajo ha tenido una importante acogida en diferentes textos internacionales. Así, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, al tiempo que otros preceptos de la misma Declaración señalan que toda persona tiene derecho a la vida familiar, a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, a sí misma y a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (art. 23, apartado 3), a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de la familia y a los servicios sociales (art. 25, apartado 1).11), así como el derecho a la Seguridad Social (art. 22).

Con posterioridad, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, no solo reconoce los derechos de la mujer en el trabajo asalariado, sino que también consagra el deber de conceder una especial protección “a la familia” en cuanto “elemento natural y fundamental de la sociedad”, por lo que se le debe otorgar “la más amplia protección y asistencia posibles” (art. 10.1) y “a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social” (art. 10.2).

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, en cuyo preámbulo ya se indica que “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional, tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. Se insiste en “la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y en (...) [que] el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”. En la Convención, las disposiciones relativas a la protección de la maternidad y el cuidado de los hijos son considerados derechos esenciales. Por lo que respecta al impacto de las

circunstancias familiares en la conservación del puesto de trabajo, en el apartado 2) del artículo 11 se especifica que los “Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir (...) el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”.

Las conferencias sobre la mujer realizadas por la ONU, sin duda alguna, han protagonizado a escala mundial eventos con fuerte trascendencia mediática, lo que ha contribuido a robustecer el entendimiento de la igualdad y la puesta en marcha de mecanismos de incentivación, estímulo y protección de la mujer trabajadora⁽¹¹⁾. De todas ellas, la de mayor relevancia y efectos contrastados ha sido la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995: 189 gobiernos adoptaron la Declaración y Plataforma de Acción, encaminada a eliminar los obstáculos a la participación de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada. Ambos instrumentos definieron un conjunto de objetivos estratégicos y de medidas cuyo objetivo último era eliminar los obstáculos que impiden el progreso de las mujeres. En particular, la Plataforma de Acción fijó como objetivo estratégico la protección de la maternidad, así como la armonización de las responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, un aspecto, sin duda, importante para afrontar adecuadamente las obligaciones familiares y las que derivan del contrato de trabajo.

La OIT, por su parte, ha desempeñado un papel absolutamente relevante y, sin duda, eficaz en la consecución de mayores grados de conciliación de la vida laboral y familiar. Inicialmente, la protección de la maternidad fue y ha sido una cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919: la adopción por los Estados miembros del Convenio N° 3 dio lugar a un instrumento relevante y significativo en el proceso de reconocimiento de los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias. Con el transcurso del tiempo, otros instrumentos convencionales de la OIT han fortalecido los derechos de la mujer en el trabajo: el Convenio N° 103, relativo a la protección de la maternidad de la

(11) México (1976), Copenhague (1980) y Nairobi (1985).

mujer trabajadora (1952) y en el convenio N° 183, sobre la protección de la maternidad (2000)⁽¹²⁾. Con estos convenios, la Organización Internacional pretendió atender y asegurar la salud de la madre trabajadora y del recién nacido, al tiempo que pretendían proporcionar seguridad en el puesto de trabajo, particularmente frente a eventuales decisiones empresariales de despido y actos de discriminación; asimismo, estos convenios tratan de preservar el salario y las prestaciones de seguridad social durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al trabajo tras el parto. Estas primeras normas de la OIT tienen una finalidad de protección de la salud de la mujer por la tenencia de hijos, pero también buscan evitar tratos indignos y desigualitarios de la mujer en el empleo por dicha causa.

Con el transcurso de los años, la acción de la OIT va a alcanzar niveles de atención, tutela y protección de mucho mayor alcance en relación con la igualdad de las mujeres en el empleo y el atendimiento de las responsabilidades familiares: se sucede la adopción de una serie de convenios muy significativos que representan avances en la igualdad, de un aparte, y el reconocimiento de la imparable presencia de las mujeres en el trabajo productivo: el Convenio N° 183, sobre protección de la maternidad y el Convenio N° 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de una parte, así como el Convenio sobre igualdad de remuneración, N° 100 (1951) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), N° 111 (1958), pasan a erigirse en instrumentos internacionales fundamentales y básicos para la igualdad de género entre hombres y mujeres, pues representan el núcleo esencial de tutela de la igualdad de oportunidades para las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo.

El Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, N° 156 (1981) y la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, N° 165 (1981) se centrarán, finalmente, en el núcleo duro de las responsabilidades laborales y las familiares que requieren de iniciativas, acciones y mecanismos de índole política. El objetivo central de estos convenios entronca, desde luego, con el objetivo último de promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo tanto en relación con las mujeres como con los varones que deben afrontar responsabilidades familiares. El Convenio OIT N° 156 contiene alusiones a los “hijos a su cargo” y a “otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén”⁽¹³⁾. Por medio de este Convenio,

(12) Convenios que han estado acompañados de las Recomendaciones N° 95, en 1952, y N° 191 en 2000.

(13) El Convenio N° 156 establece medidas en materia de licencias, servicios de asistencia social, seguridad social, horarios laborales y modalidades de organización del trabajo flexibles, políticas de reinserción laboral, y programas de sensibilización y educación con una perspectiva de género (arts. 4 a 7). Por su parte, la Recomendación N° 165 contempla la adopción de todas las medidas posibles en relación con otras materias como formación profesional, condiciones de empleo, de seguridad social, así como

los Estados Parte en el mismo se comprometen a incluir entre los objetivos de su política nacional instrumentos eficaces a fin de que las personas trabajadoras con responsabilidades familiares puedan desempeñar un empleo sin que por ello sufran discriminación, tratando de evitar conflictos entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

El Programa de Trabajo Decente de la OIT contiene, sin duda, elementos significativos de apoyo a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades de familia, siempre sobre el eje fundamental del objetivo de la igualdad entre las mujeres y los hombres en el ámbito del trabajo⁽¹⁴⁾. Más recientemente, la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), a través de sus Conclusiones de 2009 sobre la igualdad de género como eje del trabajo decente y de sus Conclusiones de 2011 relativas a la discusión recurrente sobre la protección social, ha instado a que se adopten medidas que faciliten la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares de las mujeres y los hombres, un acceso eficaz a servicios sociales integrales para las personas a cargo y la protección de la maternidad⁽¹⁵⁾.

