

TERESA PÉREZ DEL RÍO


**Mujer e igualdad:
estudio en materia social y laboral**

ESTUDIOS

11

TOMO I





**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**

TOMO I

TOMO II

Legislación europea en materia
de igualdad de trato

TOMO III

Sentencias del Tribunal de
Justicia de la CE

TOMO IV

Jurisprudencia del Tribunal
Constitucional



MUJER E IGUALDAD:
ESTUDIO EN MATERIA SOCIAL
Y LABORAL

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

MUJER E IGUALDAD:
ESTUDIO EN MATERIA SOCIAL
Y LABORAL

(LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA
Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS
Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
1994-1998)

LIBRO EN CUATRO TOMOS

TOMO I

POR

TERESA PÉREZ DEL RÍO

DOCTORA EN DERECHO

PROF^a. TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Con la colaboración de
Esther Hava

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
SEVILLA
1999

© y Edición
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
Alfonso XII, 52. 41002 Sevilla.
San Jacinto, 7. 29007 Málaga

Diseño y maquetación interior:
Tiempo Real, S.C.

Imprime:
Egondi Artes Gráficas, S.A.

ISBN: 84-7921-069-9
D.L.: SE-2853-99 (Tomo I)

PRESENTACIÓN

Desde que se consagrara el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el artículo 14 de la Constitución de 1978, se han producido numerosos avances legislativos para conseguir la igualdad real y efectiva de derechos y oportunidades para las mujeres.

A lo largo de estas dos décadas de desarrollo del principio de igualdad han sido importantes los cambios sociales que se han producido, a los que ha contribuido el impulso de las políticas de igualdad encaminadas a favorecer la igualdad formal recogida en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, así como la decidida voluntad de las mujeres a participar activamente en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

Sin embargo, sabemos que en numerosas ocasiones esta normativa que desarrolla el principio de igualdad no llega a aplicarse debido a su dispersión y falta de difusión.

Consciente de esta realidad, el Instituto Andaluz de la Mujer encargó a la doctora Teresa Pérez del Río, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, la elaboración de un estudio que recopilara y actualizara la normativa específica de los últimos años en desarrollo del principio de igualdad en materia social y laboral.

La presente publicación es el fruto de este trabajo, el cual, además de recoger todos aquellos avances legislativos, analiza las disposiciones fundamentales y la jurisprudencia más importante que ha emitido el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas y nuestros Tribunales, especialmente el Tribunal Constitucional.

Con esta publicación se pretende poner en vuestras manos un instrumento eficaz que os acerque al conocimiento de los avances legislativos que se han producido en el desarrollo del principio constitucional de igualdad, en materia social y laboral.

CARMEN OLMEDO CHECA
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

INDICE

TOMO I

págs

LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS Y LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 1994-1998

A NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS.	3
1. Presentación.	3
2. Caracteres generales del concepto comunitario de discriminación. Los tipos de conductas discriminatorias: discriminación directa abierta y oculta, discriminación indirecta. La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo. La esencial función del Tribunal de Justicia de la C.E.	7
3. El principio de igualdad de retribuciones: Art.119 Tratado de Roma, Directiva 75/117 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Art.141 del Tratado Constitutivo de la CEE (Tratado de Amsterdam).	19
3.1. Concepto comunitario de "retribución". La Directiva 86/378 (modificada por (D.96/97/CEE de 20-12-1996) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; el Protocolo II al Tratado de Maastricht..	21
3.2. El concepto de discriminación retributiva indirecta.	25
3.3. Concepto comunitario de "trabajo de igual valor". El Memorandum Comunitario sobre valoración no discriminatoria de los puestos de trabajo.	25
3.4. Evolución de la jurisprudencia del TJCEE en los años 1994 a 1998.	28
3.4.1. Ambito de aplicación.	28
3.4.2. Concepto de discriminación retributiva indirecta. . .	28

3.4.3. Concepto de retribución.	32
3.4.4. Concepto de trabajo de igual valor.	33
3.4.5. Garantías del principio de igualdad retributiva.	34
4. Igualdad de trato en materia de acceso al empleo formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo: La Directiva 76/207 de 9-II-1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, la formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo.	37
4.1 Las excepciones al principio de igualdad de trato: la "acción protectora" (Art.Art.2.2 D/76/207/CEE); la "acción positiva" (Art.2.4 D/76/207/CEE y Art.141.4 del Tratado Constitutivo de la CEE (Tratado de Amsterdam).	37
4.2. Significado de la prohibición de discriminación por razón del sexo en el "acceso al empleo" (Art.3 D/76/207/CEE), y en las "condiciones de trabajo" (Art.5 D/76/207/CEE). ..	41
4.3. Evolución de la Jurisprudencia comunitaria en materia de acceso al empleo y condiciones de trabajo en los años 1994-1998.	42
4.3.1. El ámbito de aplicación material.	42
4.3.2. La discriminación indirecta.	44
4.3.3. Las excepciones al principio de igualdad.	45
4.3.4. Las garantías y reparación de perjuicios	48
5. La protección de la maternidad: Directiva 92/85/CEE sobre relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud y la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.	50
5.1. Principios básicos mantenidos por la jurisprudencia del TJCEE antes de la puesta en vigor de la D/92/85/CEE. ..	50
5.2. Evolución de la jurisprudencia en los años 1994-1998. ...	52
6. La igualdad de trato en la Seguridad Social: La Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de la Seguridad Social	61
6.1. El ámbito de aplicación de la D/79/7/CEE.	63
6.2. La discriminación indirecta.	67
6.3. Las garantías de cumplimiento y reparación de los perjuicios sufridos.	72

6.4. Las excepciones al principio de igualdad.	74
7. Las normas comunitarias sobre igualdad de trato sin jurisprudencia interpretativa: Directiva CEE 86/613 (igualdad de trato en actividades autónomas), Directiva CEE 96/34 (excedencias parentales), Recomendación de la Comisión 92/131/CEE (acoso sexual en el trabajo).	78
8. Obligaciones de los Estados miembros respecto del cumplimiento de las normas comunitarias en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón del sexo.	92
8.1. Control y adaptación de la normativa interna y de los convenios colectivos.	92
8.2. El posible efecto directo vertical y horizontal de las normas comunitarias en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo.	93
B LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AÑOS 1994-1998.	95
1. Introducción: la influencia del conjunto normativo y jurisprudencial comunitario en la interpretación del principio constitucional de prohibición de discriminación laboral por razón de sexo.	95
2. La introducción en nuestro ordenamiento jurídico del concepto de "discriminación indirecta".	96
3. La introducción en nuestro ordenamiento jurídico del concepto de "acción positiva": la discriminación positiva.	97
4. El principio de igualdad de retribuciones.	99
5. Igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.	104
6. La discriminación por maternidad.	117
7. Igualdad de trato y protección social pública.entre 1994 y 1998.	119
8. Conclusiones.	121
BIBLIOGRAFÍA.	123

TOMO II

págs

NORMATIVA COMUNITARIA

- ◆ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (artículo 119). 129
- ◆ Tratado de la Unión Europea (Protocolo sobre el artículo 119). . . 129
- ◆ Tratado de Amsterdam (artículo 141). 129
- ◆ Reglamento (CE, CECA, Euratom) nº 781/98 del Consejo de 7 de abril de 1998 por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades en materia de igualdad de trato. 130
- ◆ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. . . . 132
- ◆ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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 a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. 134
- ◆ Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. . . . 137
- ◆ Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. 139

- ◆ Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. 143
- ◆ Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. 150
- ◆ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. 153
- ◆ Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. 160
- ◆ Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. 166
- ◆ Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (92/131/CEE). 170

TOMO III

págs

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

1. Igualdad de trato en materia de retribuciones (art. 119 del Tratado de Roma; Directiva 75/117/CEE). 183
 - ◆ Sentencia de 31 de mayo de 1995: Specialarbejderforbundet i Danmark contra Royal Copenhagen (Asunto C-400/93). . . 183
 - ◆ Sentencia de 6 de febrero de 1996: Johanna Lewark contra Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation eV (Asunto C-457/93). 193
 - ◆ Sentencia de 13 de febrero de 1996: Joan Gillespie e.a. contra Northern Health and Social Services Board e.a. (Asunto C-342/93). 198
 - ◆ Sentencia de 7 de marzo de 1996: Edith Freers y Hannelore Speckmann contra Deutsche Bundespost (Asunto C-278/93). 203
 - ◆ Sentencia de 24 de octubre de 1996: Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam (Asunto C-435/93). 209
 - ◆ Sentencia de 17 de abril de 1997: Evrenopoulos contra Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (Asunto C-147/95). . . . 217
 - ◆ Sentencia de 11 de diciembre de 1997: M.T. Magorrian e I.P. Cunningham contra Eastern Health and Social Services Board Department of Health and Social Services (Asunto C-246/96). 223
 - ◆ Sentencia de 17 de febrero de 1998: Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd (Asunto C-249/96). 231
 - ◆ Sentencia de 17 de junio de 1998: Kathleen Hill Y Ann Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance (Asunto C-243/95). 239
 - ◆ Sentencia de 1 de diciembre de 1998: B.S. Levez contra T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd. (Asunto C-326/96). 246

2. Acceso al empleo y condiciones de trabajo (Directiva 76/207). . . 255
 - ◆ Sentencia de 13 de julio de 1995: Jennifer Meyers contra Adjudication Officer (Asunto C-116/94). 255
 - ◆ Sentencia de 17 de octubre de 1995: Eckhard Kalanke con-

	tra Freie Hansestadt Bremen (Asunto C-450/93).	259
♦	Sentencia de 30 de abril de 1996: P. contra S. y Cornwall County Council (Asunto C-13/94).	263
♦	Sentencia de 13 de marzo de 1997: Comisión contra Francia (Asunto C-197/96).	266
♦	Sentencia de 22 de abril de 1997: Draehmpaehl contra Urania Immobilienservice OHG (Asunto C-180/95).	269
♦	Sentencia de 29 de mayo de 1997: Larsson contra Fotex Supermarked A/S (Asunto C-400/95).	277
♦	Sentencia de 2 de octubre de 1997: Brigitte Kording contra Senator für Finanzen (Asunto C-100/95).	281
♦	Sentencia de 2 de octubre de 1997: Hellen Gerster contra Freistaat Bayern (Asunto C-1/95).	286
♦	Sentencia de 11 de noviembre de 1997: Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen (Asunto C-409/95).	293
♦	Sentencia de 4 de diciembre de 1997: Comisión contra Italia (Asunto C-207/96).	298
♦	Sentencia de 30 de abril de 1998: Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) contra Evelyne Thibault (Asunto C-136/95).	302
♦	Sentencia de 30 de junio de 1998: Mary Brown contra Rentokil Ltd. (Asunto C-394/96).	307
♦	Sentencia de 22 de septiembre de 1998: Belinda Jane Coote contra Granada Hospitality Ltd. (Asunto C-185/97).	312
3.	Protección de la maternidad (Directiva 92/85/CEE).	319
♦	Sentencia de 27 de octubre de 1998: Margaret Boyle y otras contra Equal Opportunities Commission (Asunto C-411/96).	319
♦	Sentencia de 19 de noviembre de 1998: Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark y otros contra Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger y otros (Asunto C-66/96).	332

4. Igualdad de trato en materia de Seguridad Social (Directiva 79/7/CEE).	341
♦ Sentencia de 11 de agosto de 1995: Graham, Connell y Nicholas contra Chief Adjudication Officer (Asunto C-92/94).	341
♦ Sentencia de 19 de octubre de 1995: Cyril Richardson contra Secretary of State for Health (Asunto C-137/94).	346
♦ Sentencia de 14 de diciembre de 1995: Inge Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover (Asunto C-317/93).	352
♦ Sentencia de 14 de diciembre de 1995: Ursula Megner e.a. contra Innungskrankenkasse Vorderpflaz (Asunto C-444/93).	357
♦ Sentencia de 1 de febrero de 1996: Y.M. Posthuma-van Damme e.a. contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen e.a. (Asunto C-280/94).	362
♦ Sentencia de 8 de febrero de 1996: C.B. Laperre contra Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland (Asunto C-8/94).	368
♦ Sentencia de 11 de julio de 1996: Stanley Charles Atkins contra Wrekin District Council, Departament of Transport (Asunto C-228/94).	372
♦ Sentencia de 10 de octubre de 1996: Hoever y Zachow contra Land Nordrhein-Westfalen (Asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94).	377
♦ Sentencia de 7 de noviembre de 1996: Bruna-Alessandra Züchner contra Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen (Asunto C-77/95).	384
♦ Sentencia de 30 de enero de 1997: Balestra contra Istituto Nazionale della previdenza sociale (Asunto C-139/95).	388
♦ Sentencia de 22 de abril de 1997: Sutton contra Secretary of State for Social Security (Asunto C-66/95).	395
♦ Sentencia de 30 de abril de 1998: August De Vriendt e.a. contra Rijksdienst voor Pensioenen e.a. (Asuntos acumulados C-377/96 a C-384/96).	401
♦ Sentencia de 22 de octubre de 1998: Louis Wolfs contra Office National de Pensions (ONP) (Asunto C-154/96).	406

TOMO IV*págs***JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

1. Igualdad de trato en materia de retribuciones. 413
 - ◆ STC 286/1994, de 27 de octubre de 1994 413
 - ◆ STC 147/1995, de 16 de octubre de 1995 421
 - ◆ STC 183/1998, de 17 de octubre de 1998 429

2. Igualdad de trato en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. 441
 - ◆ STC 317/1994, de 28 de noviembre de 1994 441
 - ◆ STC 16/1995, de 24 de enero de 1995 448
 - ◆ STC 198/1996, de 3 de diciembre de 1996 454

3. Protección de la maternidad. 465
 - ◆ STC 173/1994, de 7 de junio de 1994 465
 - ◆ STC 3/1995, de 10 de enero de 1995 471
 - ◆ STC 136/1996, de 23 de julio de 1996 481

4. Igualdad en los regímenes complementarios de la Seguridad Social. 493
 - ◆ STC 5/1994, de 17 de enero de 1994 493

TOMO I

**LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA Y LA
JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS Y LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 1994-1998**

A **NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS.**

1. **PRESENTACIÓN**

El derecho de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón del sexo, constituye probablemente uno de los temas mas importantes de la Política Social Comunitaria tanto desde una óptica cuantitativa como cualitativa.

Desde que en 1957 se recogiese en el Art.119 del Tratado de Roma el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres hasta diciembre de 1998, momento en que se cierra este trabajo, se han adoptado diez importantes Directivas sobre igualdad de trato ya que, por evidentes razones de feminización de este tipo de trabajo en toda Europa, se puede considerar dentro del conjunto normativo sobre no discriminación la Directiva relativa al trabajo a tiempo parcial (D/97/81/CEE de 15 de diciembre de 1997) aunque no será aquí objeto de estudio. Merece especial interés la Directiva 97/80/CEE sobre modificación de la carga de la prueba en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria cuyo objetivo es doble: de un lado, facilitar la garantía eficaz del derecho y de otro definir normativamente el concepto de discriminación indirecta.

Al lado de estas normas de eficacia vinculante se han adoptado una serie de Recomendaciones, una de las cuales de especial importancia es la adoptada en 1991 sobre protección de la dignidad de trabajadores y trabajadoras en el trabajo, que viene acompañada de un Código de Conducta sobre protección frente al acoso sexual en el trabajo. También han sido adoptadas varias Resoluciones del Consejo de Ministros y del Parlamento Europeo, aparte, claro está, de su reconocimiento en la

Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

Resulta asimismo necesario resaltar el esencial papel de la jurisprudencia comunitaria en la elaboración y perfilamiento del concepto de discriminación; el cuantioso número de sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) sobre interpretación y aplicación de las normas comunitarias referentes a la igualdad de trato, ha servido además para hacer avanzar la Política Social Comunitaria en otras materias tales como la integración de los Derechos Fundamentales en el conjunto normativo comunitario o, incluso, para perfilar principios de derecho comunitario tan importantes como el posible “efecto directo horizontal y vertical” de las Directivas.

El objetivo de esta parte del trabajo es realizar una recopilación crítica de la normativa comunitaria en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CEE en los últimos cuatro años, es decir, de 1994 a 1998. La selección de la fecha de comienzo del análisis, se debe a que otras publicaciones anteriores cerradas precisamente en 1994, han asumido este mismo objetivo de facilitar a los operadores jurídicos los instrumentos normativos y jurisprudenciales adecuados para el conocimiento y la aplicación de las normas sobre igualdad y su interpretación⁽¹⁾.

Esta actualización parecía necesaria ya que en los últimos años se ha experimentado un importante avance en la creación normativa: han sido adoptadas cuatro nuevas Directivas comunitarias en la materia y a través del Tratado de Amsterdam se ha dado una nueva redacción al Art.119 del Tratado Constitutivo de la CE que ahora pasa a numerarse como Art.141.

También ha continuado a buen ritmo la labor del TJCEE: han sido adoptadas treinta y ocho nuevas sentencias de cuya doctrina cabe rese-

1. Me refiero a la titulada “*Igualdad de trato entre mujeres y hombres en la jurisprudencia Europea*” (Coord. Alvarez Durante y Hevia Ruiz); Dirección General de la Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, Tomo I que recopila la normativa y la jurisprudencia adoptadas hasta el 1 de enero de 1993 y Tomo II que realiza la misma función para los años 1993 y 1994.

ñar que por primera vez se realiza referencia jurisprudencial al concepto de “acción positiva” (Asuntos Kalanke y Marschall) y se utiliza como fundamento del fallo la D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad (Asuntos Boyle y Handels-og).

A este respecto conviene señalar que, indudablemente, el tema de la igualdad se plantea en el ámbito comunitario con aspectos cada vez mas complejos, no solamente respecto de la relación de trabajo o de la protección social, sino del propio funcionamiento de la sociedad; de buen o mal grado el derecho comunitario y el Tribunal de Justicia se han visto obligados a sobrepasar el criterio formal relacionado con el concepto “sexo” para abordar la dimensión de “género”, es decir, afrontar el tema de la distribución de las funciones y los roles sociales construida e impuesta a partir del criterio sexual⁽²⁾.

Como se puede comprobar la labor de la Corte se ha ralentizado algo en los últimos años y ello en razón de que ha debido pronunciarse sobre puntos particularmente delicados en materia de igualdad; probablemente el contexto de política económica del momento y sus objetivos centrales (instauración de la moneda única y reequilibrio presupuestario por ejemplo) han obligado al Tribunal a centrar su atención con frecuencia en asuntos relacionados con la igualdad y la prohibición de discriminación en los regímenes legales de la Seguridad Social que han sido analizados bajo el prisma de “la política social”.

La recopilación normativa y jurisprudencial, irá precedida de una introducción que tiene por objetivo recordar el significado de los conceptos mas importantes relacionados con la igualdad de trato y oportunidades (concepto de discriminación directa abierta y oculta, discriminación indirecta y acción positiva) y de una exposición de la doctrina mantenida por el TJCEE respecto de los diferentes aspectos del principio de igualdad de trato (igualdad retributiva, igualdad en las condiciones de trabajo y en la protección social).

2. Ver Jacqmain, J. “*Egalité entre travailleurs féminins et masculins*”, Journal des Tribunaux. Droit Européen. N° 47 Marzo 1998, págs. 49 ss.

Finalmente se realizará una exposición crítica de los cambios o novedades experimentados en la doctrina jurisprudencial del TJCEE en los años 1994 a 1998 que facilite una comprensión mas profunda del significado de las sentencias recopiladas como anexo.

La segunda parte tendrá por objetivo el análisis y recopilación de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en estas mismas materias durante el mismo periodo de tiempo. La selección del periodo temporal responde a las mismas razones que señalamos al respecto de la primera parte: proseguir con la labor realizada por otros recopiladores⁽³⁾ añadiendo un faceta crítica que trata de analizar en qué medida la doctrina reflejada en las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en los últimos años, se adecua y recoge la establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los mismos aspectos (igualdad retributiva, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo y protección social).

3 Ver Puyol Montero, F.J. y De Lorenzo Serrano, M.E., "*La mujer en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Tomo I 1981-1988, Tomo II 1989-1993. Madrid 1993.

2. CARACTERES GENERALES DEL CONCEPTO COMUNITARIO DE DISCRIMINACION.

El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón del sexo, constituyen “**derechos fundamentales**”, que han sido objeto de una importante labor tanto normativa como jurisprudencial en el ámbito comunitario, y cuyas importantes implicaciones tanto jurídicas como económicas resultan indudables.

La elaboración y perfilamiento del concepto de discriminación producido mediante la normativa y la jurisprudencia internacionales y especialmente la comunitaria, que a su vez, ha importado experiencias nacionales muy avanzadas en materia de tutela antidiscriminatoria como la estadounidense, ha aportado a su vez normas, criterios interpretativos y pautas de comportamiento a otros países para los cuales, en muchos casos, han resultado y aún resultan absolutamente 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 sexo 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 esta posibilidad, 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.

Desde el primer momento resultan pues indudables las **implicaciones económicas de la prohibición de discriminación por razón de sexo** en el ámbito de las relaciones laborales.

Otra característica del concepto comunitario de discriminación a resaltar es su **dinamicidad**; su proceso de elaboración y consolidación, ha sido lento tanto en derecho comunitario, como en los ordenamientos de los países integrantes de la Comunidad Europea y aún no está en absoluto acabado.

El rasgo esencial de dicho proceso es que, vinculado en su origen al principio de igualdad formal, el concepto de discriminación ha conseguido una sustantividad propia, con un significado mucho más cercano al principio de igualdad substancial o real; en otras palabras, el derecho comunitario en esta materia está pasando de garantizar -aun con reticencias- LA PARIDAD DE TRATO A PERSEGUIR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

De otro lado, 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**. Actualmente, la discriminación se perfila como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada en un momento dado y en una determinada sociedad, que incide negativamente sobre la situación social de determinados colectivos de sujetos, caracterizados sea por razones derivadas de opciones legítimas de todo ser humano, sea por concurrir en ellos rasgos inseparables de la persona, sobre cuya permanencia esta no tiene apenas posibilidad de elección; la discriminación por razón de sexo, como de raza u origen social, se encontrarían incluidas dentro de este segundo grupo.

En la prohibición de discriminación existe algo más que una mera prohibición de trato desigual; en ella 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 fundamentales. Existe además, el objetivo de evitar que esa situación se perpetue 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; 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 la ausencia o inadecuado nivel de formación y educación generalizada de los integrantes del colectivo discriminado, la infravaloración de su trabajo y su función social, incluso en la puesta en tela de juicio de su derecho a la integridad física, en definitiva, en la obstaculización a su pleno desarrollo como ciudadanos.

La discriminación constituye pues 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 absolutamente 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 sexo, se manifiesta en conductas o actos determinados. Precisamente porque,

hasta tiempos muy recientes, la tutela antidiscriminatoria era predominante y casi exclusivamente de tipo judicial -la acción positiva, cuyo objetivo es la consecución de la igualdad de oportunidades, y que se configura como la modalidad de tutela antidiscriminatoria mas adecuada para luchar contra la situación de discriminación, no ha sido admitida como compatible con el principio de igualdad formal hasta momentos relativamente recientes como veremos- se ha prestado especial atención al “acto”, “norma” o conducta discriminadora, a su morfología y sus clases.

