

Rosa Quesada Segura

# GUÍA PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO DISCRIMINATORIA

PAPELES DE  
TRABAJO

3

**GUÍA PARA  
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA  
NO DISCRIMINATORIA**

Colección: PAPELES DE TRABAJO N° 3

# **GUÍA PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO DISCRIMINATORIA**

Rosa Quesada Segura

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER  
Consejería de Asuntos Sociales  
JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, Málaga, 1994

# PRESENTACIÓN

*La publicación que inició la Colección Estudios del Instituto Andaluz de la Mujer se dedicó a un tema de singular importancia en materia de igualdad de trato y oportunidades, como es el análisis del tratamiento legal de tales principios en el ámbito de la relación de trabajo, y especialmente el recogido en la negociación colectiva.*

*La principal conclusión fue la constatación de la existencia de cláusulas discriminatorias en convenios colectivos de determinados sectores, a la vez que se mostraba una incipiente preocupación de los sujetos sociales por introducir, vía negociación colectiva, medidas promocionales o de igualdad de oportunidades.*

*La gravedad de la denuncia, que incluso ha dado lugar a una reciente interpelación parlamentaria a la Comisión de las Comunidades Europeas, fundamentó la necesidad de un segundo estudio que, como complemento del anterior, se dirige principalmente a fijar los criterios y procedimientos para conseguir una negociación colectiva no sólo desprovista de cualquier trato peyorativo y desigual por razón de sexo, sino real y sustancialmente igualitaria.*

*El resultado es esta Guía que ahora se presenta y que va dirigida a todos aquellos sujetos públicos o privados con responsabilidad en la negociación o en el control y aplicación de lo pactado. Pretende además, de manera muy especial, facilitar la importante y difícil labor sindical en la implantación de la igualdad de trato en las relaciones laborales mediante una acertada negociación de los convenios colectivos.*

*El estudio no se limita, sin embargo, al establecimiento de un decálogo de principios útiles para conseguir la finalidad propuesta, sino que, con un sentido omnicomprensivo del tema, la obra contiene un extenso planteamiento de la materia partiendo de una*

*revisión sistemática de la normativa internacional y comunitaria sobre el principio de igualdad y de los instrumentos de tutela establecidos para su garantía, para a continuación analizar los dos temas que se consideran más importantes en esta materia: la discriminación indirecta, que es la vía en la que hoy por hoy se mantienen los tratamientos discriminatorios, y la acción positiva, que es el medio idóneo para conseguir la igualdad real que se pretende.*

*Todo ello conduce a una serie de propuestas que abarcan toda la relación de trabajo, desde el acceso al empleo, a las condiciones de trabajo, el mantenimiento en el mismo y los instrumentos de control.*

*En los momentos actuales, en los que se propone una nueva redefinición de la estructura de la negociación colectiva, la derogación de las ordenanzas laborales y una nueva redistribución racional y coherente del empleo, creemos que las propuestas que esta Guía contiene son de un valor inestimable que no pueden en modo alguno desconocerse, no sólo porque introducen criterios de ordenación y planificación, sino también y sobre todo porque ello se hace sobre la base de conseguir la igualdad de trato a través de la promoción del trabajo de la mujer, cuestión ésta que conecta con el último y más grave problema que genera la situación actual y que debe evitarse: la presumible regresión en el empleo de la mujer como consecuencia de la liberalización de las relaciones de trabajo.*

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>2. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES</b> .....	19
<b>2.1. Preliminar</b> .....	19
<b>2.2. Normativa internacional y comunitaria</b> .....	20
<b>2.2.1. La igualdad de trato</b> .....	20
<b>2.2.2. La igualdad de oportunidades</b> .....	21
2.2.2.1. Programas de Acción Comunitaria para la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres.....	22
2.2.2.2. Otras manifestaciones del principio de Igualdad de Oportunidades en el ámbito comunitario .....	23
A) Dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (Proyecto de Recomendación de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, 1991) .....	23
B) Medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada (Directiva 92/85 del Consejo de 19 de octubre de 1992).....	25
C) Protocolo del Acuerdo Social de Maastricht .....	26
<b>2.3. Base constitucional y desarrollo normativo en España</b> .....	27
<b>2.3.1. La igualdad de trato</b> .....	27
2.3.1.1. Las normas sobre igualdad y no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores .....	27
<b>2.3.2. La igualdad de oportunidades</b> .....	29
2.3.2.1. Los Planes de Igualdad de Oportunidades: Planes Nacionales y Planes de las Comunidades Autónomas .....	30
A) El I y II Plan de Igualdad de ámbito nacional. Su expresión legal.....	30
B) Breve referencia al Plan de Igualdad Andaluz .....	34

<b>3. LA TUTELA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD</b> .....	37
3.1. Introducción .....	37
3.2. Las reformas introducidas en la Ley de Procedimiento Laboral .....	38
3.2.1. La actividad probatoria en materia de discriminación .....	38
3.2.2. Informe de los organismos públicos correspondientes y prueba de asesores .....	40
3.2.3. Ampliación y modificación de las modalidades procesales .....	41
3.3. El régimen sancionatorio .....	43
3.4. La tutela del principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional. El carácter interpretativo de las sentencias constitucionales .....	44
3.4.1. Nuevo planteamiento sobre las normas de carácter “protector” .....	45
3.4.2. Prohibición de discriminación indirecta .....	47
3.4.3. Igualdad salarial e interpretación constitucional del art. 28 del Estatuto de los Trabajadores .....	50
3.4.4. Equiparación a efectos de tutela discriminatoria del embarazo y el sexo.....	51
3.4.5. Reconocimiento de las acciones positivas.....	51
3.4.6. Reforzamiento de la actividad judicial de control .....	53
<b>4. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA</b> .....	57
4.1. Introducción .....	57
4.2. Negociación colectiva discriminatoria .....	58
4.2.1. Índice de discriminación por sectores y provincias .....	58
4.2.2. Tratamiento discriminatorio en condiciones de trabajo .....	59
A) Segregación profesional por razón de sexo .....	59
B) Exclusión o limitación de pluses salariales .....	63
C) Exclusión de beneficios que no tienen la consideración legal de salario....	63
D) Mantenimiento de la “dote” por matrimonio .....	64
E) Conclusiones .....	64
4.2.3. Mantenimiento de cláusulas discriminatorias en la última negociación colectiva (año 1993).....	65
4.3. Negociación colectiva y acciones positivas.....	68
4.3.1. Índice por sectores y Comunidades Autónomas.....	68
4.3.2. Medidas de acción positiva .....	69
A) Referentes a maternidad.....	70
B) Cambio de puesto de trabajo por embarazo .....	70
C) Declaración del derecho de la mujer a la igualdad en el trabajo .....	71