El tema “mujeres y el futuro del trabajo” reconoce la importancia de las iniciativas relativas a las mujeres en el trabajo y al futuro del trabajo, que fueron propuestas por el director general de la OIT en el marco de la 102ª reunión de la Conferencia Internacional (2013), una de las siete iniciativas puestas en marcha con ocasión de la proximidad del centenario de la OIT⁽¹⁶⁾. Esta iniciativa tiene por objeto evaluar pormenorizadamente la situación de las mujeres en el mundo del trabajo y los resultados de las políticas vigentes en materia de igualdad de género y no discriminación, en especial, en el contexto de la crisis económica y la situación rápidamente cambiante de los mercados de trabajo. Por medio de ella se pretende proporcionar una base para la actuación futura de quienes trabajan por promover el objetivo de la igualdad de género y para elaborar una estrategia renovada de la OIT en su segundo siglo de vida.

servicios y medios de asistencia a la infancia, y de asistencia familiar.

- (14) Memoria del director general a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999. Un análisis exhaustivo de esta iniciativa de la OIT en cuanto aborda nuevas perspectivas para las normas internacionales del trabajo puede verse en el número monográfico de Relaciones Laborales, 2006, Nº 15-16.
- (15) OIT: *Conclusiones sobre la igualdad de género como eje del trabajo decente*, Actas Provisionales Nº 13, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, 2009, párrafo 28 y OIT: *Conclusiones relativas a la discusión recurrente sobre el objetivo estratégico de la protección social (seguridad social)*, Actas Provisionales Nº 24, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011, párrafo 20, h).
- (16) Informe del director general: *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito*, Informe I(A), Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, 2013.

En definitiva, los temas relativos a la igualdad por razón de género y, dentro de ellos, los referidos a la conciliación de vida laboral y familiar estarán presentes en este año en la definición de los Nuevos Objetivos de Desarrollo del Milenio (Naciones Unidas, septiembre de 2015), finalidad a la cual está contribuyendo poderosamente la OIT como organismo internacional con competencias específicas para regular a través de normas internacionales un aspecto aún necesitado de medidas efectivas y eficaces, tanto en países desarrollados como en los que se encuentran en proceso de desarrollo.

2. Flexibilización del tiempo de trabajo: transformaciones del trabajo derivadas de la incorporación de las mujeres al trabajo productivo

En su devenir histórico, el Derecho del Trabajo ha contemplado con especial interés una de las máximas aspiraciones del movimiento obrero y sindical: la reducción de la jornada de trabajo. Reducir tiempo de trabajo para ganar en tiempo de vida personal ha sido hasta hace poco un objetivo que históricamente ha acompañado las reivindicaciones sociales para la mejora de condiciones de trabajo y de vida. Bajo esta cultura del “tiempo de trabajo” separada del tiempo de “no trabajo” con tendencia a reducir el primero, por encontrarse vinculado al esfuerzo y la responsabilidad, para lograr el aumento progresivo del segundo, relacionado con el descanso y bienestar, culminó una de las últimas etapas de la evolución política, económica y social del Estado del Welfare.

Aún en los años 80, cuando una aguda crisis económica había obligado a efectuar profundos cambios normativos en países como España, en relación con la dimensión cuantitativa del tiempo de trabajo y, significativamente, sobre la duración del contrato de trabajo, podían escucharse voces que abanderaban el objetivo de recuperar mayor tiempo para la vida personal. Se ensalzaban las bondades del “tiempo para el ocio”, incluso como fórmula especialmente apta para combatir el paro⁽¹⁷⁾, dando así una particular respuesta frente al discurso del trabajo productivo, como elemento prevalente y sobre el cual se hace depender el resto de expectativas de todo proyecto vital.

A finales del siglo XX, la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo era ya un hecho incontestable, una realidad en fase de progresión imparable convirtiéndose en fenómeno de alcance y repercusión no exclusivamente económico y social, sino de impacto y consecuencias políticas e ideológicas y filosóficas. Los cambios que en esos momentos se están produciendo sobre la noción de “tiempo de trabajo” corren parejos a una nueva realidad social, como es la salida

(17) RACIONERO, L., *Del paro la ocio*, Anagrama, Barcelona, 1984, p. 35 y ss.

del hogar familiar por parte de las mujeres (donde el ingente trabajo realizado nunca ha sido tomado en consideración ni siquiera para formar parte del Producto Interior Bruto) a fin de introducirse en el mundo del “trabajo productivo”. Esta incorporación de las mujeres ha contribuido, de manera mucho más significativa de lo que se ha llegado a constatar, al advenimiento de cambios y transformaciones de acusado relieve en la organización/distribución/separación entre tiempos de trabajo y tiempos de no trabajo⁽¹⁸⁾.

Iniciada la década de los 90 del siglo pasado, comienza a penetrar en el debate económico, social y jurídico el discurso de la “individualización” en las relaciones de trabajo, apoyada sobre el “redescubrimiento del individuo”⁽¹⁹⁾ y una sutil invocación al contrato de trabajo como categoría jurídica con capacidad suficiente para desplazar otras, como la ley o el convenio colectivo que, no por consolidadas, dejaban de ser objeto de los embates de la crítica. Se imputaban a ambos instrumentos normativos supuestas rigideces incompatibles con las nuevas exigencias derivadas de la internacionalización de la economía y consiguiente necesidad empresarial de ganar competitividad en el mercado global.

