

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

Teresa Pérez del Río
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.



INDICE

1.- El significado de la prohibición de discriminación por razón de género en las condiciones de trabajo. El marco normativo comunitario: Directivas 76/207 y 2002/73 CEE.

1.1.- Caracteres generales del concepto comunitario de discriminación.

1.2.- El significado del concepto de condiciones de trabajo.

1.3.- El sistema de garantías y sanciones.

2.- Marco normativo interno: Art.35 CE Art. 17, Art.22.4 y Art.24.2 del Estatuto de los Trabajadores. Interpretación jurisprudencial.



1.- El significado de la prohibición de discriminación por razón de género en las condiciones de trabajo. El marco normativo comunitario: Directivas 76/207 y 2002/73 CEE.

El derecho de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón del género, constituye probablemente uno de los temas más importantes de la Política Social Comunitaria tanto desde una óptica cuantitativa como cualitativa. La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres parte del **Art.119 del Tratado de Roma**, precepto que sirve de fundamento para la posterior labor legislativa y jurisprudencial en materia de discriminación por razón de género en el Derecho Comunitario.

Es de reseñar, sin embargo, que como principio de política social, se integra en el Capítulo Primero del Título III del Tratado de Roma (en adelante TR) lo que, sobre todo en los primeros momentos de funcionamiento de las Comunidades Europeas, significa que ni constituye un objetivo primordial de la estructura económica que se pretende crear, ni forma parte de las libertades básicas imprescindibles para su funcionamiento, apareciendo exclusivamente vinculado a la materia salarial y por tanto, con una significación exclusivamente económica.

El desarrollo normativo del principio contenido en el Art.119 del TR y las transformaciones operadas en el reconocimiento y la interpretación de su significación, comienzan a producirse solo en el momento en que se generaliza la convicción de que, el correcto funcionamiento del Mercado, no provoca por si mismo la mejora del nivel de vida de los trabajadores, por tanto, que se hace necesaria una intervención comunitaria en materia social que tienda al acercamiento de las condiciones de trabajo de los Estados miembros de la Comunidad que, al tiempo de evitar distorsiones en la competencia, cumpla el objetivo recogido en el Art.117 TR.

Esta nueva perspectiva se plasma en la elaboración del **Primer Programa de Acción Social de la Comunidad Europea de 1974**, en cuyo desarrollo se adoptan una serie de importantes Directivas en materia de igualdad de trato una de las cuales, de especial importancia, es la **D/76/207/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesional y a las condiciones de trabajo**.

Es necesario además hacer especial referencia al reconocimiento del derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de género realizada en el **Punto 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989** que señala:

*“Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin conviene intensificar, donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres en particular para **el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución en la carrera profesional**. Conviene asimismo desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.*

También es necesario señalar que el **Art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000** establece:

*“La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada 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 ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado".

Finalmente, el 23 de septiembre de 2002 ha sido adoptada la **D/2002/73/CE que introduce una necesaria reforma de la D/76/207/CE sobre igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo.**

Sobre este conjunto normativo, el TJCEE ha elaborado un importante conjunto jurisprudencial ya que, como se ha señalado doctrinalmente, desde el inicio de su labor de control de la aplicación del Tratado de Roma y del Derecho Comunitario derivado, el Tribunal de Justicia ha encontrado en el de la igualdad de trato uno de sus "temas estrella", constituyendo una de las materias sobre las que ha debido pronunciarse con mayor frecuencia. Es necesario reseñar que la jurisprudencia del TJCEE ha experimentado una evolución que corre paralela al propio desarrollo de la normativa comunitaria. El Tribunal ha adoptado una postura que la doctrina denomina de "**activismo judicial**", afirmando reiteradamente **el carácter del principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación por razón de género como propio y verdadero derecho fundamental comunitario** (Asuntos Razzouk y Beydoun 75/82 y 117/82 Ss. de 20-Marzo-1984; Jhonston 222/84 S. de 15-Mayo-1986; Drake 150/85 S. de 24-Junio-1986).

En concreto y sobre el tema que nos ocupa, la prohibición de discriminación por razón de género en las condiciones de empleo y trabajo, el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el significado de los dos conceptos esenciales implicados: el de **discriminación** y el de **condiciones de trabajo recogidos en la D/76/207/CE.**

1.2.- Caracteres generales del concepto comunitario de discriminación.

La elaboración y perfilamiento del concepto de discriminación producido mediante la normativa y la jurisprudencia comunitaria, que a su vez, ha importado experiencias nacionales muy avanzadas en materia de tutela antidiscriminatoria como la estadounidense, ha creado a su vez normas, criterios interpretativos y pautas de comportamiento para los Estados miembros de la CE, en algunos de los cuales han resultado y aún resultan novedosas como ha venido ocurriendo y aún ocurre en España.

Como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, el objetivo inicial del reconocimiento del derecho a no discriminación por razón de género en el ámbito comunitario es de carácter puramente económico, es decir, se encuentran ausentes de él connotaciones de tipo social, lo que se pone de manifiesto en el ámbito a que el Art.119 del Tratado de Roma reduce la aplicación del mismo, es decir, a la materia retributiva. En el Art.119, como en todo el Tratado, existe un trasfondo liberal que tiene como único objetivo garantizar la corrección y la transparencia en el funcionamiento del mercado común europeo, evitando el "dumping social" y la competencia a la baja entre los trabajadores y esto, en el momento de elaboración del Tratado de Roma y en el ámbito europeo, es susceptible de producirse con efectos económicos importantes, esencialmente entre trabajadores y trabajadoras, entre aquellos países que suponían estaban exigiendo a sus empresarios el cumplimiento del principio de igualdad retributiva y aquellos otros en los que el cumplimiento de este principio no se exigía.

Sin embargo, una de las características del concepto comunitario de discriminación a resaltar es su **dinamicidad**. Su proceso de elaboración y consolidación, ha sido lento tanto en el Derecho Comunitario, como en los ordenamientos de los países integrantes de la Comunidad Europea y aún no está en absoluto acabado. En primer lugar, la prohibición de discriminación por razón de sexo ha pasado de ser un mero principio de política económica, a configurarse como un verdadero y propio derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en aspectos de la vida profesional muy alejados del original y restrictivo ámbito salarial y, en este



cambio de significación, ha jugado un papel esencial la actuación conjunta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Derecho Comunitario derivado.

Este proceso de evolución ha conducido a que, en la actualidad, nos encontremos ante un concepto comunitario de indudable **complejidad**. En la prohibición de discriminación por razón de género existe algo más que una mera prohibición de trato desigual; existe una censura de vicios en la conformación social que se traducen en un tratamiento "secundario" de algunos seres humanos por parte de otros, en un atentado directo contra su dignidad como ser humano en la que se basan todos los demás derechos. Existe además, el objetivo de evitar que esa situación se perpetúe y de dotar a las víctimas de la misma de medios de defensa suficientemente adecuados y eficaces.

De lo hasta aquí señalado se infiere además otra característica del concepto de discriminación: **la naturaleza eminentemente colectiva de sus efectos**. Para apreciar su existencia, es irrelevante la comparación caso por caso, de tal manera que se entiende que un sujeto se haya en situación de discriminación, precisamente por razón de su pertenencia a un colectivo y el tratamiento peyorativo que recibe se extiende a todos los integrantes del mismo y además, a **todos los aspectos de su vida social**, de tal forma que la marginación tiende a perpetuarse aunque no se traduzca en hechos concretos de diferenciación que afecten a un sujeto individualizado. La situación de discriminación se manifiesta en el insuficiente o inadecuado nivel de formación y educación de los integrantes del colectivo discriminado, la infravaloración de su trabajo y su función social, en definitiva, en la obstaculización a su pleno desarrollo como ciudadanos.

La discriminación constituye una situación compleja, cuyas causas en la actualidad no son siempre perceptibles como tratamientos desiguales, al menos formal o conscientemente realizados o, incluso, se manifiestan en tratamientos iguales en la forma pero que, de hecho, producen un resultado perjudicial para determinados colectivos sin necesidad de que, al tiempo, produzcan un resultado beneficioso para los colectivos no discriminados o sus integrantes.

Es indudable que esta compleja situación discriminatoria en la que se encuentra un grupo social, en nuestro caso el caracterizado por el género, se manifiesta en conductas o actos determinados. La doctrina no es pacífica en lo referente a la tipología de estas conductas. La actualmente dominante en los países de nuestra área y específicamente en Italia y España diferencia entre "**discriminaciones directas**" e "**indirectas**" y dentro de las primeras entre "**discriminaciones directas abiertas**" y "**discriminaciones directas ocultas**".

Constituirían **discriminaciones directas** por razón de género aquellos actos u omisiones que, produciendo un resultado perjudicial, tienen como causa determinante el género. Este tratamiento peyorativo de unos grupos, no debe traducirse necesariamente en un beneficio paralelo para otros grupos o individuos.

A veces la causa del tratamiento con resultado perjudicial es formalmente perceptible con un examen superficial, lo que constituiría un supuesto de "**discriminación directa abierta**" cada vez menos frecuente.

Otras veces -la mayoría- existe un intento de encubrir el factor diferencial real, bajo otras instituciones que quiten relevancia aparente a dicho factor. En estos casos, la causa determinante del tratamiento peyorativo sigue siendo una de las prohibidas, en nuestro caso el género, solo que se ha tratado de esconder bajo denominaciones o instituciones en los que la trascendencia de dicho factor es secundaria o no es en absoluto evidente: sería el caso de las "**discriminaciones directas ocultas o encubiertas**".



Cuestión diversa es la que se refiere a las denominadas "**discriminaciones indirectas**" que serían aquellas conductas o medidas para cuya adopción no se ha tenido en consideración el factor prohibido, en nuestro caso el género, sino otros factores aparentemente neutros, a pesar de lo cual se produce un resultado desproporcionadamente adverso sobre un determinado colectivo caracterizado por la concurrencia en él del factor prohibido. Sería por tanto y en principio "indirectamente discriminatoria" toda actuación, conducta o medida, aparentemente neutra desde el punto de vista del género, pero cuya aplicación perjudica de manera desproporcionada a un colectivo integrado predominantemente por mujeres y que carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional.

El **Art.2.2 de la Directiva 97/80** sobre modificación de la carga de la prueba define la **discriminación indirecta** como "**...cualquier disposición, criterio o práctica, aparentemente neutro, que perjudica de modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo y no está objetivamente justificado por ninguna razón u otra condición necesaria, no vinculada al sexo de las personas**".