D) Reducción de la jornada de trabajo por cuidado del menor.....	71
E) Medidas equiparadoras.....	71
F) Medidas promocionales.....	72
G) Medidas contra el acoso sexual en el trabajo.....	72
H) Creación de comisiones de igualdad.....	73
4.3.3. Reflexiones.....	73
<b>5. LOS TEMAS CLAVE: LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LAS ACCIONES POSITIVAS.....</b>	<b>75</b>
5.1. La discriminación indirecta.....	75
5.1.1. Concepto.....	76
5.1.2. Elementos caracterizadores.....	80
5.1.3. Cómo se determina la existencia de discriminación indirecta.....	82
5.1.3.1. Delimitación de la disposición, el criterio o el requisito discriminatorio.....	82
5.1.3.2. Formas de establecer el impacto adverso.....	84
A) La base de comparación.....	84
B) Utilización de la estadística y la práctica social.....	85
C) La determinación del porcentaje.....	86
D) Obligación del órgano judicial de interpretar de forma extensa la exigencia que presumiblemente da lugar al tratamiento discriminatorio.....	87
5.1.3.3. La justificación del impacto adverso.....	89
5.2. Las Acciones Positivas.....	93
5.2.1. Naturaleza, contenido y vías de introducción de las normas sobre igualdad de oportunidades.....	93
5.2.2. Las acciones positivas. Concepto.....	94
5.2.3. Tipología de las acciones positivas.....	95
A) Equilibrio y distribución de las responsabilidades familiares y profesionales entre los sexos.....	95
B) Medidas equiparadoras y promocionales.....	96
C) Medidas que garanticen la dignidad personal y profesional de la mujer en el trabajo.....	97
D) Medidas de garantía y control.....	97
<b>6. GUÍA PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO DISCRIMINATORIA.....</b>	<b>99</b>
6.1. Acceso al empleo.....	100
6.1.1. Procedimiento de contratación no discriminatorio.....	100
A) Respecto a la convocatoria.....	100
B) Procedimiento de selección.....	100
C) Exigencia de titulaciones académicas o profesionales.....	102

D) Pruebas o requisitos físicos .....	102
E) La colocación a través de agencias privadas.....	102
F) Prácticas discriminatorias en el empleo .....	103
<b>6.1.2. Medidas de acción positiva para la contratación de mujeres.....</b>	<b>103</b>
A) Educación y formación .....	103
B) Facilitación del acceso al trabajo .....	103
C) Obligaciones específicas del empresario.....	104
D) Medidas positivas en convenios colectivos.....	104
<b>6.2. Condiciones de trabajo.....</b>	<b>104</b>
<b>6.2.1. El sistema de ascenso .....</b>	<b>105</b>
<b>6.2.2. Garantizar el equilibrio y la distribución de las responsabilidades     familiares y profesionales entre los sexos .....</b>	<b>106</b>
A) La maternidad y sus episodios .....	106
B) La distribución de responsabilidades familiares .....	106
<b>6.2.3. La dignidad de la mujer en el trabajo. Prohibición de acoso sexual .....</b>	<b>107</b>
A) Obligaciones del empresario .....	107
B) Obligaciones de los representantes de trabajadores y Sindicatos.....	107
<b>6.2.4. Los sistemas de calificación profesional .....</b>	<b>107</b>
A) Obligaciones del empresario .....	107
B) La función de la negociación colectiva en la reestructuración de los sistemas de calificación profesional.....	108
C) Sistema de medición de puestos de trabajo .....	108
D) Criterios para evaluar las categorías y grupos profesionales .....	109
<b>6.2.5. Sistema retributivo .....</b>	<b>109</b>
A) Fijación del salario.....	109
B) Criterios de valoración.....	110
C) Comparación entre trabajos de similar valor.....	111
D) Valoración del trabajo por asesores.....	112
<b>6.2.6. Mantenimiento del puesto de trabajo .....</b>	<b>113</b>
<b>6.3. Medidas de garantía y control .....</b>	<b>114</b>
<b>7. NOTAS .....</b>	<b>115</b>

# 1. INTRODUCCIÓN

La diferencia de trato entre hombres y mujeres ha sido –y aún continúa siendo– una de las características dominantes de las relaciones laborales con carácter universal. Y por ello su eliminación ha constituido, igualmente, un objetivo prioritario en diversos instrumentos internacionales. Desde que en la propia Constitución de la OIT se proclamó la “especial y urgente importancia” del principio “del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de valor igual”(1), hasta el Tercer Programa de Acción Comunitaria a medio plazo para la Igualdad de Oportunidades –propuesto para los años 1991-1995 y aprobado por Resolución del Consejo de 21 de mayo de 1991(2)– en donde se declara que la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres no puede ya considerarse como una propuesta de carácter específico y limitado, sino como parte integrante y dimensión plena de las políticas económicas y sociales de los Estados así como de la política estructural de la Comunidad, se ha recorrido un largo camino. Aquel que transcurre entre las normas que corresponden a la que, de forma aproximativa, puede considerarse disciplina normativa o de garantía y aquellas otras que se incluyen en la llamada normativa promocional o de fundamento de la igualdad de oportunidades(3).

De esta forma se ha pasado en el tema de la igualdad por razón de sexo –principalmente por esta causa en base al impulso de la normativa y la jurisprudencia comunitaria– de un concepto estricto del principio en donde lo primordial era garantizar la igualdad de tratamiento, a una noción positivista del principio en donde el acento se pone en la promoción de la igualdad sustancial entre hombres y mujeres.