En ese tránsito cultural, la noción de “tiempo de trabajo” fue revistiéndose de nuevas categorías accesorias, acomodadas normativamente al proceso de deterioro que paralelamente sufría la negociación colectiva y la función reguladora del convenio colectivo. En la corriente de pensamiento que comienza a postular el discurso de la flexibilidad irrumpe una variante específica en relación con el tiempo de trabajo sustentada sobre una idea nuclear: la necesidad de un mayor grado de disponibilidad del trabajador ante las nuevas exigencias de los procesos productivos. La disponibilidad del tiempo de vida del trabajador o la trabajadora al servicio de las necesidades de funcionamiento de la empresa, para una mejor gestión de la misma, es uno de los conceptos medulares que interfieren en las sucesivas transformaciones operadas sobre la ordenación jurídica del tiempo de trabajo.

En el contexto histórico y económico de finales del siglo XX está aconteciendo la construcción de la “ciudad global”⁽²⁰⁾, a través de procesos de internacionalización de la economía, que obligan a poner en marcha estructuras empresariales más complejas y con estrategias diferentes para situarse de manera

(18) CASAS BAAMONDE, M^a E., “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, Relaciones laborales, 1998, Nº 1, p. 90 y ss.

(19) SIMITIS, S., “Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo”, Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, 1990, Nº 45, p. 83 y ss.

(20) SASSEN, S., The Global City: New York, London, Tokyo. Princeton University Press, 1991, reedic. 2001, p. 33 y ss.

competitiva en el mercado. Mediante la incorporación de nuevas técnicas de producción se puede alcanzar la reducción de costes de gestión: se trata de dar respuesta a la demanda real y puntual con un uso más “eficiente” de los recursos humanos. Se trata de una estrategia básica para la nueva empresa que pretende ganar posición competitiva en la oferta de bienes y servicios. La planificación de la actividad empresarial pierde así tradicionales caracteres de estabilidad mediante la captación de espacios de mercado determinados, con pedidos habituales y con ritmos de producción previsibles, adquiriendo caracteres de “inestabilidad” ante las fluctuaciones del mercado global. Esa inestabilidad será una de las vicisitudes de mayor repercusión sobre la ordenación y organización del tiempo de trabajo.

La noción de la “disponibilidad horaria” viene a dar respuesta a “una nueva filosofía del tiempo de trabajo”⁽²¹⁾, por medio de la cual sobrevienen cambios sustanciales en la organización del trabajo en una doble dirección: aumentando la flexibilidad de los tiempos de trabajo en función de los tiempos de la demanda productiva e intensificando la jornada de trabajo para terminar plazos de finalización y entrega o para atender satisfactoriamente compromisos organizacionales. Estos elementos han contribuido a extender una organización y distribución de los tiempos de trabajo en una vertiente puramente economicista, atendiendo con menor interés y rigor otros bienes importantes en una sociedad desarrollada como los equilibrios necesarios entre vida personal y familiar, y su adecuada organización y planificación, especialmente en una etapa en que las mujeres ya forman parte del mundo del trabajo productivo.

El modelo típico del sistema de relaciones laborales asentado sobre un trabajo prestado de forma indefinida, generalmente a tiempo completo, predominantemente realizado por trabajador varón y con una jornada de trabajo predeterminada de antemano en el contrato de trabajo, pasa a convertirse en esquema completamente desfasado y obsoleto para una nueva realidad en la que, por decirlo sintéticamente, conviven tres elementos configuradores de un nuevo orden económico y social: internacionalización de la economía, nuevas estrategias empresariales e incorporación de las mujeres al trabajo productivo.

El mayor grado de permanencia en el trabajo fue siempre considerado en el modelo tradicional de relaciones industriales como factor de productividad: la acumulación de antigüedad, la realización de una carrera profesional en una sola empresa, la promoción en la vida laboral activa a través de un único itinerario

(21) Vid. sobre esta idea BALLESTER PASTOR, M^a A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N^o 62, 2013, p. 53 y ss.

profesional se convertían en características definitorias de perfiles profesionales muy cualificados, acompañados normalmente de altos niveles de retribución. La denominada globalización económica ha traído consigo nuevas realidades económico-productivas, pero también nuevos modos en la prestación del trabajo asalariado. Entre ellos, sistemas de producción que aseguraban la mayor disponibilidad de trabajadores y trabajadoras para la empresa en términos de tiempo de trabajo. Sistemas flexibles –así calificados–, modernos, que exigen adaptación al carácter “inestable” de la demanda en el mercado de bienes y servicios, alterándose periodos de altos niveles de producción con espacios de baja intensidad de demanda.

El nuevo modo de pensar el tiempo de trabajo bascula entre un esquema clásico, en el cual el juego de contrapoderes empresarial y sindical se articula en torno al convenio colectivo como principal fuente de regulación, el cual, no obstante, comienza a recibir críticas por su supuesta “rigidez”, y un formato moderno, adaptado a exigencias de flexibilidad indispensable ante los cambios operados en las estructuras económico-empresariales y en los mercados, por lo que el convenio debe adquirir una vertiente “más dinámica” y el contrato de trabajo elevar su protagonismo decisivo.

La flexibilidad sobre el tiempo de trabajo (cuantificación, organización y distribución) es instrumento coadyuvante para la otra flexibilidad “esencial”, esto es, la de la retribución salarial. La crisis económica del primer quinquenio de los años 90 sirvió de escenario para introducir en España, por citar un país específico, dos aspectos novedosos hasta aquel momento: a) la incorporación de sistemas que aseguraban una mayor disponibilidad del tiempo del trabajador para la empresa; y b) la introducción de la flexibilidad horaria como instrumento de flexibilización de la retribución. La reforma efectuada sobre el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994 dio un paso adelante en este sentido, instituyendo la figura hasta entonces desconocida en el ordenamiento español de la “distribución irregular de la jornada” (artículo cuarto. Uno). Desde entonces se han venido sucediendo numerosos cambios y transformaciones hasta dibujar el actual panorama normativo, culminado mediante la Ley 3/2012, del 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo, cuya característica más destacada consiste en contribuir a desdibujar los límites de separación entre “tiempo de trabajo” y “tiempo de vida personal y familiar”, al supeditar derechos de conciliación a la obtención de la “mejora de la productividad en las empresas” (nueva redacción del art. 34.8, segundo pfo. LET).