La doctrina no es pacífica en lo referente a la tipología de estas conductas; la actualmente dominante en los países de nuestro 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** aquellos actos u omisiones que, produciendo un resultado perjudicial, tienen como condicionante último y dominante la atención al factor discriminatorio que se trata de erradicar por la norma, en nuestro caso el sexo. El factor ilegítimo se constituye en causa condicionante del tratamiento peyorativo (que no necesariamente debe traducirse en un beneficio paralelo para los no discriminados) y eso facilita su declaración de ilegitimidad.

Sin embargo, no siempre la utilización del factor prohibido es formalmente perceptible con un examen superficial, lo que constituiría un supuesto de “**discriminación directa abierta**” cada vez menos frecuente. Existe una indudable tendencia a encubrir la trascendencia del factor diferencial real, bajo otras instituciones que quiten relevancia aparente a dicho factor; en estos casos, el factor determinante del tratamiento peyorativo sigue siendo uno de los prohibidos, en nuestro caso el sexo, 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 sexo, al menos de forma predominante, 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 sexo, 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 neutral, 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 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.

Al ser imposible evitar que unas conductas impacten de forma diferente sobre unos sujetos y sobre otros (el impacto desigual del Derecho es

consecuencia de la propia diversidad social), el carácter discriminatorio o no de una determinada medida que impacta de forma desfavorable sobre, en nuestro caso, el colectivo femenino, debe medirse en función de la **proporcionalidad** de este 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 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, depende del **juicio de "razonabilidad"** que ha de ser realizado por la autoridad competente, normalmente los Tribunales que de esta manera invaden poderes o competencias en apariencia legítimos lo que ha originado una cierta reticencia judicial a entrar a conocer de las discriminaciones de tipo indirecto, una recepción tardía de este concepto en los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad y un nivel de aplicación insatisfactorio de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria en estos casos.

Es de reseñar al hilo de lo expuesto hasta el momento, que, el concepto de discriminación, es, en la actualidad, el de 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**, cuya configuración como tal no ha resultado en absoluto fácil pero que deriva claramente de textos internacionales previos a la normativa comunitaria en la materia como el Convenio N°. 111 de la OIT, cuyo Art.1 define la discriminación como *"cualquier distinción, exclusión o preferencia, basados en motivos como ...el sexo...que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación"* siendo pues el resultado de exclusión de la igualdad de oportunidades el único elemento conceptualmente determinante.

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.

La Comisión de las Comunidades pone de manifiesto que existe definición explícita del concepto de “discriminación indirecta” en Irlanda, Italia y el Reino Unido mientras que en Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Países Bajos y Suecia, el concepto aparece ligado a otras causas de discriminación como el estado civil, y en Alemania, Francia, España, Luxemburgo, Austria y Portugal el término “discriminación indirecta” no figura en tanto que tal en los textos legislativos.

LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL EMPLEO Y LA ESENCIAL FUNCION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA C.E.

El Art.119 del Tratado de Roma, precepto que, como señalamos, sirve de fundamento para la posterior labor legislativa y jurisprudencial en materia de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario, forma parte, como principio de política social, del 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 tra-

bajadores a que aspira el Art.117 del TR, 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 de política social recogido en el citado Art.117.

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:

- la D/75/117/CEE de 10 de febrero de 1975 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos,
- la D/76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación, promoción profesionales y condiciones de trabajo,
- la D/79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de la Seguridad Social.

A partir de 1980 y en desarrollo de los sucesivos Programas Comunitarios de promoción de la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, se adoptan

- la D/86/378/CEE de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social (que ha sido recientemente modificada por la Directiva 96/97 de 20 de diciembre de 1996 como resultado de la S.T.J.CEE recaída en el Asunto Barber 262/88 S. 17-5-1990)
- la 86/613 de 11 de diciembre de 1986 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

En aplicación del Tercer Programa 1991-1995 (Resolución del Consejo de 21-Mayo-1991, 91/C/142/01) se adoptó el 19 de octubre de 1992 la Directiva 92/85 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

Más recientemente y haciendo uso del procedimiento de creación normativa regulado en los Arts. 3 y 4 del Acuerdo Social Anexo al Tratado de Maastricht, se adopta la Directiva 96/34 de 3 de junio de 1996 concerniente al acuerdo marco sobre excedencias parentales concluido entre la UNICE, la CEP y la CES.

En el mes de diciembre de 1997 han sido por fin adoptadas

- la D/97/80/CEE sobre modificación de la carga de la prueba en los procesos de tutela antidiscriminatoria (cuyo Art.2 define el concepto de "discriminación indirecta" como hemos señalado)
- la D/97/81/CEE sobre trabajo a tiempo parcial cuyo objetivo es garantizar un tratamiento no discriminatorio de este tipo de trabajo atípico, absolutamente feminizado en Europa.

Finalmente el Tratado de Amsterdam, realiza una modificación importante en la redacción del Art.119 del TR que cambia de numeración pasando a constituir el Art.141. Sin duda la redacción del nuevo Art.141 significa un avance considerable respecto del anterior Art.119 TR por varias razones.

En primer lugar, porque recoge, de una manera más clara **la compatibilidad general de la acción positiva con el principio de no discriminación por razón de sexo.**

En segundo lugar porque, acogiendo doctrina reiterada por el TJCEE, establece el principio de igualdad de retribuciones en todo su alcance, como referido no solo a trabajos iguales sino también a trabajos de igual valor.

En tercer lugar, porque facilita la adopción de normas de derecho deri-

vado en esta materia a través del procedimiento legislativo de codecisión con el Parlamento (Art.189.B).

Como ya señalamos, además el acervo comunitario en materia de igualdad de trato, está integrado por una serie de Recomendaciones y Resoluciones tanto de la Comisión como del Consejo y del Parlamento Europeos, cuyo objetivo esencial es hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades.

Sobre este conjunto normativo, el TJCEE ha elaborado un importante cuerpo de doctrina; 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.

La jurisprudencia del TJCEE ha experimentado una evolución que corre paralela al propio desarrollo de la normativa comunitaria y que puede dividirse en una serie de etapas; **la primera que abarca básicamente hasta finales de la década de los 70** y en cuyo transcurso apenas si existen casos remarcables a parte del primer Asunto Defrenne 80/70 S.de 25- 5-1971, respecto del que resulta importante reseñar la forma en que el propio Tribunal de Justicia enfoca su función, que se limita a aplicar el compromiso internacional diseñado en el Tratado de Roma como parte de la Política Social en la que la nota de subsidiariedad resulta dominante.

La situación es claramente distinta cuando el Tribunal de Justicia analiza el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres en conflictos planteados por sus propios funcionarios, ámbito en el que el Tratado de Roma es interpretado por el Tribunal con una significación mas amplia que le permite ir enunciando una noción de igualdad en la que se pueden detectar las pautas teóricas de las etapas posteriores de su evolución (Asuntos Bertoni 20/71 S. de 7-6-1972; Bauduin 32/71 S. de 7-6-1972; Airola 21/74 S. de 20-2-1975).

La **segunda etapa** que la doctrina denomina de "activismo judicial" y

que comienza con la **segunda Sentencia Defrenne A.43/75 S de 8-4-1976**, está marcada por el hecho de que en ella se apuntan criterios interpretativos y actitudes judiciales que marcan de forma definitiva la posterior actuación del Tribunal de Justicia en el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con el Art.119 del Tratado de Roma -a tener en cuenta que, dada la fecha de la Sentencia, las directivas sobre igualdad de trato acababan de ser adoptadas- precisamente por ello merece la pena detenerse a analizar los aspectos esenciales de la doctrina sentada en el fallo.

En primer lugar la Sentencia **afirma sin duda alguna el efecto vinculante directo del Art.119 del TR**, lo que significa el reconocimiento de la inmediata aplicabilidad de este sin depender de intermediaciones estatales; en otras palabras, el Tribunal señala la inmediata aplicabilidad del principio de igualdad de retribuciones aunque no exista norma interna de trasposición.

La argumentación de esta conclusión es asimismo de esencial importancia; el Tribunal de Justicia señala que el Art.119 cumple básicamente dos funciones: la primera, clásica y de connotaciones puramente económicas, sería la contención del “dumping social” y el apoyo a la transparencia de la competencia intracomunitaria; la segunda y más importante a estos efectos, absolutamente novedosa en su reconocimiento expreso, cumple una función “social”, constituye instrumento para cumplir “los objetivos sociales de la Comunidad que no se limita a una mera unión económica, sino que debe asumir, por la acción común, el progreso social y perseguir la constante mejora de las condiciones de vida y trabajo de los pueblos.... de esta doble finalidad económica y social resulta que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad. El “principio” de igualdad de remuneración se convierte así en elemento esencial de la estructura comunitaria, no disponible en modo alguno por los Estados miembros; posteriormente el Tribunal de Justicia **afirmará el carácter de este principio como propio y verdadero derecho fundamental** (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).

A partir de mediados de los 80, comienza la tercera etapa en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad de trato, caracterizada por una notoria profundización en la investigación sobre el alcance de la discriminación prohibida, que se ha traducido en la consolidación jurisprudencial del concepto de “discriminación indirecta”, en la ampliación progresiva del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato contenido en el Art.119 del Tratado y en la normativa derivada y en asegurar el cumplimiento por los Estados miembros de la normativa comunitaria, creando y obligando a los Estados miembros a la creación de un sistema de garantías suficiente desde la óptica del principio de tutela efectiva (TJCEE Asuntos Bilka 170/74 S. de 13-5-1986; Rinner-Kühn 171/88 S. de 13-7-1989; Kowalska 33/89 S. de 27-6-1990; Nimz 184/89 S. de 7-2-1991; Barber 262/88 S. de 17-5-1990).

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIONES.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIONES: ART.119 TRATADO DE ROMA, DIRECTIVA 75/117 RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS POR LO QUE SE REFIERE A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE LOS TRABAJADORES MASCULINOS Y FEMENINOS. ART.141 DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA CEE (TRATADO DE AMSTERDAM)

El principio de igualdad de retribuciones se recoge por primera vez en el Art.119 del Tratado de Roma, que señala

"Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas directa o indirectamente en dinero o en especie por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución por razón de sexo significa:

a) que la retribución establecida para el mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada, se fija sobre la base de la misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo, es igual para un mismo puesto de trabajo".

Como señalamos anteriormente, es de notar en este precepto su vinculación al principio de igualdad formal que se manifiesta especialmente en lo restrictivo de su ámbito de aplicación; la literalidad del precepto reduce la aplicabilidad del principio de igualdad de retribución a los supuestos en que hombres y mujeres desarrollen el mismo trabajo lo que, en

otras palabras, significa prohibir exclusivamente la discriminación directa abierta, evidentemente contraria al principio de igualdad formal.

La Directiva 75/117 significa un importante avance a este respecto; basada en el Art.100 por considerarse expresamente que "la realización del principio de igualdad de retribuciónforma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común", en su Art.1 señala que

"El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el Art.119 del Tratado de Roma y que en lo sucesivo se denominará principio de igualdad de retribución, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya el mismo valor, la eliminación en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo".

A primera vista resulta evidente que la Directiva, no se limita a desarrollar el Art.119 sino que amplía su contenido y alcance ya que, al hacer referencia al "trabajo de igual valor" -y no solo al "mismo trabajo"- como acreedor del mismo salario, está reconociendo implícitamente la prohibición de discriminación indirecta en materia salarial que, como veremos, se instrumentaliza generalmente mediante una valoración discriminatoria de los puestos de trabajo.

Finalmente el Art.141 del T.C. CEE (Tratado de Amsterdam) señala

1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Precisamente en torno al concepto de “trabajo de igual valor” y del de “retribución”, se han centrado los problemas de interpretación de las normas comunitarias sustanciados ante el T.J.CCEE.

3.1 CONCEPTO COMUNITARIO DE “RETRIBUCIÓN”: LA DIRECTIVA 86/378 (MODIFICADA POR (D.96/97/CEE DE 20-12-1996) RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LOS REGÍMENES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL; EL PROTOCOLO II AL TRATADO DE MAASTRICHT.

El Tribunal de Justicia CEE ha ido ampliando gradualmente el contenido de la definición de “retribución” recogido en el Art.119 del Tratado de Roma y en Art.1 de la Directiva 75/117, por ejemplo, ha entendido incluidos dentro del concepto, determinados beneficios en materia de transporte acordados por el empleador, sin estar ni legal ni convencionalmente obligado a ello, en favor de antiguos empleados una vez jubilados

(Asunto Garland 12/81 S. de 9-2-1982).

También se debe considerar como tal a efectos de la aplicación del Art.119 del Tratado de Roma, la indemnización complementaria para los trabajadores que son despedidos a una determinada edad (S.17-2-1993 Comisión v. Bélgica A.173/91).

En el importantísimo Asunto Barber (262/88 S.17-mayo-1990) la Corte determinó que todo tipo de indemnización garantizada a los trabajadores por causa de su despido, debe ser considerada como “retribución” y el hecho de que deba ser pagada tras la terminación del contrato, no obstaculiza dicha calificación ni tampoco la impide el hecho de que una parte de ella o en su totalidad, deba pagarse en virtud de previsiones legales.

Más importante aún en dicho fallo (Barber) resulta la afirmación de que las prestaciones realizadas en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social financiado exclusivamente mediante contribución de los empleadores - o eventualmente con participación de los trabajadores-, es decir, sin participación estatal y a cuya percepción se tiene derecho en función de la relación de trabajo, deben ser consideradas “retribución” a efectos del Art.119 del T.R., no resultando relevante que la prestación deba ser formalmente pagada por un fondo independiente y no por el empleador directamente, de tal manera que, resulta discriminatorio y por tanto contraviene el Art.119 del T.R., un régimen profesional de seguridad social, que reconoce el derecho a una prestación en condiciones diferentes a hombres y mujeres.

Las implicaciones económicas de esta decisión de la Corte Comunitaria en algunos Estados miembros, si se le hubieran reconocido efectos retroactivos ilimitados, parece ser la razón que ha obligado a la adopción del difícilmente comprensible Protocolo n.2 al Art.119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que señala

“A los fines de aplicación del Art.119, las prestaciones pagadas en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los periodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990 excepto en el caso de los trabajadores o sus

derechohabientes, que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el derecho nacional de aplicación”.

Por lo que se refiere a la protección social complementaria, regulada en la Directiva 86/378 es absolutamente necesario tener en cuenta que la doctrina sentada en el A.Barber que ha sido seguida por una gran cantidad de sentencias denominadas “post Barber”, ha sido recogida como fundamento de la Directiva 96/97 de 20-12-1996 que modifica la anteriormente citada.

Como hemos señalado, esta Directiva se contempla como una concreción en el ámbito de la protección social del principio de igualdad de retribuciones contenido en el Art.119 del Tratado de Roma (en el Asunto Barber citado, el Tribunal de Justicia reconoció que, todas las formas de pensión profesional, constituyen un elemento de la remuneración en el sentido del Art.119 del Tratado de Roma)

Tiene por objetivo (Art.1) conseguir la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social, entendiéndose en su Art.2 por tales a “los no regidos por la Directiva 79/7 y que tienen por objeto ofrecer a los trabajadores asalariados o independientes, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional, prestaciones destinadas a completar las ofrecidas por los regímenes legales de Seguridad Social o a sustituirlas, sea facultativa u obligatoria la afiliación a dichos regímenes”.

En su Art.6 la Directiva establece un listado ejemplificativo de disposiciones reguladoras de este tipo de regímenes, contrarias al principio de igualdad de trato y por tanto directa o indirectamente discriminatorias; entre ellas lista las siguientes: a) definir las personas admitidas a participar en un régimen profesional en función de su sexo; b) fijar el carácter obligatorio o facultativo de la participación en el mismo en función del sexo; c) establecer edades diferentes en lo que concierne a la edad de entrada en el régimen o a la duración mínima del empleo o la afiliación al régimen para la obtención de prestaciones en

función del sexo; d) establecer reglas diferentes en función del sexo sobre reembolso de las cotizaciones cuando el trabajador abandona el régimen sin haber cumplido las obligaciones que le garantizan el derecho a prestaciones a largo plazo; e) fijar condiciones diferentes para la obtención de las prestaciones o reservarlas a los trabajadores de uno de los sexos; f) imponer edades diferentes de jubilación; g) interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante la suspensión por maternidad o la excedencia por razones familiares, legalmente o convencionalmente prescritos y remunerados por el empleador; h) fijar niveles diferentes para las prestaciones en función del sexo (salvo la excepción establecida con referencia a la utilización de factores actuariales); i) fijar niveles diferentes para las cotizaciones de los trabajadores o de los empleadores (salvo la excepción contenida en el propio precepto y relacionada también con los factores actuariales); j) establecer normas diferentes o normas aplicables solo a los trabajadores de uno de los sexos, en lo referente a la garantía o el mantenimiento del derecho a prestaciones diferidas cuando el trabajador abandone el régimen.

En definitiva el ámbito objetivo de aplicación de esta Directiva es más amplio que el de la 79/7 ya que no excluye tipo alguno de prestación, tampoco por tanto las de supervivencia y ayuda familiar, incluyendo expresamente la prohibición de establecer en estos regímenes edades diferentes de jubilación.

Respecto de este nivel de protección social, el Tribunal mantiene la doctrina sentada en materia de definición del concepto de las prestaciones complementarias como elemento retributivo, por ejemplo señala que constituyen "retribución" y por tanto, recaen en el ámbito de aplicación del Art.119 del TR, una prestación de supervivencia que tiene su origen en un Plan de Pensiones de Empresa (A. Ten Oever 109/91 S.6-10-1993); las prestaciones pagadas por un Plan de pensiones de Empresa complementario del Régimen legal (A.110/91 Moroni S. 14-12-1993); las prestaciones pagadas con arreglo a un Plan de Pensiones de funcionarios y otros empleados del sector público cuando el trabajador deduzca de la relación de trabajo su derecho a las prestaciones (A. Beune 7/93 S. 28-9-1994); el derecho de afiliación a un régimen profesional de

jubilación también entra en el campo de aplicación del Art.119 del Tratado (A.435/93 Dietz S.24-10-1996).

3.2 EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA INDIRECTA.

También resulta importante su jurisprudencia sobre el concepto de “discriminación indirecta” en Asuntos como *Bilka* (A.170/84 S.13-5-1986) en la que se trata de una empresa de grandes almacenes que excluye a los trabajadores a tiempo parcial de un sistema de mejora de pensiones de la Seguridad Social; el TJCEE señala que este tipo de tratamiento viola la prohibición de discriminación retributiva contenida en el Art.119 del TR y la Directiva 75/117 porque afecta a un número mucho más elevado de mujeres, a menos que la empresa demuestre la existencia de factores objetivos y razonables que hagan ajeno este tratamiento a toda discriminación por razón de sexo, responde a una verdadera necesidad de la empresa y es idónea para obtener el resultado pretendido, es decir, es proporcional y adecuada a la consecución del mismo. En este mismo sentido se manifiesta en los *A.Rinner-Khün* (171/88 S.13-7-1989) y *Kowalska* (33/89 S. de 27-6-1990); el primero se trataba sobre la posibilidad que reconocía la legislación alemana a los empresarios, de excluir a los trabajadores a tiempo parcial de una medida de protección social consistente en el mantenimiento de la totalidad del salario durante los días de baja por Incapacidad temporal; este tratamiento diferenciado se consideró incompatible con el Art.119 del Tratado de Roma y con la Directiva 75/117/CEE. En el Asunto *Kowalska* el Tribunal señala que el Art.119 del TR debe interpretarse en el sentido de que prohíbe que un convenio colectivo pactado para los servicios públicos nacionales, permita al empresario excluir del pago de una indemnización por extinción de la relación laboral a los trabajadores a tiempo parcial.

3.3 EL “TRABAJO DE IGUAL VALOR” EN EL DERECHO COMUNITARIO: EL MEMORANDUM Y EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMUNITARIOS SOBRE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR.

En el específico ámbito del principio de igualdad de retribución, la prohibición de discriminación indirecta implica la obligación del

empleador de pagar el mismo salario, no solo por el mismo trabajo, sino por un trabajo de igual valor.

La Comisión Europea en su III Programa a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 1991-1995 (NOW), pone de manifiesto que se siguen apreciando graves dificultades en la introducción de ambos conceptos -discriminación indirecta e igual valor del trabajo- en los ordenamientos y la práctica de los Estados miembros de la Comunidad y se compromete a esclarecer estas complejas nociones mediante la elaboración de un Memorandum en el que se defina la significación de ambos principios y se propongan orientaciones sobre los criterios que habrán de tenerse en cuenta en materia de evaluación de los puestos de trabajo y de las clasificaciones profesionales, previa realización de un estudio sobre las características de los diferentes sistemas de remuneración y sus repercusiones en las diferencias salariales entre hombres y mujeres.

El 23-junio-1994 fue presentado el **“Memorandum de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre igual retribución para un trabajo de igual valor”** (COM (94) 6 Final) y el 17-7-1996 fue presentada una Comunicación de la Comisión conteniendo un **“Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor”** (Bruselas 17-7-1996 COM (96) 336 Final).

Ambos documentos (sin eficacia vinculante) tienen por objetivo ofrecer consejos prácticos a los empleadores y los interlocutores sociales para facilitar su labor de implementación del principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres en todos los elementos de la retribución.

Sin duda podría constituir al tiempo un buen punto de referencia para Jueces y Tribunales en el momento de decidir en los litigios que les sean planteados sobre la existencia de discriminación salarial, lo que indirectamente pone de manifiesto el propio Memorandum.

Así pues, el único punto de referencia con eficacia vinculante para detectar la existencia de “trabajos de igual valor” respecto de los cuales el

principio de igualdad salarial exige se remuneren igualmente, sigue siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CCEE.

Por lo que se refiere a las obligaciones que para los Estados miembros derivan de este principio, la Corte ha señalado (S.T.J.CCEE, 30-Enero-1985 Asunto 143/83 Comisión v. Dinamarca Rec.1985 pag.427) que “..un Estado miembro incumple sus obligaciones derivadas del Art.1 de la Directiva 75/117, cuando omite extender expresamente el principio de igualdad de remuneraciones a los trabajos de igual valor”.

Respecto de la necesidad de utilizar criterios no discriminatorios en la valoración de los puestos de trabajo, el Tribunal se ha pronunciado básicamente en dos casos, el Asunto Rummler (S.1-Julio-1986 A. 237/85) y el Danfoss (S. 17-10-1989 A.109/88); en el primero el Tribunal señala que “..se deduce de la Directiva,

- a) que los criterios que condicionan la clasificación en diferentes niveles de remuneración, deben asegurar la misma remuneración por el mismo trabajo objetivamente considerado sea desarrollado por un trabajador masculino o femenino;
- b) que el hecho de basarse sobre valores correspondientes a características medias de los trabajadores de un solo sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo, ocasiona una fatiga o es físicamente penoso, constituye discriminación fundada en el sexo prohibida por la Directiva;
- c) que en todo caso, para que un sistema de clasificación profesional no resulte discriminatorio en su conjunto, debe tomar en consideración en la medida en que la naturaleza de las tareas a cumplir en la empresa lo permitan, criterios para los cuales los trabajadores de cada sexo son susceptibles de presentar aptitudes particulares..-de tal manera que- la Directiva 75/117 ...no se opone a que, un sistema de clasificación profesional utilice para determinar el nivel de remuneración el criterio del esfuerzo o la fatiga muscular o el grado de penosidad física del trabajo, si, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones, el trabajo a desarrollar exige efectiva-

mente una cierta utilización de fuerza física, a condición de que mediante la toma en consideración de otros criterios, se llegue al resultado de excluir en su conjunto, toda discriminación fundada en el sexo”.