Sin embargo, el progreso en estas cuestiones, por el cambio que significan y por las implicaciones económicas y sociales que suponen, es necesariamente lento. Prueba de ello es la abundante jurisprudencia nacional o comunitaria que el tema está generando, así como la cautela que a veces muestra en sus decisiones el propio Tribunal de las Comunidades(4). Piénsese que ello puede suponer una alteración fundamental de la estructura salarial en los planteamientos a largo plazo empresariales y, consecuentemente, una elevación de los costes de producción o distribución en los sectores o actividades de utilización intensiva de mano de obra femenina. Por otra parte, las organizaciones sindicales, si bien postulan como principio programático, el de la igualdad en todas las condiciones de trabajo y concretamente en materia de retribución, sin discriminación alguna por razón de sexo, tampoco escapan a las presiones tanto de los empresarios como de los propios trabajadores masculinos en el momento de la realización del pacto colectivo(5).

A su vez, es bien sabido que cualquier situación de crisis económica –que, por lo demás, desde los años setenta tiende a estabilizarse– actúa directamente sobre la situación laboral de los colectivos más deprimidos, como las mujeres o los jóvenes que integran ese mercado secundario de mano de obra barata y menor cualificada. Junto a ello, los prejuicios sociales –culturales, sin duda– acerca del menor valor del trabajo de la mujer que instintivamente justifican la existencia de “empleos masculinos” y “empleos femeninos” con un sentido peyorativo y justificativo de la menor retribución, poseen una raíz psicológica muy profunda y muy extendida en todos los países(6).

De esta forma, pese a los instrumentos internacionales, pese a las disposiciones legislativas nacionales tanto prohibitivas de desigualdades de trato como potenciadoras de acciones positivas y a las medidas tutelares y sancionadoras que se imponen para la consecución del principio, el objetivo de lograr la efectiva integración igualitaria de la mujer en el mundo del trabajo –que no es sino una cuestión de justicia social– no puede considerarse hoy por hoy cumplido.

En base a todo ello, esta “Guía para la negociación colectiva no discriminatoria” pretende el establecimiento de una serie de criterios objetivos y válidos que sirvan a los agentes sociales –principalmente a éstos, pero igualmente útiles para todos aquellos que en razón de su cargo asumen funciones de control y tutela– para impedir cualquier acción que suponga un trato discriminatorio por razón de sexo en la negociación colectiva. Y, puesto que no es suficiente para la consecución de la igualdad sustancial el garantizar la igualdad de tratamiento, la Guía, desde una noción positivista del principio, fomentará la introducción en la negociación colectiva de lo que ha venido en llamarse normativa promocional o de fundamento de la igualdad de oportunidades, sugiriendo, en consecuencia, una serie de medidas de acción positiva, que contribuyan a lo que finalmente se pretende: la igualdad real entre hombres y mujeres.

Y esta es, en definitiva, la tendencia última de la política social comunitaria al reconocer la importante función que deben asumir los agentes sociales, a través de la negociación colectiva, como gestores e introductores de políticas de igualdad. Tendencia que tiene su más reciente exponente en dos instrumentos de singular importancia: el Tercer Programa de Acción Comunitaria para la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres –aprobado por Resolución del Consejo de 21 de mayo de 1991– y el Acuerdo Social aprobado en el Tratado de Maastricht.

En esta línea la Guía se configura como un conjunto de propuestas tendentes a introducir un cambio fundamental en la propia estructura de la negociación colectiva. La eficacia de estas propuestas y la utilidad, por lo tanto, de esta Guía está condicionada al estudio de la realidad jurídica y social del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación en nuestros días.

Por ello, la primera parte del trabajo se centra en el análisis objetivo de los principios de igualdad de trato y oportunidades.

Una vez establecido un marco legal de igualdad, la negociación colectiva, por su carácter normativo y vinculante a la vez que flexible e inmediato, se convierte en el ámbito ideal para el cumplimiento de las normativas de igualdad y como la vía más apropiada para lograr la transformación definitiva de los hábitos profesionales discriminatorios. Es por esto que, la segunda parte del trabajo analizará la posición que hasta el momento han asumido los sujetos sociales en la negociación colectiva por lo que respecta a esta materia.

La tercera parte contemplará ya los dos temas centrales sobre los que giran todas las cuestiones referentes a la igualdad: la discriminación indirecta y las acciones positivas.

Al hilo de una y otras se desarrollarán las propuestas concretas que en definitiva conforman esta Guía para la negociación colectiva no discriminatoria, sin olvidar que, sobre todo, la eficacia de estas propuestas dependerá directamente del grado de aceptación de las mismas por los sujetos sociales. A estos son, principalmente, a los que van destinadas.

## **2. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES**

### **2.1. Preliminar.**

El largo y lento proceso para conseguir la eliminación de desigualdades entre los sexos en materia laboral se ha producido en nuestro país de una forma mucho más acelerada y radical, puesto que la Constitución ha tenido un efecto mucho más emancipatorio de la mujer que las Constituciones de la postguerra, y también porque en el momento del ingreso de España en la Comunidad Europea, el Derecho comunitario, muy en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, había dado ya los pasos que permitían la descongelación de las reglas comunitarias al respecto, en particular el art. 119 del Tratado de Roma, y ya se había configurado la igualdad de tratamiento y oportunidades entre hombres y mujeres como uno de los principios inspiradores de la Europa social(7).

Junto al cambio de marco jurídico, en el que la igualdad aparece como regla inmediata a nivel individual y a la vez como objetivo a nivel social, la problemática se plantea, en términos jurídicos, en la tensión existente entre la paridad o uniformidad de trato entre los sexos, como igualdad formal, y la igualdad efectiva o real entre los hombres y las mujeres en el trabajo como igualdad sustancial.

Existe, por tanto, una dualidad de concepciones de la igualdad entre los sexos: la de la igualdad de trato, como mandato de parificación, y la de la igualdad de oportunidades que supone la tutela antidiscriminatoria en favor de la mujer, por su peor situación de partida.

Esta dualidad de concepciones –integradas, no obstante, en un mismo concepto amplio y omnicomprende de la igualdad– motiva una dualidad de tratamientos normativos: aquellas normas que contemplan la igualdad de trato y aquellas otras que, desde el prisma de la igualdad sustancial, potencian y permiten la igualdad de oportunidades.