La ordenación del tiempo de trabajo, así como la distribución de la jornada, se convierten en realidades dúctiles en cuyo ámbito conviven múltiples herramientas e instrumentos al servicio de la nueva heterogeneidad del tiempo de

trabajo. Bajo los efectos de la crisis financiera y la recesión económica, la transición experimentada entre el modelo de garantía de determinadas “certezas sobre el tiempo de trabajo” hasta el actual escenario, donde abunda la “disponibilidad horaria por exigencias productivas”, se ha llevado a cabo de forma inequívoca, los cambios se han plasmado de forma sutil, pero la observación del recorrido a través de las sucesivas reformas arroja un panorama que no deja de ser inquietante. Primero, porque tal cesión de poder al empresario sobre un aspecto absolutamente esencial a todo proyecto vital, como es el tiempo de vida, no ha ido acompañado de contraprestaciones equivalentes para los trabajadores (por ejemplo, en relación con el aumento de descanso anual o semanal (para ganar otro espacio de tiempo “libre de trabajo”). Segundo, porque la mayor flexibilidad del manejo del tiempo de trabajo y la mayor disponibilidad horaria no han quedado compensadas en términos de retribución salarial, sino todo lo contrario, ha erosionado el poder retributivo de los trabajadores, especialmente, en los últimos seis años, tras el inicio de la crisis económica.

2.1. Flexibilidad horaria y disminución de costes laborales

El proyecto de la flexibilización en la ordenación y organización del tiempo de trabajo ha culminado con éxito: la disponibilidad de tiempo y de horario por exigencias productivas ha sido presentada como la moneda que es preciso pagar por una suerte de “necesidad sobrevenida” tras la crisis, con el fin último de preservar el empleo y la viabilidad de la empresa. Sin embargo, después de instaurar la flexibilidad en la gestión empresarial del tiempo de trabajo no ha podido quedar demostrado con datos empíricos su efecto beneficioso sobre el empleo. Malo sería que a la postre pudiera verificarse que la caída del empleo y la dificultad para recuperarlo ninguna o poca relación guardan con la mayor disponibilidad del tiempo del trabajador por la empresa en virtud del contrato de trabajo.

Es evidente que las sucesivas reformas introducidas en España, pero con especial intensidad, tras la reforma laboral del año 2012, han producido un aumento del poder empresarial en la relación de trabajo: ha habido ajustes en el horario aún sin afectar a la duración máxima del contrato con un pronunciado ahorro de costes laborales. Este objetivo se ha conseguido, primero, expulsando los tiempos muertos o de inactividad en la relación de trabajo; segundo, convirtiendo en innecesario el recurso a horas extraordinarias, lo que directamente incide sobre la capacidad salarial del trabajador o trabajadora; tercero, reduciendo la necesidad de recurrir a contrataciones eventuales, lo que afecta directamente a la capacidad de creación de empleo. La flexibilidad horaria despliega, por tanto, efectos directos sobre la disminución de costes laborales, suponiendo una alteración sustancial del volumen de retribución salarial.

2.2. Flexibilidad horaria y disminución del nivel de empleo

La mayor flexibilidad horaria produce, sin duda, efectos directos sobre el nivel de empleo, puesto que trata de asegurar la supresión de los denominados “periodos de espera”, “tiempos de presencia”, “periodos de inactividad”, eliminando la necesidad de cubrir determinados puestos de trabajo, aún de forma temporal y/o a tiempo parcial. Como medida de flexibilidad interna, la gestión del tiempo de trabajo no ha repercutido en una mayor retracción de medidas de flexibilidad externa: no se ha detenido el ajuste de plantillas por la vía de despidos objetivos y colectivos, no se ha experimentado una reducción paralela de las extinciones de contratos como efecto de la adopción de medidas “de ajuste a la demanda” sobre el tiempo de trabajo. El espectacular aumento de la gestión flexible del tiempo de trabajo no ha ido acompañada de manera paralela de una contracción del ajuste para evitar pérdidas de empleo, ni tampoco ha contribuido a disminuir o evitar los procesos encaminados a la suspensión temporal o reducción de jornada.

Un juicio razonado lleva a entender que se han manejado “los tiempos” de introducción de las medidas legislativas respectivas de forma equivocada. Si la mayor flexibilidad en la gestión unilateral del tiempo de trabajo se ha logrado mediante una serie de técnicas al servicio de la actividad productiva real, el error ha consistido en acompasar tal tipo de medidas con otras, de forma paralela, conducentes a aumentar la flexibilidad externa, en particular, la de salida del mercado de trabajo. Lejos de operar con mecanismos eficaces a fin de ejercer el necesario control sobre la extinción del contrato de trabajo como principal mecanismo de ajuste en la situación de crisis, se ha utilizado el doble canal de devaluación de las condiciones de trabajo: flexibilidad interna más flexibilidad externa. No resulta creíble el anuncio del pretendido “equilibrio” entre flexibilidad interna y externa que anuncia la Exp. de Motivos (II) de la Ley 3/2012, y aún menor es el balance entre flexibilidad de los empresarios para la gestión de los recursos humanos y seguridad para los trabajadores en el empleo (I).

La seguridad que debiera acompañar las medidas de flexibilidad no aparece por ninguna parte. Han quedado satisfechas las pretensiones de mayor flexibilidad externa (la reforma facilita y abarata el despido), de aumentar la interna con mayores atribuciones empresariales (la reforma introduce múltiples instrumentos para poner a disposición unilateral del empresario facultades que con anterioridad eran compartidas, porque exigían convenio colectivo o acuerdo de empresa, o bien pacto contractual con el trabajador), todo ello unido al abandono de mejores mecanismos de protección social ante periodos de inactividad y salida del mercado de trabajo con rebaja incluida de

las prestaciones por desempleo. El saldo definitivo arroja más flexibilidad interna, más flexibilidad externa y menos seguridad.