En la argumentación del fallo, el Tribunal hace notar que la no adopción de criterios de riesgo correspondientes a puestos de trabajo considerados tradicionalmente femeninos (como la atención, la velocidad, la precisión etc.) implica, ciertamente, un perjuicio para las trabajadoras, haciendo que en su conjunto, el sistema que base su valoración en el tipo de características medias, presumibles mayoritariamente en trabajadores masculinos, se haga indirectamente discriminatorio.

Por lo que se refiere al Asunto Danfoss 109/88 la Corte señala que “cuando se pone de manifiesto que la aplicación de criterios que determinan una mayor retribución, tales como el sentido de la responsabilidad, la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad del trabajador, perjudica sistemáticamente a los trabajadores femeninos -y se entiende que los perjudica cuando el trabajador femenino está en condiciones de demostrar, en relación con un número relativamente alto de asalariados, que la remuneración media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los masculinos- el empresario:

- a) no puede justificar la aplicación del criterio “sentido de la responsabilidad”;
- b) el empresario puede justificar la aplicación del criterio de “flexibilidad” si se concibe como referente a la adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, acreditando que esta adaptabilidad tiene importancia para el cumplimiento de las tareas específicas que se confían al trabajador, pero no si se concibe que tal criterio cubre la calidad del trabajo desempeñado por el trabajador (en otros términos, el empleador debe demostrar que la utilización de este criterio tiene una justificación objetiva);
- c) el empleador puede justificar la aplicación del criterio “formación profesional”, acreditando que, esta formación, tiene importancia

para el desempeño de las tareas específicas que se encomiendan al trabajador;

d) el empleador no debe justificar especialmente la aplicación del criterio de antigüedad”.

3.4 EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCEE EN LOS AÑOS 1994 A 1998.

3.4.1 AMBITO DE APLICACIÓN.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la normativa comunitaria en materia de igualdad retributiva, ha sido adoptada por el TJCEE una sentencia a la que los medios de comunicación han prestado una especial atención; en el fondo se trataba de saber si la prohibición de discriminación por razón de sexo, cubría también supuestos de discriminación por razón de “orientación sexual”. En concreto se preguntaba al Tribunal si resultaba contrario a los Art.119 del TR y D/75/117/CEE, denegar a un empleado -en este caso empleada- determinadas ventajas retributivas en favor de un compañero del mismo sexo con el que convive sin estar casado, cuando tales reducciones se conceden en favor de los cónyuges de los empleados de la misma categoría o de sus compañeros del otro sexo con los que conviven sin estar casados.

En al A. Grant 249/96 S.17-febrero-1998, el Tribunal señala que en su situación actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual; no obstante añade que el Tratado de Amsterdam, tras su entrada en vigor, permitirá al Consejo en determinadas circunstancias y mediante un determinado procedimiento, la adopción de las medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación, entre ellas la basada en la orientación sexual.

3.4.2 CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA INDIRECTA.

Dos casos alemanes se han planteado en esta materia objeto de debate continuo ante el TJCEE (A. Lewark 457/93 S. 6-febrero-1996 y Freers y Speckman 278/93 S. 7-marzo-1996). El supuesto de hecho en los dos

casos es el mismo: se trata de la indemnización que el empleador debe pagar a los trabajadores a tiempo parcial, miembros del comité de empresa, que siguen un curso de formación destinado a facilitarles el ejercicio de su función.

Precedentemente el TJCEE había adoptado una clara postura en el A. Bötel (360/90 S.4-junio-1992) en el que señaló que es incompatible con la D/75/117 por constituir un supuesto de discriminación indirecta en razón de sexo, una previsión normativa que establece que el empleador debe pagar a los trabajadores que participan en cursos de formación la retribución de los días de trabajo perdidos, cuando ello significa que los trabajadores a tiempo parcial no reciben ninguna retribución por los días de formación correspondientes a jornadas durante las cuales no deben prestar servicio, ya que ello afecta perjudicialmente en mayor medida a las mujeres ya que pertenecen al sexo femenino la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial, a menos que esta interpretación o legislación se justifique por razones o factores extraños al sexo; había considerado que las horas de formación que se situaban fuera del horario individual de trabajo, imponían a las trabajadoras/es a tiempo parcial un esfuerzo que era preciso indemnizar, ya que en caso contrario se cometería una discriminación.

En los supuestos contemplados en 1996 el gobierno alemán alegaba en sus observaciones que su legislación perseguía un objetivo que la Corte no había tenido en cuenta en el A. Bötel: asegurar la independencia de los trabajadores miembros de los comités de empresa no remunerándoles, sino indemnizando solamente por la pérdida de remuneración debida al ejercicio de funciones ligadas a su mandato. El gobierno alemán discutía además que dicha indemnización respondiese al concepto de remuneración establecido en el Art.119 del TR y por tanto recayese en su ámbito de aplicación.

En el A. Lewark (457/93 S. 6-febrero-1996) el Tribunal confirma que esta indemnización constituye una remuneración en el sentido del Art.119 del TR. y rechazando la justificación presentada por el gobierno alemán, señala que existe discriminación indirecta cuando los trabajadores a tiempo parcial no son indemnizados por las horas de forma-

ción que sobrepasan el horario contratado individualmente, a menos que la legislación nacional que produce esta consecuencia persiga un objetivo de política social justificado y sea apto y necesario para conseguirlo, añadiendo que corresponde a la jurisdicción nacional verificar este extremo.

A la vista de esta conclusión cabría señalar que, al parecer, el concepto de “política social” asume un significado cada vez mas amplio y se aproxima el momento en que hará falta decidir si el principio de igualdad entre los sexos conserva algún tipo de prioridad en relación con los tantas veces mentados en la jurisprudencia del TJCEE objetivos de política social⁽⁴⁾.

Sobre la misma materia referente a la discriminación indirecta, operada mediante un tratamiento retributivo desfavorable y carente de justificación suficiente de los trabajadores a tiempo parcial, se ha pronunciado el Tribunal en el *A. Hill y Stapleton* 243/95 S. 17-junio-1998.

En su sentencia señala que el Art.119 y la D/75/117/CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en una situación en la que un porcentaje mucho mayor de trabajadores femeninos desempeña un empleo de jornada compartida, una normativa establezca que cuando estos trabajadores acceden a un trabajo a tiempo completo, se les atribuya un nivel retributivo correspondiente a personal a tiempo completo inferior al que venían disfrutando cuando trabajaban a tiempo parcial, debido a que el empleador aplica el criterio de antigüedad calculándolo en términos de tiempo efectivamente trabajado, a menos que dicha normativa esté justificada por criterios objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Respecto de dicha justificación en Tribunal entiende que no es suficiente la alegada en este caso, y que hacia referencia a motivos económicos, en concreto, señala que “debe recordarse que un empleador no puede justificar una discriminación en el único motivo de que la eliminación

4. Ver Jacquain, J. op. cit. pág. 51.

de la misma implica un aumento de sus costes"; tampoco resulta suficiente la alegación de que la forma de contabilización de la antigüedad a efectos de promoción en las escalas salariales perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial, constituye "una práctica habitual en la administración pública".

3.4.3 CONCEPTO DE RETRIBUCIÓN

En los años que analizamos, tras los esfuerzos que la Corte había realizado en los años precedentes respecto de la determinación del significado del concepto "retribución", relacionado con los "régimenes profesionales de seguridad social", el número de cuestiones prejudiciales planteado en esta materia ha descendido notablemente.

En los asuntos Vroege A.97/93 y Fischer A.128/93, Ss. de 28-setiembre-1994, y Dietz A.435/93 de 24-octubre-1996, el TJCEE señala que

- una prestación correspondiente a un régimen profesional de seguridad social, recae en el ámbito de aplicación del Art.119 del Tratado de Roma, cualquiera que sean sus peculiaridades;
- el límite de los efectos en el tiempo impuesto por la sentencia Barber no afecta al derecho a afiliarse a un régimen de este tipo ni al de percibir una pensión a cargo de este, para una trabajadora que ha sido ilícitamente excluida del mismo;
- este derecho no dispensa a las interesadas de abonar las cotizaciones debidas al periodo de afiliación en litigio;
- el Art.119 es directamente invocable ante los administradores de régimen de seguridad social en litigio además de contra el empleador;
- las reglas de prescripción de la acción son oponibles a la recurrente siempre que ello no conduzca a que un recurso planteado sobre aplicación del derecho comunitario, sea tratado mas desfavorablemente que una acción derivada del derecho interno o a que el derecho se haga inoperante.

Un razonamiento y un fallo idéntico se presenta en el Asunto Magorrian y Cunningham 246/96 de 11-diciembre-1997.

Estos fallos se apartan, al menos parcialmente de algunos inmediatamente anteriores (A. Steenhorst-Neerings 338/91 S. 27-octubre-1993 y A. Jhonson II 410/92 S. 6-diciembre-1994) pero parece reiterar la doctrina sentada en A. Emmott 208(90 S. 18-julio-1991. La doctrina europea espera que “en estos últimos fallos, la Corte haya adoptado una postura definitiva al respecto”⁵).

Es de resaltar que por primera vez una jurisdicción griega ha planteado ante la Corte una cuestión prejudicial en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el A. Evrenopoulos; se trataba de una discriminación directa en un sistema de pensiones de empresa y en particular respecto de la regulación en este de la prestación de supervivencia; en su fallo (A. Evrenopoulos 147/95 S.17-abril-1997) el Tribunal sigue la doctrina sentada en el Asunto Beune 7/93 S. 28-setiembre-1994 y en Coloroll 200/91 S.28-setiembre-1994, en el sentido de señalar que el hecho de que la obtención de las prestaciones, derive de la relación entre la demandante y su empleador, de tal manera que no tendría derecho a ella si trabajase para otro, constituye el elemento determinante para decidir que esta prestación recae en el ámbito de aplicación del Art.119 del Tratado.

3.4.4.- CONCEPTO DE TRABAJO DE IGUAL VALOR.

El concepto de trabajo de igual valor en relación con el trabajo a destajo, apenas había sido objeto de discusión ante el TJCEE; un problema complejo relacionado con este materia ha sido planteado en el A. Royal Conpehagen 400/93 S. 31-mayo-1995 lo cual ha dado oportunidad al Tribunal la ocasión de profundizar en esta materia. En su fallo señala que la igualdad de retribuciones ha de ser asegurada tanto en un sistema de salario a tiempo como en un sistema de salario a destajo, en el que se tome en consideración especialmente el rendimiento obtenido individualmente por cada trabajador o trabajadora.

5. Ver Jacqmain, J. op. cit. pág. 50.

La simple constatación de una diferencia entre la remuneración media de un grupo de trabajadores compuesto sobre todo por hombres y la de otro compuesto esencialmente por mujeres, incluso cuando se haya reconocido que ambos realizan trabajos de igual valor, no es suficiente para que se concluya en la existencia de discriminación; sin embargo subraya que si el sistema de evaluación aplicado por el empleador, no permite entender qué criterio justifica esta diferencia -no es trasparente en los términos de las sentencias Danfoss y Enderby-, deberá recaer sobre este la carga de la prueba de ausencia de discriminación.

Seguidamente la Corte recomienda a la jurisdicción nacional encargada de proceder a la comparación de las remuneraciones medias de los dos grupos, tener en cuenta que los grupos en comparación sean “significativos” -por lo que respecta al número de trabajadores/as afectados-.

En concreto por lo que se refiere al concepto de trabajo de valor igual, el Tribunal retoma las consideraciones realizadas en Rummler sobre la manera de comparar trabajos que se realizan con máquina y exigen fuerza muscular y trabajos que se realizan a mano y exigen destreza.

Finalmente la Corte repite una vez mas que el principio de igualdad se aplica incluso cuando el sistema salarial está regulado en un convenio colectivo y que debe reflejarse en todos los elementos de la retribución individualizadamente.

3.4.5 GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA.

Se ha presentado ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relacionada con las obligaciones derivadas de las normas comunitarias para los Estados miembros, de establecer en sus ordenamientos jurídicos garantías del principio de igualdad retributiva adecuadas y suficientes desde la óptica del principio de tutela judicial efectiva.

En ella se preguntaba a la Corte si resultaba compatible con el Derecho comunitario aplicar a una demanda cuyo objetivo es la obtención de una retribución igual por un trabajo igual, sin discriminación por razón de sexo, una norma de derecho nacional que limita el periodo de tiem-

po respecto al cual una demandante tiene derecho a percibir atrasos retributivos o una indemnización por violación del derecho a la igualdad de retribución, a los dos años anteriores a la fecha en que se inicia el procedimiento, cuando el órgano jurisdiccional no está facultado para ampliar dicho periodo de dos años, cualesquiera que sean las circunstancias, ni siquiera en el caso en que la demandante haya tardado en presentar la demanda porque el empleador le haya proporcionado deliberadamente información incorrecta sobre la retribución percibida por hombres que realizan un trabajo idéntico al suyo.

El Tribunal señala en A. Levez 326/96 S.1-diciembre-1998, que debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre y cuando dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia), ni haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos (principio de efectividad).

De ello se deduce que una norma nacional que limite el derecho de obtener atrasos retributivos a dos años anteriores a la interposición de un recurso, no es, en si misma, censurable siempre que cumpla con los principios señalados anteriormente.

Sin embargo, el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma de Derecho nacional que limite a dos años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento el periodo respecto al cual un trabajador puede reclamar atrasos retributivos o una indemnización por violación del principio de igualdad de retribución, que no puede ser ampliado, cuando el retraso en la presentación de la demanda se debe al hecho de que el empresario proporcionó deliberadamente a la persona interesada información incorrecta sobre la retribución percibida por trabajadores de sexo contrario que realizaban un trabajo idéntico al suyo -por violación del principio de eficacia-.

También se opone a la aplicación de una norma de las características descritas en el párrafo anterior, en el caso de que exista la posibilidad de ejercitar otra acción, si esta implica una regulación procesal o requisitos menos favorables que los correspondientes a recursos similares de naturaleza interna - por violación del principio de equivalencia-.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la norma procesal controvertida cumple o no los principios señalados.

4. IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA DE ACCESO AL EMPLEO, FORMACIÓN Y PROMOCIÓN PROFESIONALES Y EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO:

LA DIRECTIVA 76/207 DE 9-II-1976 RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL ACCESO AL EMPLEO, LA FORMACIÓN Y PROMOCIÓN PROFESIONALES Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

4.1 LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: LA “ACCIÓN PROTECTORA” (ART.2.2 D/76/207/CEE); LA “ACCIÓN POSITIVA” (ART.2.4 D/76/207/CEE Y ART.141.4 DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA CEE (TRATADO DE AMSTERDAM)).

Mediante la Directiva 76/207, la igualdad se perfila como derecho autónomo y principio básico del derecho comunitario. Es de destacar que, a falta de disposición alguna en el Tratado de Roma que específicamente reconozca el derecho a la igualdad de trato en materias diferentes de la salarial, esta Directiva toma como fundamento en Derecho Originario el Art.235 T.R. precepto que ha servido de base para el desarrollo de la Política Social Comunitaria.

La Directiva 76/207 recoge una noción de discriminación técnicamente avanzada en cuanto que hace referencia expresa tanto a la directa como a la indirecta (Art.2.1).

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 ellas 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".

Este precepto ha de ponerse en relación con el Art.3.2.c que, a su vez, 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".

Como hemos señalado, 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.

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; en este mismo sentido abunda la Corte en el A. Comisión v. Francia 318/86 S. 30-junio-1988.

La segunda excepción recogida en el Art.2 de la Directiva 76/207 es la referida a la protección de la maternidad, el nº.3 del Art.2 la Directiva

76/207 señala que

"la presente Directiva no obstará a la protección de la mujer, especialmente por lo que se refiere al embarazo y la maternidad".

Antes de la puesta en vigor de la D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad, el Tribunal europeo ha tenido también ocasión de manifestarse sobre la legitimidad de este tipo de medidas y su compatibilidad con el principio de igualdad de trato tal como venía recogido en la D/76/207/CEE; sobre sus decisiones en esta materia volveremos más tarde al analizar el contenido e interpretación de aquella Directiva.

La tercera excepción a que hace referencia el Art.2 de la Directiva 76/207 es la "acción positiva". El citado precepto señala que

"la presente Directiva no obstaculizará la adopción de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el nº.1 del Art.1".

Es mayoritariamente compartida y deriva de la normativa vigente a nivel tanto internacional como comunitario, la concepción de la "acción positiva" como el conjunto de medidas que tienen por finalidad eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres.

El de "discriminación positiva" (o "reverse discrimination" en terminología anglosajona), constituye un concepto íntimamente relacionado con el anterior, respecto del cual no existe una posición doctrinal mayoritaria; para una parte de la doctrina, es imposible la convivencia entre los términos "discriminación" y "positiva" ya que la primera se concibe como una situación o actuación caracterizada por su resultado desfavorable, lo que resulta contradictorio con la posibilidad que al tiempo pueda tener un significado de favorabilidad.

Para otra parte de la doctrina, la "discriminación positiva" constituye un instrumento de acción positiva especialmente incisivo, que consiste en

una medida diferenciadora encaminada a privilegiar a los integrantes de un colectivo tradicionalmente victimizado. Este tipo de medida se traduce normalmente en que el beneficio que aporta a sus destinatarios, provoca un perjuicio visible y cierto a otros ciudadanos que ven limitados sus derechos, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas de "acción positiva" cuyo coste se diluye socialmente. De otro lado, mientras que la acción positiva normalmente afecta al que podríamos denominar punto de salida o a la carrera profesional, la discriminación positiva afecta al punto de llegada, es decir, no solo se propone conseguir la igualdad de oportunidades sino la igualdad de resultados: se propone la consecución de un resultado igualitario y garantiza dicha consecución.

La posibilidad e incluso la necesidad de adoptar medidas de acción positiva, ha sido ampliamente reconocida y justificada en el ámbito del Derecho Internacional; la "Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" aprobada el 18 de diciembre de 1979, señala que no deben entenderse discriminatorias "aquellas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer".

Por lo que se refiere al Derecho comunitario, además de la excepción contenida en el Art.2.4 de la Directiva 76/207 que entiende compatible la acción positiva con la prohibición de discriminación por razón de sexo, han sido adoptadas otras normas de eficacia vinculante menor como la Resolución del Consejo de 12-7-1982 sobre "Promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer" y la Recomendación del Consejo de 13-12-1984 sobre "Promoción de acciones positivas en favor de la mujer".

Cabe hacer referencia al Art.16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales donde se señala que

"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 en el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de traba-

jo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene asimismo desarrollar las medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar mas facilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.

El nuevo Art.141 del Tratado Constitutivo de la CE -antiguo Art.119 modificado por el Tratado de Amsterdam- señala en su último párrafo que

“Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Finalmente señalar que han sido adoptados hasta el momento cuatro Programas comunitarios para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el vigente, al cuarto que tiene un periodo de aplicación del año 1996 al 2000 ha sido aprobado por Decisión del Consejo de Trabajo y Asuntos Sociales de 22-diciembre-1995.

En esta materia no habia habido decisión del Tribunal de Justicia de la CEE hasta 1995, por lo que analizaremos su postura sobre esta materia mas adelante al estudiar la evolución de la jurisprudencia comunitaria en el periodo 1994-1998.

4.2 SIGNIFICADO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: EL “ACCESO AL EMPLEO” LA “FORMACIÓN Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL” Y LAS “CONDICIONES DE TRABAJO”.

La Corte comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el alcance del concepto de “condiciones de trabajo” recogido en los Arts.1.1 y 5.1 de la Directiva 76/207; ha señalado que debe ser interpretado en sentido amplio, de tal manera que, se entiende incluido en él todo tipo de condiciones de acceso, formación, promoción y desde luego extinción.

Por lo que respecta a al acceso al empleo, el Tribunal entiende que la prohibición de discriminación afecta también a las ofertas de empleo (A. Comisión v. República Federal de Alemania 248/83 S.21-mayo-1985).

Entiende incluido en el concepto de despido, todo tipo de cese o terminación del contrato, cualquiera que sea su denominación e incluida la extinción por mutuo acuerdo (A. Burton 19/81 S.16-febrero-1981).

El Art.5 de la D/76/207/CEE tiene reconocida aplicabilidad directa (A. Marshall 152/84 S.26-febrero-1986).

Con el objetivo de garantizar la aplicación del principio de igualdad, 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 o promocionar o readmitir a la candidata discriminada (es decir, no se exige que sea necesariamente sancionada la violación del derecho a la igualdad con la anulación del acto empresarial discriminatorio); ahora bien, si un Estado decide sancionar mediante la fijación de una indemnización, esta, en todo caso, para asegurar su efecto disuasorio, debe ser adecuada en relación a los perjuicios sufridos y en ninguna manera meramente simbólica (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).

4.3 EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE ACCESO AL EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO EN LOS AÑOS 1994-1998.

En esta materia el Tribunal ha tenido que responder a lo largo de estos años a cuestiones muy sutiles, reveladoras del grado de recepción que alcanza el Derecho comunitario en los Estados miembros.

4.3.1 EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL.

En 1994 se había planteado ante el Tribunal una cuestión prejudicial en la que se trataba de dilucidar si las condiciones de obtención de una prestación de Seguridad Social, en concreto de una “ayuda familiar”

consistente en la concesión de un complemento en favor de las familias que reciben ingresos salariales insuficientes, cuando dicha prestación produce efectos discriminatorios, recae en el ámbito de aplicación del derecho comunitario; este complemento se reconoce solamente a las parejas, lo que produce un tratamiento desfavorable de las familias monoparentales, y como consecuencia, una discriminación indirecta fundada en el sexo, ya que se puede demostrar que la mayoría de las familias monoparentales se encuentran encabezadas por mujeres.

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) el problema que se suscita es si sería contraria a alguna otra norma de Derecho comunitario como la D/76/207/CEE.

En su doctrina anterior sentada en los A. Jackson Cresswel 63/91 y 64/91 S.16-julio-1992, había establecido que aunque una determinada prestación de Seguridad Social excluida de la D/79/7/CEE tuviere por objetivo ayudar a los padres aislados -mayoritariamente madres como hemos señalado- acceder a la formación profesional o a un trabajo a tiempo parcial, no es suficiente para concluir que recae bajo el ámbito de aplicación de la D/76/207/CEE.

Contrariamente en el A. Meyers 116/94 S. 13-julio-1995, el TJCEE que una prestación como la ayuda familiar contemplada, 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), por lo que su relación con el Art.3 de la D/76/207/CEE es "manifiesta".

Debe apreciarse la contribución que significa este fallo del Tribunal en el objetivo, comunitariamente asumido de facilitar la conciliación entre obligaciones profesionales y familiares.

Otro caso planteado ante el Tribunal en 1994 al que se le prestó especial interés por los medios de comunicación fue el A. Cornwall 13/94 sobre el que recayó sentencia el 30-abril-1996; se planteaba si la prohibición

de discriminación por razón de sexo 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.

4.3.2 LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

También en esta materia, 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.

La extensión que conoce el trabajo femenino a tiempo parcial en RFA, tiene por efecto que la mayor parte de las cuestiones prejudiciales en tema de discriminación indirecta en las condiciones de trabajo sean planteadas por magistrados de este país; en concreto han sido planteadas dos en relación con la promoción en la función pública.