Esta misma ambivalencia normativa está presente en las manifestaciones internacionales y comunitarias sobre igualdad entre los sexos, y de forma similar aparece también reflejada en nuestro propio derecho social. Veámoslo a continuación:

## **2.2. Normativa internacional y comunitaria.**

### **2.2.1. La igualdad de trato.**

Como bien se sabe, la diferencia de trato entre hombres y mujeres ha sido una de las características dominantes de las relaciones laborales con carácter universal, y por ello su eliminación ha constituido, igualmente, un objetivo prioritario en diversos instrumentos internacionales.

En este sentido la propia Constitución de la OIT proclamó la “especial y urgente importancia” del principio “del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de valor igual”(8), y de forma semejante, el muy importante, aunque contravertido(9) Convenio nº 100 de la OIT y la Carta Social Europea(10), yendo más allá de la simple regla “del salario igual para trabajo igual”, establecían el criterio del “trabajo de igual valor”.

En el derecho comunitario europeo, el Tratado de Roma de forma vinculante y expresa declaraba, en su art. 119, la igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos y si bien contenía normas interpretativas de lo que haya de entenderse por remuneración(11) y de lo que significa “igual remuneración”, la regla que imponía era la de “trabajo igual” frente a la más genérica del Convenio nº 100 de “trabajo de valor igual”.

El art. 119 fue sustancialmente ampliado por la Directiva CEE 75/117, de 10 de febrero de 1975 “relativa al acercamiento de las legislaciones de los Estados miembros por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos”(12). En su artículo primero, la Directiva reproduce el esquema de sus precedentes normativos en torno a dos puntos fundamentales: por una parte, conceptuando el principio de igualdad de remuneración en el sentido que para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya igual valor debe eliminarse todo tipo de discriminación con base en el sexo por lo que respecta a cualquier aspecto y condiciones de la remuneración, tanto proceda de convenios colectivos como de contratos individuales(13); por otra, como medida imprescindible en orden a la consecución de la igualdad de retribución que se pretende, indicando la procedencia de la uniformidad en los sistemas de clasificación profesional que “deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos” y “de manera que excluya las discriminaciones fundadas en el sexo”(14).

Al año siguiente, una nueva Directiva relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976(15)) viene a complementar la anterior, ya que la igualdad salarial efectiva que se pretende no puede, en modo alguno, desconectarse de la garantía de acceso a la mujer a todo tipo de empleo, del derecho de promoción en el mismo y, fundamentalmente, de un sistema de valoración y clasificación profesional fundado en criterios comunes para uno y otro sexo.

Con posterioridad han sido adoptados otros instrumentos que refuerzan las disposiciones anteriores en materia de igualdad de trato –Directiva del Consejo de 24 de julio de 1986 (86/378/CEE), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, y, Directiva del Consejo de 11 de diciembre de 1986 (86/613/CEE) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas–.

### **2.2.2. La igualdad de oportunidades.**

Sin embargo, pronto se comprobó –se señala el año 1975 como paradigmático–, que el objetivo general de conseguir la igualdad sustancial en el trabajo entre hombres y mujeres no se cumplía con el establecimiento de un marco legislativo que garantizase la igualdad de trato. Cuando un colectivo es discriminado histórica y tradicionalmente de forma tan profundamente arraigada en la sociedad; cuando, además, tal situación

discriminatoria ha estado amparada por normas legales, el esfuerzo para combatirla no puede quedar reducido a declaraciones formales de igualdad, ni al mantenimiento de aparentes criterios objetivos, pues tanto unas como otros, corren el riesgo de convertirse en vehículos institucionales para el mantenimiento de tales situaciones.

En este sentido, el art. 4,1 de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establecía que “la adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad ‘de facto’ entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención”, y vendrán justificadas en cuanto efectivamente se den circunstancias sociales discriminatorias, durando lo que duren éstas y hasta que se alcance el objetivo “de igualdad de oportunidad y trato”.

A su vez, el derecho comunitario europeo, caracterizado por haber situado el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como uno de los principios básicos que rigen la política social comunitaria, ha intentado acelerar el proceso real de equiparación entre los sexos a través de una serie de medidas relativas a la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer –Decisión de la Comisión para la creación de un Comité Consultivo para la Igualdad (diciembre, 1981); Resolución del Consejo para la Igualdad de Oportunidades en la Educación (junio, 1985); Recomendación de la Comisión sobre la formación profesional de las mujeres (noviembre, 1987)–, así como a través del establecimiento de programas de acción positiva en favor de la mujer –Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984–.

Hasta ahora se han realizado tres programas de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades:

### **2.2.2.1. Programas de Acción Comunitaria para la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres.**

El primero –Programa aprobado por Resolución del Consejo (julio de 1982 )(16)– para el período 1982-1985 establecía las bases de una política global en materia de empleo para las mujeres sobre la base del fortalecimiento de los derechos individuales por medio de la extensión de la legislación comunitaria, por una parte, y la promoción de la igualdad de oportunidades en la práctica, esencialmente por medio de programas de acciones positivas.

El segundo –Resolución del Consejo (julio, 1986)(17)– para el período 1986-1990, intensificando las medidas anteriores, se proponía acciones concretas en materia de igualdad –especialmente relativas al empleo de la mujer, para favorecer su acceso y

su participación igualitaria en empleos donde estaba tradicionalmente subrepresentada-, a la vez que la potenciación hacia el cambio y sensibilización de actitudes sociales sobre el reparto de responsabilidades familiares.

El tercero, propuesto para los años 1991-1995 –Resolución del Consejo de 21 de mayo de 1991(18)–, parte de un nuevo y más ambicioso presupuesto: La política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres no puede ya considerarse como una política de carácter específico y limitado, sino como parte integrante y dimensión plena de las políticas económicas y sociales de los Estados así como de la política estructural de la Comunidad. En la propia Exposición de Motivos se establecen los nuevos objetivos de actuación desde los principios de complementariedad y subsidiaridad; el primero en cuanto exige la cooperación entre todos los “interlocutores para la igualdad”, es decir de todos aquellos cuya intervención es necesaria para la aplicación del programa, incluidas las organizaciones locales y regionales interesadas. El segundo en cuanto prevé que se integre el objetivo de la igualdad de oportunidades en las políticas generales tanto a escala comunitaria como a nivel nacional(19).