3. El contenido esencial del derecho a la conciliación de vida laboral y familiar: de la ausencia a la presencia en el trabajo

Una particularidad del derecho fundamental de conciliación radica en que sus efectos alcanzan a otros sujetos distintos de su titular, dependientes de que este actúe el ejercicio de las dos facultades que el contenido esencial de aquel derecho comporta: a) ausentarse temporalmente, ya sea de forma total o parcial, del tiempo de trabajo habitual establecido en el contrato de trabajo con el fin de atender circunstancias personales o familiares; b) garantizar la presencia en el trabajo de aquellos individuos que tienen asumidas responsabilidades familiares.

El modo en que el derecho a la conciliación está evolucionando bajo una fuerte influencia de la acción de la Unión Europea permite concluir que hay una clara orientación por reforzar el derecho a la presencia, basándose en instrumentos como la adaptación del tiempo y las condiciones de trabajo, superando así la fase inicial del derecho único a la ausencia (permisos y reducciones de jornada)⁽²²⁾. Se percibe, asimismo, un cierto interés por promover la permanencia de las mujeres en el puesto de trabajo y por reforzar el reparto de responsabilidades. De ello cabe deducir una cierta voluntad institucional de superación del concepto estricto de conciliación para aproximarse al de corresponsabilidad en su triple vertiente: familiar (reparto de responsabilidades), empresarial (matizado derecho a la adaptación de la jornada) y social (inversión pública en el cuidado de dependientes)⁽²³⁾.

El derecho a la presencia implica tres tipos de actuaciones: de un lado, requiere que se facilite la adaptación y ajuste adecuado de la jornada de trabajo a los sujetos que tienen obligaciones de cuidado; de otro, requiere la adopción de mecanismos suficientes para garantizar que no se produzcan abandonos del trabajo por razones de incompatibilidad; finalmente, demanda la adopción de medidas para evitar la aplicación preferente de extinciones por esta causa por parte del empresario. Todos estos elementos resultan necesarios para que se cumplan

(22) Un estudio amplísimo y en profundidad del alcance del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar puede verse en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y conciliación de vida personal, familiar y laboral*. Tesis doctoral. Universidad de la Laguna, 2014.

(23) La Estrategia para la Igualdad entre las mujeres y los hombres 2010-2015 y la *Estrategia "Europa 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"*, contienen referencias a la conciliación y corresponsabilidad como herramienta útil encaminada a la consecución de los fines que por medio de lo dispuesto en dichos documentos Europa se propone alcanzar.

los objetivos de permanencia femenina en el mercado de trabajo establecidos en las Estrategias de la UE.

3.1. Compatibilidad horaria y derechos de conciliación: la función de la negociación colectiva

El respeto a los derechos individuales de conciliación puede robustecerse a través de la negociación colectiva. En cuanto derecho fundamental corresponde al convenio garantizar el respeto a aquellos derechos individuales de conciliación, de modo que encauce y dirija las medidas adecuadas dentro de la organización productiva empresarial para hacerlos efectivos. Bien es cierto que aspectos como la regulación de la disponibilidad horaria no pueden articularse de espaldas a la realidad de las circunstancias personales, pero el convenio está llamado a cumplir su función de garantía efectiva de los derechos fundamentales en los lugares de trabajo, contemplando una regulación que los integre de forma expresa y con medidas eficaces aseguradoras de su “efectivo ejercicio”, todo ello a fin de no exponer a los trabajadores individuales a que los derechos de conciliación queden reducidos a meras “expectativas”. En todo caso, la acción de la autonomía colectiva en la determinación de condiciones de trabajo nunca podría hacer retroceder el derecho a la conciliación de responsabilidades familiares, puesto que se configura como derecho de titularidad individual y absolutamente indisponible.

En el nuevo marco de ordenación jurídica relativa a la estructura y articulación del convenio colectivo operado por la reforma de 2012, las posibilidades de modificación de condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo se configuran en torno a los siguientes supuestos: a) sobre el tiempo, observado desde la perspectiva de la duración del contrato (suspensiones temporales); b) sobre el tiempo, considerado en función del trabajo debido en razón de la prestación (reducciones de jornada, con carácter temporal o indefinido); c) alteraciones de horario; y d) distribución de jornada. Supuestos que pueden operarse por distintos procedimientos y causas: utilizando el régimen definido por el artículo 47 LET (suspensiones temporales del contrato de trabajo y reducciones de jornada temporales), recurriendo a lo dispuesto en los preceptos contenidos en los artículos 41 y 82.3, que permitirían la modificación de condiciones pactadas en contrato de trabajo, decisión empresarial de efectos colectivos y pactos extraestatutarios en el primer caso, relativas a alteraciones de horario, y modificación del convenio colectivo sobre alteraciones de horario y distribución de jornada, en el segundo.

3.2. Alteraciones del tiempo de trabajo y derechos de conciliación: límites derivados del carácter fundamental del derecho a la conciliación

La reforma de 2012 con su objetivo de fortalecer los poderes empresariales ha contribuido a difuminar ciertos aspectos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo, especialmente, en lo que se refiere a los que convergen con el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades familiares. En apariencia, la reforma pretende dotar al empresario de una serie de posibilidades de actuación antes objeto de delimitación en convenio o con exigencia de pacto o acuerdo con el trabajador o trabajadora, pero realmente y como se verá, la colisión de esta regulación con un derecho fundamental como el aquí analizado borraría la aparente atribución de prerrogativas al empresario, generando, por el contrario, un marco de incertidumbre al respecto, muy propicio para litigiosidad y posterior interpretación judicial.