En el A. Gerster 1/95 S.2-octubre-1997, se planteaba el siguiente supuesto de hecho: en la regulación de los procesos de promoción en la administración pública del Baviera, la antigüedad en el cargo constituye un criterio importante a tener en consideración; a efectos de la contabilización de la antigüedad, en el caso de que el cargo se haya desempeñado a tiempo parcial, 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; por encima de dos tercios, cuentan de forma completa.

En este caso, la Corte mantiene la doctrina sentada en el A. Nimz

184/89 S.7-febrero-1991 -si bien este caso se refería a la promoción retributiva- y declara que el Art.3 de la Directiva 76/207/CEE se opone a las normas de promoción encausadas, pero tratándose de un supuesto de discriminación indirecta, deja en manos de las jurisdicciones nacionales examinar la concurrencia de eventuales justificaciones objetivas, suficientes, proporcionales y necesarias, extrañas al sexo de las personas afectadas.

En cuanto al segundo de los asuntos planteados el A. Kording 100/95 S.2-octubre-1997, se trata de una regulación similar a la anterior pero utilizada a fines diferentes de la promoción en el empleo; con ciertas condiciones de antigüedad, los funcionarios de la administración fiscal alemana, pueden ser dispensados de la realización de un examen previo a la inclusión en la profesión de asesor fiscal -se trata de una profesión independiente y es la primera vez que la Corte se pronuncia sobre la discriminación en el acceso a este tipo de profesiones-. El Tribunal da en este caso la misma contestación que los anteriormente citados Nimz y Gerster; se trata de una discriminación indirecta, respecto de la cual los tribunales nacionales deben analizar la eventual concurrencia de justificaciones objetivas, suficientes, proporcionales y necesarias para el cumplimiento de la finalidad de "política social" perseguida con una norma de estas características.

4.3.3 LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Por lo que se refiere a las legislaciones protectoras, es decir "las disposiciones legislativas para las cuales el objetivo de protección que las inspiró en su origen, ya no esta fundado" (Art.5.2.c de la D/76/207/CEE), se han planteado en periodo estudiado, dos recursos de incumplimiento, uno contra Francia y otro contra Italia.

Como consecuencia de las decisiones adoptadas en los A.Stoeckel 345/89 S. 25-julio-1991, Levy 158/91 S. 2-agosto-1993 y Minne 13/93 S. 3-febrero-1994, la Comisión había estimado 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 el primero de estos procedimientos, *Comisión v. Francia* 197/96 S. 13-marzo-1997, el Tribunal constata que, manteniendo en su ordenamiento jurídico interno una prohibición de trabajo nocturno que afecta exclusivamente a las mujeres, Francia ha 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 el A. *Comisión v. Italia* 207/96 S. 4-diciembre-1997, el Tribunal pronuncia una sentencia idéntica.

Por lo que se refiere a la “acción positiva”, el Tribunal se ha pronunciado por primera vez y de forma aparentemente contradictoria, sobre la compatibilidad de este tipo de medidas, en concreto de las que mas arriba denominamos de “discriminación positiva”, con el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo.

En primer lugar en el A. *Kalanke* 450/93 S.17-octubre-1995, se plantea la compatibilidad de dicho principio con la regulación vigente en la ciudad de Bremen (RFA), conforme a la cual, “en la promoción a un grado retributivo superior, debe darse preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación, si las mujeres se encuentran infrarrepresentadas en el nivel al que se pretende la promoción, entendiéndose que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama”.

En un fallo casi tautológico -por su escasa por no decir inexistente motivación-, el Tribunal respondió que los Arts.2.1º y 4 de la Directiva 76/207/CEE, eran incompatibles con el sistema de cuotas debatido ya que, consideraba, la Directiva contempla la posibilidad de garantizar la igualdad de oportunidades, no la igualdad de resultados.

Este fallo suscitó importantes críticas a nivel europeo que llevaron a la Comisión a presentar el 2 de mayo de 1996 una propuesta de Directiva del Consejo (96/C 179/07 COM (96) 93 Final) por la que se pretendía la modificación del Art.2 de la Directiva 76/207/CEE, añadiendo un párrafo en los siguientes términos

“La presente Directiva no obstaculizará la adopción de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades del sexo infrarrepresentado en las materias contempladas en el Apartado 1 del Artículo 1. Entre las posibles medidas se incluirá la concesión de preferencia en lo que se refiere al acceso o la promoción, a un miembro del sexo subrepresentado, siempre que tales medidas no impidan la evaluación de las circunstancias particulares en un caso determinado”.

Dos años mas tarde, mediante la sentencia recaída en el Asunto Marschall 409/95 S. 11-noviembre-1997, en el que se encausaba la regulación de la misma materia de promoción en el Land de Rhenania del Norte-Westfalia, el Tribunal adopta una postura casi contraria o al menos dificilmente compatible con la mantenida en el A. Kalanke; señala que el Art.2.4 de la D/76/207/CEE, no se opone a la adopción de un sistema de prioridad en favor de las mujeres, destinado a establecer un equilibrio entre los sexos en los diferentes niveles de los organigramas de la administración pública, siempre que asegure una apreciación objetiva de las candidaturas presentadas y que, dado el caso, permita derogar la prioridad en favor de las mujeres, teniendo en cuenta otros criterios, que a su vez no pueden ser ni directa ni indirectamente discriminatorios respecto de estas.

En otras palabras, el establecimiento de cuotas en el sentido señalado, es compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo, siempre que se prevea simultáneamente una “cláusula de apertura”.

La diferencia entre los dos fallos está basada, de forma explícita, en el razonamiento que el Tribunal utiliza en la segunda sentencia, en el que este constata que las oportunidades de promoción de las mujeres se encuentran obstaculizadas por los estereotipos sociales de que son obje-

to; en otros términos, la Corte tiene expresamente en cuenta como fundamento de su fallo, la existencia de comportamientos sociales discriminatorios que hasta ese momento había preferido ignorar y cuyo efecto puede contrarrestarse mediante este tipo de medidas.

4.3.4 GARANTÍAS Y REPARACIÓN DE PERJUICIOS.

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 algunos casos (citados anteriormente como los Colson-Kamann, Hartz, Marschall II); en el periodo analizado un tribunal alemán ha planteado una cuestión prejudicial en materia de oferta de empleo que producía una discriminación directa en contra de los hombres lo que ha permitido al TJCEE reiterar la doctrina sentada anteriormente.

En el A. Draehmpfael 180/95 de 22-abril-1997, repite que las ofertas de empleo recaen en el ámbito de aplicación de la D/76/207/CEE; que la discriminación en esta materia 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 (recuérdese que la discriminación constituye un acto cualificado por el resultado, no por la intencionalidad del autor).

Además, la Corte afronta el tema de la limitación de la indemnización. De manera sutil distingue el caso en el que de forma evidente el candidato preterido en función de su sexo, hubiera debido a la vista del curriculum presentado, ser contratado, en el cual el Tribunal señala que la Directiva se opone a la fijación de un límite previo al montante de la

indemnización debida, del supuesto en que el empleador pueda probar que el candidato no hubiera sido contratado en ningún caso a la vista de sus cualificaciones -independientemente de su sexo-, señalando que en este caso la limitación del montante indemnizatorio es aceptable.

Añade el Tribunal que no es admisible desde la Directiva la fijación de un límite global en supuestos en que la discriminación afecta a varios condidatos, si las disposiciones comparables, correspondientes al Derecho civil o laboral, no prevén dicho límite en otras hipótesis.

Ha sido presentada en este periodo una segunda cuestión prejudicial en tema de garantías, en concreto el A. Coote 185/97 S. 22-setiembre-1998. El Art.6 de la Directiva 76/207/CEE obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una tutela judicial efectiva del principio de igualdad de trato. En la cuestión prejudicial, el tribunal de reenvío preguntaba si de este precepto, deriva para los Estados miembros la obligación de establecer medidas de protección de un trabajador, cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción o “represalia” a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato.

El Tribunal establece que esta obligación de protección frente a cualquier tipo de represalia adoptada por el empleador contra un trabajador que ha hecho uso del derecho a tutela jurisdiccional frente a la violación de la prohibición de discriminación, deriva del propio Art.6 de la Directiva.

5. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD: DIRECTIVA 92/85/CEE

5.1 PRINCIPIOS BÁSICOS MANTENIDOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJCEE ANTES DE LA PUESTA EN VIGOR DE LA D/92/85/CEE.

En el mes de noviembre de 1994, terminó el periodo de trasposición de dos años previsto por la D/92/85/CEE y, por tanto comenzó esta Directiva a desplegar los efectos que reconoce el Tribunal de Justicia a este tipo de normas cuando no han sido suficientemente traspuestas -en los términos exigidos por el propio Tribunal-.

Como es obvio, dado que la maternidad ha constituido de siempre la causa mas importante y frecuente de discriminación de la mujer en el empleo, el Tribunal de Justicia ha tenido que enfrentarse antes de la adopción de la Directiva 92/85/CEE con cuestiones relacionadas con la discriminación por maternidad, que han sido planteadas sobre la base de las Directivas existentes, la 75/117/CEE y la 76/207 y por tanto sus fallos en la materia han tenido por objetivo establecer la interpretación de dichas Directivas en relación con la protección por maternidad.

En el trascurso del periodo analizado, se han producido los primeros fallos basados directamente en la D/92/85/CEE y por tanto, han tenido por objetivo establecer la interpretación de dicha Directiva; es por ello que en la documentación adjunta, donde se recogen los textos de las sentencias emitidas en el periodo 1994-1998, se realiza un apartado especialmente dedicado a estas sentencias, mientras que las adoptadas anteriormente en interpretación de las 75/117 y 76/207, están integradas en sus respectivos apartados.

En base a la excepción contenida en el Art.2.3 de la Directiva 76/207/CEE, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el

significado y el objetivo de la protección de la maternidad en el Derecho comunitario.

En el A. Hofmann 184/83 S.12-julio-1984 la Corte señala la compatibilidad de la Directiva 76/207/CEE con aquellas normas que tienen por objeto reconocer derechos particulares a las mujeres en casos de embarazo, lactancia y descanso antes o después del alumbramiento, así como de las encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, corrigiendo las desigualdades reales que existan en perjuicio de las mujeres por esta causa; los objetivos de este tipo de medidas ha sido siempre proteger tanto la condición biológica y la salud de la mujer, como las relaciones particulares entre la trabajadora y el hijo, tratando de hacer que dichos objetivos sean compatibles con la conservación de los derechos profesionales de la trabajadora.

En el importante A. Dekker 117/88 S.8-noviembre-1990, el Tribunal establece que existe discriminación directa prohibida por la D/76/207/CEE, cuando el estado de embarazo de la candidata ha sido tomado en consideración para negarse a su contratación.

De otro lado, y en el mismo Asunto Dekker, el Tribunal señaló que la discriminación por causa de embarazo y maternidad constituye un supuesto de discriminación directa según el Derecho Comunitario en materia de igualdad, lo cual significa que las justificaciones posibles a un tratamiento que resulte perjudicial para una mujer embarazada o que ha dado a luz, son inexistentes o al menos extremadamente limitadas contrariamente a lo que sucedería si se tratase de un supuesto de discriminación indirecta.

Sin embargo en el A. Hertz 179/88 S.8-noviembre-1990 había señalado que la Directiva 76/207/CEE no se opone al despido de una trabajadora, basado en su nivel de absentismo, resultante de su estado de salud resentido por las secuelas por un embarazo y un parto muy difíciles. La Corte se limitó en este caso a señalar que, en las mismas condiciones de absentismo un hombre habría sido también despedido.

Añadía que de la prohibición de discriminación recogida en el Art.5 de

la D/76/207, derivaba para los Estados miembros la obligación de establecer un periodo de tiempo en el que la trabajadora embarazada o que ha dado a luz, estuviera especialmente protegida frente a un despido por maternidad.

Repiten la postura los A. Habermann-Beltermann 421/92 S. 5-mayo-1994 y Web 32/93 S. 14-julio-1994, en los que se señala que el despido de una trabajadora en razón de su embarazo por una causa relacionada con el mismo, solo puede afectar a las mujeres y por tanto constituye una discriminación basada en el sexo.

5.2 EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCEE EN LOS AÑOS 1994-1998.

Se ha planteado una cuestión similar a la tratada en el A. Hertz, en el A. Larsson 400/95 S. 29-mayo-1997, aunque basada en unos hechos ligeramente diferentes.

En el curso de su embarazo una trabajadora había permanecido en situación de incapacidad temporal para trabajar, derivada directamente de su estado, hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad y, posteriormente disfruta de sus vacaciones anuales; seguidamente y sufriendo la misma afección detectada durante su embarazo, es de nuevo dada de baja por incapacidad temporal. El empleador, haciendo uso de la posibilidad que le ofrece el convenio colectivo de despedir en base a un determinado nivel de absentismo, despide a la interesada teniendo en cuenta para ello la totalidad del periodo en que se encontró en baja por incapacidad temporal, incluido el periodo que lo estuvo por razones derivadas de su embarazo.

Preguntado el Tribunal si era ello compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en la D/76/207/CEE, mantiene la doctrina sentada en el A. Hertz pero aclara posteriormente que, la solución es esta por que aún no era aplicable Art.10 de la Directiva 92/85 que prohíbe el despido de la trabajadora en el periodo comprendido entre el comienzo del embarazo y el fin del periodo de suspensión, salvo por razones extrañas a la situación de la interesada. Mediante una Sentencia recti-

ficativa de 12-junio-1997, la Corte declara que a partir de la expiración de plazo de trasposición de la Directiva, una ausencia al trabajo ocurrida durante la situación de embarazo y ocasionado por este, no podrá ser tomado en cuenta para justificar un despido ulterior por absentismo.

Esta postura se repite en el A. Brown 394/96 S.30-junio-1998, en que se plantea un caso muy similar a los anteriores (Hertz y Larsson), preguntándose al Tribunal, en primer lugar, si resulta contrario al Art.2.1 de la D/76/207/CEE despedir a una trabajadora durante su embarazo debido a las ausencias motivadas por una incapacidad laboral temporal derivada de su estado. El Tribunal contesta que dicha actuación constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria al Art.2.1 de la Directiva 76/207/CEE.

Añade el Tribunal, en contestación a otra pregunta realizada por el Tribunal de reenvío que, la circunstancia de que se despida durante el embarazo en virtud de una cláusula contractual que permite al empleador despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, en base a un determinado número de semanas de ausencia continuada, no puede modificar la respuesta dada a la primera cuestión en la medida que la norma en principio neutra -aplicable a hombres y mujeres- es aplicada de la misma forma a situaciones desiguales, habida cuenta de que la situación de una trabajadora encinta que se encuentra en un estado de incapacidad laboral causada por los trastornos relacionados con su embarazo, no puede compararse con la situación de un trabajador masculino enfermo que está ausente por incapacidad laboral durante el mismo periodo de tiempo.

En cambio, en la medida que las ausencias aparezcan tras el permiso por maternidad, los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el régimen general aplicable en caso de enfermedad; en tal situación, las ausencias de la trabajadora posteriores al permiso por maternidad y motivadas por la incapacidad laboral resultante de dichos trastornos, pueden ser tratados de la misma manera que las ausencias de un trabajador debidas a una incapacidad laboral debida a enfermedad de idéntica duración; en dicho caso no se podría calificar el despido de discriminatorio por razón de sexo.

En el A. Thibault 136/95 S. 30-abril-1998, el Tribunal señala la incompatibilidad entre la D.76/207/CEE y una normativa nacional (francesa) que priva del derecho a ser calificada y, en consecuencia del derecho a beneficiarse de una promoción profesional basada en la antigüedad, al no contabilizar el periodo en que la trabajadora se ha encontrado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad.

Insistimos en que no encontrándose aún en vigor la Directiva 92/85 sobre protección de la maternidad, fue presentada una cuestión prejudicial para que el Tribunal declarase la compatibilidad o incompatibilidad con el principio de igualdad retributiva del Art.119 del TR y la Directiva 75/117/CEE de una regulación aplicable al personal de servicios públicos de salud británicos, según la cual durante la suspensión por maternidad, el empleador debía mantener el pago de una parte - no de la totalidad- de su remuneración ordinaria. Las demandantes estimaban que ello constituía una discriminación retributiva prohibida por las citadas normas.

En su sentencia sobre este asunto (A. Gillespie 342/93 S.13-febrero-1996) el Tribunal ha señalado que no se puede comparar la situación de una mujer en suspensión por maternidad con la de un trabajador o trabajadora en activo, por tanto, no se puede alegar el principio de igualdad retributiva con dichos colectivos para exigir el mantenimiento de la remuneración completa en este supuesto, siempre sobre la base de que la indemnización prevista sea suficiente como para no poner en peligro el objetivo perseguido por la propia prestación de maternidad.

En tercer lugar ha señalado que si durante el periodo de suspensión por maternidad, se producen incrementos salariales generales, la trabajadora en esta situación debe poderse beneficiar de los mismos.

Los dos primeros asuntos en los que el Tribunal basa su fallo total o parcialmente en la D/92/85 son los A. Boyle 411/96 S. 27-octubre-1998 y el Handels-og 66/96 S. 19-noviembre-1998. Por su novedad dedicaremos una atención especial a estos dos asuntos.

El primero parece tratarse de un caso "text" de discriminación es decir,

se trata de comprobar la compatibilidad de las Directivas 75/117, 76/207 y 92/85, con el sistema de protección de la maternidad aplicado por la "Equal Opportunities Commission" británica, que el Tribunal aprovecha para sentar su postura interpretativa sobre el significado y alcance de algunos de los preceptos de la D/92/85/CEE. En la medida en que lo que interesa aquí es la interpretación del significado de la D/92/85, reflejaremos aquí exclusivamente las partes de la larguísima sentencia que se refieren a esta Directiva, obviando las referencias a la compatibilidad de las cláusulas encausadas con las otras directivas.

Se plantean en este asunto cinco cuestiones concretas sobre la compatibilidad entre la D/92/85/CEE y una serie de condiciones de trabajo reguladas en la Employment Rights Act inglesa de 1996, la Social Security Contributions and Benefits Act de 1992, que son mejoradas con ciertos límites en un sistema especial de protección a la maternidad que se aplica a las trabajadoras de la EOC.

En concreto, se pregunta al Tribunal si es o no compatible con la D/92/85/CEE una estipulación contractual o convencional en virtud de la cual, solo se pagará una retribución superior a la prevista normativamente por maternidad, si la trabajadora declara su intención de reincorporarse al trabajo y se compromete a devolver la retribución percibida si no vuelve a trabajar por lo menos durante un mes al término de su permiso por maternidad.

La Comisión y las demandantes alegaban que Art.11.2.b) y .3 de la D/92/85 obliga a pagar a la trabajadora que disfruta un permiso de maternidad, una cantidad equivalente, como mínimo, a la que percibiría si se encontrara en situación de incapacidad laboral por enfermedad. Si en virtud de una estipulación contractual o convencional, el empleador se obliga a pagar el salario íntegro en este último caso, las trabajadoras en situación de maternidad deben percibir unos ingresos equivalentes. En estas circunstancias el Art.11 de la D/92/85 se opone a que, en el supuesto de que no se reintegren al trabajo después del parto, las trabajadoras se vean obligadas a devolver la diferencia entre el salario íntegro percibido de su empresario y la prestación que le hubiere correspondido durante dicho permiso con arreglo a la legislación nacional, cuando esto

no se tiene que hacer en el caso de encontrarse en situación de incapacidad por enfermedad.

El Tribunal sin embargo entiende que la Directiva exige que durante el permiso de maternidad la trabajadora perciba un volumen de ingresos igual, como mínimo, al de la prestación prevista por las legislaciones nacionales de Seguridad Social en caso de interrupción de sus actividades por causa de enfermedad, pero no pretende garantizarle la percepción de unos ingresos mayores, en concreto aquellos que, en virtud de un contrato o convenio, el empresario se haya obligado a pagar en caso de incapacidad temporal por enfermedad; concluye que no constituye una discriminación por razón de sexo (ni desde la D/92/85 ni de la 75/117) y por tanto estas directivas no se oponen a que la mejora de la prestación de maternidad se supedita a condiciones del tipo de las establecidas en la estipulación debatida.

En segundo lugar se plantea si se opone al Art.8 de la D/92/85/CEE, una cláusula de un contrato de trabajo que obligue a una trabajadora que haya manifestado su intención de iniciar un permiso de maternidad durante las seis semanas anteriores a aquella en la que se producirá el parto, y se encuentre en situación de incapacidad temporal retribuida debida a enfermedad relacionada con su embarazo inmediatamente antes de esa fecha, a adelantar la fecha del inicio del permiso por maternidad al comienzo de la sexta semana anterior a aquella en que se prevea que se producirá el parto o al comienzo del periodo de incapacidad temporal por enfermedad cuando esta segunda fecha sea posterior a la primera.

Señala el Tribunal, que en virtud de lo establecido en el Art.8 de la D/92/85/CEE, corresponde a cada Estado miembro determinar los periodos de permiso por maternidad, así como establecer la fecha de su inicio, de manera que se permita a las trabajadoras ausentarse en el periodo en el cual surjan los trastornos inherentes al embarazo y al parto; en consecuencia una legislación nacional puede establecer que el permiso de maternidad empiece en la fecha comunicada por la interesada a su empresario o en otra fecha cualquiera como puede ser la establecida en la cláusula controvertida, siempre que se respeten los mínimos

establecidos por el Art.8 de la Directiva (catorce semanas ininterrumpidas, incluido un permiso de maternidad obligatorio de dos semanas).

La tercera cuestión plantea la compatibilidad entre la D/92/85 y una cláusula contractual en virtud de la cual se prohíba a una mujer pasar a la situación de incapacidad temporal retribuida por enfermedad durante el periodo de las catorce semanas del permiso de maternidad del que debe disfrutar como mínimo una trabajadora en virtud del Art.8 de la Directiva 92/85 o de cualquier permiso de maternidad adicional que le conceda el empresario, salvo si decide reintegrarse al trabajo, dando por terminado así su permiso de maternidad.

El Tribunal señala que aunque la Directiva o en su trasposición la legislación nacional, reconozcan a la trabajadora el derecho a disfrutar de catorce semanas por maternidad, se trata de un derecho al que pueden renunciar, resultando solo irrenunciables las dos semanas de permiso obligatorio que establece dicho precepto.

En segundo lugar establece que el periodo ha de ser ininterrumpido, de tal forma que la mujer no puede interrumpir o ser obligada a interrumpir su permiso y reintegrarse a su trabajo para disfrutar posteriormente el periodo restante del permiso por maternidad.

En tercer lugar señala que si una mujer contrae una enfermedad durante el permiso de maternidad y se acoge al régimen de incapacidad temporal por enfermedad, si esta incapacidad termina antes de la expiración de dicho permiso por maternidad, no se le podrá privar del derecho a seguir disfrutando después de esta fecha del resto del periodo de suspensión, debiéndose calcular dicho periodo a partir de la fecha de inicio del permiso por maternidad. Una interpretación contraria impediría alcanzar el objetivo del permiso de maternidad, que no es solo la protección de la salud de la mujer, sino también la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, por tanto, salvo por razones excepcionales, no puede ser privada de esa garantía por motivos de salud.