Como novedoso y como muy importante debe destacarse el papel que el Consejo otorga en este Tercer Plan a los agentes sociales ya que les invita “a hacer de la igualdad de oportunidades y trato uno de los elementos de la negociación colectiva, en particular esforzándose por introducir en las empresas y en las ramas y sectores profesionales programas de acción afirmativa que se integren en una política coherente de gestión de los recursos humanos y por suscitar un verdadero compromiso en favor de la formación y del empleo de las mujeres en las empresas; les invita asimismo a “proseguir y fortalecer el diálogo social sobre los aspectos de la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares y de la protección de la dignidad de las mujeres y de los hombres en el trabajo”; a “incluir en la negociación colectiva la igualdad de retribución (igual retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor) y la eliminación de las discriminaciones basadas en el sexo en los sistemas de evaluación y/o clasificación de las funciones”; y por último a “adoptar todas las medidas necesarias para promover de forma activa la representación de las mujeres en los órganos decisorios”.

#### **2.2.2.2. Otras manifestaciones del principio de igualdad de oportunidades a nivel comunitario.**

**A)** Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, al que se acompaña un código práctico encaminado a combatir el acoso sexual.

(92/C27/01).

La conducta de naturaleza sexual que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo puede contravenir el principio de igualdad de trato en lo referente al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, pero, sin duda, la finalidad última de tal Recomendación es, como señala la Declaración del Consejo, precisamente la de fomentar la integración de la mujer en el mercado de trabajo. Se trata por ello no sólo de una manifestación de la igualdad de trato, sino también de una medida de igualdad de oportunidades ya que tiende a evitar, impedir y paliar el acoso sexual en el trabajo en cuanto que éste constituye “un problema grave para un gran número de mujeres que trabajan en la Comunidad y obstaculiza su integración plena en la vida activa” –como se afirma en los propios Considerandos–.

De esta Recomendación conviene destacar tres aspectos, a mi entender, fundamentales:

- a) En primer lugar, la definición que contiene de lo que deba entenderse por “acoso sexual”.

Concepto en principio difícil de aprehender –ya que por lo general consiste en conductas o actitudes a veces sutiles e imprecisas, aceptadas o rechazadas dependiendo del contexto, etc...– y que sin embargo necesita una rápida tipificación en las legislaciones nacionales. Dice el art. 2: “El acoso sexual es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados”.

Se caracteriza por lo siguiente: que la conducta sea indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma –lo que subjetiviza en extremo la calificación–, correspondiendo a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. De ello deriva la segunda nota característica: es necesario que la persona acosada indique claramente que el comportamiento lo considera ofensivo y por lo tanto es indeseado. 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. Sin embargo, un sólo acto si es grave, puede constituir por sí mismo acoso. La tercera nota que la caracteriza es la consideración del acoso sexual como un problema de discriminación sexual porque el sexo de la persona afectada es el factor que determina quién es objeto de acoso.

- b) En segundo lugar, la responsabilidad que se le atribuye a empresarios y sindicatos en este tema.

A los primeros, ya que éstos tienen el deber de garantizar la protección de la salud, integridad y dignidad del trabajador en el centro de trabajo. Los segundos, en cuanto que también tienen responsabilidades con respecto a sus afiliados, y pueden y deben desempeñar un importante papel en la prevención y denuncia del acoso sexual en el trabajo.

- c) En tercer lugar, el valor que de nuevo se reconoce a la negociación colectiva como la vía más idónea para erradicar situaciones discriminatorias.

En este caso, la Recomendación considera la importancia de incluir en los convenios colectivos, cláusulas encaminadas a lograr “un entorno laboral libre de comportamientos indeseados de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecten a la dignidad, así como toda represalia contra el denunciante o la persona que desee atestiguar en caso de denuncia”.

- B)** 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.

Es ésta igualmente una medida de igualdad de trato –en cuanto que tiende a garantizar el empleo y condiciones de trabajo impidiendo el despido y asegurando la remuneración o el beneficio de una prestación adecuada– y asimismo una medida de igualdad de oportunidades al entender que el embarazo, la maternidad y la lactancia no pueden ser causa de desventaja de las mujeres en el mercado de trabajo. Por ello, estas situaciones deben estar especialmente protegidas con normas específicas que garanticen el mantenimiento del puesto de trabajo –aunque no se ocupe efectivamente por un tiempo determinado– y el ascenso y promoción en el mismo.

Lo significativo de esta norma es, en este sentido, el que consigue aunar en una sola disposición normas de diferente carácter:

- a) Por una parte, normas protectoras de la salud y la seguridad de la mujer embarazada, mediante el establecimiento de medidas muy concretas que abarcan desde el listado de agentes nocivos, al señalamiento de los procedimientos y condiciones de trabajo penosos y peligrosos.
- b) Por otra, normas que tienden al mantenimiento del puesto de trabajo de la embarazada o madre en período de lactancia –prohibición de despido– y al aseguramiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo, y

- c) Por otra, normas promocionales, como puede ser el cambio de puesto de trabajo o la dispensa remunerada del trabajo, cuando el cambio no resulte posible, y la garantía del permiso por maternidad con reserva de puesto de trabajo.

### **C) Protocolo del Acuerdo Social, anexo al Tratado de Maastricht.**

Se afirma en el mismo –art. 2– como uno de los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros, la consecución de “la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres”. Y más adelante, dedica un artículo –el 6– exclusivamente al desarrollo del punto anterior, orientando la política de los Estados miembros especialmente en la garantía del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo, y por lo que ahora interesa –considerando como no discriminatorias y por lo tanto no prohibidas por el apartado anterior, “las medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales”. Pura medida de igualdad de oportunidades.

Finalmente, debe destacarse la consagración del diálogo social en el art. 3, y el expreso reconocimiento de la existencia de pactos colectivos entre las partes sociales a nivel comunitario, en el art. 4.

Nuevamente, pues, y ahora en un Tratado, se consagra el diálogo social como un instrumento de la propia acción comunitaria. Y esta conexión entre la iniciativa de la Comisión y la actuación de las partes sociales no deja de reforzar el espacio de una negociación colectiva a escala europea, a la que se refiere más específicamente el art. 4 del Acuerdo, cuando afirma que “el diálogo de los interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir –si éstos lo desean– al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos”. Así pues, reconocimiento expreso de la existencia de pactos colectivos entre las partes sociales a nivel comunitario.