El derecho a la conciliación, dado su carácter de derecho fundamental (SSTC 3/2007 y 24 y 26/2011), es de aplicación directa y susceptible de invocación ante los tribunales por supuestas lesiones o desconocimiento del mismo. Actúa como límite a la libertad de empresa, ámbito en el cual puede verse afectado con especial intensidad. Precisamente, en la nueva ordenación del tiempo de trabajo introducida por la Ley 3/2012, se ha generado una “expectativa falsa en el empresario”⁽²⁴⁾, pudiendo llevarle a considerar que dispone de plena autonomía para gestionar el tiempo de trabajo en beneficio de la organización empresarial sin límite alguno. Uno de ellos lo es, sin duda, las exigencias derivadas del carácter fundamental del derecho a la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares.

La configuración constitucional del derecho a la conciliación laboral con las responsabilidades familiares admite que el mismo emerja de manera directa derivada de la Constitución misma, pero también como su configuración legal determine, atribuyendo a sus titulares facultades y poderes específicos.

Por medio de la importante y esencial función interpretativa del TC, el derecho a la conciliación se ha construido sobre tres pilares esenciales.

Primero, su naturaleza debe ser tomada en consideración en sede judicial siempre y en todos los supuestos en que se analice la procedencia o no de las medidas de conciliación solicitadas por trabajadores y trabajadoras; por consiguiente, debe tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de las leyes (STC 26/2011), construyéndose así como derecho de proyección transversal u horizontal.

(24) BALLESTER PASTOR, M^a A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, ob. cit., p. 55.

Segundo, el derecho a la conciliación no prevalece frente a otros derechos fundamentales, pero sí actúa como límite ante ellos, límite que viene determinado por el respeto debido a su contenido esencial (STC 26/2011), como ocurre cuando todos los derechos constitucionales entran en eventual conflicto.

Tercero, el derecho a la conciliación solo resultará prevalente respecto de otros derechos constitucionales cuando así lo disponga expresamente el legislador ordinario (STC 24/2011).

En el marco de la configuración legislativa concreta aparecen derechos de conciliación como excedencias, permisos, adaptación y reducción de jornada, y pueden producirse especificaciones por parte del convenio colectivo o por acuerdo entre trabajador o trabajadora y empresario (art. 34.8 LET). Pero no cabe duda de que la configuración constitucional de la conciliación como derecho fundamental impone la obligación de valorar las atribuciones empresariales, especialmente en el ámbito de la organización y distribución del tiempo de trabajo en relación al proceso productivo con las exigencias derivadas de la calificación constitucional máxima del derecho en cuestión para asegurar su debida validación. Tales atribuciones deben revestirse de razonabilidad en el juicio sobre su adecuación o no al respeto exigido por el contenido esencial del derecho a la conciliación.

Por ello, los derechos de conciliación establecidos en la legislación ordinaria (especialmente, la adaptación de jornada) no elevan su intensidad aplicativa por encima de su estricta literalidad (STC 24/2011). Ahora bien, en la medida en que se refieren a un derecho fundamental, exigen que su propia naturaleza, como derecho de máxima protección y tutela constitucional, sea tenida en cuenta en la resolución de litigios en sede judicial (STC 26/2011). Por consiguiente, la ordenación del tiempo de trabajo, así como la organización del mismo y distribución de la jornada revisten especiales características cuando se trata de trabajadoras o trabajadoras con responsabilidades familiares, características a las que no es posible sustraerse en la determinación de la precisión y alcance de dichos derechos.

Tres son los derechos de conciliación laboral con responsabilidades familiares sobre los que la reforma de 2013 introduce algunos cambios: adaptación de la jornada de trabajo, permiso de lactancia y reducción de la jornada de trabajo.

3.3. Adaptación de la jornada de trabajo para la atención de responsabilidades familiares: la “‘extraña’ promoción”

El derecho a llevar a cabo una adaptación de la duración y distribución de la jornada contemplado en el artículo 34.8 LET, con ser un poder de titularidad

individual, está llamado a ejercitarse “en los términos que se establezcan en la negociación colectiva” o en su caso, a través del “acuerdo” a que se llegue con el empresario, respetando entonces lo previsto en aquella. La Ley 3/2012 ha incorporado en el segundo párrafo del precepto citado una nueva redacción, señalando que “se promoverá la utilización de la jornada continua, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad de la empresa”. Como puede apreciarse fácilmente, el precepto no establece ninguna obligación ni derecho respectivos; se trata de una mera declaración de intenciones, no llegando a hacer un llamamiento ni al convenio colectivo ni al contrato de trabajo, ni tampoco al empresario para que incorporen en alguna medida la promoción de la compatibilidad señalada. También se ignora si el titular de esa intención promocional puede ser algún poder público.

Por consiguiente, nada nuevo aporta la Ley 3/2012 a los derechos de conciliación relativos a la facultad de trabajadores y trabajadoras de solicitar la adaptación de la jornada al cumplimiento de responsabilidades familiares. Pervive por tanto, la regulación existente, articulando un derecho de titularidad individual que se ha de ejercitar conforme establezca el convenio colectivo de referencia, si lo hubiere. En defecto de convenio, el acuerdo establecido entre empresario y trabajador o trabajadora no estaría sometido a tales condiciones convencionales, pudiendo efectuar tal adaptación en el ámbito de la autonomía individual. No quiere ello decir que la conciliación como derecho fundamental no despliegue todo su potencial en ambos supuestos (con regulación en convenio colectivo o sin él), puesto que la adaptación de la jornada solicitada tendrá que someterse al juicio de razonabilidad de la decisión adoptada. La denegación de la adaptación debe ser justificada y con causa suficiente para evitar calificaciones de abuso de derecho o fraude de ley en la revisión judicial de aquella.

Asimismo, debe conllevar motivación, sin que esta pueda consistir en la mera alegación de “exigencias de productividad”, sino la existencia de una necesidad real en la organización del proceso productivo que impide objetivamente la compatibilidad adaptativa solicitada. La voluntad de contribuir eficazmente a que la compatibilidad se produzca podría hacerse manifiesta igualmente ofreciendo varias alternativas de adaptación ante la propuesta solicitada. La Directiva 2010/18 de permisos parentales establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que los empresarios “tomen en consideración” las solicitudes de ajuste de jornada de los trabajadores por razones de conciliación, y, sin embargo, la reforma no introduce ningún tipo de medidas para asegurar tal garantía. De no existir causa justificada y motivación

suficiente, la negativa a atender la solicitud de adaptación difícilmente podría considerarse respetuosa del derecho fundamental a la conciliación laboral con las responsabilidades familiares.