Concluye por tanto, que la cláusula controvertida, no es compatible con

las disposiciones de la Directiva. Pero añade que esta conclusión no sería aplicable si el permiso de maternidad es adicional y concedido libremente por el empresario.

La cuarta cuestión planteada tiene que ver con el devengo del derecho a vacaciones; se plantea sobre la compatibilidad de la D/92/85 con una cláusula de un contrato de trabajo que reconoce el derecho a devengar vacaciones durante el periodo de catorce semanas mínimo reconocido por la Directiva, pero no en virtud de un periodo adicional reconocido libremente por el empresario y no retribuido. Este derecho tampoco se reconoce en casos de permisos personales no retribuidos y en situaciones de incapacidad temporal por enfermedad no retribuida.

Señala el Tribunal que el derecho a devengo de vacaciones durante las catorce semanas de duración mínima del permiso de maternidad, constituye un derecho inherente al contrato de trabajo que debe ser garantizado, en el sentido del Art.11.2.a de la Directiva. La directiva no se refiere para nada al periodo adicional reconocido por el empleador, por tanto, una cláusula que elimine el derecho a devengar vacaciones durante este periodo, no contraviene la Directiva 92/85.

La quinta cuestión trata de dilucidar si la Directiva 92/85 es compatible con una cláusula contractual que limite, en el marco de un Plan de pensiones enteramente financiado por el empleador, el devengo de derechos a pensión de jubilación durante el permiso por maternidad, al periodo durante el cual la mujer perciba una retribución pactada en el contrato o prevista en la legislación nacional.

El Tribunal señala que la adquisición de derechos a pensión, forma parte de los derechos inherentes al contrato de trabajo que deben garantizarse en situación de maternidad en el sentido señalado por el Art.11 de la D/92/85; añade que si bien de conformidad con el Art.11.4 del D/92/85 los Estados miembros tienen la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación adecuada contemplada en el Art.11.2 a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos que se establezcan en las legislaciones nacionales, no existe tal facultad en lo que atañe a los derechos inherentes al contrato de trabajo. Por consi-

guiente, la adquisición de derechos a pensión en el marco de un Plan de Pensiones de empresa durante el permiso de maternidad, no puede estar sujeta al requisito de que durante dicho periodo, la mujer reciba remuneración o prestación. Concluye el Tribunal señalando la incompatibilidad de la cláusula debatida con la D/92/85 CEE.

La segunda cuestión prejudicial en la que el Tribunal basa su fallo y realiza reflexiones sobre el significado de la D/92/85/CEE es el A. Handels-og 66/96 S. 19-noviembre-1998.

Se le solicita que se pronuncie, en primer lugar, sobre la compatibilidad entre la Directiva y una legislación nacional que prevé que una trabajadora embarazada, que antes de que de comienzo su permiso de maternidad, sea declarada en situación de incapacidad laboral temporal como consecuencia de una enfermedad relacionada con el embarazo, no tiene derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario sino a cobrar una asignación diaria inferior abonada por una entidad local, cuando en caso de incapacidad laboral por enfermedad no relacionada con el embarazo, todo trabajador tiene reconocido, en principio el derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario.

El Tribunal alegando jurisprudencia previa, señala que esta estipulación resulta evidentemente discriminatoria y contraria al Art.119 del TR y a la D/75/117, pero los demandados alegaban que el Art.11 de la D/92/85 permite que las legislaciones nacionales prevean un límite máximo para las prestaciones que deban percibir las trabajadoras en caso de embarazo añadiendo que, en caso de que existiera una discriminación estaría justificada por el objetivo de política social de repartir los riesgos y costes del embarazo entre la trabajadora, el empleador y la sociedad reparto que se explica por una ponderación entre el interés de facilitar el acceso de las mujeres al mercado laboral y la necesidad de garantizarles una protección en caso de embarazo.

El Tribunal no acepta las justificaciones alegadas y mantiene el carácter discriminatorio de esta disposición, señalando que el Art.11 de la D/92/85 admite que una legislación aplique un límite máximo determinado, unicamente respecto de las prestaciones o retribuciones pagadas a

las trabajadoras en el marco del permiso por maternidad, no antes ni después.

Como sexta cuestión (las anteriormente dilucidadas en la sentencia no tienen relación con la D/92/85) se pregunta al Tribunal la compatibilidad de esta Directiva con una legislación nacional que prevé que un empresario, cuando considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que no está en situación de incapacidad laboral por enfermedad derivada o no del embarazo, tiene la posibilidad de obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario.

El Tribunal señala que ello es evidentemente contrario a la D/76/207 y respecto de la 92/85 recuerda que sus Arts. 4 y 5 establecen un procedimiento de evaluación y de información para las actividades que pueden presentar un riesgo para la seguridad o la salud, así como repercusiones sobre el embarazo o la lactancia. Este procedimiento puede conducir a una reorganización provisional por parte del empresario de las condiciones y/o del tiempo de trabajo o, si dicha organización no es posible, a un cambio de puesto. Solo en caso de que dicho cambio de puesto resulte igualmente imposible, la trabajadora queda, conforme a las legislaciones o prácticas nacionales, dispensada de trabajar durante todo el periodo necesario para la protección de su salud y seguridad.

Entiende que una legislación como la encausada no reúne los requisitos materiales y formales exigidos por la D/92/85 para dispensar a una trabajadora de la prestación de su trabajo. Por una parte el cese de la trabajadora, responde a un interés del empleador; por otra, el empleador no puede tomar esa decisión sin examinar previamente la posibilidad de organizar las condiciones de trabajo de la empleada o la posibilidad de destinarla a otro puesto. Concluye señalando la incompatibilidad de esta disposición normativa con la D/92/85.

6. IGUALDAD DE TRATO EN LA SEGURIDAD SOCIAL:

LA DIRECTIVA 79/7 SOBRE IGUALDAD DE TRATO EN LOS REGÍMENES LEGALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El proceso normativo desarrollado en la Unión Europea, con el objetivo de garantizar la igualdad de trato en la protección social, comienza en diciembre de 1978 mediante la adopción de la Directiva 79/7 sobre igualdad de trato en los regímenes legales de la Seguridad Social, norma de contenido parcial en tanto su ámbito objetivo de aplicación excluye las dos prestaciones en las que se había constatado la existencia de mayor cantidad de disposiciones discriminatorias, las de muerte y supervivencia y las de ayuda a la familia.

El proceso de regulación del principio de igualdad de trato en los regímenes públicos de Seguridad Social, fue seguido por la adopción de la Directiva 86/613/CEE de 11-12-1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad en el ámbito del trabajo autónomo con especial referencia al agrícola y a la protección de la maternidad en estas actividades.

Finalmente, en aplicación de las Resoluciones del Consejo de Ministros de Asuntos Sociales de 24-julio-1986 sobre promoción de la igualdad de oportunidades y trato para las mujeres en la que se prevé “la propuesta de un nuevo instrumento jurídico que complementaría las disposiciones existentes en áreas no cubiertas por la legislación en óptica de la individualización progresiva de los derechos de protección social”, se adopta la propuesta de Directiva de 23-octubre-1987 por la que se completa la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todas las prestaciones que ofrecen los regímenes públicos de protección social sin excepciones.

Esta propuesta no ha sido adoptada y la Comisión en su Programa de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres 1996-2000

Punto 3.2. pone de manifiesto que, tras diez años de espera, la igualdad de trato en materia de Seguridad Social no se ha conseguido plenamente; el Consejo no ha debatido desde 1991 la propuesta de Directiva presentada en 1987 por la Comisión. Además el acceso masivo de las mujeres al mercado de trabajo y los cambios de las estructuras familiares, han llevado a reexaminar las premisas en que se basan los derechos sociales y su adquisición. La financiación de la Seguridad Social y los principios de imposición personal se han formulado normalmente sobre la base de una organización social de la familia en la que el hombre era el único que aseguraba la subsistencia del hogar. El crecimiento del empleo y el número de personas no integradas en el mercado de trabajo, el envejecimiento demográfico etc. ofrecen un contexto nuevo para el debate sobre el principio de “**individualización**” de los **derechos de Seguridad Social** lo que constituiría un salto cualitativo en el planteamiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres: las Directivas comunitarias vigentes sobre igualdad de trato intentan “corregir” los sistemas eliminando las discriminaciones existentes. La “individualización” modificaría esta perspectiva, dotándola de una mayor eficacia y globalidad. La Comisión fomentará el análisis de la relación entre la individualización de los derechos de protección social y la igualdad de oportunidades como parte de sus iniciativas relativas a la protección social.

Con ese objetivo la Comisión retira su propuesta de 1987 y en su Programa de Acción Social 1998-2000 (COM 1998 259 final) Punto III, anuncia que presentará en 1999 una nueva propuesta con el objetivo de actualizar y completar el marco legislativo sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social teniendo en cuenta la evolución que ha tenido lugar desde entonces y sobre todo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE.

Por lo que se refiere a la normativa vigente, sin duda la Directiva 79/7 es la gran desconocida del grupo de las normas comunitarias sobre igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo en nuestro país; sin embargo su interpretación ha constituido el objeto de la pronunciación del Tribunal de Justicia de la CEE en gran cantidad de asuntos de importancia extrema.

Sin duda, la generalizada ignorancia apreciable en España sobre la existencia de esta norma y de su interpretación jurisprudencial, trae su causa del hecho de que una parte importante de los asuntos tratados por el Tribunal en base a esta Directiva, derivan de la excepción contenida en el Art.7.1.a que permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de la Directiva “la fijación de la edad de jubilación para la concesión de pensiones de vejez y de jubilación y las consecuencias que pueden derivarse de ellas para otras prestaciones”, y por tanto, los fallos en esta materia nos afectan de forma indirecta en tanto en nuestro ordenamiento jurídico social, las edades de jubilación son - y han sido tradicionalmente- las mismas para hombres y mujeres.

La complejidad del contenido de esta Directiva, nos obliga a seguir una metodología de exposición diferente a la utilizada en apartados anteriores; entendemos que las aportaciones de la jurisprudencia del TJCEE en los últimos años, resultará mas comprensible si se analiza junto a la doctrina sentada en cada una de las materias contempladas en sus precedentes jurisprudenciales.

6.1 EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA D/79/7/CEE.

El ámbito subjetivo de aplicación de la D/79/7 es amplísimo. Según establece su Art.2 se aplica a toda la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos.

La interpretación realizada por TJCEE sobre el significado de este precepto ha sido, además, tradicionalmente extensiva, por ejemplo, ha considerado en A. Drake 150/85 S. 24-junio-1986 y A. Jhonson 31/90 S.11-julio-1991 que forma parte del concepto de población activa comunitario, una persona que ha debido interrumpir su actividad profesional porque le ha acontecido un riesgo contemplado en el Art.3 a uno de sus ascendientes, descendientes o a ella misma en el momento en que buscaba un empleo; por el contrario según el A.Achterberg-te-Riele 48/88 S.27-junio-1989, una persona que no busca empleo o cuya actividad no ha sido interrumpida por un riesgo contemplado en el

Art.3 de la Directiva, no forma parte del concepto de población activa ni tampoco una persona que la ha abandonado para ocuparse de sus hijos.

En el periodo que analizamos (1994-1998), ha sido presentada una cuestión prejudicial sobre este tema; la legislación alemana sobre seguro de enfermedad, establece una ayuda financiera para cubrir los costes de los cuidados a domicilio de personas enfermas, solamente en el caso de que estos cuidados no puedan ser realizados por una persona que conviva con el enfermo. La cuestión prejudicial solicita del TJCEE que determine si la D/79/7 exige que se abone esta prestación cuando la que presta estos cuidados es la esposa de un trabajador que deviene paraplégico como resultado de un accidente, que no ejercía actividad profesional alguna en el momento en que sucedió el accidente pero hubo de recibir una formación específica para poder prestarle los cuidados profesionales requeridos. En el A. Züchner 77/95 S. 7-noviembre-1996 el Tribunal reexamina la noción de "población activa" y de acuerdo con sus propios precedentes, concluye que esta señora no entra en el concepto de "población activa", es decir, excede el ámbito subjetivo de aplicación de la D/79/7/CEE y por tanto esta no se aplica a este supuesto, aunque sin negar que la regulación en causa, produce evidentemente una situación de discriminación indirecta que no está cubierta por la Directiva.

Por lo que respecta al **ámbito objetivo de aplicación** de la Directiva, su Art.3.1.señala que la prohibición de discriminación por razón de sexo, se aplica

"a) a los regímenes legales que aseguren una protección frente a los siguientes riesgos: enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo;

b) a las disposiciones relativas a la ayuda social en la medida en que estén destinadas a completar las prestaciones contempladas en la letra a) o a suplirlas".

La Directiva no se aplicará por tanto a las prestaciones relativas a protección de supervivientes ni a las de ayuda a la familia, salvo si se trata de

prestaciones de ayuda a la familia reconocidas en forma de incremento de las prestaciones debidas en razón de los riesgos previstos en el Art.3.1.

Su Art.7 reconoce además a los Estados miembros la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación:

- a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación y las consecuencias que puedan derivarse de ello para otras prestaciones;
- b) las ventajas concedidas en materia de carrera de seguro de vejez a las personas que han cuidado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción del empleo debido a la educación de los hijos.
- c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez como derechos derivados de la esposa;
- d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, vejez, accidente laboral o enfermedad por la esposa a cargo;
- e) las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva, de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal de Seguridad Social.

En el mismo precepto pero en su segundo apartado, la Directiva establece que *“Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1 a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata”*.

La jurisprudencia del TJCEE en diversos fallos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el ámbito de aplicación objetivo de la D/79/7/CEE (A. Burton 19/81 S.16-febrero-1982, A. Roberts 151/84

S. 26-febrero- 1986, A. Beets-Proper 262/84 S. 26-febrero-1986 entre otros) y a este respecto ha sostenido mas bien una interpretación restrictiva.

En el periodo que analizamos, se han presentado algunas cuestiones prejudiciales sobre esta materia.

En Gran Bretaña, la reglamentación de trasportes públicos en un determinado distrito, establece reducciones en favor de las mujeres de mas de 60 años y de los hombres de mas de 65; se solicita del TJCEE que establezca la compatibilidad de este tipo de prestación con la D/79/7/CEE, ya que si esta prestación entra en el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva, los hombres mayores de 60 años, se encontrarían en una situación de discriminación directa prohibida lo que habría exigido del Tribunal una reflexión sobre el alcance de las excepciones autorizadas por el Art.7.a.

La Comisión había estimado que el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 79/7 tiene una significación mas amplia que la del concepto de Seguridad Social -en términos comunitarios- y contempla el conjunto de la "protección social", y que bajo la condición de que las personas se encuentren afectadas por un riesgo contemplado por la Directiva -como en este caso sería el de vejez- incluye el objetivo de evitar el aislamiento de las personas de edad avanzada, facilitando su comunicación mediante un abaratamiento de los costes de transporte de estas personas; entiende por ello que este tipo de prestación social entra en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El Tribunal no acepta el razonamiento y establece en el A. Atkins 228/94 S. 11-julio-1996 que la prestación en causa no entra en el ámbito de aplicación de la D/79/7 cuyo Art.3 establece que unicamente se aplicará a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida que estén destinadas a completar o suplir la protección ofrecida por los regímenes públicos de la Seguridad Social, respecto de las prestaciones contempladas en el Art.3.a y este no es el caso (la prestación encausada no tiene este objetivo) como consecuencia no se trata de una discriminación directa prohibida por la Directiva y no ha lugar a entrar en el debate sobre el alcance de las excepciones del Art.7.

Una segunda cuestión se ha planteado en esta misma materia de ámbito objetivo de aplicación; se encausaba una prestación alemana cuyo objetivo era ayudar a afrontar el coste del cuidado de hijos, a las personas que no ejercen una actividad profesional o no la ejercen a tiempo completo; la concesión de esta prestación a los no residentes se sometía a condiciones de duración mínima de la jornada de trabajo lo que podía producir una discriminación indirecta por razón de sexo en este caso, ya que las personas con contratos "marginales" que no tendrían derecho a la prestación en caso de no ser residentes, serían en su mayoría mujeres. En el A. Hoever y Zachow 245/94 S.10-octubre-1996 el Tribunal decide que esta prestación excede del ámbito de aplicación de la D/79/7/CEE al tratarse de una prestación de ayuda familiar excluida por el Art.3.2 de la Directiva.

6.2 LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

De la amplia jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad de trato en los régimen públicos de la Seguridad Social entiendo que la mas interesante para nuestro ordenamiento jurídico sería la que tiene por objetivo perfilar el concepto de discriminación indirecta en la protección social en particular referida a la protección de los trabajadores atípicos y basicamente los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres en toda Europa como se deriva de los datos estadísticos.

Respecto de la posición del Tribunal en esta materia, resulta paradigmática la sostenida en las Sentencias recaídas en los A. Ruzius 102/88 S.13-12-1989 y A. Roks 343/92 de 24-2-1994.

En la primera (A.Ruzius) se declaró contrario a la Directiva 79/7 un precepto de la normativa social holandesa (Art.10 de la Ley reguladora del Régimen General de la Seguridad Social), que preveía la concesión de un subsidio en situación de incapacidad temporal, de una cuantía determinada en función de las necesidades de supervivencia y cuyo montante no dependía de la retribución profesional previamente recibida por el sujeto protegido salvo en el caso de que este hubiese trabajado a tiempo parcial, razón por la cual necesariamente siempre correspondía a este tipo de trabajadores un importe del subsidio inferior al mínimo

fijado en la norma -que se entendía mínimo de supervivencia-; el Tribunal entendió que dado que el número de mujeres afectadas perjudicialmente por esta forma de tratamiento era mucho mayor que el de hombres (puesto que es mucho mayor el número de mujeres que trabajan a tiempo parcial en Holanda), tal forma de tratamiento resultaba indirectamente discriminatoria por razón de sexo, a falta de una justificación suficientemente objetiva, razonable y proporcional. La aportada en este caso por el Estado holandés era que si no se producía esta reducción, el trabajador a tiempo parcial percibiría una prestación superior cuando se encontrase enfermo que cuando estuviera trabajando, justificación que el Tribunal entendió insuficiente dado que este hecho podría producirse también en el caso de trabajadores a tiempo completo y sin embargo a estos no se les reducía el importe del subsidio.

Esta doctrina muestra una interpretación muy restrictiva de las causas justificativas de un tratamiento perjudicial para las mujeres en materia de protección social, tendencia que se corrobora en la Sentencia recaída en el A. Roks (citada mas arriba), en la que se señala claramente que “las consideraciones de índole presupuestaria no constituyen, por si solas, un objetivo perseguible por la Política Social de un Estado miembro y, por tanto, no pueden justificar una decisión normativa en detrimento de uno de los sexos”.

La finalidad perseguida por la jurisprudencia del Tribunal era, en opinión de la doctrina comunitarista mas autorizada, entre otras la del profesor K.J. BIEBACK Catedrático de la Universidad de Hamburgo y experto comunitario en su Informe para la Dirección General V de la Comisión Europea “La discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le Droit Social des Etats membres des CE au regard de la Directive CE 79/7”⁽⁶⁾, la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de sexo en la normativa de protección social, mediante una interpretación restrictiva de las causas justificativas de todo tipo de forma de tratamiento perjudicial para las mujeres.

Sin embargo esta tendencia parece modificarse -al menos momentanea-

6. -V/1333/96 FR págs. 43 ss.

mente- tras las sentencias adoptadas por la Corte comunitaria en los Asuntos Megner-Scheffel (C.444/93) y Nolte (C.317/93) Ss.14-12-1995.

Los asuntos en cuestión versaban sobre una forma de tratamiento normativo, relativamente frecuente en algunos Estados miembros de la UE, en el caso concreto se producía en Alemania, en virtud del cual, la protección social de los denominados “trabajos marginales” o “insignificantes” -entendiendo por tales los trabajos a tiempo parcial de corta duración y cuyo salario se entiende insuficiente para la supervivencia-, se ve enormemente reducida; en el caso analizado, este tipo de trabajadores eran eliminados del ámbito de aplicación de las prestaciones por invalidez, jubilación, desempleo y seguro de enfermedad, exclusión que afecta a muchas mas mujeres que hombres, al ser muchas mas las mujeres que ocupan este tipo de puestos de trabajo según muestran las estadísticas.

Planteada ante el Tribunal de Justicia la “cuestión prejudicial” sobre si este tipo de tratamiento violaba la prohibición de discriminación indirecta establecida en el Art.4 de la Directiva 79/7, el Tribunal, en principio reitera su propia jurisprudencia señalando que dicho precepto se opone a la aplicación de una medida nacional que, aún formulada de una manera neutra, perjudique de hecho a un porcentaje mucho mas elevado de mujeres que de hombres, a menos que esta medida se justifique por factores objetivos, ajenos a toda discriminación fundada en el sexo y, añade, que tal es el caso, si los medios escogidos responden a un objetivo legítimo de Política Social del Estado miembro cuya legislación está en causa, son aptos para conseguir la finalidad perseguida y necesarios a ese efecto.

Las justificaciones alegadas por el Estado alemán en el caso debatido, eran de dos tipos; la primera de evidente carácter presupuestario ya que se alegaba que un régimen de tipo contributivo como el encausado, se caracteriza por la necesidad de mantener la equivalencia entre las cotizaciones pagadas por los asegurados y sus empleadores y la cuantía y el pago de las prestaciones en caso de que sobrevenga uno de los riesgos cubiertos por dicho régimen: en opinión del Estado alemán, la estructu-

ra de tal régimen no podría ser mantenida si se suprimiesen las disposiciones señaladas ya que resultarían graves problemas presupuestarios sobre todo en el seguro de jubilación de tal manera que el sistema no podría seguir funcionando sobre bases contributivas.

La segunda justificación alegada por el gobierno alemán, era de política de empleo: argumentaba que existía en Alemania una demanda social para los empleos "marginales" que el gobierno estimaba necesario atender en el marco de su política social, incentivando la existencia y la oferta de tales empleos y que, el único medio de hacerlo en marco estructural del sistema de Seguridad Social alemán, es la exclusión de este tipo de empleos de una parte significativa de la protección social obligatoria. Añadía el gobierno alemán que la supresión de este tipo de empleo, no sería seguida por la creación de empleos a tiempo completo o a tiempo parcial sujetos a seguro obligatorio; por el contrario podría producir un incremento de los empleos ilegales o de los denominados "falsos autónomos" para satisfacer la demanda inatendida.

Al respecto en su sentencia el Tribunal declara que "conviene constatar que la Política Social, recae en el momento actual del Derecho Comunitario, bajo la competencia de los Estados miembros....por consecuencia incumbe a estos últimos escoger las medidas susceptibles de conseguir los objetivos fijados a su Política Social y de empleo. En el ejercicio de esta competencia los Estados gozan de un amplio margen de apreciación. Desde esta óptica hay que señalar que el objetivo de Política Social invocado por el gobierno alemán, resulta objetivamente extraña a toda discriminación fundada en el sexo y que el legislador nacional en ejercicio de sus competencias podría razonablemente estimar que la legislación encausada era necesaria para conseguir tal objetivo. En tales circunstancias dicha legislación no podría ser calificada como indirectamente discriminatoria en el sentido del Art.4 de la Directiva 79/7".