## **2.3. Base constitucional y desarrollo normativo en España.**

### **2.3.1. La Igualdad de Trato.**

En el ordenamiento jurídico español, la formulación genérica del principio de igualdad de los españoles ante la Ley y la interdicción de discriminación por las causas y razones que enumera –entre ellas, el sexo– del art. 14 de la Constitución, y la más específica contenida en el art. 35,1 del texto constitucional en donde de forma explícita y directa se prohíbe la discriminación por razón de sexo en materia laboral y salarial, junto con el principio de igualdad sustancial del art. 9,2, como mandato constitucional a los poderes públicos para la consecución de la igualdad efectiva y real de los individuos y de los grupos en que se integran, conforman el marco de referencia constitucional al que debe ajustarse toda normativa legal o convencional al respecto.

La Constitución no se limita a reconocer la igualdad entre los sexos, sino que se refiere significativamente a no prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, y además, impone a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva.

#### **2.3.1.1. Las normas sobre igualdad y no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores.**

Bajo este amplio contexto, el Estatuto de los Trabajadores (E.T.), recoge igualmente el principio de igualdad y lo traslada a las relaciones de trabajo, si bien, con mayor concreción y algunas peculiaridades con respecto al principio consagrado constitucionalmente.

Así el art. 28 del E.T. obliga al empresario "a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo". Por otra parte, el art. 4.2.c) E.T. declara el derecho de los trabajadores "a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo...". El art. 17 E.T. sanciona con la nulidad a aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario, que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo...". Finalmente, el art. 24,2 E.T. relativo a la clasificación profesional contiene un mandato de paridad respecto a las categorías profesionales y ascensos que habrán de acomodarse "a reglas comunes para uno y otro sexo".

Estas normas conforman un conjunto interdependiente entre sí de tal forma que el objetivo jurídico-social que se persigue resulta de la puesta en relación de todas ellas. Finalidad conjunta que sería más fácil de apreciar a partir de una interpretación más amplia de las mismas de la que, en principio, se desprende de su lectura. Así la igualdad salarial efectiva estaría directamente condicionada a la garantía del acceso a la mujer a todo puesto de trabajo. No sólo se trata de asegurar igual retribución en puestos de trabajo de valor similar, sino también de asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a los puestos mejor remunerados. Por ello, las normas del art. 28 no pueden analizarse separadamente de las del art. 17 que imponen al empresario la no discriminación en el momento del empleo o durante el mismo, ni de las del art. 24 que impiden la exclusión deliberada de la mujer de la promoción en el empleo y de la formación profesional.

No obstante esto, es fácil constatar que el régimen jurídico del principio de igualdad contenido en el ámbito de la legislación ordinaria, está configurado con un sentido más restrictivo y limitativo que el modelo diseñado por el legislador constitucional.

El art. 28 del ET. utiliza como criterio de comparación la identidad del trabajo –“mismo salario” por “trabajo igual”–, cuando ya la normativa comunitaria e internacional venía utilizando como criterio de comparación la similitud en la valoración del trabajo –“mismo salario” por “trabajo de valor igual”–, lo que, evidentemente, supone una fórmula más genérica y por lo tanto más propicia a garantizar la igualdad salarial. Pero es que, además, cuando el art. 14 de la Constitución establece el principio de igualdad lo hace de forma absoluta, sin restricción alguna, con carácter general y con una indudable finalidad correctora de cualquier situación discriminatoria o inductora de cualquier tipo de discriminación bien sea directa o indirecta(20). Sin embargo, es fundamental tener en cuenta la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado respecto a esta materia en la sentencia 145/1991, y la nueva dimensión que alcanza el contenido del art. 28 del ET a partir de la misma. Tema sobre el que se reflexionará con más amplitud al hilo del análisis sobre las sentencias constitucionales.

En cuanto a los arts. 4,2,c) y 17 ET, contemplan la regulación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación con una indudable intención tipificadora, utilizando un doble criterio de identificación –la materia sobre la que recae la discriminación–; pero, igualmente, se muestran más restrictivos que el art. 14 de la Constitución ya que cuando la norma constitucional prohíbe la discriminación lo hace “sin ningún propósito limitativo de los posibles motivos discriminatorios”(21).

Finalmente el art. 24,2 ET, que establece la igualdad en las categorías profesionales y en los criterios de ascenso, deviene en escasamente operativo al faltar, como elemento esencial en el que basar la distribución no discriminatoria de los puestos de trabajo y la igualdad de oportunidades en la promoción y ascenso, el establecimien-

to de los procedimientos adecuados para la consecución de un sistema de valoración de puestos de trabajo o de clasificaciones profesionales claro y objetivo que impida el mantenimiento de –lo que todavía es una realidad– subclasificaciones sistemáticas y subvaloradas de mano de obra femenina en el interior de categorías aparentemente comunes.

### **2.3.2. La Igualdad de Oportunidades.**

También entre nosotros, el principio de igualdad expresado en los arts. 14 y 9,2 de la Constitución, potencia una normativa encaminada al aseguramiento de la igualdad real entre los sexos, permitiendo el que se establezcan normas específicas y más favorables para aquellos colectivos tradicionalmente tratados de forma diferente y desventajosa, sin que por ello tales medidas puedan ser tachadas de discriminatorias.

En este sentido, el Tribunal Constitucional confirma que –sentencia 128/1987, de 16 de julio– no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, y que, incluso el tratamiento diverso de situaciones distintas, “puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento como son la justicia y la igualdad (art. 1)”.

De esta declaración se deriva una muy importante consecuencia: las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en el mismo –en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos o con la población trabajadora en general– no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes.

Y ello porque, como afirma igualmente el propio Tribunal Constitucional, el art. 14 “no establece un principio de igualdad absoluto... y mucho menos que excluya la propia necesidad de establecer un trato desigual sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales” –Sent. 3/1983, de 25 de enero–. Ejemplo reciente es la sentencia 28/1992, de 9 de marzo, en donde se considera que el principio de igualdad de oportunidades justifica la cláusula del convenio colectivo que concede sólo para las trabajadoras en turno de noche, y no para los trabajadores en igual circunstancia, un plus de transporte.