La figura de la discriminación indirecta es una de las más recientes en la tipología de discriminaciones, y la más difícil de erradicar, sobre todo por los problemas procedimentales que se plantean, especialmente en materia de prueba del resultado discriminatorio cuya demostración exige una **prueba estadística** nada corriente en nuestro sistema jurisdiccional y, además, porque su detección y erradicación requiere de una especial sensibilidad y formación de parte de los órganos competentes en materia de tutela antidiscriminatoria.

Para poner de manifiesto las dificultades que conlleva la detección de este tipo de discriminación hay que tener en cuenta que aquí, no se valora el uso como factor diferencial de uno de los prohibidos (porque en apariencia esa utilización no se produce) sino la intensidad del efecto del uso de un factor aparentemente neutro y por tanto legítimo, en la adopción de determinada medida, al aplicarse dicha medida a un colectivo determinado, caracterizado por una situación histórica de discriminación.

En este caso, el carácter discriminatorio o no de una determinada medida que impacta de forma desfavorable sobre el colectivo femenino, debe medirse en función de la **proporcionalidad** del resultado perjudicial, de tal manera que un factor de diferenciación originariamente legítimo, puede dejar de serlo si resulta demasiado costoso en términos de agravación de la situación discriminatoria de un colectivo tradicionalmente marginado, es decir, no es **necesario**, y carece de **razonabilidad** para perseguir los objetivos buscados por el sujeto activo de la conducta o medida, que a su vez deben ser legítimos. De esta forma, la propia existencia o inexistencia del carácter discriminatorio en determinada medida o conducta con resultado perjudicial para un colectivo determinado por su género, depende de la **justificación; la concurrencia de justificación suficiente en cada caso concreto, ha de ser realizado por la autoridad competente, normalmente los Tribunales.**

Finalmente es de reseñar que la discriminación se considera una **conducta calificada por el resultado**, de tal forma que la intención del sujeto que discrimina, resulta irrelevante; nos encontramos ante una **noción de tipo objetivo**.

Más reciente y específicamente, el **Art.2.2.º de la D/2002/73/CE** establece que "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: **...discriminación indirecta...la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios**".



A primera vista existen algunas diferencias entre ambas definiciones normativas, que afectan a los dos elementos que caracterizan la discriminación indirecta: a) la **amplitud del colectivo** de personas de un determinado sexo afectadas perjudicialmente por la medida enjuiciada; b) la **justificación** de la medida, criterio o norma que produce tal efecto.

No creo sin embargo que estas modificaciones produzcan cambios en la jurisprudencia interpretativa del TJCE, respecto de la cual es preciso señalar que aunque en la definición teórica del concepto de discriminación indirecta ha sido bastante homogénea, en la aplicación de la teoría elaborada al caso concreto ha sido a veces incluso contradictoria¹. En síntesis, el TJCE ha venido repitiendo que **cuando se puede demostrar que determinada medida, criterio o práctica afecta de forma desfavorable a un porcentaje sustancialmente mayor de personas de un determinado género, la medida controvertida ha de estar justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de género, sucediendo así cuando existe una finalidad legítima, y los medios elegidos son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido y necesarios a tal fin, entendiéndose que lo son cuando el objetivo no podría alcanzarse a través de medidas menos perjudiciales para el colectivo afectado.**

Ambos temas resultan extensamente tratados en una relativamente reciente **Sentencia del TJCE**, la de **9-febrero-1999 A. Seymour-Smith y Pérez 167/97**.

En su fallo el TJCE señala respecto de la **sustancialidad** del colectivo afectado desfavorablemente por una medida aparentemente neutra desde la óptica del género que "*....Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirectael Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos, reúne el requisito impuesto por -dicha- medida.....*".

Una explicación más clarificadora de este requisito aparece en los fundamentos jurídicos números 58 a 65 de la Sentencia, en los que el Tribunal señala "*Para determinar si existe una discriminación indirecta, debe comprobarse, en primer lugar, si una medida como la norma controvertida, produce efectos más desfavorables para los trabajadores femeninos que para los masculinos. A continuación es preciso señalar...que el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen el requisito...exigido por la norma controvertida...si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos reúne el requisito establecido en la norma controvertida. De tal situación resultaría una apariencia de discriminación basada en el sexo, a menos que la norma controvertida estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.*

Lo mismo ocurriría si los datos estadísticos mostrasen una diferencia menos importante pero persistente y relativamente constante durante un largo periodo de tiempo entre los trabajadores masculinos y femeninos. No obstante, incumbe al juez nacional apreciar a qué conclusiones se debe llegar a partir de dichos datos estadísticos.

También debe recordarse que corresponde al órgano judicial nacional apreciar si los datos estadísticos que representan la situación de la mano de obra son válidos y si se pueden tomar en consideración, es decir, si se refieren a un número suficiente de individuos, si no

¹.- Rummler (C.237/85) S.1-julio-1986, Bilka (C.170/84) 13-mayo-1986, S.Rinner-Kühn ((C.171/88) S. 13-julio-1989, Ruzius (C.102/88) S.13-diciembre-1989, Kowalska (C.33/89) 27-junio-1990, Enderby (C/127/92) S.27-octubre-1993, Roks (C.343/92) S. 24-febrero-1994 en contraposición con A. Megner-Scheffel (C.444/93) y Nolte (C.317/93) Ss. 14-diciembre-1995



constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos".

Como se puede comprobar, el TJCE hace especial hincapié en la necesidad de que el porcentaje de personas de un determinado género perjudicadas por una determinada norma o medida, sea "considerable" para estimar "prima facie" la posibilidad de existencia de discriminación indirecta, por ello, no creo que **la desaparición en el concepto recogido en la D/2002/73/CE de la mención explícita a la "sustancialidad"** de la diferencia entre el número de hombres y de mujeres afectados por la medida controvertida, vaya a hacer cambiar esta doctrina.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos del concepto de discriminación indirecta, la "justificación" de la medida controvertida, el TJCE señala en su sentencia: *"En el supuesto de que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúna el requisito ...impuesto por la norma (enjuiciada), **corresponde al Estado miembro, en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria, demostrar que dicha norma responde a un objetivo legítimo de su política social, que dicho objetivo es ajeno a toda discriminación por razón de sexo y que podía estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo"**.*

Como se puede observar, en el fallo el TJCE hace referencia a los tradicionales criterios que caracterizan la justificación (**legitimidad del objetivo, proporcionalidad y adecuación de los medios**) salvo al más controvertido que es el de "necesidad". Sin embargo, "obiter dicta" el Tribunal lo menciona al señalar en los fundamentos jurídicos del fallo que *"... es jurisprudencia reiterada que, **si un Estado miembro puede probar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de su política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin, el hecho de la disposición perjudique a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede ser considerado discriminatorio....."**.*

La nueva definición parece más clara y rotunda en la afirmación del criterio de "necesidad" como uno de los que deben caracterizar los medios para alcanzar el objetivo buscado por la medida enjuiciada, que además ha de ser legítimo y por tanto, ajeno a toda discriminación por razón de sexo (*"...salvo que dicha disposición, criterio o práctica **pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios"***).

En definitiva, el concepto comunitario de discriminación está caracterizado por su **dinamicidad y complejidad**; se trata de una situación, que se manifiesta en actos, conductas o medidas de carácter objetivo, es decir, se trata de una conducta, criterio o práctica calificada por un resultado perjudicial eminentemente colectivo, carente de razonabilidad suficiente, cuya erradicación resulta especialmente complicada mediante los procedimientos tradicionales de tutela, cuya real y completa significación es poco conocida por los operadores jurídicos y de cuya definición completa carecen aún muchos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE.

1.2. - El significado del concepto de condiciones de trabajo.

El ámbito de aplicación material constituye uno de los temas más problemáticos que presenta cualquier Directiva. La **Directiva 76/207/CEE** en su texto originario, en concreto en sus **Artículos 3, 4 y 5.1** señalaba que el principio de igualdad se aplicaría a *"las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea*



el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional", a "todos los tipos y niveles de formación y orientación profesional, perfeccionamiento y reciclaje profesionales" y a "las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido".

El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre esta cuestión sobre la que ha señalado en primer lugar que **debe interpretarse en sentido amplio**, de tal manera que se entiende incluido en él todo tipo de requisitos y condiciones de acceso a la formación profesional y al empleo, promoción y desde luego, cualquier forma de extinción. Por ejemplo, en lo que respecta al acceso al empleo, el Tribunal señaló en **A. Comisión v. República Federal Alemana 248/83 S. 21 de mayo de 1985**, que la prohibición de discriminación afecta también a las **ofertas de empleo** y en el **A. Burton 19/81 S. 16 de febrero de 1981** declara incluido en el concepto "despido" todo tipo de cese o terminación de la relación contractual sea cual sea su denominación, incluyendo la extinción por mutuo acuerdo.

Un caso planteado ante el Tribunal en 1994 al que se prestó especial interés por los medios de comunicación fue el **A. P. 13/94** sobre el que recayó sentencia el **30-abril-1996**; se preguntaba al Tribunal si la prohibición de discriminación por razón de género en las condiciones de trabajo, contenida en la D/76/207/CEE, incluía la protección frente al despido de un trabajador transexual, explícitamente motivado por el cambio de apariencia que presentaba. Tras recoger la significación del concepto de "transexualidad" establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (A. Rees 17-octubre-1986), el TJCEE establece que el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo es fundamental para la persona humana y concluye que el Art.5 de la D/76/207/CEE no admite el despido por causa de cambio de sexo.

Un asunto que demuestra la amplitud de la interpretación jurisprudencial comunitaria del concepto "**condiciones de trabajo**" de la D/76/207 es el **A. Meyers 116/94 S. 13-julio-1995**; en 1994 se había planteado ante el Tribunal una cuestión prejudicial en la que se trataba de dilucidar si recaían en el ámbito de aplicación del derecho comunitario las condiciones de obtención de una prestación social, en concreto de una "**ayuda familiar**" consistente en la concesión de un complemento en favor de las familias que tiene por objetivo incentivar a los trabajadores ocupados, pero insuficientemente remunerados, a conservar su empleo (ya que de ello depende que mantengan o no dicha ayuda), y que se reconocía exclusivamente a las parejas; este régimen jurídico producía efectos perjudiciales respecto de las familias monoparentales y, dado que se pudo demostrar que la mayoría de las familias monoparentales se encuentran encabezadas por mujeres, se producía una discriminación indirecta fundada en el género, carente de justificación suficiente, sin embargo, al tratarse de prestaciones de Seguridad Social, se encontraría excluida del ámbito de aplicación de la D/79/7/CEE (sobre principio de igualdad en los regímenes legales de la Seguridad Social) y la cuestión que se plantea es si la regulación de esta prestación sería contraria a alguna otra norma de derecho comunitario como la D/76/207/CEE.