La obligación de justificación de la negativa empresarial aquí postulada responde a la obligación impuesta por la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales y es constatable que algunos juzgados de lo social han venido aceptando cambios de horario que exceden de lo dispuesto en el artículo 37.5 LET sobre la base de la consideración del carácter fundamental del derecho a conciliar y la inexistencia de motivación para no acceder a lo solicitado (Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona, de 10 de octubre de 2012, admitiendo reducción de jornada con cambio de horario justificado por las responsabilidades familiares sin que la empresa acreditara perjuicio alguno).

En materia de adaptación de la duración y distribución de jornada, al empresario le corresponde, al menos, la obligación de justificar y motivar la denegación de lo solicitado. Con lo cual, esa falsa apariencia del artículo 34.8 LET de inexistencia de obligaciones específicas empresariales puede convertirse en verdadera fuente de confusión jurídica.

3.4. Permiso de lactancia: titularidad indistinta del derecho a solicitarlo entre ambos progenitores sin posibilidad de reparto

La sentencia del TJUE del 30 de septiembre de 2010 en el asunto “Roca Álvarez” (Asunto C-104/09) había declarado la falta de adecuación del permiso de lactancia español configurado en el anterior artículo 37.4 LET a lo dispuesto en la Directiva 2010/18 de permisos parentales, en la medida en que otorgaba la atribución exclusiva de este permiso parental a la madre, regulación que, en opinión del Tribunal, conducía a perpetuar los roles de cuidado en relación con las mujeres, dificultando potencialmente su acceso al mercado de trabajo y situación laboral. Ha de recordarse que el Tribunal consideró que, pese a su denominación, la naturaleza del permiso no era facilitar la lactancia natural del hijo, sino atribuir un tiempo para su cuidado, sin condicionar el modo en que debía utilizarse aquel. Lo interesante de esta sentencia radica en haber estimado que no existía discriminación contra el hombre, sino contra la mujer, dado que una atribución exclusiva o preferente a la madre de un permiso parental puede ocasionar una perpetuación de roles de cuidado y, en definitiva, perjudicar la situación laboral del colectivo femenino.

La reforma de dicho precepto por la Ley 3/2012 otorga al permiso de lactancia una titularidad indistinta de los progenitores del menor, descartando la

titularidad originaria y aún la preferente de la mujer. Sin embargo, el objeto de la reforma no pasa de ahí, un cambio en la titularidad del derecho a solicitar dicho permiso, pero no ahonda lo más mínimo, como avanzaba la sentencia de referencia, en las condiciones de su ejercicio. En el asunto “Roca Álvarez” mencionado, el TJUE apuntó la necesidad de permitir el reparto de dicho permiso entre ambos progenitores, aspecto que continúa quedando prohibido en el vigente artículo 37.4 LET, en la medida en que se establece que siendo un derecho individual de hombres y mujeres, sin embargo, “solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”.

En nuestro país, en el orden contencioso administrativo ha quedado admitida la posibilidad de que el permiso de lactancia sea disfrutado conjuntamente por padre y madre, al no incidir la reforma de 2012 en relación con el artículo 37.4 LET sobre el homónimo artículo 48.1, f) del Estatuto Básico del Empleado Público, ni sobre el artículo 30.1, f) de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública. Se ha aceptado la atribución indistinta a padre y madre, pero, y esto es lo que ahora importa señalar, se ha admitido el reparto del permiso entre ambos por no encontrarse prohibido (Sentencia Juzgado central contencioso administrativo N° 11 de Madrid [Audiencia Nacional] de 4 de abril de 2013).

Lo anterior viene a significar que los trabajadores y trabajadoras vinculados mediante contrato de trabajo son objeto de un tratamiento distinto y peyorativo en este caso, al no poder disfrutar de un reparto del tiempo correspondiente al permiso de lactancia, conclusión a la que es preciso llegar, desde luego menos respetuosa con el objetivo de la corresponsabilidad, al prohibir expresamente el reparto del mismo, lo que hace prever dificultades importantes de interpretación cuando el padre y la madre ostenten una u otra condición.

3.5. La reducción de jornada como núcleo duro de las facultades derivadas del derecho a la conciliación: el cómputo “diario”

La reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado de familiares que aparece recogido en el artículo 37.5 LET se había configurado como derecho de carácter genérico respecto de la jornada laboral establecida (en convenio o contrato de trabajo). Así ha funcionado el esquema de aplicación de las reducciones previstas hasta la entrada en vigor de la reforma de 2012, la cual ha venido a dotar de un carácter específico la jornada susceptible de reducción. La nueva redacción del artículo 37.5 LET solo la permite respecto de la “jornada diaria”, expulsando con ello del ordenamiento las reducciones que ya se venían realizando sobre la jornada en cómputo superior al diario (STSJ de Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2000, Sentencia N° 3781/2000). Es más, se había

considerado que ningún impedimento existía para admitir que los tramos temporales superiores a la jornada diaria estuvieran al margen de lo contemplado en el artículo 37.5 LET.

La ley 3/2012 se presenta como una norma que trata de dar prevalencia a criterios de productividad y competitividad empresarial en materia de conciliación sobre derechos que parece considerar de menor entidad, como la conciliación laboral con las responsabilidades familiares y, en ese sentido, huye de configurar nuevas obligaciones empresariales para hacer efectivo ese derecho. Pero es que cuando trata de efectuar ajustes en el contenido de derechos de conciliación ya existentes, intenta pulir cualquier tipo de obstáculo a la plena disponibilidad empresarial del tiempo de trabajo del trabajador o trabajadora. En consecuencia, se apresura a puntualizar que la reducción de jornada ha de quedar limitada a su cómputo “diario”.

