

## ***La acción positiva y las cuotas de género.***

**Dr. Nuria Elena Ramos Martín**  
Profesora - Departamento de Derecho del Trabajo,  
Universidad de Amsterdam

Seminario: **EL DERECHO DE LA UE A LA IGUALDAD  
ENTRE MUJERES Y HOMBRES**

Trier, 5/05/2017

Organización: ERA - Trier, Comisión Europea



Este seminario está financiado por el Programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía 2014-2020» de la Comisión Europea.

### **Objetivo**

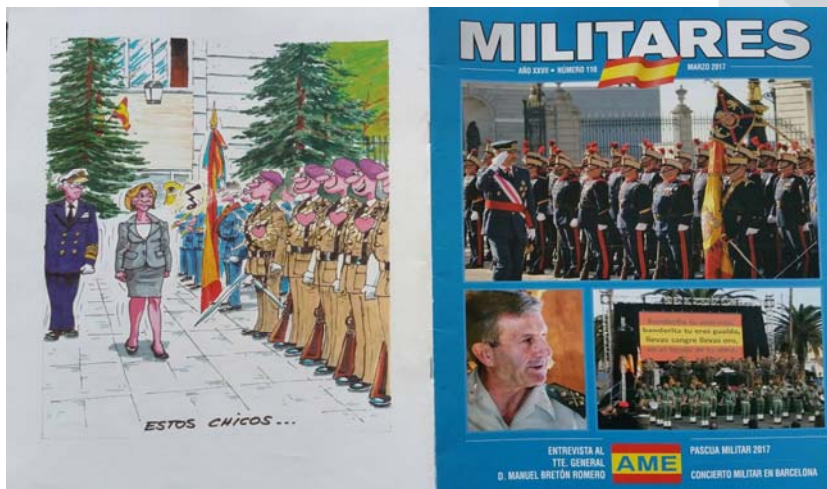
- Analizar el concepto de acción positiva en el derecho de la UE (En particular medidas en favor de las mujeres)
  - A. Marco legal
  - B. Jurisprudencia del TJUE
  - C. Implementación en los Estados Miembros de la UE
  - D. Propuesta de Directiva COM(2012) 614 final -equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas

## Actitudes sociales positivas



3

## y negativas...



4



## Datos Estadísticos – EUROSTAT, 2017

- En la EU uno de cada tres directivos es una mujer (65% hombres y 35% mujeres en puestos de responsabilidad en empresas con más de 10 trabajadores).
- En Letonia hay más mujeres que hombres dirigiendo empresas. En Bulgaria y Polonia el porcentaje femenino es el 44%. En torno al 40 % de mujeres directivas en Irlanda, Estonia, Lituania, Hungría, Rumania, Francia y Suecia. España tiene en torno al 37%.
- Al final del ranking con menos del 25% de representación femenina: Alemania, Italia, Chipre, Bélgica, Austria y Luxemburgo.

<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7896990/3-06032017-AP-EN.pdf/ba0b2ea3-f9ee-4561-8bb8-e6c803c24081>



## Estadísticas – EUROSTAT, 2017 - Salario

- Brecha salarial de género - media europea del 23,4%.
- A la cola de la brecha salarial entre directivos de distinto sexo: Rumania, sólo 5%, seguido por Eslovenia (12.4%), Bélgica (13.6%) y Bulgaria (15.0%).
- En España la desigualdad salarial en funciones directivas es el 16,2%. Porcentaje similar: Chipre, Irlanda y Suecia
- Por encima de la media Europea están países como Reino Unido, Estonia, Portugal, Alemania, Austria, Polonia, Eslovaquia y Rep. Checa, con porcentajes en torno al 25-29%.
- A la cabeza de la brecha salarial están Italia y Hungría con un 33%.





### Marco Histórico

- Origen del concepto de acción positiva:  
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América – Asociado a la idea de luchar contra la discriminación social.
- Medidas dirigidas a combatir:
  1. La discriminación racial (Brown, 1954)
  2. La segregación racial en el empleo (Griggs, 1971)
  3. La discriminación sexual (Johnson, 1987)

9



### Medidas de acción positiva en el derecho de la UE:

- Distintos conceptos utilizados:  
discriminación positiva, trato preferente, **acción positiva**
- Amplio abanico de medidas:
  - Políticas de igualdad de oportunidades:  
(promoción del empleo femenino, programas especiales de educación y/o formación)
  - Medidas de acción positiva *stricto sensu*:  
Cuotas y objetivos (v.g. trato preferente en el acceso al empleo público – reserva cupo de puestos de trabajo).

10

### Concepto de Igualdad – derecho de la UE:

- **Igualdad Formal, (Aristóteles):** ‘La justicia es tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales’. Modelo - demandas individuales planteadas por víctimas de discriminación.
  - Protección contra la discriminación:
    - A. Directa (objetiva y no justificable)
    - B. Indirecta (colectiva y contra la que cabe justificación objetiva/principio de proporcionalidad)
- **Igualdad real o sustantiva:** Asegura la igualdad de oportunidades y la igualdad objetiva en los resultados – Modelo pro-activo
  - Promoción de grupos en desventaja en el mercado laboral

11

### Problema a debatir:

■ **Cuestión principal:**

¿Es el resultado perseguido por el derecho de la UE la igualdad sustantiva o la meramente formal?