En su sentencia el TJCEE declara que una prestación como la ayuda familiar contemplada, presenta una relación "manifiesta" con el Art.3 de la D/76/207/CEE y por tanto concluye que el régimen jurídico de la prestación social controvertida, es incompatible con dicha directiva.

Uno de los preceptos de la Directiva 76/207 que mayores problemas de aplicación e interpretación ha planteado, ha sido el **Art.2** que recoge las "**excepciones**" al principio de igualdad de trato.

La primera de dichas excepciones es la contenida en **el nº. 2** del citado precepto que señala "*La presente Directiva no obstaculizará la facultad que tienen los Estados miembros de **excluir de su campo de aplicación**, aquellas actividades profesionales y, dado el caso, las formaciones que conduzcan a ellas, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza y de las condiciones de su ejercicio*".



De su parte el **Art.3.2.c** de la misma Directiva hace referencia a un tipo de normas que tienen por objetivo la **protección de la mano de obra femenina frente al trabajo peligroso, nocivo, pesado**; señala "...los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que ...c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, contrarias al principio de igualdad de trato, cuando **el deseo de protección** que las inspiró en un principio, no tenga ya razón de ser y que, respecto de las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las oportunas revisiones".

La Corte comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de ambos preceptos. En **A.Johnston 222/84 S.15-Mayo-1986**, el Tribunal señala que la Directiva 76/207 no admite derogaciones generales o globales del principio de igualdad en el acceso a todo tipo de empleo y menos, basándose en la alegación de riesgos comunes a hombres y mujeres, es decir, que no afectan de forma exclusiva a las mujeres en cuanto tales. Afirma que la posibilidad de derogación de un derecho reconocido en las normas comunitarias, debe ser interpretada restrictivamente (**A. Comisión v. República Federal de Alemania 248/83 S.21-Mayo-1985**) de tal manera que la exclusión del acceso a la mujer de determinadas profesiones, exige la existencia de un catálogo motivado, preciso, controlable por la Comisión y revisado periódicamente, con el objetivo de eliminar gradualmente todo tipo de excepciones.

Como consecuencia de las decisiones adoptadas en los A.Stoeckel 345/89 S. 25-julio-1991, Levy 158/91 S. 2agosto-1993 y Minne 13/93 S. 3febrero-1994, la Comisión estimó que debía entablar procedimientos en base al Art.169 contra aquellos Estados miembros cuya legislación contenía aún reglas diferentes para hombres y mujeres respecto del **trabajo nocturno**. En las Sentencias adoptadas en los **A. Comisión v. Francia 197/96 S. 13-marzo-1997** y en el **A. Comisión v. Italia 207/96 S. 4diciembre-1997** el Tribunal de Justicia de la CE declara que, manteniendo en su ordenamiento jurídico interno una prohibición de trabajo nocturno que afecta exclusivamente a las mujeres, ambos Estados miembros han incumplido las obligaciones que derivan del **Art.5.1 de la Directiva 76/207/CEE**.

De paso el Tribunal señala que la trasposición correcta de una Directiva, exige la adopción de normas claras que garanticen el principio de seguridad jurídica y la información suficiente de parte de los ciudadanos de los derechos que les son reconocidos por el Derecho comunitario.

En materia de condiciones de trabajo al igual que en la retributiva, la mayoría de los asuntos planteados sobre discriminación indirecta, afectaban a tratamientos con resultado desfavorable para los trabajadores -mayoritariamente trabajadoras- a tiempo parcial. En el **A. Gerster 1/95 S.2-octubre-1997** y en el **A. Kording 100/95 S.2-octubre-1997** se señala la incompatibilidad con la D/76/207/CE de una regulación que, a efectos de promoción, establece la contabilización de la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial de tal manera que no se toma en consideración el tiempo de servicio prestado en jornada inferior a la mitad de la ordinaria, el tiempo de servicios prestados en jornadas de entre la mitad y los dos tercios de un horario normal, cuentan por dos tercios y por encima de dos tercios, cuentan de forma completa, siempre que se pueda demostrar que esta forma de tratamiento perjudica sistemáticamente a más mujeres que hombres y carece de justificación objetiva, suficiente, proporcional y necesaria que elimine dicho carácter discriminatorio.

La **D/2002/73/CE** recoge una nueva redacción del **Art.3** que es el precepto dedicado a regular el ámbito de aplicación de la Directiva. Este señala que

"1. La aplicación del principio de igualdad de trato, significa que no habrá ninguna discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:



a) las condiciones de acceso al empleo, **al trabajo por cuenta propia** o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior, reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la D/75/117/CEE;

d) **la afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.**"

Como se puede comprobar, en primer lugar se trata de concentrar la regulación del ámbito de aplicación material de la Directiva en un solo precepto que abarque las materias reguladas anteriormente en tres, simplificando así dicha regulación y facilitando el conocimiento completo de la materia. Se aportan además dos novedades relativamente importantes: **la inclusión en el ámbito de aplicación del trabajo por cuenta propia (Art.1.a)** y de forma directamente relacionada, mediante el párrafo d), **la de la afiliación y participación en organizaciones profesionales**, sobre todo en aquellos países en los que la posibilidad de ejercer una actividad profesional se encuentre condicionada a la afiliación a "colegios profesionales" u organismos similares.

1.3.- Sistemas de garantía y sanciones.

Finalmente es necesario señalar que sobre el principio de que **ningún derecho existe en la realidad si no existen procedimientos suficientemente adecuados de tutela que garanticen su aplicación y sancionen su violación** el Art.6 de la D/76/207/CEE impone a los Estados miembros la obligación de introducir en sus legislaciones las disposiciones necesarias para que toda persona que se estime lesionada en materia de igualdad de trato pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.

El Tribunal ha sido interrogado sobre la significación de esta norma en diversas ocasiones, por ejemplo en **A. Colson-Kamann 14/83 S.10-abril-1984**; **A. Harz 79/83 S. 10-abril-1984**; **A.Dekker 117/88 S.8-noviembre-1.990** el Tribunal señala que **de la Directiva 76/207 deriva para los Estados miembros la obligación de sancionar la violación de este principio** aunque no necesariamente con la imposición al empresario de la obligación de contratar, promocionar o readmitir a la candidata discriminada, ahora bien, si un Estado decide sancionar mediante la fijación de una indemnización, ésta, en todo caso, para asegurar su efecto disuasorio, debe ser adecuada en relación a los perjuicios sufridos y en ninguna manera meramente simbólica.

En **A. Draehmphael 180/95 de 22-abril-1997** señala que la discriminación en las condiciones de trabajo debe ser sancionada por los Estados miembros; que si a modo de sanción un Estado miembro ha optado por una reparación de los perjuicios sufridos en forma de indemnización, los Arts.2.1 y 3.1 de la Directiva se oponen a que la legislación nacional exija, para su percepción por la persona discriminada la demostración de la existencia de una conducta culpable: **la simple constatación de la violación de la prohibición de discriminar, debe resultar suficiente para desencadenar la responsabilidad del autor de la discriminación.**

El Tribunal además afronta en este asunto el tema de la limitación de la indemnización. En materia de violación del derecho a la igualdad en el acceso al empleo, de manera sutil, distingue el supuesto en el que de forma evidente el candidato preterido en función de su sexo hubiera sido



contratado a la vista del currículum presentado, caso en el cual señala que la Directiva se opone a la fijación de un límite previo al montante de la indemnización debida, del supuesto contrario, es decir, aquel en el que el empleador podría probar que el candidato discriminado no habría sido contratado independientemente de su sexo a la vista de sus cualificaciones, señalando que, en este supuesto, la limitación del montante indemnizatorio sería compatible con la Directiva. Añade el Tribunal que no es admisible desde la Directiva la fijación de un límite global a la indemnización en los supuestos en los que la discriminación afecta a varios candidatos, si las disposiciones comparables correspondientes al Derecho Civil o Laboral no prevén dicho límite en otras hipótesis (es decir en casos de violación de otro derecho o interés).

En su **Art.7 la D/76/207/CE** hacía especial referencia a la protección frente al denominado "despido de retorsión" o **represalia en forma de despido**: "*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituye una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato*". En el **A. Coote 185/97 S. de 22 de septiembre de 1998**, el Tribunal establece que los Estados miembros deben proteger a los trabajadores frente a cualquier tipo de represalia adoptada por el empleador contra un trabajador que ha hecho uso del derecho a tutela judicial frente a la prohibición de discriminación y que esta obligación se extiende a momentos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, de tal manera que **deriva del Art.6 D/76/207/CEE la obligación para los Estados miembros de establecer medidas de protección** de una trabajadora cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción o represalia frente a una acción judicial ejercitada por ésta para exigir que se respetase su derecho a la igualdad retributiva.

En términos similares a los reflejados anteriormente en los **Arts. 3, 4 y 5 de la D/76/207/CE**, el **Art.3.2 de la D/2002/73/CE** establece:

"...Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:

a) se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato;

b) se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales".

La incorporación de la jurisprudencia establecida por el TJCE en materia de tutela del derecho a la igualdad en las condiciones de trabajo al texto de la Directiva, se realiza mediante una nueva redacción del **Art.6** que establece:

"1. Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y/o administrativos, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación.....en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, **incluso tras la terminación de la relación** en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

2. Los Estados miembros introducirán en sus ordenamiento jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación real y efectiva, según determinen los Estados miembros, por el perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al Art.3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el reclamante



como resultado de la discriminación sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo".

En segundo lugar, el precepto trata de eliminar uno de los obstáculos que los estudios realizados habían demostrado como más importantes para la utilización de los procedimientos judiciales de tutela, **la insuficiencia de la legitimación activa individual para incoar dichos procedimientos**. Señala en el **Art.6.3** que "*Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva*".

El reconocimiento de **legitimación activa ampliada** no es, sin embargo, completo ya que no se hace referencia, al menos expresa, a la posibilidad de que estos organismos puedan iniciar en nombre propio una acción en defensa del principio de igualdad de trato, cuando de oficio o a instancia de parte tengan conocimiento de una violación del mismo de efectos colectivos; solo se prevé su posible actuación en nombre (como representante) o en apoyo (como coadyuvante) del demandante y con su autorización. El documento "The utilisation of sex equality litigation procedures in the member states of the European Community: A comparative study" (Comisión Europea V/782/96-EN) recomendaba a la Comisión que promoviese la adopción de este tipo de legitimación en los ordenamientos jurídico-procesales de los Estados miembros con el objetivo de "garantizar -de forma más efectiva y adecuada- el interés público y los objetivos de igualdad".