Con la pretensión de ofrecer al empresario mayor grado de flexibilidad en la gestión del horario de trabajo, la nueva regulación entorpece y, a buen seguro, dificultará numerosas solicitudes de reducción de jornada: posibilidad de poder escoger distintos porcentajes de reducción cada día, necesidad o no de que la reducción tenga que pedirse por cada uno de los días en que la misma se pretende, exigencias de formular la solicitud con determinada antelación para garantizar la viabilidad del proceso productivo, etc.

La solución aparente del nuevo artículo 37.5 LET trata de otorgar al empresario una amplia libertad para aceptar o no la reducción solicitada en relación con cada día de trabajo y desvela un especial interés por dificultar al trabajador el recurso a esta medida. Pero esa apariencia de libertad se desvanece por las mismas razones que quedaron apuntadas en relación con la cuestión anteriormente abordada sobre la adaptación de la jornada de trabajo y el carácter de derecho fundamental de la conciliación familiar (STC 24 y 26/2007). La organización del tiempo de trabajo se articula sobre la base, por una parte, del derecho a la libertad de empresa y organización y dirección de los procesos de producción, pero por otra, teniendo en cuenta los derechos de conciliación laboral de las personas que trabajan con la responsabilidad personal de atender a sus familias, principio básico y fundamental en una sociedad culta y adulta.

La denegación de las reducciones de jornada por este motivo debe ser justificada y venir acompañada de motivo suficiente que elimine toda sospecha de lesión o desconocimiento del derecho fundamental. Hay, por otra parte, algunos pronunciamientos judiciales que han avalado reducciones de jornada en módulo superior al diario, exactamente, en cómputo semanal, precisamente sobre la base de argumentar que el empresario no justificó perjuicios ni motivó adecuadamente

su negativa (Sentencia del Juzgado de lo Social N° 11 de Madrid de 19 de septiembre de 2012).

En síntesis, lo que se propone es que toda negativa esté justificada y, en segundo término, que se deben explicitar los perjuicios que para la empresa derivarían de aceptar la propuesta de reducción formulada por el trabajador. Igualmente, ha de señalarse que las peticiones de reducción cuando se formulan en términos abusivos deben ser rechazadas, evidenciando el fraude que se pretende al hacer uso de una herramienta pensada fundamentalmente para armonizar intereses distintos y contrapuestos (Sentencia TSJ País Vasco de 15 de enero de 2013, rec 3004/2012) y admiten ser ponderadas cuando hay otras alternativas.

La concreción horaria en supuestos de reducción de jornada sigue constituyendo el aspecto más difícil de resolver en este punto. Hasta la entrada en vigor de la reforma de 2012, dicha concreción era objeto de una prioridad del trabajador o trabajadora, quien determinaba el momento de su disfrute. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 37.6 LET señala al convenio colectivo para que establezca los “criterios” bajo los que ha de producirse el disfrute de este derecho, seguramente y como ya se ha advertido, con la pretensión de otorgar mayor grado de “certeza” a la parte empresarial.

A través de esta novedad, el convenio colectivo pasa a jugar una función de equilibrio entre los derechos de conciliación y las necesidades productivas y organizativas de la empresa, según indica ahora el nuevo precepto. Se desplaza de esta manera del ámbito de la titularidad individual del trabajador o la trabajadora la facultad de la concreción horaria para hacer efectivo el permiso de lactancia y reducción de jornada. Un derecho casi pleno de los trabajadores (solo limitado en supuestos de abuso o fraude) les es arrebatado para atribuirlo a la determinación por convenio de los “criterios” que deben operar a la hora de solicitar tales permisos o reducciones, convirtiendo en derecho necesario los convencionalmente pactados, abandonando la necesaria perspectiva individual en la determinación de los tramos horarios para la dedicación a las responsabilidades familiares.

La nueva ordenación jurídica ha evitado establecer la prioridad de las necesidades productivas y organizativas sobre los derechos de conciliación, en una clara huida de fórmulas con sospechas de inconstitucionalidad implícitas, pero ha suavizado el rigor de atribuir en exclusiva al trabajador o trabajadora la concreción horaria de los derechos de conciliación en liza, por cuanto en realidad presupone que interfieren con la organización de la producción empresarial y ordena al convenio colectivo que fije “criterios”. Ahora bien, la negociación colectiva no puede erradicar la faceta individual esencial a los derechos de conciliación, de

modo que en la fijación de cuáles sean esos criterios no puede expulsar la posibilidad de conservar un margen de adecuación de los criterios a la realidad personal y familiar del trabajador o trabajadora individualmente considerados. Los horarios de los colegios, los de funcionamiento de los servicios sanitarios, la regularidad o irregularidad de servicios de transportes, etc., determinan márgenes importantes de condicionamiento de los espacios para el atendimento y cuidado de responsabilidades familiares, por lo que la esfera individual del trabajador o trabajadora no puede quedar asfixiada por los criterios del convenio colectivo, a riesgo de exponerse a regulaciones contrarias a las bases constitucionales de los derechos de conciliación. En tal sentido, la sentencia del TS de 21 de marzo de 2011 (REC 54/2010) ha manifestado que la negociación colectiva puede concretar o determinar la forma de disfrute de la reducción de jornada, pero ha de permitirse la ponderación de intereses en juego sin admitir en ningún caso limitaciones genéricas de los derechos de conciliación. Se trata, pues, de una jurisprudencia que toma en consideración y, en consecuencia, tutela la faceta individual de los derechos de conciliación. La vertiente individual de estos derechos no puede sencillamente eliminarse. La negociación colectiva está llamada a buscar cauces adecuados para su satisfacción real y efectiva, pero nunca para erradicar la importancia de las características y circunstancias personales y familiares en cuanto contenido individual de los derechos de conciliación laboral.