*C-136/95, Thibault;*

*C-158/97, Badeck;*

*Case C-407/98, Abrahamsson;*

*C-342/01, Merino Gómez*

■ **Hipótesis:**

La dimensión positiva del concepto de igualdad puede encontrarse, aunque planteada de forma restrictiva, en la legislación de la UE y en la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la UE.

12



## Marco legal – Derecho de la UE

- **Art. 3 TUE** (La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres,...)
- **Art. 8 Tratado sobre el funcionamiento de la UE, (TFUE):** En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.
- **Art. 157.4 TFUE** (principio de igualdad de trato - medidas que contribuyan a garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral)
- **Art. 3 Directiva 2006/54/CE** (igualdad entre mujeres y hombres)
- **Art. 23 Carta de los derechos fundamentales de la UE** (Legitimidad de las medidas de acción positiva a favor del sexo menos representado)

13



## Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y acción positiva en el derecho de la UE

- **Art. 157.4 TFUE:** 'Con objeto de garantizar en la práctica la **plena igualdad** entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al **sexo menos representado** el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.'
- **Art. 3 Directiva 2006/54/CE:** 'Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, (actualmente Art. 157.4) del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.'
- **Art. 23 – Carta de los derechos fundamentales de la UE:**
  - La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.
  - El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

14



## Jurisprudencia del Tribunal de Justicia:

**Asunto C-450/93 Kalanke:** Las medidas de acción positiva que dan una 'prioridad automática' en la promoción a las candidatas son contrarias al derecho comunitario.

**Asunto C-409/95 Marschall:** *Es conforme al derecho de la UE una norma nacional conforme a la cual, en caso de promoción, las mujeres que presenten igual capacitación que los candidatos de sexo masculino tienen derecho a un trato preferente en los sectores en los que están infrarrepresentadas, si contiene una **cláusula de apertura** que, garantiza a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignora la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.*

15



## Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

- **Asunto C-158/97 Badeck:** la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres no se opone a una normativa nacional que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes. (**Cuota rígida!**)
- **Asunto C-407/98, Abrahamsson,** La Directiva en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres y el artículo 157.4 TFUE, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo perteneciente al sexo menos representado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto con mayores méritos, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo menos representado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. (Violación del **principio de proporcionalidad - Meritocracia**).

**Principio de proporcionalidad** - 3 condiciones: (**Asunto C-170/84, Bilka**)

- *Medidas* – responden a necesidad real de la empresa (o objetivo legítimo de política social);
- deben de ser apropiadas para conseguir los objetivos perseguidos;
- Y tienen que ser necesarias para obtener tal fin.

16





## Otra Jurisprudencia relevante:

- **Asunto 476/99 Lommers:** el argumento basado en el hecho de que las mujeres tienden más fácilmente a interrumpir su carrera profesional para asumir la guarda de sus hijos de corta edad, sólo puede tenerse en cuenta manteniendo el respeto debido al **principio de proporcionalidad**.
- **Asunto C-319/03, Briheche** (Necesidad de respetar el principio de proporcionalidad).
- **Asunto C-559/07, Comisión v. Grecia:** El Código griego de pensiones civiles y militares contraviene principio de igualdad de trato al contener disposiciones que establecen diferencias entre los trabajadores y las trabajadoras en materia de edad de jubilación y de duración mínima de la relación de servicio.
- **Asunto C-104/09, Roca Álvarez**
- Se argumenta que el papel de hombres y mujeres en el cuidado y educación de los hijos es equiparable.

17



## Conclusiones – Jurisprudencia TJUE:

- La interpretación dada por el Tribunal de Justicia al concepto de acción positiva es muy restringida.
- Los requisitos para la adopción de medidas de acción positiva son muy estrictos:
  - Existencia de un grupo menos representado (en desventaja).
  - No prioridad automática – Aplicación flexible de la medida
  - Medidas apropiadas y necesarias – respeto debido al principio de proporcionalidad
  - Carácter temporal de la medida (hasta que la discriminación social se corrija)
- Uso de expresiones indeterminadas: ‘cuota rígida’, ‘cuota de resultado flexible’, ‘cláusula de salvaguarda’.
- Concepto de igualdad desde el punto de vista jurídico más cercana a la igualdad formal que a la igualdad real o sustantiva.