La nueva Directiva mejora además el sistema de protección frente a la adopción de represalias al señalar en su **Art.7** "*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o las prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable practicado por el empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato*".

Por lo que se refiere a **las sanciones**, el nuevo **Art.8 quinto** exige de los Estados miembros que establezcan el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales en materia antidiscriminatoria y adopten todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Añade que "*Las sanciones que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionales y disuasorias*".

En definitiva, la nueva Directiva recoge una serie de medidas para la mejora de la efectividad de los procedimientos de tutela que han venido siendo reclamadas desde hace tiempo por la doctrina y exigidas por la jurisprudencia del TJCE.

La introducción de un nuevo **Art.8.bis en la D/2002/73/CE** tiene por objetivo la promoción institucional del principio de igualdad de trato. Establece la obligación de los Estados miembros de "**designar uno o más organismos responsables de la promoción, al análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato**". Dichos organismos pueden ser de carácter específico, es decir exclusivamente dedicados a la promoción del principio de igualdad de trato sin discriminación por razón de género, o pueden formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos.

Entre las competencias de estos organismos deben figurar la de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación para tramitar sus reclamaciones, sin perjuicio de que, como se ha señalado en el Art.6.3 además pueden actuar por representación o como



coadyuvantes de aquellas en los procedimientos judiciales de tutela, realizar estudios, publicar informes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación.

En el **Art.8 quater** se exige de los Estados miembros que **fomenten el diálogo con las organizaciones no gubernamentales** que tengan un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por razón de género y la promoción del principio de igualdad de trato.

La implicación de los interlocutores sociales en la implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, se trata de conseguir mediante la introducción de un nuevo **Art.8 ter** que exige de los Estados miembros **la adopción de medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre empresarios y representantes de los trabajadores sobre la igualdad de trato a fin de promover su aplicación** "*...mediante, entre otros, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas*".

Se hace especial hincapié en la negociación colectiva como instrumento de aplicación del principio de igualdad y se pide de los Estados miembros que alienten a los empresarios a que apliquen y fomenten la igualdad en las empresas de forma planificada y sistemática; se señala como instrumento para conseguirlo la presentación, con una periodicidad adecuada a los trabajadores y/o sus representantes, de **información adecuada sobre la situación real de hombres y mujeres en las empresas**, información que **debería incluir estadísticas sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización, así como la propuesta de medidas para mejorar la situación constatada determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores**.

El **Art.2.1** de la **D/2002/73/CE** establece el término para su trasposición en la fecha de 5 de octubre de 2005, trasposición que deberá realizarse por el Estado miembro mediante norma legal, reglamentaria o administrativa, o bien por los interlocutores sociales mediante acuerdos o convenios colectivos, teniendo en consideración que, en todo caso, el último responsable de una trasposición completa y en plazo será siempre el Estado según se establece en el párrafo segundo del mismo precepto que señala *'Los Estados miembros deberán adoptar todas las medidas necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que exige la presente Directiva'*. Con el objetivo de facilitar el control de cumplimiento el mismo precepto añade que *'Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial'*.

La cuestión a dilucidar es si la regulación del principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico puede entenderse suficiente y por tanto considerarse que dicha trasposición no es necesaria.

2.- Marco normativo interno: Art.35 CE, Art. 17, Art.22.4 y Art.24.2 del Estatuto de los Trabajadores. Interpretación jurisprudencial.

Siguiendo la misma metodología utilizada para analizar el marco normativo comunitario, analizaremos en primer lugar la suficiencia del marco jurídico interno en la definición del significado **del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género en las condiciones de trabajo** comenzando por su recepción constitucional.

Como es sabido, El **Art.1** de la Constitución Española reconoce el principio de igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y en el **Art.14** lo integra, junto con la



prohibición de discriminación, como frontispicio del catálogo de Derechos Fundamentales protegidos de forma privilegiada por el Art.53.2. Al lado de estos, otros dos preceptos resultan de esencial importancia para el tema que nos ocupa: el **Art.9.2** que establece el **principio de "igualdad real" o "esencial"** y, más específicamente, el **Art.35 CE** recoge el **derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente, sin discriminación por razón de sexo**. Como se puede observar, en ninguna de las normas señaladas se hace referencia a los tipos de discriminación, en concreto, no aparece referencia alguna al concepto de **"discriminación indirecta"**.

Por lo que se refiere a la normativa ordinaria, el precepto marco en materia de prohibición de discriminación es el **Art.17 ET** "No discriminación en las relaciones laborales", que señala:

"1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales, las decisiones unilaterales del empleador que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo...."

Resulta obvio que los términos en que están recogidos los conceptos en este precepto son desfasados (la redacción del artículo no ha sido modificada desde su adopción en 1980), confusos (parecen prohibir la acción positiva cuando esto sería inconstitucional) y absolutamente insuficientes. Por lo que ahora interesa, no hace referencia alguna a los tipos de discriminación ni define el concepto de **"discriminación indirecta"** y además ningún otro precepto estatutario cubre esta laguna, en conclusión, **nuestro ordenamiento jurídico carece de una definición legal de este concepto** y ello en un sistema jurídico tan legalista como el nuestro, en el que parece que lo que no está legislado no existe, tiene por efecto que un importante número de nuestros operadores jurídicos desconozcan en la actualidad un concepto tan complejo y resulta obvio que mal se puede erradicar una situación si se desconoce.

Sería, como poco, conveniente, la introducción de una definición legal del concepto de discriminación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico, y entiendo que el lugar idóneo para realizarlo sería el propio Art.17 ET, sin embargo es de reconocer que el concepto es operativo en nuestro ordenamiento jurídico gracias a la interpretación que de los preceptos constitucionales reseñados anteriormente realiza el TC. Teniendo en cuenta que la colocación sistemática del Art.35 en la Constitución, le priva de la tutela reforzada que ofrece el Art.53 CE a los "Derechos y Fundamentales y Libertades Públicas", entre los que se encuentra el Art.14, uno de cuyos instrumentos esenciales es el Recurso de Amparo, el precepto constitucional que ha servido de base a la doctrina constitucional en materia de discriminación laboral por razón de género ha debido ser el Art.14 CE, interpretado conjuntamente con el 9.2 CE.

Es necesario comenzar señalando que la interpretación que el TC ha realizado tanto del principio de igualdad como la prohibición de discriminación ha evolucionado enormemente, en concreto, varía notablemente a partir de 1987. Se podría decir que la entrada de España en la CEE "coincide" con una inflexión notable en la evolución de la tendencia interpretativa realizada por dicho Tribunal, como no podría ser menos ya que el de igualdad es, como hemos señalado, uno de los más importantes derechos fundamentales y, ex **Art.10.2 CE**, estos deben ser interpretados *"de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*.

La primera definición del concepto de **discriminación indirecta** en nuestro ordenamiento jurídico aparece en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el **Asunto Gregorio Marañón n.145/1991 de 1 de julio**, que introduce este principio en base a una interpretación expresamente basada en la jurisprudencia comunitaria y, en concreto, en el Asunto Rummler



(C.237/85 de 1 de julio de 1988) y que fue seguida por las dictadas en los Asuntos Puig de 18-febrero-1994 y Gomaytex de 16-octubre-1995 entre otras.

En dicha Sentencia (Fundamento Jurídico. nº2) el Tribunal, mediante una conexión directa y expresa de la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo (Art.14) con el principio de igualdad sustancial (Art.9.2) señala que una interpretación conjunta de dichos preceptos, "...permite enriquecer y ampliar la propia noción de discriminación para incluir no solo la discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado y perjudicial en razón del sexo, donde el sexo se objeto de consideración directa (expresa), sino también la noción de discriminación indirecta que comprende los tratamientos formalmente no discriminatorios, de los que derivan, por las diferencias fácticas que existen entre los trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos, razonablemente desiguales, tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo, a causa de la diferencia de sexo".

En concreto, respecto del concepto de discriminación indirecta en el ámbito del acceso al empleo y las condiciones de trabajo, debe hacerse referencia a la **Sentencia de 4-diciembre-1996** en la que el Tribunal no cambia la doctrina sentada en anteriores fallos sino que la reitera, pero cuya argumentación puede calificarse -al menos- de algo confusa respecto del fallo denegatorio de concesión del Amparo adoptado por la mayoría, resultando, por el contrario más clarificador el Voto Particular que la acompaña y que viene firmado por el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, en el que este se muestra partidario de conceder dicho Amparo.

Los hechos probados recogidos en la Sentencia son los siguientes: convocadas por Orden del Consejero de Política Territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) de 26 de julio de 1990, pruebas selectivas para cobertura de cinco plazas de "auxiliar administrativo", la recurrente participó con éxito en las mismas. Tras haber optado por varias de las plazas ofertadas, se le adjudicó la elegida en segundo lugar, esto es, un puesto de trabajo correspondiente a la categoría de "auxiliar administrativo" en régimen de jornada completa y con destino en la Consejería de Transportes. Previamente, personal del Ministerio de Transportes, en concreto los funcionarios que desempeñaban el puesto de "basculero", habían sido integrados en la CAM y en 1990 se acordó equiparar esta categoría a la de "auxiliar administrativo" a efectos salariales. El puesto asignado a la recurrente correspondía precisamente a la categoría de "basculero". Consta como hecho probado que algunas de las funciones correspondientes a este puesto de trabajo, en concreto el montaje de la báscula para pesar los vehículos, **requerían notable esfuerzo físico y fuerza muscular que, evidentemente, no requería el desarrollo de las funciones correspondientes al de "auxiliar administrativo"** por el que la trabajadora había optado y al que había concursado. Posteriormente **la CAM decidió resolver la relación laboral que la unía a la recurrente por no haber superado el periodo de prueba.**

Interpuesta reclamación previa sobre despido discriminatorio, fue desestimada por Resolución de la Consejería de Transportes que rechazó el carácter discriminatorio en base a la argumentación de que las funciones encomendadas a la recurrente, fueron las mismas que realiza el resto de los trabajadores al servicio de la Inspección de Transportes con igual categoría, servicio en el que existía tanto personal masculino como femenino que venía desempeñando idéntico cometido. La posterior demanda ante el Juzgado de lo Social Nº20 de Madrid, fue estimada mediante Sentencia de 29-junio-1992 que declaró nula por discriminatoria la extinción realizada y condenó a la CAM a la readmisión en base a los siguientes argumentos: "...si la actora aprobó y optó por la plaza de auxiliar administrativo y, sin que nadie le informase, se encuentra desempeñando la actividad de basculero que exige el empleo de fuerza física superior a la típica o media de las mujeres, la razón de la no superación del periodo de prueba radica en la atribución de funciones no acordes con la capacidad biológica propia de su condición femenina y, por tanto, la razón de su cese, encubre **indirecta discriminación**. Distinto hubiese sido si la actora, a sabiendas, hubiere optado por tal plaza con pleno conocimiento de su alcance funcional, pero al



establecer la CAM formalmente la equivalencia entre una y otra categorías, sin tener en cuenta o considerar las especiales condiciones físicas que requiere el puesto de basculero, impone a la actora subrepticamente un requisito, cual es el empleo de fuerza física superior a la media de su sexo y con dicha actitud, probablemente no querida, discrimina".