No se trata, por lo tanto, de establecer una absoluta identidad de trato sino “una concepción valorativa de la igualdad en función de la razonabilidad, que obliga a la justifi-

cación de las desigualdades de trato y aún de las igualdades que puedan establecerse” –Sent. 19/1982, de 5 de mayo–. Por ello la sentencia 128/1987, de 16 de junio, considera que la igualdad de oportunidades justificaba un plus para guarderías sólo a favor de las mujeres trabajadoras, sin que ello pudiese ser tachado de trato discriminatorio respecto al trabajador varón.

Es por esto que se afirma que el principio de no discriminación no sólo supone la negación del acto discriminatorio decretando su invalidez, sino que más allá, el principio constitucional tiende a impedir el hecho discriminatorio en su conjunto. “No discriminación significa así no sólo la supresión de actos y medidas discriminatorias, sino también la ausencia de situaciones discriminatorias objetivas consistentes en desigualdades de hecho entre individuos o grupos sobre la base de uno de los criterios de discriminación prohibidos”(22).

### **2.3.2.1. Los Planes de Igualdad de Oportunidades: Planes Nacionales y Planes de Comunidades Autónomas.**

Una de las manifestaciones claves en materia de igualdad sustancial ha sido la política institucional del Gobierno español en este sentido, puesto de manifiesto principalmente a través de la aprobación a nivel nacional del I y II del Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres, el primero aprobado el 25 de septiembre de 1987 y el segundo aprobado el 15 de enero de 1993.

En el mismo sentido y con igual finalidad, las Comunidades Autónomas han ido elaborando de acuerdo con los arts. 14 y 9,2 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía, Planes para la Igualdad de Oportunidades que inciden de forma especial en los problemas específicos de cada territorialidad. Entre éstos cabe citar los siguientes: Plan para la Igualdad 1990-1992 (Andalucía), Plan para la Igualdad 1989-1991 (Asturias), Plan Regional para la Igualdad de Oportunidades de la Mujer 1990-1992 (Castilla-La Mancha), Plan para la Igualdad 1989-1992 (Cataluña), Plan para la Igualdad 1988-1991 (Galicia), Plan para la Igualdad para Mujeres 1989-1991, Medidas para la Igualdad 1990 (País Vasco), Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres 1989-1991 (Valencia).

#### **A) El I y II Plan de Igualdad de Oportunidades. Su expresión legal.**

Es el primero un Plan amplio, ambicioso y ambiguo que se reparte entre programas de estudios, de cooperación entre diferentes Ministerios, de buenas intenciones y finalmente en el establecimiento de actuaciones concretas. Precisamente ha sido en lo

concerniente a “Empleo y Relaciones Laborales” en donde las acciones previstas se han traducido en una serie de modificaciones legales, algunas realmente importantes.

Las veremos:

a) Maternidad y responsabilidad familiar.

Ampliación del permiso por maternidad/paternidad a 16 semanas, así como la excedencia para cuidado de hijos para el padre o la madre de tres años de duración, con reserva de puesto de trabajo por un año y cómputo a efectos de antigüedad para el cuidado de los hijos para el padre o la madre trabajadora. E igualmente la concesión del permiso por lactancia optativo para el padre o la madre (Ley 3/1989, de 3 de marzo).

Norma que, recogiendo las normas anteriores y ya existentes sobre protección por maternidad y lactancia, trasladan las responsabilidades profesionales y familiares al padre y la madre trabajadores con la intencionalidad de proteger, por un lado, el mantenimiento y promoción de la mujer en el trabajo, y por otro, sensibilizar a la sociedad hacia un nuevo cambio en los roles tradicionales. Se pretendía de este modo que se eliminaran los obstáculos jurídicos para una redistribución de las tareas domésticas y cuidado de hijos. Sin embargo, la adopción de tales permisos recae todavía en un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres(23).

- b) Tipificación como falta, y por tanto, inclusión dentro de la tutela jurídica, de las situaciones de acoso sexual en el trabajo (Ley 3/1989, de 3 de marzo).
- c) La inversión de la carga de la prueba cuando existan indicios de discriminación por razón de sexo (Real Decreto legislativo 521/1990, de 27 de abril).
- d) Tipificación de las infracciones empresariales discriminatorias calificándolas de muy graves tanto en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo y estableciéndose para ello multas de 500.000 a 15 millones de pesetas (Ley 8/1988 de 7 de abril).
- e) Mejoras en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Empleadas del Hogar (R.D. 1609/87 y Orden de 11 de mayo de 1988).
- f) Incorporación de la mujer a los Cuerpos profesionales y Seguridad del Estado (R. Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero).
- g) Acuerdos en materia de formación y orientación profesional. Así, pueden citarse entre otros, el convenio INEM-Instituto de la Mujer para programas de mujeres con

cargas familiares, capacitación informática, reinserción profesional, autoempleo y creación empresarial; y los sucesivos acuerdos del Ministerio de Educación y Ciencia y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para impartir cursos de formación profesional.

Pese a todo ello, las medidas propuestas de promoción de la mujer en el acceso al empleo en igualdad de condiciones con los hombres está todavía muy lejos en nuestro país de tener una eficacia real. Hubiese sido necesario el establecimiento de medidas reales y obligatorias, habilitando, al mismo tiempo, medidas específicas de control y sanción que así lo garantizaran.

El II Plan tiende a consolidar lo previsto en el Primero, avanzando ya en temas más concretos. Recién aprobado en Consejo de Ministros, su evaluación se limita en este momento en un breve comentario sobre los puntos centrales en materia laboral.

Se marcan tres líneas de actuación:

a) Información, difusión y sensibilización.

El primer grupo de actuaciones insiste de nuevo en la necesidad de recabar información, elaborar estudios y realizar recopilaciones de las normas y disposiciones legales; así como, de la doctrina jurisprudencial en materia de igualdad, ampliando el ámbito de la información que se desea recibir a los países comunitarios y a las instituciones de la CEE. Y junto a la necesidad de recibir información se destaca la importancia de difundir la misma y de sensibilizar a las instituciones encargadas de su control y aplicación: Judicatura, Inspección de Trabajo, Función Pública y Agentes Sociales.