La postura del TJCEE en estas sentencias puede ser criticada desde diversos puntos de vista. En primer lugar cabe señalar que parece no aceptar como suficiente la primera de las justificaciones alegadas, es decir la de tipo presupuestario (que ya había sido rechazada en el

Asunto Roks como vimos); parece aceptarse como suficiente mas bien la segunda, es decir la de política de empleo y a este respecto, aunque los objetivos de política de empleo de un Estado miembro puedan ser fijados por él mismo "con un margen de apreciación amplio" es evidente que, aplicando la propia doctrina del TJCEE manifestada en sentencias anteriores, la elección de los medios idóneos para conseguir dichos objetivos, se encuentran limitados precisamente por la prohibición de discriminación, cuando producen un importante perjuicio que afecta especialmente a uno de los sexos: entre otros objetivos ha de ser -según la propia jurisprudencia del Tribunal- objetivamente justificables como necesarios; en otras palabras, si existen medios alternativos de conseguir el objetivo perseguido, que no produzcan el perjuicio señalado, deberían ser estos los utilizados y parece claro que caben otras formas de hacer atractiva la contratación de trabajadores a tiempo parcial que no signifiquen la expulsión del sistema de protección social de este tipo de trabajadores; de otro lado, si como alega el propio gobierno alemán, la demanda de este tipo de trabajadores existe, no tiene porqué ser promovida mediante un abaratamiento aún mayor del normal de este tipo de mano de obra. En el mismo sentido se manifiesta la doctrina comunitarista mas cualificada como el profesor K.J. BIEBACK en el informe citado mas arriba.

Otra justificación objetiva ha sido aceptada por el Tribunal en una cuestión prejudicial presentada por el gobierno holandés; se trata de una legislación sobre ayuda social que completa la prestación de desempleo. Holanda tiene dos sistemas: uno de alcance general y el segundo específicamente destinado a los parados de larga duración, mayores de edad o afectados de una incapacidad laboral parcial. En el primero de estos regímenes, la obtención de prestaciones se encuentra subordinada a una condición de recursos que no deben sobrepasar el nivel de "patrimonio modesto"; el segundo comporta una condición de antecedentes profesionales y edad pero no tiene en consideración el patrimonio. Se demuestra que son mayoría los hombres que pueden beneficiarse del régimen específico, mientras que la mayor parte de las mujeres, que pueden optar mas facilmente al régimen general de protección, no cumplen la condición de recursos, en definitiva, se puede constatar que son muchos mas los hombres que las mujeres que pueden beneficiarse de la

prestación de ayuda social encausada; se pregunta al Tribunal si esto constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por la D/79/7/CEE.

El gobierno holandés argumentaba que el legislador había querido evitar que las personas que disponen de un patrimonio constituido gracias al producto de numerosos años de actividad, debiesen deshacerse de él para subvenir sus necesidades cuando se encontrasen sin empleo, mayores o incapacitadas.

En su A. Laperre 8/94 S. 8-febrero-1996 la Corte acepta la validez de este “objetivo de política social” para descartar la calificación de discriminatorio del sistema de protección del desempleo encausado, repitiendo la posición manifestada en un precedente similar, el A. Molenbroeck 226/91 S. 19-noviembre-1992.

6.3 LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS.

El Art.6 de la D/79/7/CEE obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que toda persona que se considere víctima de una discriminación prohibida en el marco de la concesión de prestaciones de Seguridad Social, pueda conseguir que se declare la ilegalidad de dicha discriminación y el abono de las prestaciones a que hubiera tenido derecho de no haberse producido aquella.

El Tribunal había establecido en el Asunto Marschall II en referencia a la Directiva 76/207/CEE que el derecho a obtener la reparación integral del perjuicio ocasionado por una actuación discriminatoria, podía incluir el de percibir intereses por los atrasos devengados; sin embargo, y de forma relativamente contradictoria, en el A. Sutton 66/95 S.22-abril-1997, establece que el mismo derecho, derivado de la D/79/7/CEE no implica la obtención de intereses sobre los atrasos de las prestaciones de Seguridad Social.

No obstante, añade que todo Estado miembro, está obligado a reparar los perjuicios causados a un particular por la violación del Derecho

comunitario siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia del TJCEE, a saber: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas. La apreciación de dichos requisitos varía en función de cada situación. Por último y de una jurisprudencia reiterada se deriva que, sin perjuicio del derecho a reparación que se basa directamente en el Derecho Comunitario siempre y cuando se reúnan los tres requisitos que acaban de mencionarse, el Estado ha de reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, quedando claro que los requisitos fijados en las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños, no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de carácter interno y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar en el marco de las consideraciones anteriores, si en el marco del litigio de que conoce y del procedimiento nacional, la parte demandante tiene derecho a que se le repare el perjuicio sufrido como consecuencia de la violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro y, en su caso, fijar el importe de dicha reparación.

A pesar de estas aclaraciones, resulta difícil comprender como una disposición formulada en los mismos términos en dos Directivas diferentes, tiene, según el Tribunal de Justicia un significado distinto en función del ámbito a que afecta -en un caso las condiciones de trabajo, en la otra los regímenes públicos de Seguridad Social-.

De otro lado si en el *A. Marshall II* la Corte había estimado que el transcurso del tiempo era susceptible de reducir el valor de la reparación del perjuicio sufrido, la misma consideración debería seguramente valer para las prestaciones de Seguridad Social, pues de lo contrario las instituciones públicas encargadas de pagarlas se beneficiarían de su propia inercia (JACQMAIN).

Finalmente señalar que en escasas ocasiones la Corte admite la relativamente frecuente solicitud de parte de los Estados miembros condenados por discriminación de limitar en el tiempo los efectos de las sentencias a los periodos posteriores a su fecha, con el objetivo de evitar el pago de atrasos, salvo en los casos de reclamación planteados en momentos anteriores a esta. El Tribunal a este respecto señala que las consecuencias financieras que pueden derivar para un Estado de una sentencia recaída en una cuestión prejudicial, no justifican en si misma una restricción de este tipo. En concreto en materia de igualdad de trato, en solo dos ocasiones el Tribunal ha consentido una limitación temporal de los efectos de una sentencia, se trata de los Asuntos Deffrenne II y Barber y en ambos casos esta restricción se ha basado en motivaciones relacionadas con el principio de seguridad jurídica.

6.4.- LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Entre las facultades de excepción que otorga el Art.7 de la D/79/7/CEE a los Estados miembros, es, como ya se ha señalado, la contenida en el párrafo 1.a) la que ha requerido mas declaraciones de parte del TJCEE; esta disposición contempla “la fijación de las edades de jubilación para la obtención de prestaciones de vejez y jubilación y las consecuencias que derivan de ello para las demás prestaciones”.

En reiterada jurisprudencia el Tribunal ha señalado que este apartado debe ser interpretado de forma restrictiva, entendiendo que la excepción permitida se limita a las discriminaciones que estén necesaria y objetivamente ligadas a la diferencia de edad de jubilación; por el contrario, cuando una normativa nacional haya suprimido la diferencia en la edad de jubilación, el Estado miembro no está facultado para mantener una diferencia en función del sexo en el cálculo de la prestación correspondiente (A. Equal Opportunities Commission 9/91 S. 7-julio-1992, A. Van Cant 154/92 S.1-julio-1993 y A. Richardson 137/94 S. 19-octubre-1995).

Dos asuntos británicos han permitido al Tribunal manifestar de nuevo su postura interpretativa al respecto del último inciso del Art.7.1.a.

La primera presentada por un grupo de mujeres contra el sistema britá-

nico de Seguridad Social que establece que la pensión de invalidez, reconocida a los trabajadores afectados de una incapacidad laboral, es reducida de oficio a la tasa de la correspondiente prestación de jubilación que les sería debida, a los 60 años si se trata de mujeres mientras que si se trata de hombres esta reducción se produce a los 65 años. Además, una ayuda social de invalidez que se añade a la prestación de invalidez correspondiente, no se reconoce mas que si el beneficiario mujer es menor de 55 años, mientras que al beneficiario hombre se le reconoce hasta los 60 años.

En el A. Graham 92/94 S.11-agosto-1995 la Corte establece que la discriminación constatada se encuentra directamente ligada a las diferentes edades de jubilación mantenidas en la legislación británica y por tanto no es contraria a la D/79/7/CEE; en cuanto al carácter necesario de tal conexión señala que se fundamenta en la preocupación de no privar de sentido la facultad de excepción prevista por el Art.7.1.a y de mantener la coherencia entre el régimen de invalidez y el de jubilación, concebido el segundo para sustituir al primero a partir de la edad legalmente establecida.

En este sentido de reconocer la conexión directa entre ciertos tratamientos discriminatorios relacionados con las edades diferentes de jubilación en función del sexo, y por tanto justificarlos desde la óptica de la D/79/7, abunda en los Asuntos De Vriendt 377/96 S.30-abril-1998 y Wolfs 154/96 S.22-octubre-1998 en los que se señala que el Art.7.1.a de la citada Directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando una normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de jubilación entre trabajadores y trabajadoras, el Estado miembro interesado puede calcular la prestación debida de modo distinto según el sexo del trabajador; estas formas de tratamiento responden al interés del legislador comunitario de permitir a los Estados miembros mantener en materia de jubilaciones las ventajas concedidas a las mujeres con el fin de permitirles llevar a cabo progresivamente una modificación de los sistemas de pensión, sin perturbar el complejo equilibrio financiero de dichos sistemas.

Una de las cuestiones planteadas en el periodo analizado, trataba sobre una exoneración del coste de diversos cuidados sanitarios que la legisla-

ción británica reconoce a ciertas categorías de personas, y entre ellos a los hombres de mas de 65 años y a las mujeres de mas de 60. La Corte, en el A. Richardson 137/94 S. 19-octubre-1995, señala que la prestación encausada no es carácter contributivo, por el contrario, se debe a las personas que debido al hecho de su retiro, dejan de cotizar a la Seguridad Social y concluye que, por esa razón, la relación objetiva y necesaria requerida por el Art.7.1.a entre la excepción permitida y la prestación encausada no existe puesto que la exoneración de los costes sanitarios no pone en peligro el equilibrio del régimen de jubilación, por tanto la discriminación no está justificada y los hombres deben poder beneficiarse de esta ayuda social a la misma edad que las mujeres.

Por primera vez una jurisdicción italiana ha interrogado a la Corte sobre la interpretación del principio de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos. El objeto de debate era una legislación en que se establecía la edad legal de jubilación para las mujeres en 55 años y para los hombres en 60, pero las mujeres podían seguir trabajando si así lo deseaban asimismo hasta los 60; sin embargo entre los requisitos de acceso a la prestación de jubilación se establece un mínimo de carencia igual para hombres y mujeres de 15 años. Para los asalariados de empresas en dificultad se establece un régimen de prejubilaciones a partir de los 50 años para las mujeres y de los 55 para los hombres; en tal caso, se reconoce a los interesados un crédito de cotizaciones complementarias entre la fecha de rescisión del contrato de trabajo y los 55 años de edad en el supuesto de que el interesado sea mujer y entre la misma fecha y los 60 años si se trata de un hombre. Una trabajadora cuya empresa se encuentra en dificultades, se acoge a los 54 años y 7 meses a este sistema de jubilación anticipada y obtiene, en consecuencia, un crédito de cotizaciones de 5 meses; la interesada mantiene que ha sido discriminada en razón de sexo y que le corresponde un crédito de cotizaciones de cinco años, que sería el reconocido a un hombre en su situación.

En el A. Balestra 139/97 S.30-enero-1997, la Corte debia decidir, en principio si la prestación encausada, recae bajo el ámbito de aplicación de la D/79/7/CEE - en tanto se trata de un régimen de jubilación- o de la D/76/207/CEE -ya que estamos ante un sistema de extinción contractual, encuadrable en el término “despido” en el sentido amplio en

que lo ha venido entendiendo la propia jurisprudencia del TJCEE-; el Tribunal opta por interpretar que recae en el ámbito de aplicación de la primera por entender que se trata de una prestación ligada al riesgo de vejez contemplado en el Art.3.1 de esta Directiva, para lo cual cita como precedente el A. Burton (19/81 S.16-febrero-1982); esta decisión tiene una importancia evidente: el tratamiento desfavorable de las mujeres en este supuesto es manifiesto, pero mientras que si hubiera optado por el ámbito de aplicación de la D/76/207 las posibilidades de justificación de la regulación encausada habrían sido nulas (A. Marshall I 152/84 S.26-febrero-1986), en la opción por la D/79/7 cabía una posibilidad de justificación desde la excepción del Art.7.1.a, es decir, considerarla como ligada necesaria y directamente con el sistema legalmente establecido de diferentes edades de jubilación, que es lo que finalmente decide el Tribunal; estima que la regulación del sistema de prejubilación encausado, está justificado por encontrarse ligado a la regulación de diferentes edades de jubilación admitida por la D/79/7.

En definitiva, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre igualdad de trato en los regímenes legales de la Seguridad Social, ha llevado a la doctrina comunitaria a señalar que en esta materia, “los hombres ganan sus procesos y las mujeres los pierden” (JACQMAIN).

7 LAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE IGUALDAD DE TRATO SIN JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA:

DIRECTIVA CEE 86/613 (IGUALDAD DE TRATO EN ACTIVIDADES AUTÓNOMAS), DIRECTIVA CEE 96/34 (EXCEDENCIAS PARENTALES), RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN 92/131/CEE (ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO).

El conjunto normativo comunitario sobre igualdad de trato, cuenta con tres normas de relativa importancia que, por diversas razones, no han sido interpretadas mediante sentencia alguna por el Tribunal de Justicia CEE. Entendemos no obstante necesario hacer referencia al contenido de las mismas con el objetivo de plantear un marco completo y actualizado del Derecho comunitario en dicha materia.

La primera de estas normas es la D/86/613 del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad en dichas actividades.

Su objetivo, como se establece en el Art.1 es garantizar la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan actividades autónomas -actividades lucrativas por cuenta propia incluidos los agricultores y los miembros de las profesiones liberales- y las denominadas "ayudas familiares" -cónyuges no asalariados ni asociados que contribuyen al ejercicio de dichas actividades, bien realizando las mismas tareas, bien tareas complementarias-, en aquellos aspectos no cubiertos por la D/76/207/CEE y 79/7/CEE.

Las obligaciones que derivan de esta Directiva para los Estados miem-

bros son las siguientes:

- adoptar las medidas necesarias a fin de que se eliminen las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato, en particular en lo que se refiere a la creación, instalación o ampliación de una empresa o al inicio o extensión de cualquier otra forma de actividad del trabajador autónomo, incluidas las facilidades financieras.
- adoptar las medidas necesarias para que los requisitos de constitución de una sociedad entre esposos no sean mas restrictivas que las condiciones de constitución de una sociedad entre personas que no estén casadas.
- cuando en un Estado miembro exista un sistema contributivo de Seguridad Social para la protección de los trabajadores autónomos, dicho Estado adoptará las medidas necesarias para que los cónyuges no asalariados ni asociados que contribuyen al ejercicio de dichas actividades, bien realizando las mismas tareas, bien tareas complementarias ("ayudas familiares"), si no estuvieren protegidos por el sistema de Seguridad Social de que se beneficie el trabajador autónomo, puedan adherirse sobre una base voluntaria y contributiva a un régimen de Seguridad Social.

Los Arts. 7 y 8 establecen "compromisos" de los Estados miembros mas que obligaciones en sentido estricto. Señalan estos preceptos que los Estados miembros se comprometen a examinar en qué condiciones puede favorecerse el reconocimiento del trabajo aportado por los cónyuges en régimen de "ayuda familiar" y a examinar en qué condiciones las mujeres trabajadoras autónomas y las cónyuges de los trabajadores autónomos, durante la interrupción de su actividad por razones de embarazo o maternidad, pueden tener acceso a servicios de sustitución o a los servicios sociales existentes en los territorios en los que ejercen su actividad y/o beneficiarse de una prestación económica en el marco de un régimen de seguridad social o de cualquier otro sistema de protección social pública.

Esta Directiva no ha sido sujeto de cuestión prejudicial ni de recurso de

incumplimiento en ninguna ocasión, probablemente por la laxitud de las obligaciones que derivan de ella para los estados miembros.

La conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: La Directiva 96/34/CEE de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre excedencias parentales concluido entre la UNICE la CEP y la CES.

Facilitar la compatibilización de las responsabilidades familiares y profesionales constituye un objetivo asumido hace tiempo por los poderes comunitarios y sobre todo por la Comisión de las Comunidades; aparece ya en el I Programa de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (1982-1986).

En la Exposición de Motivos de la Directiva se pone de manifiesto que a pesar de la existencia de un amplio consenso en la materia, no ha sido posible conseguir un acuerdo sobre la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 1983 (JO n°C/333/ de 9-3-1983) modificada en 1984 (JO N° C/316 de 27-11-1984).

Teniendo como punto de referencia el Punto 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales que señala que “conviene desarrollar medidas que permitan a los hombres y a las mujeres conciliar sus obligaciones profesionales y familiares” y siguiendo -por primera vez- el procedimiento de consultas a las partes sociales previsto en los Arts.3 y 4 del Acuerdo sobre la Política Social del Tratado de Maastricht, los interlocutores sociales europeos (UNICE, CEP y CES) llegaron a un Acuerdo Marco sobre excedencias parentales que transmitieron a la Comisión el 14 de diciembre de 1995; este texto se ha convertido tras su aprobación por el Consejo de Ministros en la Directiva 96/34 de 3 de junio de 1996 “concerniente al acuerdo marco sobre excedencias parentales”.

Sin duda se trata de un acuerdo de mínimos pero significa un importante progreso en la materia para algunos países europeos, incluido España.

El objetivo de la Directiva se fija en su Art.1 en los siguientes términos:

"El presente acuerdo enuncia prescripciones mínimas que tienen el objetivo de facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan. Se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que sean sujetos de un contrato o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos, o las prácticas en vigor en cada Estado miembro".

Los derechos que reconoce son los siguientes:

- 1- En virtud del presente acuerdo, bajo reserva de la cláusula establecida en el nº2, debe ser reconocido a todos los trabajadores el derecho a una excedencia parental en razón del nacimiento o de la adopción de un niño, para poder ocuparse de este durante al menos tres meses y hasta el cumplimiento de una edad determinada que puede llegar a los ocho años, a definir por los Estados miembros y/o las partes sociales.
- 2- Para promover la igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente acuerdo consideran que el derecho a la excedencia previsto en el nº.1, debería ser acordado, en principio, de manera "no transferible" -lo que significa un reconocimiento individualizado del derecho a cada padre/madre, de tal forma que no se puede optar por ceder el derecho a la otra parte: si uno de ellos no disfruta el derecho reconocido, el derecho se pierde.
- 3- Las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de la excedencia parental, serán definidas por la ley y/o los convenios colectivos en los Estados miembros, en el respeto a las prescripciones mínimas del presente acuerdo.

Los Estados miembros y/o las partes sociales pueden sobre todo:

- a) decidir si la excedencia parental se acuerda a pleno tiempo, a tiempo parcial, de manera fragmentable o en forma de un crédito-tiempo;
- b) subordinar el derecho a la excedencia a un periodo de trabajo y/o de antigüedad que no puede sobrepasar el año;

- c) adaptar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de la excedencia a las circunstancias particulares de la adopción;
- d) fijar periodos de preaviso al empleador por el trabajador que ejerce su derecho, precisando el comienzo y el fin del periodo de excedencia;
- e) definir las circunstancias en las cuales el empleador tras una consulta conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a las prácticas nacionales, puede rechazar la concesión de este periodo de excedencia por razones justificables ligadas al funcionamiento de la empresa, por ejemplo cuando el trabajo es de naturaleza estacional, cuando no se pueda encontrar un sustituto en el periodo de preaviso, cuando una proporción notable de la mano de obra solicite la excedencia al mismo tiempo, cuando una función particular tenga una importancia estratégica para la empresa. Todo conflicto derivado de la aplicación de esta cláusula debe ser resuelto de acuerdo con la legislación los convenios colectivos y las prácticas nacionales.
- f) además del punto e), autorizar regulaciones particulares para responder a las necesidades de funcionamiento de las pequeñas empresas”.

La Directiva hace recaer sobre los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra los despidos decididos por el empleador en represalia por haber ejercitado el derecho a excedencia. Se reconoce el derecho a la reserva del puesto de trabajo, el mantenimiento de los derechos profesionales durante el tiempo de excedencia y se señala que los Estados miembros deberán regular las cuestiones relativas a la Seguridad Social relacionadas con el disfrute del periodo de excedencia, teniendo en consideración la importancia de garantizar la continuidad de la carrera de seguro de los trabajadores excedentes.

El Art.3 reconoce el denominado derecho a la ausencia del trabajo por razones de “fuerza mayor”; señala que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores la ausencia del trabajo en el caso de fuerza mayor ligada a razones familiares urgentes, por ejemplo en caso de enfermedad o accidente que haga indis-

pensable la presencia inmediata del trabajador; la regulación prevista podrá precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de este derecho y limitarlo a una cierta duración por año y/o por caso.

Puesto que se trata de una Directiva de mínimos, se reconoce expresamente la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas mas favorables a las previstas en ella; tambien se recoge expresamente la cláusua "stand-still" negando la posibilidad de que en base a la Directiva se intente justificar una regresión del nivel de protección de los trabajadores en esta materia; se establece un periodo de trasposición de dos años con una posibilidad de prórroga de otro mas y finalmente se establece un plazo de cinco años para una revisión de su aplicación si una de las partes la solicita.

Esta Directiva ha sido sujeto de un Recurso de Anulación planteado por la Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME), Asunto T-135/96 que ha sido resuelto mediante la Sentencia del TJCEE de 27-junio-1998, en la que declara la inadmisibilidad del recurso que estaba basado en la insuficiente representatividad de las partes que habian negociado el acuerdo-marco posteriormente convertido en Directiva por el Consejo.

El acoso sexual en el trabajo: Recomendación de la Comisión 92/131/CEE de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y "Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual en el trabajo".

El acoso sexual en el trabajo constituye un fenómeno antiguo respecto del que las instituciones y los Estados miembros de la Comunidad Europea toman conciencia formal recientemente.

La Comunidad Europea hace expreso reconocimiento de la existencia del problema en 1986 año en el que el Parlamento Europeo, mediante una Resolución de 11 de julio (DOCE 86/C 176/73), realiza un llamamiento a los Estados miembros para que se esfuercen en conseguir una definición jurídica del acoso sexual en el trabajo y en arbitrar soluciones

adecuadas frente a este; al tiempo la Comisión encarga al experto comunitario Michael Rubenstein, un estudio pormenorizado sobre la situación del fenómeno en Europa, estudio que se presentó en 1987, en el que se pone de manifiesto que la situación analizada es verdaderamente grave y se propone la actuación de las instituciones comunitarias, en concreto la adopción de una Directiva sobre la protección de la dignidad de las mujeres en el trabajo.

Esta Directiva no fue adoptada pero, en su lugar, el 29 de mayo de 1990 el Consejo de Ministros aprobó una Resolución relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (DOCE 90/C 157/02); posteriormente, el 27 de Noviembre de 1991 la Comisión adoptó una Recomendación relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (DOCE 92/131) a la que se acompaña un "Código de Conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual en el trabajo"; de su parte el Consejo adoptó una Declaración el 19 de diciembre de 1991 (DOCE 92/C 27/01) relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión incluido el Código práctico encaminado a combatir el acoso sexual en los Estados miembros de la CE.