Recurrida en Suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid, en Sentencia 8 de febrero de 1993, estimó el Recurso y revocó la de Instancia con la siguiente argumentación: "...en la decisión de la demandada no existe conducta discriminatoria por razón de sexo, sino falta de aptitud física para llevar a cabo las funciones encomendadas por su categoría profesional, que llevaban a término hombres y mujeres con igual categoría de basculeros, funciones derivadas de esa especialidad dada la asimilación de basculero a auxiliar administrativo que llevara a cabo el Acuerdo de Revisión del Convenio Colectivo de aplicación...sin que pueda hablarse de discriminación indirecta que requeriría una decisión extintiva del contrato en el periodo de prueba, fundada en la condición femenina o que se le hubiese destinado a esa función con el objetivo indubitado de colocarla en la alternativa de no realizar los trabajos encomendados por no poderlos desarrollar físicamente..".

Esta argumentación demuestra el confuso conocimiento del Tribunal Superior respecto del concepto de discriminación indirecta ya que **parece ignorar que, para nada, en dicho concepto cuenta en absoluto la intencionalidad del sujeto activo** a que la Sentencia hace referencia.

El Recurso de Amparo se dirige contra esta segunda Sentencia y en el se pone de manifiesto que "...debe analizarse la causa que ha motivado el cese -las insuperables dificultades de la recurrente para realizar las funciones del puesto de trabajo asignado que entrañaban una considerable fuerza física- desde la óptica de **la discriminación indirecta prohibida por el Art. 14 de la Constitución y el Art.2 de la Directiva 76/207/CEE (SSTJCE Jenkins de 31-marzo-1981 entre otros)**. Al no haberse especificado en la convocatoria que, además de las funciones definidas en el Convenio Colectivo como propias de los auxiliares administrativos, había que realizar las relativas a pesaje de camiones en las básculas, las cuales requieren esfuerzo físico notable, esta exigencia ha supuesto en la práctica discriminación indirecta.

No se ocultan en este análisis dos dificultades: determinar cuanto esfuerzo físico entrañan tales operaciones y si la fuerza requerida está por encima de la media de fortaleza física femenina. La primera, solo puede resolverse a través de los medios de prueba habituales (testifical y reconocimiento judicial); una mayor precisión únicamente podría alcanzarse mediante el empleo de instrumentos técnicos. La segunda cuestión, es una conclusión que el Magistrado obtiene con base en la prueba practicada. Ciertamente la STSJ añade una circunstancia -otras mujeres, si han podido realizar las operaciones- olvidando que las discriminaciones indirectas o encubiertas se caracterizan por su apariencia de neutralidad y su dificultad probatoria, hasta el punto de que, para precisar el alcance de la medida de apariencia neutra pero con resultado discriminatorio, se habla en ocasiones de acudir a análisis estadísticos para ampliar el elemento Standard de referencia comparativa de forma objetiva (Art.95.3 de LPL).

Aunque en Autos se carece de dichos datos técnicos o estadísticos, existen los suficientes para afirmar que nos hallamos ante una discriminación indirecta. **Bajo la apariencia de una común exigencia de aptitudes para acceder y desempeñar un puesto de trabajo definido de forma neutra -auxiliar administrativo- en la práctica y por las tareas asignadas al mismo (las propias de la anterior función de basculero), se imponen como parámetro de medida de aptitud, facultades que, por la misma naturaleza de las cosas, no son compartidas por igual por las personas pertenecientes a uno y otro sexo, como es la fuerza física, que sin necesidad de mejores y deseables precisiones científicas o técnicas, constituye característica biológica en la que los varones sobresalen frente a las mujeres; afirmación que sigue siendo válida pese a que determinados individuos de uno u otro colectivo no respondan y sean excepciones a lo que es común y propio de la generalidad. Por ello, la circunstancia de que las tareas de basculero,**



en ocasiones también hayan podido ser desarrolladas por mujeres, solo puede operar en este caso como circunstancia que ayuda al encubrimiento de la realidad y por tanto, a que la discriminación sufrida por la demandante, haya supuesto una mayor dificultad o carga probatoria.

Quando la CAM y los firmantes del Convenio adoptan el acuerdo de neutralizar la antigua categoría de basculero, probablemente consideraban que con ello favorecían el acceso a las funciones de personas de uno u otro sexo. Sin embargo, el resultado de un tratamiento solo aparente y formalmente igualitario de la función y de sus requisitos de acceso, ha consagrado una discriminación a causa del resultado desfavorable producido, la exigencia de un factor que en absoluto se da por igual en ambos sexos cual es la fuerza física y que constituye un legítimo elemento diferencial entre las personas de diferente sexo. En el acceso a los puestos para los cuales se requiere un factor que aparece como legítimamente diferenciado entre los sexos, el verdadero trato igualitario sin que se produzca discriminación, debe partir de la previa consideración de esas diferencias y valorar en qué medida son susceptibles de afectar positiva o negativamente a determinados grupos. Al respecto, es de destacar que de las veinticinco plazas de auxiliares administrativos cubiertas, solo las dos de basculeras fueron rechazadas en el periodo de prueba".

Entendemos que la fundamentación del Recurso estaba perfectamente planteada y expuesta, y era absolutamente acorde con la interpretación que realiza el TJCEE del concepto de discriminación indirecta. En la fase de alegaciones la parte demandante añadió algo que aquí parece de interés subrayar: "...en las discriminaciones indirectas la intencionalidad del autor de la discriminación es irrelevante...para detectar la discriminación, debe efectuarse la comparación, no entre individuos singulares, sino entre grupos y, en el caso de la discriminación sexual, entre personas pertenecientes a uno y otro sexo.

En relación con el acceso al empleo, de la misma manera que no sería admisible la exclusión genérica de determinada actividad profesional a trabajadores de un determinado sexo, salvo que existiera conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo (STJCEE Stoeckel 345/89 de 25 de julio de 1991), es también inadmisibile hacer abstracción de aquellas diferencias biológicas legítimas, como la menor fortaleza física y la menor capacidad de levantar pesos que justifican y exigen un tratamiento razonablemente diferente....**la convocatoria debió establecer la condición específica -de que se precisaba de fuerza física especial para la realización de las funciones encomendadas al puesto de basculero- y su ausencia ha producido un daño a la actora al no poderla cumplir, porque contaba con la puntuación suficiente para optar y obtener cualquiera otra de las vacantes. En definitiva, ha sido excluida por no reunir una condición no exigida en la convocatoria, para la que tiene una aptitud propia de la mayoría de las personas de sexo femenino: carecer de fuerza suficiente para levantar determinados pesos".**

El Ministerio Fiscal, haciendo una vez más gala de un insuficiente conocimiento del concepto de discriminación indirecta señaló que el Amparo podría prosperar si se dedujera de lo actuado que la recurrente fue adscrita ilegítima o predeterminadamente a un puesto de trabajo en el que, dada su condición femenina, no iba a poder superar el periodo de prueba. En caso contrario habría que pasar a un segundo test, examinando si el puesto de trabajo asignado, por su propia naturaleza, presupone una verdadera discriminación indirecta; tras descartar la presencia de dichos elementos, que en opinión del Fiscal configuran el concepto, añade que, en definitiva, si no existió por parte de la CAM predisposición discriminatoria alguna en la designación del puesto de trabajo, ni este se ha mostrado inapto para la condición femenina, la resolución impugnada no ha vulnerado el Art.14 de la Constitución Española. Una vez más, olvida el Fiscal que la intencionalidad discriminatoria, no solo no es exigible para constatar la existencia de discriminación indirecta, es que si existiera la discriminación indirecta se convertiría en "directa oculta". También parece ignorar el Ministerio Fiscal que no existen puestos aptos o inaptos para la condición femenina: tanto hombres como mujeres que se consideren y sean aptos para desarrollar un



determinado puesto de trabajo, deben tener reconocido el derecho a acceder al mismo sin discriminación por razón de sexo.

Creo que en la Sentencia adoptada por la mayoría del Tribunal Constitucional, éste, más que solucionar los problemas que presenta el caso, plantea los problemas a resolver en un teórico caso de discriminación.

En primer lugar, afirma una vez más que el **"de prueba", constituye un periodo contractual protegido frente a la vulneración de los derechos fundamentales como el de igualdad** y que aunque la decisión de extinguir el contrato durante el mismo no se tenga que motivar generalmente, nunca se puede hacer valer por circunstancias ajenas al propio trabajo en contra de un derecho fundamental como es el de igualdad recogido en el Art.14 CE.

En segundo lugar reitera que la prohibición de discriminación contenida en el Art.14 CE, abarca tanto la directa como la indirecta y recuerda el concepto de discriminación indirecta acuñado por el propio Tribunal Constitucional (Ss. 145/1991 y 147/1995) así como por el TJCEE (Asunto Bilka C.170/84 S.13-mayo-1986); insiste, en tercer lugar, en la prohibición constitucional de las medidas de protección de la mujer (excepto las relativas a la maternidad) señalando que *"...La radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos que objetivamente exigen para su correcto desenvolvimiento de un esfuerzo físico, es inaceptable a la luz del Art.14 CE, cuya prohibición de discriminación por razón de sexo, obliga por el contrario a adoptar un criterio neutro, predicable por igual del hombre y de la mujer y a valorar individualizadamente la idoneidad de cada cual para el adecuado desenvolvimiento de las funciones del puesto de trabajo"*.

Finalmente, tras reiterar los hechos que considera probados, descartar la existencia de discriminación directa en el acceso al empleo e indirecta salarial (lo que de otro lado no estaba en cuestión) señala: *"...De lo anteriormente expuesto, no se aprecia la existencia de la alegada vulneración del derecho a no discriminación por razón de sexo"*.