18

### Acción Positiva: ¿Deber de los poderes públicos o excepción estricta?

- Estados Miembros Bélgica, Francia, Alemania, Italia, España (*Art. 9.2 de la Constitución, Ley de Igualdad sustantiva 7/2007*) textos legales de carácter fundamental contienen disposiciones que establecen un deber positivo del legislador de promover la igualdad de oportunidades real o *de facto* entre mujeres y hombres – Acción positiva se concibe como **necesaria**.
- **Arts. 2-5 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU): Deber** de los Estados de adoptar medidas apropiadas para mejorar **de facto** la situación de la mujer en la sociedad (“para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer”).
- Fricciones entre la interpretación del Tribunal de Justicia (las medidas de acción positiva - excepción al principio de igualdad y deben ser aplicadas restrictivamente) y el derecho nacional e internacional.
- En el derecho de la UE la adopción de medidas de acción positiva está únicamente permitida de forma restringida y no se concibe como un deber de los poderes públicos.

19

### Problemas de la teoría compensatoria

¿Son las medidas de acción positiva un instrumento eficaz para atacar la discriminación femenina en el mercado laboral?

- Igualdad vinculada a los conceptos de dignidad, justicia social compensación y redistribución
- **Argumento económico:** ¿Las políticas de acción positiva que aumentan la presencia de las mujeres en los puestos directivos elevaría la competitividad europea y los beneficios empresariales? Estudios contradictorios.
- **Derecho fundamental:** La acción positiva es un corolario de la obligación de los Estados miembros de promover la igualdad real entre los ciudadanos, desde las perspectivas individual y colectiva, como forma de eliminar los obstáculos que impiden su plena participación en la vida política, económica y social.

20



**Propuesta de Directiva - mejora del equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas - COM (2012) 614 final**

- El desequilibrio de género en los puestos de responsabilidad es patente en varios terrenos: la política, la economía, la ciencia y la investigación, pero es realmente pronunciado en el ámbito de la dirección empresarial.
- Propuesta de la Comisión: Objetivo - 40% de los puestos de administrador no ejecutivo en las empresas cotizadas sean cubiertos por miembros del sexo menos representado a más tardar en 2020 y en 2018 para las empresas públicas.



**Propuesta de Directiva - equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas**

- Se aplicaría a empresas con más de 250 trabajadores y que tenga un volumen de negocios anual superior a 50 millones EUR o un balance anual total superior a 43 millones EUR. ( Las PYMEs quedan excluidas, Artículo 3.)
- Artículo 4.3, se ajusta a la jurisprudencia del TJUE: “prioridad al candidato del género menos representado si tiene la misma cualificación que un candidato del otro género en términos de adecuación, competencia y rendimiento profesional, salvo que una evaluación objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos, incline la balanza en favor de un candidato del otro género.”
- Obligación de comunicar los criterios de cualificación en que se basó la selección, la evaluación objetiva comparativa de esos criterios y las consideraciones que inclinaron la balanza en favor del candidato del otro género. Artículo 4.4.



### **Propuesta de Directiva - equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas**

- Inversión de la carga de la prueba, Artículo 4.5.
- Objetivo 40% flexible para los Estados Miembros - Art. 4.6 y 7:
  - objetivo no se aplique a empresas cotizadas en las que los miembros del género menos representado constituyan menos del 10 % de la plantilla.
  - objetivo alcanzado cuando las empresas cotizadas puedan mostrar que los miembros del género menos representado ocupan al menos un tercio de todos los puestos de administrador, independientemente de que sean o no ejecutivos.
- Obligaciones de presentación de informes anualmente y sanciones (efectivas, proporcionales y disuasorias)
- Medida temporal. Expirará el 31 de diciembre de 2028.



### **Medidas Nacionales**

- Bélgica, Francia, Italia y Alemania ya han fijado por ley sus propias cuotas femeninas en los consejos de administración.
- Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia y Grecia tienen normas sobre el equilibrio entre mujeres y hombres en los consejos de administración de las empresas públicas.
- España y Países Bajos – sistemas voluntarios



### **Cuestiones para el debate:**

- ¿Cómo se estimula la adopción de medidas de acción positiva a favor de la mujer actualmente en el ámbito de la UE? Iniciativas de la Comisión:
  - 'Paridad en la toma de decisiones' Prioridad de la Estrategia para la igualdad de género (2016-2019)
  - Propuesta de Directiva - mejora del equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas - COM (2012) 614 final. Respaldada por el PE –¿En la agenda de la nueva Comisión?
- ¿Son las trabajadoras un grupo social homogéneo, tradicionalmente afectado por discriminación y segregación en el mercado laboral? Declaración anexa al TCE: sexo menos representado = mujeres
- ¿Cómo superar las diferencias entre los marcos legislativos nacionales y europeo en la aplicación práctica de las medidas de acción positiva?

25



### **Eurobarómetro 376 - 2012**

- Los europeos están de acuerdo en que hay que hacer algo para contrarrestar el desequilibrio provocado por la desconfianza en las mujeres de el ámbito empresarial dominado por los hombres (76%).
- Nueve de cada diez encuestados sostenían que, a igualdad de cualificaciones, las mujeres debían tener la misma representación en los puestos directivos de las empresas.
- Tres de cada cuatro eran partidarios de la existencia de legislación sobre la paridad de género en los consejos de administración.

26



**Gracias por su atención**

- ¿Preguntas?
- ¿Puntualizaciones?