Ciertamente, ninguna de estas normas tiene carácter vinculante ya que se limitan a ofrecer sugerencias e iniciativas, pero significan una evidente toma de posición frente a un problema importante para las mujeres europeas y han contribuido eficazmente a profundizar en el debate sobre el hostigamiento o acoso sexual en los lugares de trabajo y a que los Estados miembros de la Comunidad tomen conciencia de la importancia del fenómeno y de la necesidad de aportar soluciones eficaces y procedimientos adecuados de tutela.

La construcción comunitaria en esta materia es, como en casi todo lo referente a protección antidiscriminatoria, heredera de la estadounidense. Estados Unidos constituye el país pionero en la tutela frente al acoso sexual en el trabajo; el Título VII del Acta de Derechos Civiles de 1964 recoge su prohibición, existiendo medidas más detalladas en la legislación de algunos Estados que han sido interpretadas y desarrolladas por una amplia jurisprudencia, y que sirven como punto de referencia para el análisis de la doctrina europea sobre este tema.

El IV Programa Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000) en su Punto 5.3 señala que “La Comisión hará una propuesta dirigida a elaborar un instrumento comunitario vinculante sobre el acoso sexual en el trabajo. En el contexto del diálogo social europeo se invitará a los interlocutores sociales a estudiar qué papel pueden desempeñar en la elaboración de dicho instrumento, que estará basado en la Recomendación sobre protección de la dignidad de 1991, especialmente por lo que respecta a la adopción de procedimientos adecuados en el lugar de trabajo con objeto de abordar de forma eficaz los incidentes de acoso sexual.

La Comisión invita a los Estados miembros a intercambiar periódicamente información sobre el fomento de la dignidad de todos los hombres y mujeres que viven en los países de la Unión....Los ámbitos prioritarios -de actuación- podrían ser aquellos en los que la dignidad de hombres y mujeres se ve socavada por abusos relacionados con el empleo ilegal, el tráfico transfronterizo de seres humanos y otras formas de explotación y abuso”.

El objetivo del Código de Conducta contra el acoso sexual en el trabajo es “proporcionar una orientación práctica para los empresarios, los sindicatos y los trabajadores sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo”; está concebido para su aplicación práctica tanto en sector privado como en el público y en él se anima a los empleadores a que sigan las recomendaciones y sugerencias ofrecidas, de la manera que resulte mas adecuada al tamaño y la estructura de su establecimiento.

La norma pretende ofrecer una definición del concepto de acoso sexual en el trabajo, y al tiempo, una serie sugerencias respecto de las medidas que se consideran eficaces para su prevención y de las características que han de reunir los procedimientos adecuados para la tutela de las víctimas.

En primer lugar, es de señalar que nos encontramos ante un fenómeno social carente de una definición mayoritariamente asumida; ni siquiera el Código de conducta define, en el sentido estricto del término, el acoso sexual en el trabajo, mas bien describe, explica y analiza sus carac-

teres mas relevantes, por ello aquí ofrecemos una definición que, a nuestro entender, recoge las orientaciones principales del derecho comunitario y comparado.

Se puede considerar acoso sexual en el trabajo, toda conducta de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección de una empresa o en relación o como consecuencia de una relación de trabajo, cuyo sujeto activo sabe o debe saber que es ofensiva y no deseada por la víctima, cuya posición ante la misma determina una situación que afecta al empleo, a las condiciones de trabajo de esta y que, en todo caso, tiene como objetivo o como consecuencia crearle un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante.

El componente definitorio esencial de la figura del acoso sexual, es su carácter de indeseado; el Código de conducta hace especial hincapié en que, su principal característica es que viola el derecho de libertad, de tal manera que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, aunque un solo incidente puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave: en definitiva, lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

Además de violar el derecho de libertad, el acoso sexual en el trabajo “puede ser, en determinadas circunstancias, contrario al principio de igualdad de trato tal y como se define en los artículos 3,4 y 5 de la Directiva 76/207 CEE del Consejo” (Art.1.c de la Recomendación 92/131/CEE). A este respecto, el informe Rubenstein pone de manifiesto que el acoso sexual en el trabajo se ejerce generalmente contra personas cuya situación personal y laboral las hace especialmente vulnerables; teóricamente puede ser sufrido tanto por trabajadores como por trabajadoras, pero dada la estadísticamente demostrada situación de discriminación en que se encuentran las mujeres en el mercado de trabajo, son estas las que se convierten en las principales víctimas. Se ha comprobado estadísticamente que las víctimas mas frecuentes del acoso sexual en el trabajo son las mujeres jóvenes que acaban de conseguir su primer empleo, generalmente temporal, las mujeres solas con responsabilidades

familiares como madres solteras, viudas, separadas o divorciadas y las que acceden por primera vez a sectores profesionales o a categorías consideradas tradicionalmente como masculinas de tal manera que resulta evidente que el acoso sexual en el trabajo está ligado directamente a la situación discriminatoria de las mujeres en el mercado de trabajo.

Se añade en el Código de conducta que este tipo de actuación viola la dignidad de las personas afectadas, contamina el entorno laboral pudiendo tener un efecto devastador sobre la salud, la confianza, la moral y el rendimiento de las personas que lo padecen y perjudica indudablemente sus perspectivas laborales.

Por lo que se refiere a los tipos de acoso, la doctrina diferencia entre el que se ha venido denominando "chantaje sexual", "quid pro quo" o "de intercambio" y el "acoso ambiental" diferenciación que en el Art.1 de la Recomendación se recoge en los siguientes términos:

- constituye "chantaje sexual" la situación en la que "b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de los empleadores o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base de una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo;"
- Constituye "acoso ambiental" la situación en que "c) la conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma."

Finalmente señalar que el ámbito en que la actuación acosadora ha de tener lugar para desencadenar la responsabilidad empresarial es necesariamente el de organización y dirección empresarial, es decir, la propia empresa o, si es fuera de ella, ha de tener relación con el trabajo de la víctima.

Los sujetos activos pueden ser tanto el empleador como los compañeros

de trabajo o incluso, clientes o terceros relacionados con la víctima por causa de su trabajo.

La configuración normativa y conceptual tan amplia de lo que se ha de entender por "conducta acosadora" ("conducta de naturaleza sexual") permite incluir en ella tanto la de carácter físico como verbal, gestual, insinuaciones etc.

El objetivo de la normativa comunitaria, como se ha señalado, es prevenir el acoso sexual y, si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos adecuados para tratar el problema y evitar que se repita. El Código de conducta se refiere especialmente al acoso realizado por personas diferentes al propio empresario, que, ostenten o no superioridad jerárquica respecto de la víctima, se encuentren sometidos al poder disciplinario de aquel; por lo que se refiere al acoso sexual realizado por el empleador, el problema se presta a diversos enfoques jurídicos desde perspectivas como la administrativa, civil, penal o incluso social pero no están contemplados en la norma comunitaria.

La mayoría de las recomendaciones incluidas en el Código se refieren a las medidas que deben adoptar los empleadores, sobre la base de que sobre ellos recae el deber de garantizar la protección de la dignidad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, sin embargo, se sugiere que las medidas que se detallarán a continuación, se adopten tras consulta a los representantes de los trabajadores o, incluso, mediante la negociación colectiva ya que la experiencia indica que las estrategias para crear y mantener un entorno laboral exento de acoso sexual, tienen más probabilidades de ser eficaces cuando se acuerdan conjuntamente.

Parece interesante señalar que la propia Comisión ha editado una guía oficial con el objetivo de facilitar la implementación del Código de Conducta por parte de sus destinatarios ("How to combat sexual harassment at work" Office for Publications of the European Communities, 1993).

Por lo que se refiere a la prevención frente al acoso sexual en el trabajo, y como primer paso para mostrar la intención de construir un ambiente de trabajo exento de este tipo de riesgo, los empleadores deben elaborar

una "declaración de principios" en la que se establezca clara y expresamente que todos/as los trabajadores/as de la empresa, sea cual sea su rango jerárquico, deben ser respetados en su dignidad, que no se permitirá ni tolerará el hostigamiento sexual y que todo trabajador tiene derecho a presentar denuncias si se produce, sin miedo a represalias.

Se recomienda que en la declaración se precise de la forma mas exacta qué ha de entenderse por acoso sexual y se explique que dicho comportamiento se considerará infracción disciplinaria y será sancionada; la declaración deberá exponer asimismo el procedimiento que habrán de seguir las víctimas para recibir ayuda, a quien habrán de dirigir su denuncia, que debe incluir el compromiso de un tratamiento serio, rápido y confidencial de todo tipo de queja, protección frente a las represalias y garantía de que el procedimiento terminará en la aplicación de las medidas disciplinarias adecuadas contra las personas culpables de actos de hostigamiento sexual hacia sus compañeros/as.

Una vez elaborada la declaración es importante garantizar su conocimiento efectivo por todos los integrantes de la empresa (lo que el Código señala como "comunicación suficiente y adecuada de la declaración de principios") y un nivel de formación asimismo suficiente y adecuado de todo el personal implicado en la organización del trabajo, que debería tener por objetivo la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de acoso. Toda persona que tenga alguna función específica o cometido oficial en el procedimiento de tutela, debería también recibir una formación específica.

Por lo que se refiere a tutela, la elaboración de procedimientos adecuados para tratar las denuncias de acoso sexual en el trabajo reviste, según el Código una crucial importancia; también es importante la puesta en conocimiento de todos los trabajadores de cómo y cuando utilizarlos y sus consecuencias.

Se recomienda que, mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, se nombre a una persona encargada de proporcionar asesoramiento y asistencia a los trabajadores víctimas de acoso sexual; sobre la utilidad de esta figura, existe experiencia en otros países donde se deno-

mina “asesor/a confidencial” y a menudo son personas pertenecientes a sindicatos o a grupos de ayuda a la mujer. Se resalta la importancia de proporcionar al “asesor/a” la formación y recursos necesarios para desempeñar su función así como de garantizar su protección frente a las represalias.

Está demostrado que, dada su naturaleza, la protección frente al acoso sexual en el trabajo no puede realizarse de manera suficientemente adecuada por medio de los canales normales de denuncia. La vergüenza, el temor a las represalias, a dañar la propia reputación o al enrarecimiento de las condiciones de trabajo, conducen a las víctimas a la inutilización de los procedimientos generales de tutela. El procedimiento formal de protección frente al acoso sexual, debe revestir características especiales de entre las cuales, la confidencialidad durante todo el curso de la investigación, resulta especialmente necesaria; es importante garantizar que las investigaciones que se realicen con el objetivo de asegurar la veracidad de la denuncia, se lleven a cabo con absoluto respeto de la dignidad y de los derechos tanto del denunciante como del denunciado así como que las personas encargadas de efectuarlas, ofrezcan suficientes garantías de independencia e imparcialidad. Como práctica adecuada se recomienda que, tanto la presunta víctima como el denunciado, tengan reconocido el derecho a ser acompañadas y/o representadas por alguien de su elección y confianza y es aconsejable que se disponga de un registro completo de todas las reuniones e investigaciones realizadas en cada empresa o centro y que los empresarios controlen y revisen las denuncias de acoso sexual y su resolución con el objetivo de asegurarse de que los procedimientos arbitrados para la tutela son eficaces. Sin duda la previsión de este tipo de procedimientos previos puede ayudar mucho en el proceso jurisdiccional posterior, en su caso, ya que como es sabido, uno de los obstáculos mas importantes para la sanción del acoso sexual es el de la prueba de su existencia.

Junto con las recomendaciones expuestas, dirigidas específicamente a los empleadores, el Código recoge algunas otras que tienen por destinatarios tanto a los sindicatos como a los trabajadores. Se recomienda en primer lugar, como práctica adecuada que los sindicatos formulen y presenten declaraciones claras de política sindical sobre acoso sexual y que

tomen medidas para aumentar la sensibilización de sus afiliados y de los trabajadores en general ante el problema, a fin de colaborar a crear unos ambientes de trabajo en los que ni se tolere ni se pase por alto. Mas concretamente, se señala que “los sindicatos deberían ofrecer a todos sus cuadros o dirigentes, formación adecuada sobre temas relacionados con la igualdad de trato, incluida la manera de abordar el acoso sexual en el trabajo, incluyéndolo en cursos de formación sindical...se recomienda como buena práctica que informen a sus afiliados y dirigentes a este respecto...”.

Se resalta la importancia de incluir en sus negociaciones con los empresarios la adopción de políticas y procedimientos adecuados para proteger la dignidad de los trabajadores, informar a sus afiliados de su derecho a no ser acosados sexualmente, proporcionándoles al tiempo una orientación clara sobre qué hacer en caso de que ocurra, incluido el asesoramiento sobre sus derechos legales. En el supuesto en que el mismo sindicato represente a la persona que ha presentado la denuncia y a la persona objeto de la misma, debe dejarse claro que el sindicato no está tolerando el acoso sexual al proporcionar la representación y, en cualquier caso, las dos partes no deben estar representadas por la misma persona.

Finalmente y por lo que se refiere a las responsabilidades de los trabajadores, el Código pone de manifiesto que pueden contribuir muy eficazmente al mantenimiento de ambientes de trabajo exentos de este riesgo si queda claro que consideran dicho comportamiento inaceptable y apoyan a los compañeros víctimas del mismo en la presentación de sus denuncias.

Evidentemente y dada la carencia de eficacia vinculante de las normas comunitarias existentes por el momento en materia de acoso sexual, no existe jurisprudencia del tribunal de Justicia a este respecto.

8 OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y PROHIBICIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DEL SEXO.

8.1 CONTROL Y ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA Y DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS.

Todas las Directivas recogen en uno o varios preceptos las obligaciones de los Estados miembros respecto de la aplicación y control de cumplimiento de las mismas; por ejemplo el Art.3.2 de la Directiva 76/207 señala que "...los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que: a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes".

En parecidos términos se expresan los Arts. 3 y 4 de la Directiva 75/117, Art.5 de la Directiva 79/7, Art.7 de la Directiva 86/378 y Art.14 de la Directiva 92/85.

De otro lado, las Directivas establecen la obligación para los Estados miembros de procurar que, las medidas de trasposición adoptadas, así como las disposiciones ya en vigor sobre la materia, se pongan en conocimiento de los trabajadores a través de cualquier medio apropiado, tal como la información en los lugares de trabajo (Art.8 de Directiva 76/207).

La Corte comunitaria ha precisado reiteradamente que, la consecución

de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, constituye el objetivo querido y buscado por la normativa comunitaria, de tal manera que los Estados miembros son libres para escoger los medios e instrumentos que consideren mas adecuados a sus diferentes ordenamientos jurídicos y situaciones sociales para realizar la trasposición de las Directivas sobre igualdad (Art.189.3 Tratado de Roma) pero esta libertad no es absoluta y la consecución del resultado les es exigido; concretamente en el Asunto Comisión v. Francia 312/86 S. 25-octubre-1988, el Tribunal señala expresamente que "...Dado que el cumplimiento de las Directivas se mide através de la obtención del resultado a conseguir con ellas, la libertad de formas de ejecución no permite que el legislador nacional considere cumplidas sus obligaciones, remitiendo la cuestión sin mas a la autonomía colectiva .." por el contrario, los Estados miembros deben ejercer una labor de control sobre todo tipo de norma interna incluidos los convenios colectivos, de tal manera que sea eliminado todo tipo de norma o cláusula convencional contraria a las directivas.

8.2 EL POSIBLE EFECTO DIRECTO VERTICAL Y HORIZONTAL DE LAS NORMAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

La trasposición suficiente de las Directivas comunitarias y su obligatoriedad, constituyen temas intimamente ligados al de la aplicabilidad directa o efecto directo de las normas comunitarias cuya trasposición no ha sido realizada o lo ha sido insuficientemente; respecto de este tema, y en relación concreta con las normas sobre igualdad de trato, la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente.

En el Asunto Deffrenne II 42/75 S. 8-abril-1976, la Corte de Justicia confirmó no solo el efecto directo vertical del Art.119 del Tratado de Roma, señalando que dicho precepto, puede ser invocado ante un Tribunal interno contra el Estado, sino tambien el efecto directo horizontal, es decir, puede ser invocado en las relaciones entre individuos privados incluida la negociación colectiva. Este fallo fue confirmado posteriormente en el Asunto Kowalska 33/89 S. 27-junio-1990.

El Tribunal extiende el efecto directo horizontal y vertical a la Directiva

75/117 siempre y cuando la discriminación salarial alegada sea de tipo directo en los Asuntos Jenkins 96/80 S. 31-marzo-1981 y Garland 12/81 S. 9-febrero-1982.

Sin embargo respecto de la Directiva 76/207 el Tribunal ha confirmado el efecto directo del Art.5.1 precepto que considera autoejecutivo, aunque solo en sentido vertical, es decir, frente al Estado incluso cuando este actúe como empleador privado (A. Marshall 152/84 S. 26-febrero-1986, A. Foster 188/89 S. 12-julio-1990).

Como ya señalamos, la D/79/7/CEE posee efecto directo vertical en tanto su destinatario exclusivo es el Estado miembro actuando como poder público (legislativo); se deduce claramente de la jurisprudencia que desde el momento en que se constata que una norma interna que niega una prestación o un beneficio a un grupo de personas, se opone al principio de igualdad de trato, el juez nacional debe inmediatamente, con su propia autoridad, conceder esta prestación o este beneficio al grupo desfavorecido sin esperar la eliminación de la contradicción por vía legislativa; según el Tribunal “hasta el momento en que el gobierno nacional adopte las medidas de ejecución necesarias, las mujeres tienen derecho a que se les aplique el mismo régimen que a los hombres en la misma situación, régimen que permanece, en defecto de una correcta trasposición de la Directiva, como único sistema válido de referencia” (A. FNV 71/85 S.4-diciembre-1986; A. Clarke 384/85 S. 24-junio-1987; A. Cotter y McDermott 377/89 S.13-marzo-1991; A. Van Cant 154/92 S. 1-julio-1993; A. Steenhorst-Neerings 338/91 S.27-octubre-1993; A. Johnson 410/92 S.6-diciembre-1994).

En todo caso, la obligación de interpretar y aplicar el derecho nacional de conformidad con los requerimientos del Derecho comunitario, deriva del Art.5 del Tratado de Roma y la Corte ha señalado que “ningún Estado miembro puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, para justificar el incumplimiento de obligaciones derivadas de Directivas comunitarias, ni puede alegar su propio incumplimiento para negar un derecho a los particulares” (A. Burton 19/81 S. 16-febrero-1981; A. Comisión v. Luxemburgo 58/81 S.9-junio-1982 entre otras).

B LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AÑOS 1994-1998.

1 INTRODUCCIÓN: LA INFLUENCIA DEL CONJUNTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL COMUNITARIO EN LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE SEXO.

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 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.

Sin embargo, la colocación sistemática de estos preceptos en la Constitución, les 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. Por esta razón ha sido el Art.14 CE interpretado conjuntamente con el 9.2 CE, el que ha servido de base para la creación de la

doctrina del Tribunal Constitucional en materia de discriminación laboral por razón de sexo.

A este respecto es necesario señalar que tanto el principio de igualdad como la prohibición de discriminación, son conceptos dinámicos, que, como todos los jurídicos, evolucionan en el tiempo. La interpretación que de ambos conceptos realiza el Tribunal Constitucional, 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 mas 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".

Resulta sorprendente que en el periodo analizado no hayan sido adoptadas por el Tribunal Constitucional español mas que diez sentencias en esta materia, lo que contrasta fuertemente con la estadísticamente constatable situación real de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo.

2 LA INTRODUCCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

Nuestro ordenamiento jurídico carece de una definición legal del concepto de discriminación indirecta -como por cierto ocurre en muchos otros Estados miembros de la U.E.-, sin embargo el concepto es operativo gracias a 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 S. de 1 de julio de 1988) y que ha sido seguida en el periodo que analizamos 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 es 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 mi opinión, la definición jurisprudencial adolece de cierta falta de claridad, resultando mucho más comprensible la contenida en la Directiva sobre carga de la prueba citada más arriba; probablemente en parte debido a ello, al escaso conocimiento de la existencia de normativa y jurisprudencia comunitaria en la materia, a la complejidad del concepto, a la relativa novedad de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico y también, al menos en parte, a la escasa sensibilidad que una parte de nuestra sociedad presenta frente al tema de la discriminación por razón de sexo, es de reseñar el insuficiente conocimiento del significado del concepto de discriminación indirecta, no solo por parte de las trabajadoras, lo que hasta cierto punto sería comprensible, sino por las partes sociales -empleadores y sindicatos- e incluso por una parte importante de los operadores jurídicos españoles.

3 EL CONCEPTO DE “ACCIÓN POSITIVA” Y SU INTRODUCCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como sucedía respecto de la discriminación indirecta, el ordenamiento jurídico español carece de la definición legal del concepto de “acción positiva”, lo que asimismo no es infrecuente en el resto de los Estados

miembros de la Unión Europea en los que la adopción de este tipo de medidas tiene ya una dilatada experiencia. Ha debido ser una vez mas el Tribunal Constitucional el que lo hiciese operativo en nuestro país.

Mediante la Sentencia n.128/1987 de 16 de julio, el Tribunal Constitucional introduce el concepto en nuestro ordenamiento jurídico y reconoce la compatibilidad de medidas de “acción positiva” con el principio constitucional de igualdad de trato. Una vez mas, mediante una interpretación conjunta de los principios de igualdad formal del Art.14 CE y el de igualdad esencial del Art.9.2, señala expresamente que “...no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad: el tratamiento diverso de situaciones distintas, puede venir incluso exigido en un Estado Social y Democrático de Derecho para la efectividad de los valores que nuestra Constitución consagra con el carácter de superiores en nuestro Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad, a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos la obligación de que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”.

En segundo lugar, en la misma Sentencia, el Tribunal diferencia entre este tipo de medidas de “acción positiva”, perfectamente compatibles e incluso exigibles constitucionalmente y las denominadas “protectoras”, cuyo objetivo teórico es la protección de la mujer, sobre la base de una supuesta inferioridad física y que implican un tratamiento diferenciado que se declara incompatible con la Constitución; expresamente señala el Tribunal que “...cuando cualquiera que sea su rango, una norma realiza una diferenciación por razón de sexo, es necesario indagar su objetivo para evitar el riesgo de que, tras una apariencia de favorabilidad, no se oculten medidas tutelares de la mujer, respecto de las cuales, el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser...”.

En su interpretación el Tribunal Constitucional refleja la postura jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la CEE fijada en casos tales como A. Comisión v. RFA 248/83 S. 21-mayo-1985, A. Comisión v. Francia 318/86 S. 30-junio-1988, A. Levy 185/91 S.2-agosto-1993, en los que este viene a afirmar el principio de que frente a riesgos iguales, hombres y mujeres deben ser protegidos de la misma forma, aceptando trata-

mientos específicamente protectores de las mujeres solo en virtud de la excepción contenida en el Parf.3 del Art.2 de la Directiva 76/207 CEE, es decir, las medidas de protección de la maternidad.

Es de notar que en materia de “acción positiva”, nuestro Tribunal Constitucional basa su doctrina, no tanto en la normativa comunitaria, sino en la Convención de Naciones Unidas sobre “Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” de 1979, que señala en su Art.4 Parte I que no deben entenderse discriminatorias, “...aquellas medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer...”.