En efecto, no resulta posible afirmar que la STSJ impugnada, haya vulnerado el Art.14 CE al confirmar la decisión empresarial de resolver el contrato de trabajo durante el periodo de prueba con base en la escasa disposición de la trabajadora a realizar determinadas funciones de las correspondientes a su puesto de trabajo. Según el relato de hechos probados, tanto hombres como mujeres desarrollaban las funciones de basculero y algunas operaciones de montaje de la báscula para pesar los vehículos requerían de notable esfuerzo físico o fuerza muscular, por lo que se llevaban a cabo entre tres trabajadores. Es posible que la trabajadora haya resultado sorprendida porque entre las funciones asignadas a su puesto de trabajo, correspondiente a la categoría de auxiliar administrativo, se comprendieran las de basculero. Ha de lamentarse que en la convocatoria de las plazas de auxiliares, faltase la concreción que un año después de los hechos ahora enjuiciados aparece en el BOCM al especificarse ahora que son plazas para llevar a cabo las funciones de basculero. No obstante, está acreditado que la trabajadora optó libremente por una plaza de auxiliar administrativo con destino en la Consejería de Transportes de la CAM. La circunstancia de que a la hora de optar por los puestos de trabajo ofrecidos, sea deseable una mayor especificación y concreción de las tareas asignadas a los mismos, con las consecuencias que ello pueda traer desde el plano de la legalidad ordinaria, no convierte, sin embargo, el cese de la trabajadora en discriminatorio por razón de sexo".

Sin duda la mejor crítica al fallo mayoritariamente adoptado, se encuentra especificado en el Voto Particular firmado por el Magistrado Vicente Gimeno Sendra que señala lo que sigue:

"Tal como pone de relieve nuestra Sentencia, los hechos objeto de enjuiciamiento son los siguientes:



- 1) *La recurrente se presentó y superó unas pruebas de auxiliar administrativo con destino en la Consejería de Transportes*
- 2) *Anteriormente la administración demandada, la CAM, había asimilado el puesto de "basculero" al de "auxiliar administrativo" y adscribe a la recurrente a dicho puesto.*
- 3) *La CAM finalmente, decide resolver la relación laboral, porque la actora no posee la fuerza física necesaria para realizar el trabajo de basculera.*

Para la mayoría (del Tribunal) "...si las funciones de basculero, requieren poseer una cierta fortaleza física, superior a la de la media de las mujeres...ello en si mismo y por si solo no resulta discriminatorio..." aunque "...puedan serlo las consecuencias que se atribuyan a esa mayor fortaleza física..." tal como sería una diferencia salarial.

Estoy de acuerdo con nuestra Sentencia en que hay que evitar la masculinización de los puestos de trabajo. Si una mujer se siente con fuerzas para trabajar en el fondo de una mina o con el coraje y pericia para subir a los cielos y pilotar un avión de combate, está en su derecho y nadie puede prohibirle el acceso a todos los puestos de trabajo tal como hemos tenido ocasión de afirmar (STC 145 7 147/1995).

*Pero el supuesto aquí es muy otro, pues **a nadie se le puede pasar por la imaginación que, si decide concursar a un puesto de auxiliar administrativo, pueda acabar trabajando de basculero, a menos que se le advierta, previamente al concurso, de que puede acceder a un trabajo penoso, deber de información que incumplió la CAM con la recurrente.***

*La menor fortaleza física de la mujer, no creo que sea un "prejuicio", sino un hecho biológico. Naturalmente que es inconstitucional masculinizar los puestos de trabajo pero, **si un determinado puesto exige un esfuerzo físico superior a la media de las mujeres, debe hacerse constar en la convocatoria, ya que, de haberlo hecho así en el presente caso, la recurrente no hubiese optado a dicho puesto***

*En mi opinión, es indiferente a los efectos de determinar la existencia de una discriminación indirecta, que el puesto de trabajo haya podido ser desempeñado por alguna mujer. **El problema reside en si la mayoría de las mujeres puede o no desempeñar ese puesto de trabajo: cuando se oferta un puesto de trabajo que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente se le obliga a la mujer a realizar otro (aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional) que no puede ejercitar porque carece de la fuerza necesaria y se procede por esa sola causa a su despido, el empleador ha creado en la práctica una discriminación por razón de sexo que debiera haber sido amparada por este Tribunal.***

Pensamos en definitiva que, la discriminación indirecta, no es reconducible exclusivamente a los efectos del contrato de trabajo, sino al contrato de trabajo mismo. Si se oferta un puesto de trabajo y luego se constriñe a la mujer a realizar otro que de facto está masculinizado, se infringe el Art.14 de la Constitución, máxime cuando dicha conducta la observa una administración pública que, en cuanto poder público que es, está obligada por la Constitución a remover los obstáculos y promover las condiciones para que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva (Art.9.2 CE)"

Aun pareciendo más coherente con el "petitum" de la demanda (que en absoluto hacía referencia a muchas de las cuestiones analizadas en la Sentencia mayoritaria, como la existencia o no de discriminación directa en la contratación o de discriminación retributiva indirecta) y ciertamente más conocedor del concepto de discriminación indirecta en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, creo que merece la pena aclarar un poco más el contenido del Voto particular desde esta óptica.



En mi opinión, nos encontramos ante una **actuación formalmente neutra** -la omisión de un dato, quizá no tanto o no sólo en la convocatoria de un concurso, como en el momento de realizar la opción por una u otra plaza de las vacantes ofertadas-, **susceptible de afectar de forma desfavorable mayoritariamente a un colectivo determinado por su género, el femenino** -que biológicamente tienen una media menor de fuerza física que los hombres, como reconoce la Sentencia y el Voto Particular y, por tanto, que en su mayoría experimentarían mayores dificultades para realizar las funciones del puesto de basculera, incluso hasta el extremo de no poderlas desarrollar y ser despedidas por ello y que de hecho ha afectado a dos mujeres (no solo la recurrente fue despedida por no poder desarrollar el puesto de trabajo que había elegido de entre los posibles)- **y que además carece de una causa suficiente, razonable y proporcional** no existe justificación alguna para la omisión de información sobre el dato de que, si el/la concursante elegía un puesto de auxiliar administrativo en la Consejería de Transportes, podría ser asignado al puesto de basculero-. En mi opinión se cumplen todos los requisitos exigidos por el TJCEE para configurar un supuesto de discriminación indirecta en la contratación: **una forma neutra de actuación, susceptible de perjudicar más intensamente a un colectivo integrado mayoritariamente por mujeres y que carece de una causa suficiente, objetiva, razonable y proporcional.**

En definitiva, el significado doctrinalmente mantenido por el Tribunal Constitucional sobre el concepto **"discriminación indirecta"** resulta teóricamente intachable, aunque a veces en su aplicación práctica resulte algo confuso.

Por lo que se refiere al alcance y significación del concepto **condiciones de trabajo**, junto a la referencia constitucional realizada por el **Art.35 CE** ("...derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo...") y la realizada en el **Art.17 ET** ("...jornada y demás condiciones de trabajo..."), el **Art.22 ET** que regula la clasificación profesional, señala en su **número 4** "*Los criterios de definición de las categorías y grupos, se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo*"; de su parte el **Art.24** que regula la promoción profesional y los ascensos, establece en su **número 2** "*Los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo*". Ninguna otra referencia aparece en el Estatuto de los Trabajadores a la prohibición de discriminación por razón de género en las condiciones de trabajo. **En definitiva, también en esta materia es apreciable una insuficiencia normativa en nuestro ordenamiento jurídico en comparación con el comunitario, en el que la definición legal del concepto es mucho más amplia, completa y clarificadora ya que, recuérdese, hace referencia explícita a las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior, reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica; a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido; a la afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.**

Esta insuficiencia ha sido parcialmente cubierta por la jurisprudencia, respecto de la que hay que señalar el sorprendentemente escaso número de sentencias existentes en esta materia, de lo que se puede deducir un escaso nivel de utilización de los procedimientos de tutela establecidos en nuestro ordenamiento jurídico a los que se hará posterior referencia. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como ya hemos señalado elaborada sobre la base de los Artículos 14 y 9.2 CE, ha servido para delimitar el concepto de condiciones de trabajo a que la prohibición de discriminación por razón de género debe ser aplicada.



Respecto de las **exclusiones** que hacía referencia el **Art.2.2. de la D/76/207/CE** no merece la pena extenderse excesivamente ya que, aunque desde hace relativamente poco tiempo, nuestro ordenamiento jurídico parece cumplir con creces el comunitario: la única profesión formalmente vetada a las mujeres con vigencia post-constitucional, el acceso a las fuerzas armadas y academias militares, fue parcialmente derogada por el RD 1/1988 y totalmente mediante la Sentencia del tribunal Constitucional n.216/1991 de 14 de noviembre.

Por lo que respecta a las **excepciones en base al Art.2.3**, prohibición de acceso a determinados puestos de trabajo -pesados, insalubres, nocivos, peligrosos, subterráneos o nocturnos-, argumentada sobre una presunta inferioridad psico-física femenina, es decir **las normas protectoras**, como ya señalamos, nuestro Tribunal Constitucional ha sido especialmente tajante: **con base expresa en la jurisprudencia comunitaria sentada en los Asuntos Hofmann (C.184/83) S.12-julio-1984 y Jhonston (C.222/84) S.15-mayo-1986**, ha venido a zanjar el debate mantenido hasta 1992 tanto por alguna parte de la doctrina juslaboralista española, como por algunos Tribunales del orden Social, sobre la vigencia de las normas protectoras de la mujer de alcance general, específicamente del Decreto de 26 de julio de 1957 sobre trabajos prohibidos a las mujeres. En su Sentencia n.229/1992 de 14 de diciembre el T.C.E. señala expresamente que *"...El mandato de no discriminación por razón de sexo, del Art.14 de la Constitución, consecuente con el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, exige, desde luego, eliminar todas aquellas normas jurídicas que, con la salvedad del embarazo y la maternidad, aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a la mujer de límites aparentemente ventajosos, pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo. En muchos casos, esta legislación originariamente protectora, responde a prejuicios y opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones. En este caso, ese prejuicio, es la menor fortaleza física y mayor debilidad de las mujeres frente a los varones como algo que se corresponde con la naturaleza de las cosas...-sin embargo- no existen razones concluyentes que permitan llegar a la conclusión de que, las condiciones especialmente gravosas del trabajo en las minas, se incrementen respecto de la mujer...aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir especiales condiciones de fortaleza y condición física, éstas deberán ser exigidas por igual al hombre y a la mujer, al margen de su sexo...comprobadas las mismas, no existe razón alguna que pueda justificar la exclusión absoluta de la mujer de este tipo de trabajo..."*. Aunque el fallo se refiere a la ilegitimidad constitucional de la prohibición de acceso de la mujer al **trabajo subterráneo en las minas**, el Tribunal hace referencia "obiter dicta" a la ilegitimidad de la prohibición del **trabajo nocturno** y la amplitud de su argumentación la hace ampliable a cualquier otra norma general de prohibición de acceso de mujeres a los **trabajos peligrosos, pesados, nocivos o insalubres** en general.

Respecto del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación, como ya reseñamos, una de las características más reseñables de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario es la amplitud que otorga al significado de los términos "condiciones de trabajo" de la Directiva 76/207. Siguiendo esa tendencia se manifiesta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional entre otras en la citada **Sentencia n.229/1992** donde, de nuevo "obiter dicta", afirma que el principio de no discriminación, afecta **al acceso al empleo y a la contratación** y ya en **S. de 16 de octubre de 1984** había señalado también que el "**periodo de prueba**" había de incluirse en el ámbito de aplicación del mismo.

Por lo que respecta al **mantenimiento del empleo, es decir, al principio de estabilidad y a las condiciones de extinción del contrato**, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de extinción y prórroga de contratos de trabajo de carácter temporal; en su **Sentencia de 7 de junio de 1994**, señala que *"...la negativa a renovar o prorrogar un contrato o a contratar, es jurídicamente relevante desde el momento en que ha quedado probado que ha sido un motivo discriminatorio y, por tanto, prohibido, el que ha impedido la reanudación de la*



relación laboral..." declarando el derecho de la demandante a la prórroga del contrato por un nuevo periodo igual al de la duración del contrato inicial, o a recibir una indemnización igual a la cuantía de los salarios que debió percibir durante ese tiempo.

También en tema de extinción, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las **políticas empresariales de jubilación anticipada**, en las que se establecen edades diferentes para hombres y mujeres; la primera en la **Sentencia de 22 de diciembre de 1987** en la que se trataba sobre la jubilación anticipada a los 35 años de las azafatas de la empresa Iberia, cuya razón, según alegaba la empresa, era la necesidad de que estas tuvieran una "buena presencia", condición que no se requería de los auxiliares de vuelo masculinos, que no tenían reconocido el derecho a jubilación a esa edad; es de señalar que al Tribunal Central de Trabajo, la razón alegada le había parecido suficientemente objetiva y razonable para eliminar la existencia de discriminación por razón de género. El Tribunal Constitucional en base al Art.14 de la C.E., anula la Sentencia del Tribunal Central, considerando en el caso la existencia de una práctica discriminatoria.

Más recientemente, en la **Sentencia de 24 de enero de 1995** trata el mismo tema de jubilaciones anticipadas establecidas en la Reglamentación Laboral del Ferrocarril Metropolitano de Barcelona que establecía la edad de jubilación anticipada para las mujeres en los cincuenta y cinco años y para los hombres en los sesenta; los demandantes en este asunto eran varones que pretendían disfrutar del mismo derecho que se reconocía a las mujeres. En este caso, el Tribunal Constitucional realizando una argumentación más clarificadora que en el anteriormente citado, entiende que *"...el establecimiento de edades diferentes de jubilación, no puede ser considerada como una situación que en si misma suponga un privilegio odioso"* sin embargo añade que *"...al haber perdido su razón de ser, se hace contraria al principio de igualdad de trato..."*, no obstante, no procede a reconocer a los varones el derecho a anticipar su jubilación, sino que declara contrario al principio de igualdad el precepto de la Reglamentación y, por tanto, inaplicable a todos los trabajadores.

Mediante **Sentencia 28 de noviembre de 1994**, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la institución de la **"dote por matrimonio"**, cuyo objetivo era incentivar el abandono del puesto de trabajo por parte de las mujeres que contraían matrimonio, mediante el reconocimiento de una indemnización por extinción del contrato, a la cual no tenían derecho los hombres en la misma situación; como es sabido, se trata de una institución procedente del régimen franquista que ha permanecido vigente de forma residual en algunas Reglamentaciones de Trabajo hasta su derogación y, sorprendentemente, en algunos de los convenios colectivos, incluso los firmados en los últimos años.

En el caso en cuestión, una trabajadora del Sector de Seguros, cuya Reglamentación recogía la institución en su Art.56, solicitó la indemnización fijada en la misma y la empresa la denegó alegando que el precepto citado, había resultado derogado por la Constitución de 1978 debido a su carácter discriminatorio; la parte demandante, aun aceptando dicha calificación, alegaba que la situación no debería solucionarse denegando la dote a la trabajadora, sino reconociendo el derecho a percibirla también a los trabajadores varones. Al respecto, señala el Tribunal que el objetivo de la "dote" era expresamente **liberar a la mujer casada del trabajo del taller y de la fábrica incentivando la vuelta al hogar de la misma**, lo cual altera la situación de igualdad de oportunidades que tanto la Constitución como las normas internacionales propugnan, entre ellas las normas comunitarias; debe llegarse por tanto a la conclusión de que la Constitución derogó desde el momento de su promulgación, el precepto cuya aplicación se solicita.

Añade el Tribunal que la solución del carácter discriminatorio de la norma, no estriba en ampliar el ámbito de aplicación de la misma a los hombres, porque **la norma no resulta discriminatoria por excluir a los varones de su ámbito de aplicación, sino por someter a las mujeres a un régimen promocional de expulsión del mercado de trabajo, que en ningún**



caso puede asumir la ley; de otro lado, pone muy acertadamente de manifiesto que, "...la solicitada *bilateralización de la medida*, solo tendría un alcance formal que, todo lo más, conduciría a hacer encubierta u oculta una discriminación que, en la redacción original de la norma, era abierta..". El Tribunal no hace referencia expresa en este fallo a la normativa ni a la jurisprudencia comunitaria pero, estimo, aplica correctamente la doctrina sentada por el T.J.CEE en el Asunto NELLEKE-GERDA (C.28/93) S.28-septiembre-1994.

En segundo lugar reitera que la prohibición de discriminación contenida en el Art.14 CE, abarca tanto la directa como la indirecta y recuerda el concepto de discriminación indirecta acuñado por el propio Tribunal Constitucional (Ss. 145/1991 y 147/1995) así como por el TJCEE (Asunto Bilka C.170/84 S.13-mayo-1986); insiste, en tercer lugar, en la prohibición constitucional de las medidas de protección de la mujer (excepto las relativas a la maternidad) señalando que "...La radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos que objetivamente exigen para su correcto desenvolvimiento de un esfuerzo físico, es inaceptable a la luz del Art.14 CE, cuya prohibición de discriminación por razón de sexo, obliga por el contrario a adoptar un criterio neutro, predicable por igual del hombre y de la mujer y a valorar individualizadamente la idoneidad de cada cual para el adecuado desenvolvimiento de las funciones del puesto de trabajo".

Con referencia a las **garantías de aplicación y a los procedimientos de tutela** parece que nuestro ordenamiento jurídico no tendría que ser modificado por lo que respecta a la regulación de procedimientos judiciales de tutela ya que el previsto en los **Arts.175 y ss LPL** parece suficiente, sobre todo teniendo en cuenta lo establecido en los **Arts.95 y 96 LPL** sobre **prueba de asesores e inversión de la carga de la prueba**. Por lo que se refiere a la **legitimación activa para incoar los procedimientos de tutela**, se ha reconocido al Sindicato por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994**. Entiendo que sin embargo sería muy conveniente que se amplíe de forma expresa a los **organismos de igualdad**.

Si parece apreciarse una laguna en lo referente a la protección de los trabajadores frente al despido o cualquier otro tratamiento desfavorable del empresario, adoptado como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato, en otras palabras, debería recoger una referencia explícita a la **tutela frente a las represalias (Art.7 de la D/2003/73/CE)** de la que actualmente carecemos.

Respecto de la tutela jurisdiccional del derecho a la igualdad de trato, creo necesario hacer referencia a una importante **Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999 de 22 de marzo (Asunto FASA-Renault)** en la que se trata sobre la función de los órganos jurisdiccionales en la tutela de la prohibición de discriminación por razón de género, en el caso concreto del acceso al empleo.

Los hechos probados en este asunto son los siguientes: el recurrente, el sindicato CGT interpuso demanda por el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, alegando sustancialmente que desde 1988 la empresa FASA-Renault contrata personal eventual de escasa cualificación, exclusivamente de sexo masculino, para prestar servicios en los talleres y cadenas de producción de sus factorías de Palencia y Valladolid, pese a existir solicitudes de mujeres capacitadas para desarrollar los puestos ofertados. Ante la insistencia de los sindicatos con representación en el Comité Intercentros para que se corrigiera tal discriminación la empresa aceptó contratar 25 mujeres en cada una de las factorías. Sin embargo entre septiembre de 1991 y febrero de 1992 había formalizado 120 contratos eventuales solo con varones. En el suplico interesaba que se dictara Sentencia declaratoria de la conducta discriminatoria de la empresa, ordenando el cese de este comportamiento en las contrataciones futuras y condenándola a contratar personal femenino el menos en las cuantías y términos acordados.



La prueba propuesta fue admitida y consistía en que la empresa aportara los originales de los contratos eventuales suscritos desde julio de 1991 a marzo de 1992 en las factorías citadas y de las actas de diversas reuniones del Comité Intercentros y que las Direcciones Provinciales del INEM de Valladolid y Palencia presentaran los listados de los demandantes femeninos de empleo que cumplieran los requisitos de titulación exigidos.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Valladolid, en Sentencia de 21-abril-1992, apreció la excepción de falta de legitimación *ad causam* del sindicato. Impugnada en Casación, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia 18 de febrero de 1994, tras **declarar la legitimación activa del Sindicato para incoar el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales**, desestimando por tanto la excepción de falta de legitimación del Sindicato para incoar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, devolvió los autos al Tribunal *a quo* para que resolviera el fondo de la cuestión debatida, al resultar insuficientes los hechos declarados probados en su sentencia, que debían ser completados recurriendo en su caso a las **diligencias para mejor proveer**.

El 15 de noviembre de 1994 el TSJ de Castilla-León dictó una nueva sentencia desestimatoria de la pretensión, sin practicar diligencia probatoria alguna. Contra la misma interpuso el Sindicato demandante recurso de casación, desestimado por Sentencia de la Sala Social del TS el 4 de octubre de 1995 contra la que se presenta el Recurso de Amparo que decide la Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos.

Lo primero que cabe señalar es que, como se puede observar, el proceso de tutela ha resultado excesivamente largo (los hechos se producen en 1992 y el asunto se resuelve definitivamente en 1999).