Probablemente la causa estriba en la carencia de doctrina comunitaria en la materia; entendemos que a partir de la adopción de la Sentencia Marschall, nuestro Tribunal Constitucional podrá (o si se quiere deberá) adoptar como punto de referencia interpretativo en la materia la doctrina contenida en dicha Sentencia.

4 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIONES.

Resulta evidente respecto del principio de igualdad de retribuciones, la influencia de la normativa y la jurisprudencia comunitarias tanto sobre la evolución de la normativa española, como de la jurisprudencia de nuestros tribunales y, en particular, en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional español en esta materia.

Es de reconocer que una de las escasas mejoras introducidas por la denominada Reforma del mercado de trabajo de 1994, ha venido constituida por la modificación del Art.28 del Estatuto de los Trabajadores.

Hasta 1995, nuestra normativa en este tema, se encontraba en situación de incumplimiento por insuficiente trasposición de la comunitaria - Art.119 del Tratado de Roma y Directiva 75/117/CEE- según la propia jurisprudencia del TJCEE, en concreto de la sentada en el Asunto Comisión v. Dinamarca 143/83 S.30-enero-1985, en el que se señala-

ba que el principio de seguridad jurídica exige que las normas nacionales que realizan la trasposición de las comunitarias, den a conocer a sus destinatarios sus derechos de forma clara y con todo su alcance de forma que una norma nacional no cumple ese principio, cuando enuncia el de igualdad de remuneraciones con una significación mas restrictiva que la Directiva 75/117/CEE, al no mencionar de forma expresa el concepto de "trabajo de igual valor" como aquel por el que se debe el mismo salario, sin discriminación por razón de sexo.

La norma española anterior a la Reforma de 1994 señalaba la obligación del empleador de pagar el mismo salario por el mismo trabajo, sin discriminación por razón de sexo sin hacer referencia alguna al "trabajo de igual valor", con lo cual incumplía claramente la normativa comunitaria.

El actual Art.28 ET, adecuándose mucho mas a las exigencias comunitarias, señala que

"El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, el mismo salario, tanto por salario base como por complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo".

Esta reforma, sin embargo, resulta insuficiente ya que el nuevo precepto no concreta en modo alguno cuando debe entenderse que dos trabajos son de igual valor, ni aporta criterio alguno para valorar los trabajos.

En esta materia como en otras muchas relacionadas con la prohibición de discriminación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como señalamos muy influida por la del TJCEE, resulta de esencial importancia.

El Tribunal ha adoptado importantes sentencias sobre el principio de igualdad de retribuciones, entre ellas la ya citada en el Asunto Gregorio Marañón (S.n.145/1991 de 1 de julio) y posteriormente en el Asunto Puig (S.n.58/1994 de 28 de febrero), y Gomaytex (S.n.147/1995 de 16 de octubre); en ellas señala que el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo en la retribución, derivado del general de igualdad del Art.14 CE, debe ser interpretado en el sentido que estable-

ce la normativa internacional y comunitaria, como referido no solo a trabajos iguales, sino a trabajos “de igual valor” abarcando así también, “...todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos, no estrictamente iguales pero equivalentes o de igual valor, desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación, en cuya desigual valoración sea elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo; excluye que la valoración diferente del trabajo realizado, pueda tener lugar mediante la aplicación de criterios vinculados al sexo de los trabajadores y, en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino...”.

Viene además a señalar que la mera diferenciación de clasificación profesional, no justifica en absoluto una diferencia retributiva ya que el factor relevante para la diferenciación salarial es “..el trabajo mismo y no su denominación..”, no pudiendo admitirse la justificación de una disparidad de trato entre los sexos por razones aparentemente objetivas, sin tener en cuenta el impacto diferenciado y desfavorable que estas tengan en función del sexo.

El Art.14 CE impone al juzgador, según el Tribunal Constitucional, valorar si las diferentes funciones implican o no desarrollar un trabajo de distinto valor, empleando para cuantificar tal valor criterios que no puedan calificarse a su vez de discriminatorios, entendiéndose que la utilización en exclusiva como criterio de valoración de la mayor penosidad o esfuerzo físico, “...ha producido consecuencias irrazonables y perjudiciales para la mujer...dando mas valor a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, responsabilidad etc.) mas neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos...”.

En la Sentencia recaída en el Asunto Puig (S.n. 58/1994 de 28 de febrero) el Tribunal señala que es preciso tener en consideración que, en el caso en que lo que ha de determinarse no es la existencia de discriminación salarial directa (retribuciones diferentes para trabajos iguales), sino de discriminación salarial indirecta (retribuciones diversas para trabajos diferentes pero de igual valor), el juicio constitucional se hace mas com-

plejo y ha de tener en cuenta una serie de criterios que han de ser utilizados conjuntamente, para lo que ha de contarse con las reglas que al respecto ha elaborado el Tribunal de Justicia Comunitario; "...partiendo de ellas -señala- es posible sintetizar tres grupos de reglas que integran las diversas facetas de este complejo juicio de igualdad:

- a) En los supuestos en que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios, para excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia.

- b) Para entender cumplida la exigencia a que se acaba de hacer referencia, no basta con poner de manifiesto la desigualdad de las tareas realizadas. El parámetro de igualdad en este punto no es la identidad de tareas, sino la igualdad o desigualdad de valor del trabajo, único elemento relevante a estos efectos para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva.

- c) En la valoración del trabajo, además, ha de garantizarse y exigirse por tanto, que los propios criterios de valoración del trabajo, no sean por sí mismos discriminatorios. De este modo, deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos...Todo ello porque la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia salarial, también se ignora cuando se produce una hipervaloración de los trabajos en la que solo han sido tomados en consideración a efectos salariales, rasgos inherentes a uno de los sexos en detrimento del otro.

Solo del juego conjunto de estas tres reglas, es posible deducir si se ha realizado correctamente el juicio de igualdad y, si, en consecuencia, se ha apreciado o no la existencia de discriminación por razón de sexo, dispensando a los afectados la tutela que los Tribunales, como poderes públicos están obligados a dar".

En resumen, la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Constitucional español parcialmente trascritas, introduce una interpretación del principio de igualdad de retribuciones, que entiende implícito en el Art.14 de la Constitución, que refleja claramente la realizada por el Tribunal de Justicia Comunitario, básicamente las Ss. Rummler A. 237/85 1-julio-1986 y Danfoss A. 109/88 S. 17-octubre-1989, y que significa una ampliación de la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, refiriéndola tanto a la directa como a la indirecta, vehiculada esta última mediante una infravaloración de los criterios o de las características predominantes en los puestos de trabajo "feminizados": ante la alegación de discriminación, basada en la demostración de que un colectivo significativo de trabajadores caracterizado por su sexo, percibe sistemáticamente un salario inferior al correspondiente al colectivo caracterizado por el sexo contrario, efectuada por un demandante de Amparo constitucional y, sobre todo, cuando el demandante pertenezca al grupo tradicionalmente perjudicado por la discriminación (las mujeres), el juzgador debe entrar a analizar, no si las tareas encomendadas a cada uno de los colectivos en comparación son iguales o similares, sino si son de igual valor, y en el supuesto de que el juzgador no pudiera llegar a una conclusión definitiva porque el sistema salarial impugnado resulte poco "transparente", aquel -el juzgador- tiene la obligación de exigir del empleador que pruebe la razonabilidad de los criterios que le han inducido a aplicar la valoración salarial impugnada, en definitiva a "modificar la carga de la prueba" lo que resulta exigido por el Art.96 de la Ley de Procedimiento Laboral y que, a tenor de la jurisprudencia del T.J.Comunitario, deriva de la propia Directiva 75/117/CEE (Asunto Danfoss C.109/88 cit.) actualmente recogido en la Directiva sobre carga de la prueba 97/80/CEE. Sigue el Tribunal Constitucional señalando, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia comunitarias, que, un sistema salarial que implica una valoración basada exclusivamente en criterios propios de puestos de trabajo tradicionalmente masculinos -como el esfuerzo físico- resultaría discriminatoria por perjudicar de forma sistemática a la mano de obra femenina.

En conclusión, en materia de igualdad retributiva en sentido estricto, es clara la influencia de la normativa y jurisprudencia comunitarias sobre

la postura doctrinal del Tribunal Constitucional español, influencia que este reconoce expresamente en sus sentencias.

5 LA IGUALDAD DE TRATO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

Respecto del ámbito cubierto por la Directiva 76/207/CEE, dentro del sorprendentemente escaso número de sentencias existentes en esta materia, no se suelen encontrar referencias expresas al Derecho comunitario como base de las decisiones adoptadas por los Tribunales españoles; ni siquiera en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se suele hacer referencia explícita a ella salvo en lo que se refiere a las normas "protectoras".

Elaborada sobre la base de los Artículos 14 y 9.2 citados, la doctrina del Tribunal Constitucional ha concretado, de un lado, el alcance y significado de la prohibición de discriminación y, de otro, el concepto de condiciones de trabajo a que tal prohibición debe ser aplicada.

Respecto de las exclusiones que la Directiva 76/207/CEE reconoce en su Art.2.2, que señala "La presente Directiva no obstará la facultad de los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a aquellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de la naturaleza o de las condiciones de su ejercicio", no merece pararse excesivamente ya que, aunque desde hace relativamente poco tiempo, nuestro ordenamiento jurídico parece cumplir 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-, en base a una presunta inferioridad psico-física femenina, como ya señalamos, nuestro Tribunal Constitucional ha sido especialmente tajante: con base expresa en la jurisprudencia comunitaria sentada en los Asuntos Hofmann 184/83 S.12-julio-1984 y Jhonston 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 mas 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 incrementa respecto de la mujer...aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir especiales condiciones de fortaleza y condición física, estas 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” en general.

Respecto del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación, una de las características más resaltables 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; la prohibición de discriminación, para el T.J.CEE, abarca desde el acceso al empleo y la contratación, hasta las condiciones de extinción, pasando por la clasificación y la promoción profesional y llegando a cubrir hasta estadios previos a la propia contratación, es decir, la formación y orientación profesionales y las ofertas de trabajo (Asunto Burton 19/81 S.16-febrero-1982, Comisión v. RFA 248/83 S.21-mayo-1985, Colson-Kamman 14/83 S.10-abril-1984, Harz 79/83 S. 10-abril-1984, Dekker 177/88 S.8-noviembre-1990; Kording 100/95 S.2-octubre-1997).

En los mismos términos se manifiesta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional entre otras en la citada Sentencia n.229/1992 en 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 que también el “periodo de prueba” entraba 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 contra-

to 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 sexo.

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, 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; dicha norma 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 realiza 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 sí 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 su carácter discriminatorio, alegaba que la situación no debería solucionarse denegando la dote a la trabajadora, sino reconociendo el derecho a percibirla también por 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 mas, 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 28/93 S.28-setiembre-1994.

En conclusión, parece que respecto de la igualdad de trato y prohibición de discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza es paralela a la que el Tribunal de Justicia de la CEE refleja en sus sentencias en interpretación de la Directiva 76/207, aunque no manifieste expresamente su intención de basarse en la misma y aunque, en algunos casos, parece confundir las medidas de acción positiva y las de protección.

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 recaída en el conocido por asunto de la “basculera”, 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 mas 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 N°20 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 bascule-

ro, 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” (Fundamento Jurídico N°6 de la Sentencia de Instancia).

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..”.

El Tribunal Superior de Justicia, parece demostrar un conocimiento algo “confuso” respecto del concepto de discriminación indirecta ya que parece “ignorar” que en dicho concepto no cuenta en absoluto la intencionalidad del sujeto activo a que la Sentencia hace referencia como causa de exclusión de la discriminación.

El Recurso de Amparo se dirige contra esta segunda Sentencia y en el se pone de manifiesto lo siguiente: “...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 standar 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 dis-

criminación sufrida por la demandante, haya supuesto una mayor dificultad o carga probatoria.

Cuando 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 dá 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 legitimamente 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 mas 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 mas, 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.

En la Sentencia adoptada por la mayoría del Tribunal Constitucional, este, mas 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 mas 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 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 que no se aprecia constancia de discriminación.

Añade que, 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 concrección 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 concrección 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 en el Voto Particular firmado por el Magistrado Vicente Gimeno Sendra (ver Anexo sobre jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

Aun pareciendo mas 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 mas 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 mas el contenido del Voto particular desde esta óptica.

Afirma este que, nos encontramos ante una actuación formalmente neutra -la omisión de un dato quizá no tanto o no solo 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 sexo, el de las mujeres -que biologicamente 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-.

Se cumplen pues todos los requisitos exigidos por el TJCEE para configurar un supuesto de discriminación indirecta en la contratación: una actuación aparentemente neutra, susceptible de perjudicar mas intensamente a un colectivo integrado mayoritariamente por mujeres y que carece de una causa suficiente, objetiva, razonable y proporcional.

En definitiva entiendo que el Tribunal Constitucional, que en el ámbito retributivo parece manejar perfectamente el concepto de discriminación indirecta, no lo utiliza con tanta perfección en el ámbito cubierto por la Directiva 76/207/CEE (acceso al empleo y condiciones de trabajo).

6. DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD.

Por lo que se refiere a la discriminación por maternidad cubierto por la Directiva 92/85/CEE, la doctrina constitucional refleja de forma clara la doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario, que entiende que esta forma de discriminación es, en todo caso, una forma de discriminación directa que no puede justificarse de forma alguna (Asuntos Dekker 177/88 S.8-noviembre-1990, Habermann-Beltermann 491/92 S. 5-mayo-1994 y Webb 32/93 S. 14-julio-1994).

El Tribunal señala que la discriminación por maternidad es una forma de discriminación por razón de sexo y su prohibición abarca todos los

ámbitos que este cubre, la formación profesional, el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y la estabilidad.

En esta materia y en periodo analizado, han sido adoptadas tres sentencias, la 173/1994 de 7 de junio, la 3/1995 de 10 de enero y la 136/1996 de 23 de julio.

En ellas se reitera que “La discriminación por razón de sexo, comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial, que por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el Art.14 CE. Este Tribunal ha tenido ocasión de declararlo incluso en relación con decisiones empresariales “ad nutum” como la resolución de la relación laboral en el periodo de prueba (SSTC 94/1984 y 166/1988), o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994) y sin duda la conclusión debe proyectarse a decisiones empresariales causales, como es el despido”.

Continúa el TC señalando que “desde la STC 38/81, este Tribunal ha reiterado que cuando se alegue que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables, ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho constitucional....En consecuencia, cuando se ventile una vulneración del Art.14 CE, los órganos de la jurisdicción social, han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino mas bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo, de modo que pueda estimarse que, en todo caso, el despido hubiera tenido lugar verosimilmente por existir causa suficiente, razonable y seria para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria. El órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputa-

dos al trabajador, además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio.

La prohibición -de despido por embarazo- pretende evitar a la trabajadora embarazada cualquier riesgo de despido por motivos relacionados con su estado y comprende la hipótesis de las ausencias al trabajo debidas a una enfermedad o trastorno fisiológico causados por el embarazo y que impidan desarrollar la prestación laboral convenida, las cuales -ausencias- por tanto, no pueden justificar un despido”.

7. IGUALDAD DE TRATO Y PROTECCIÓN SOCIAL.

En la materia regulada por la Directiva 79/7/CEE (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la protección social pública), la situación española tanto normativa como jurisprudencial, resulta bastante menos adecuada a los principios establecidos en la normativa y jurisprudencia comunitarios que en los ámbitos anteriormente tratados.

No hemos encontrado en las sentencias adoptadas en materia de protección social, referencia alguna al Derecho o a la jurisprudencia comunitarias.

Por lo que se refiere al sistema público de protección social, son notorias las Sentencias del Tribunal Constitucional 103 y 104 /1983 de 22 de noviembre; el Art.160 de la Ley General de Seguridad Social establecía requisitos mucho mas exigentes cuando el beneficiario de la prestación de viudedad era de sexo masculino que cuando era de sexo femenino. En las citadas sentencias, el T.C. señaló la inconstitucionalidad de la exigencia de requisitos adicionales al viudo y reconoció el derecho a recibir la prestación a ambos en las mismas circunstancias.

Con posterioridad a nuestro ingreso en la Comunidad Europea, se planteó la compatibilidad con el principio de igualdad de trato y no discrimi-

minación por razón de sexo, de la regulación española del Régimen Especial de Seguridad Social del “servicio doméstico” que establece un nivel de protección muy inferior para este tipo de trabajadores, en su mayoría mujeres. El Tribunal Constitucional en Sentencia n.268 de 20 de setiembre de 1993, utilizando argumentaciones poco claras, preferentemente de tipo presupuestario relacionadas con el principio contributivo informador del Régimen en cuestión y sin referirse para nada ni al concepto de “discriminación indirecta” ni a la normativa y jurisprudencia comunitarias, declara compatible esta menor protección con el principio de igualdad del Art.14 C.E. (es de tener en consideración que en el Asunto Roks 343/92 S. 24-febrero-1994 el T.J.CEE declaró que las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una forma de tratamiento en la protección social en detrimento de uno de los sexos).

Por lo que se refiere al principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo en la protección social complementaria (Art 141 T.A. Directiva 86/378/CEE y A. Barber 262/88 S.17-mayo-1990), la posición del Tribunal Constitucional en esta materia se manifiesta en una sorprendente Sentencia de 17 de enero de 1994.

El asunto versaba sobre una regulación directamente discriminatoria en materia de pensión de viudedad que permanecía en vigor desde 1953, para un régimen complementario de pensiones de funcionarios; la regulación establecía requisitos mas estrictos para el caso en que el beneficiario sea de sexo masculino. El Tribunal señala en su sentencia que “...el principio de igualdad de trato del Art.14 de la Constitución, no alcanza por igual a las prestaciones complementarias, que, asumidas voluntariamente por el beneficiario, quedan sometidas al juego de las condiciones libremente aceptadas por el mismo...de tal manera que no puede exigirse para este tipo de prestaciones, el mismo régimen indiferenciado que el que el régimen público de Seguridad Social está obligado a dispensar..”.

Obsérvese lo peligroso de la argumentación, que además de no hacer referencia alguna a la normativa y la jurisprudencia comunitarias, resulta contraria a la tendencia manifestada mayoritariamente en el resto de

sus sentencias, de ampliar al máximo el alcance del principio de igualdad de trato y dotarle de todas las garantías exigibles desde el principio de tutela judicial efectiva. Compárese además esta con la S.T.J.C.E. de 17-abril-1997 A. Evrenopoulos.

También es preciso tener en consideración que el TC ha afirmado que la voluntad o el consenso de la víctima de una discriminación, no es suficiente para subsanar el carácter discriminatorio de determinada forma de tratamiento (STC 317/1994 28-noviembre-1994).

8.- CONCLUSIONES

En conclusión, la labor interpretativa que el Tribunal Constitucional ha realizado sobre la base de los Arts.14 y 9.2 CE ha resultado de esencial importancia; de un lado ha actuado como instrumento de importación desde el ordenamiento jurídico comunitario a nuestro ordenamiento jurídico interno, de conceptos clave de la tutela antidiscriminatoria, como el "discriminación indirecta"; de otro ha elaborado los principios que sirven de base constitucional de la "acción positiva".

Sin embargo, parece manejar con más acierto desde la óptica comunitaria los conceptos en relación con el ámbito cubierto por el Art.119 y la D/75/117/CEE (el retributivo) que respecto del correspondiente a la D/76/207/CEE (el del acceso al empleo y las condiciones de trabajo) y deja bastante que desear respecto del ámbito de la protección social, en el que no hace referencia alguna al Derecho Comunitario y parece mostrar una postura más restrictiva de la esperable a la vista de la que sostiene en los otros ámbitos.

BIBLIOGRAFIA.

BALLESTRERO, M.V.

“I diritti delle donne (note in margine a un dibattito su diritti umani e Comunità Europea)” *Politica del Diritto* n.1 Marzo 1990.

BIEBACK, K.J.

“La discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le Droit Social des Etats membres des CE au regard de la Directive CE 79/7”. Commission Européenne VI/1333/96 FR. Février 1996.

DURAN LOPEZ, F.

“La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207 de 9 de Febrero de 1976” en *AAVV* “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor M. Alonso Olea” *MTSS* Madrid 1990.

ELLIS, Evelyn.

“European Community sex equality Law” Clarendon Press, Oxford 1991.

FERNANDEZ LOPEZ, M.F.

“La discriminación por razón de sexo y su tutela ante los tribunales: norma comunitaria y norma nacional” *Boletín Jurídico de la Confederación Sindical de CCOO* n.39 julio 1991.

GUAGLIONE, L.

“Mujeres, trabajo y discriminación por sexo: notas a un seminario internacional” *Relaciones Laborales* N.15-16 agosto 1991.

HOSKYNS, C.

“The European Community's polity on women in the context of 1992”. *WSIF*, Vol.15 n.1 1992.

JACQMAIN.

“Égalité entre travailleurs féminins et masculins” *Journal des Tribunaux; Droit Européen* nº47 Marzo 1998.

LANDAU, E.C.

“The Rights of working women in the European Community” *Comunidades Europeas*, Luxemburgo 1989.

MACKINON, C.A.

“Sexual Harrassment of Working Women”, Yale University Press 1979.

McCRUDDEN, Christopher.

“Anti-discrimination Law” Dartmouth, Aldershot 1991.

MEENHAN, E.

“European Community policies on sex equality”. *WSIF* Vol.15 n.1 1992.

PÉREZ DEL RIO.

“El principio de no discriminación por razón de sexo”. En “*Derechos fundamentales y contrato de trabajo*” (Lousada Arochena y Movilla Garcia coord.) Comares Granada 1998.

PEREZ DEL RIO, FERNANDEZ LOPEZ, DEL REY GUANTER.

“Discriminación e igualdad en la negociación colectiva” Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid 1993.

PRECHAL, BURROWS.

“Gender discrimination Law of the European Community” Dartmouth, Worcester 1990.

RODRIGUEZ PIÑERO, M.

“La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el Artículo 119 del Tratado de Roma” *Relaciones Laborales* nº.1 1986.

RODRIGUEZ PIÑERO-FERNANDEZ LOPEZ.

“Igualdad y discriminación” Tecnos, Madrid 1986.

RUBENSTEIN M.

“Equal pay for work of equal value” MacMillan Londres 1984.

“The dignity of women at work: A report on the problem of sexual harassment in the member states of the European Communities” (ISBN 92-825-8764-9 Office for Official Publications CEE, Luxembourg 1987).

RUBENSTEIN M., DE VRIES I.M.

“How to combat sexual harassment at work” (ISBN 92-8265225-4 Office for Official Publications CEE, Luxembourg 1993).

SAVATIER.

“Travail de nuit des femmes et Droit communautaire” *Droit Social* n.5 1990.

VERWILGHEN, M. (edit.).

“Equality in Law between men and women in the European Community” Presses Universitaires, Lovaina 1989.

VOGEL POLSKY.

“The conception and instrumentalisation of legislation on equal opportunities for men and women: programmed not to succeed” *Transfer* (Revista de la CES) 1996.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Recopilación recogida en “Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la jurisprudencia europea” Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid (Dirección de la Mujer) Tomo I 1993, Tomo II 1995.



JUNTA DE ANDALUCIA

Instituto Andaluz de la Mujer