En segundo lugar, como se puede deducir de los argumentos de la Sentencia, los tribunales implicados en este asunto demuestran una escasa sensibilidad y voluntad de proteger a las mujeres frente a la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo.

Señala el TC que la queja que sustenta el amparo *"...ha de reconducirse al examen de si las resoluciones judiciales citadas han vulnerado el Art.24.1 CE (que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva) por cuanto sus pronunciamientos desestimatorios se habrían producido sin una suficiente base probatoria y sin exigir a la empresa demandada un efectivo cumplimiento de la regla de la inversión de la carga de la prueba contenida en el rt.96 LPL."*

Argumenta que *"...por lo que atañe a la discriminación por razón de sexo, hemos establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual al hombre y la mujer –en el caso de discriminaciones directas- así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno u otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso. Procede considerar que tal regla procesal, en el contexto de una conducta discriminatoria en el acceso al empleo, se encamina derechamente a hacer transparentes, a fin de que sean ponderados por el órgano judicial en su función tuteladora del derecho fundamental, los criterios que para la selección de los trabajadores ha utilizado el empleador (S TJCE 30-junio-1988 A. Comisión v. República Francesa) dada la singular dificultad probatoria que reviste en tales casos la constatación de la conducta empresarial discriminatoria, máxime en la modalidad calificada como indirecta o de resultado adverso.*

Esta exigencia al empleador de acreditación de que los objetivos seguidos son ajenos a todo móvil discriminatorio, por descansar en razones objetivas, solo es procedente en aquellos



casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia...**El problema que hemos de dilucidar no es tanto el de si los órganos judiciales observaron o no la regla procesal sobre carga de la prueba del Art.96 LPL, sino, más exactamente, si sustanciado un proceso en el que se erige como decisiva tal regla, los órganos judiciales velaron o no por su efectivo cumplimiento y adecuada aplicación al caso.**

...Hemos de constatar que la prueba solicitada en el proceso laboral por el Sindicato demandante y acordada como pertinente...tenía por objeto la acreditación de los hechos constitutivos de los indicios alegados por la parte actora y en tal sentido se instó la aportación...(de una serie de documentos)...De las pruebas admitidas, únicamente la primera fue llevada a cumplido efecto, no así las dos restantes, de indudable importancia en orden a la acreditación del panorama indiciario.....Sin embargo, **la Sala de lo Social no desplegó actividad procesal alguna tendente a completar la prueba interesada. Antes bien, dictó su fallo desestimatorio, sin que hubiesen debidamente incorporado a los autos los elementos de convicción necesarios para tener por acreditados suficientes indicios del trato desigual denunciado.....no cabe desconocer que el principio procesal de aportación de parte coexiste en el proceso laboral con ciertas manifestaciones del principio de investigación, que permite al órgano judicial acordar de oficio precisas y determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de la base fáctica del proceso, máxime cuando éste se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental, como es el caso que nos ocupa....El mandato antidiscriminatorio contenido en el Art.14 de la Constitución obliga a una aplicación e interpretación de las normas procesales orientado a propiciar la más efectiva y favorable tutela del derecho fundamental. Por ello (este Tribunal)...ha insistido en el especial deber de atención que han de prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación en el empleo por razón de sexo, doctrina constitucional que viene esencialmente a coincidir con la sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su reciente Sentencia de 9 de febrero de 1999 en el Asunto Seymour-Smith Pérez así como en las que en ella se citan.**

En consideración a lo expuesto, ha de entenderse que el órgano judicial, en un proceso de tutela antidiscriminatoria viene obligado a velar porque las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso, en los términos requeridos cumpliendo así con su función de garante del derecho fundamental en juego, todo ello con la finalidad de que el Sindicato demandante pudiera acreditar indicios suficientes para invertir la carga de la prueba con arreglo al Art.96 LPL la actuación procesal de la Sala de instancia, no corregida en vía de casación, ocasionó una real indefensión al demandante de tutela jurisdiccional, por cuanto en virtud de tal actuación no accedieron al proceso laboral, integrando el acervo probatorio del mismo los elementos y datos adecuados para que el Sindicato pudiera justificar los suficientes indicios acerca de la conducta empresarial a la que se atribuía tratamiento desigual....La consecuencia no puede ser otra que la de otorgar el amparo que se recaba....."

Como se puede deducir de esta argumentación, lo que el Tribunal Constitucional viene a decir es que la actitud del juez al que se solicita tutela frente a la prohibición de discriminación por razón de género, no puede ser pasiva, debe colaborar activamente facilitando a la parte demandante la demostración de indicios suficientes que conduzcan a la inversión de la carga de la prueba; y desde luego, si no lo hiciese, no podría basar su decisión en la insuficiencia de las pruebas aportadas por el demandante.

En lo referente a **sanciones**, las aplicables en el orden social, junto a la recogida en el **Art.17 ET de nulidad del acto discriminatorio** (el precepto señala que "Se entenderán nulos y sin efecto... cualquier norma, medida, decisión o pacto que contengan discriminaciones..."), la **Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000 de agosto)** en la **Sección 1ª**



referida a las infracciones en materia de relaciones laborales, **Art.8** señala que "Son **infracciones muy graves** (del ordenamiento jurídico laboral) "12.- *Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones..... favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo....*". De su parte en la **Sección 3ª infracciones en materia de empleo, Art.16**, califica asimismo como infracción muy grave "2.- *Establecer condiciones mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de...sexo...*".

La sanción aplicable en este supuesto es la regulada en el **Art.40.1.c de la LISOS** que establece una multa de cuantía variable en función de su gravedad y que va de 500.000pts en su grado mínimo a los 15.000.000pts. en su grado máximo.

Los conceptos utilizados en la tipificación de las infracciones, resultan tan inadecuados como los que aparecen en el Art.17 ET criticados en su momento; deberían haber sido adecuados a los establecidos doctrinal y jurisprudencialmente, ya que insistimos, de un lado, parecen estar calificando de infracción laboral la acción positiva y, en segundo lugar, siguen sin hacer referencia alguna a la discriminación indirecta. La cuantía de la sanción podría parecer suficiente siempre que se aplique en el grado adecuado que dependerá, según establece el **Art.39 LISOS** de circunstancias tales como la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de advertencias previas, requerimiento de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados, perjuicio causado y, en todo caso, de la sensibilidad de la autoridad laboral o judicial competente para su propuesta y aplicación.

Finalmente, **el Art.180 de la Ley de Procedimiento Laboral** señala: "*La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración (discriminación) denunciada. En caso afirmativo y previa declaración de nulidad radical de la conducta del empleador...ordenará el cese inmediato del comportamiento... (discriminatorio) la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera*".

Los tres tipos de sanciones resultan perfectamente compatibles. El Tribunal Supremo, en Sentencia 12-junio-2001 (Recurso 3827/2000) ha señalado que en el supuesto de despido nulo por discriminatorio, el trabajador tiene derecho a la readmisión y a los salarios de tramitación junto a la indemnización correspondiente por daños materiales y morales producidos, que además se pueden solicitar en la misma demanda sin que pueda considerarse acumulación indebida de acciones.

Por lo que se refiere a la **promoción institucional del principio de igualdad**, mediante la creación de **organismos de igualdad**, no parece que sean necesarias modificaciones de calado ya que tanto a nivel nacional como autonómico e incluso local, dichos organismos existen en nuestro país y tienen asignadas funciones muy similares a las recogidas en el **Art.8.bis de la D/2002/73/CE** (promoción, análisis, seguimiento y apoyo a la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por razón de sexo; prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones; realizar estudios independientes sobre discriminación, publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación) salvo la señalada en el sentido de reconocerles legitimación suficiente para incoar procesos de tutela antidiscriminatoria frente a violaciones del principio de igualdad, sobre todo cuando éstas produzcan efectos colectivos .

Finalmente, si bien lo establecido en la Directiva no precisa de trasposición en sentido estricto, parece derivarse del **Art.8.ter** la necesidad de una más intensa actividad de nuestro país respecto de **la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación y desarrollo**



del principio de igualdad y estimo que debería tomarse especialmente en consideración la disposición (no vinculante en sentido estricto) contenida en su **número 4** sobre la necesidad de que los empresarios presenten con periodicidad adecuada, información suficiente a los representantes de los trabajadores sobre la situación de hombres y mujeres en las empresas.

Sin embargo **deja bastante que desear el régimen jurídico del procedimiento de control de cláusulas discriminatorias en los convenios colectivos**, regulado en el **Art.90.5 ET y Arts.161** y siguientes de la **LPL**, del que la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto su insuficiencia e inadecuación ya que son muchos aún en España los convenios colectivos que contienen cláusulas ilegales y discriminatorias². **En cumplimiento de la obligación establecida para los Estados miembros en el Art.3.2.b) de la Directiva, sería necesario reforzar y adecuar el sistema de control**, por ejemplo mediante la creación en el seno de los organismos de igualdad de un **Observatorio de la negociación colectiva** desde la óptica de género, que se encargase de la revisión de los convenios, que además contase con legitimación suficiente para impugnar todo convenio en el que se detectasen cláusulas ilegales o discriminatorias.

².-UGT, "La mujer en la negociación colectiva", Instituto de la Mujer, Madrid, 1988; HERAS Y MURILLO "La mujer asalariada ante la negociación colectiva", Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1992; PÉREZ DEL RÍO, FERNÁNDEZ LÓPEZ Y DEL REY GUANTER, ""Discriminación e igualdad en la negociación colectiva", Instituto de la Mujer, Madrid, 1993; QUESADA SEGURA "Guía para la negociación colectiva no discriminatoria", Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1994; VVAA (coord. Secretaría de la Dona de CCOO-PV), "Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valenciá", Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996; VVAA (coord. Pérez del Río), "La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva", Instituto de la Mujer, Madrid, 1997; VVAA (coord. De la Fuente Vázquez), "Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género", Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 1998; VVAA (coord. De la Fuente Vázquez), "Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género", Instituto Navarro de la Mujer, Pamplona, 1998; PÉREZ DEL RÍO Y DE LA FUENTE VÁZQUEZ, "Análisis de la negociación colectiva en la enseñanza privada: perspectiva de género", (Informe no publicado encargado por el FOREM), 1999; Secretaría de la Mujer de la Federación Minero Metalúrgica de CCOO, FOREM y Fundación 1º de Mayo, "Código de actuación para la aplicación neutra de las clasificaciones profesionales", (Proyecto CODEX), FOREM, Madrid, 1999 que incluye en su Cuaderno nº3 un utilísimo manual para el estudio de convenios desde la perspectiva de género.