En cuanto a los temas prioritarios, es el estudio de la discriminación indirecta y de la forma de denuncia y control del acoso sexual en el trabajo, a los que se les otorga una mayor importancia.

Por lo que se refiere a actuaciones concretas, las más significativas son las siguientes: a) las que promueven un estudio sobre la clasificación profesional a nivel nacional buscando la adaptación de las mismas al criterio de "igual salario para trabajo de igual valor"; b) las que fomentan el seguimiento de los convenios colectivos de cualquier ámbito –estatal, autonómico o local– para evaluar si en los mismos se incumplen las normas sobre igualdad; y, c) una última destinada a impulsar y trasladar a los países iberoamericanos las leyes sobre igualdad españolas y sus instrumentos de aplicación.

b) Modificaciones legales y el principio de igualdad de trato.

En este grupo, que trata de las modificaciones legales tendentes a completar el desarrollo del principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución, se incluyen tan sólo dos actuaciones: a) incluir las “ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual” en el art. 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción muy grave; y, b) modificar el término “igual trabajo” por “trabajo de igual valor” en el art. 28 del ET.

La necesidad de que expresamente se recojan, en el primer caso, las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual como una infracción muy grave en el art. 8 de la LISOS, o que se modifique el art. 28 del ET en los términos señalados, puede ser útil a efectos de clarificar las situaciones, y un principio elemental de seguridad jurídica impone, desde luego, esta necesidad de transparencia y claridad en las normas.

Sin embargo entiendo que, tanto una como otra medida están en vigor y en consecuencia son directamente aplicables.

En el primer caso, porque el art. 4 del ET, modificado precisamente como consecuencia del desarrollo de una Actuación prevista en el Plan de Igualdad anterior, que dio lugar a la Ley 3/1989, de 3 de marzo, introducía como un derecho básico de los trabajadores “el respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales... de naturaleza sexual”, lo que supone que la protección del art. 8 de la LISOS que califica como infracciones muy graves los actos del empresario “que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores” incluye las ofensas de carácter sexual.

En el segundo caso, porque ya el Tribunal Constitucional en la muy importante sentencia 145/1991, de 1 de julio, consideró que el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarcaba también a aquellos supuestos en los que se producía “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”. Teniendo en cuenta que el art. 5,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a las sentencias del Tribunal Constitucional valor interpretativo de la normativa legal y reglamentaria, la sentencia citada es interpretativa y por lo tanto vinculante para todos los Jueces y Tribunales. Ello supone que, a partir de la publicación de la sentencia, el criterio de comparación para medir la igualdad del trabajo es el de la “equivalencia” o “similitud del valor” y no, como venía siendo entendido hasta entonces, el de la identidad formal del trabajo.

c) Modificaciones legales y el principio de igualdad de oportunidades.

En este apartado, la actuación más importante es la que se refiere a una modificación del art. 126 de la Ley General de Seguridad Social, en el sentido de separar del concepto de incapacidad laboral transitoria, el período de descanso por maternidad.

Las siguientes actuaciones contemplan principalmente el lenguaje de connotaciones sexistas en los impresos y folletos que emite la Administración; así como la necesidad de que en la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública se incluya la figura del acoso sexual en el trabajo y los mecanismos de prevención y sanción adecuados.

**B) Breve referencia al Plan de Igualdad Andaluz.**

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma Andaluza, el Plan de Igualdad de Oportunidades de las Mujeres previsto para el período 1990 a 1992, establece 200 actuaciones de las cuales 46 están incluidas en el Area de Formación, Empleo y Relaciones Laborales. Es éste un Plan preocupado fundamentalmente por conseguir cambios normativos y políticas concretas interdepartamentales. El Plan Andaluz, por el contrario, matiza más su contenido hacia una línea más coherente con los planes de igualdades comunitarios. Tres líneas de actuación fundamentales pueden señalarse:

- a) En primer lugar la que hace referencia a la formación y empleo: Desde el conocimiento de la situación real de la mujer en esta materia –por ello se promueven estudios sobre cuestiones tan marginadas como el sector agrícola o la economía irregular, o tan puntuales como la segregación por sexo de las profesiones y categorías profesionales–, hasta la potenciación de planes de formación y readaptación de la mujer a las nuevas tecnologías y a la ocupación en actividades tradicionalmente masculinas –mediante un programa amplio de subvenciones tanto para generar el empleo de la mujer, como para incentivar el trabajo autónomo o empresarial–.
- b) En segundo lugar, la que tiene por objeto incidir en las relaciones laborales y consecuentemente en los sujetos sociales y en la autonomía colectiva, para la supresión de las discriminaciones en las condiciones de trabajo en materia salarial, en ascensos, traslados y despidos..., así como para la introducción, vía negociación colectiva, de cláusulas que contemplen el principio de igualdad de oportunidades. Para ello se plantea un mayor control del pacto colectivo, bien a través de las propias mujeres en las organizaciones sindicales, bien a través de la presencia de expertos en igualdad ante los Organismos autonómicos correspondientes –básicamente el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales–.

- c) En tercer lugar, la encaminada a preparar un cambio en la actitud social respecto al trabajo de la mujer y sus responsabilidades familiares. En este sentido es muy importante la Actuación que propone la revisión de los criterios utilizados en la valoración de los puestos de trabajo y categorías profesionales, tanto como fórmula para que la mujer no se “encasille” siempre en los mismos puestos, como por la importancia que adquiere este tema en todo lo relacionado con condiciones de trabajo, esencialmente, con la retribución. Y dentro de las Acciones destinadas a corregir las discriminaciones que resultan de costumbres sociales, merece destacarse la dedicada a compensar la función social de la maternidad ampliando para las mujeres el límite de edad requerido para acceso a becas, cursos de formación, etc...

## **3. LA TUTELA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

### **3.1. Introducción.**

Hasta fechas relativamente recientes, los instrumentos de tutela establecidos con carácter general –la sanción de nulidad de los actos discriminatorios: nulidad radical para los despidos discriminatorios, nulidad parcial de los convenios colectivos, nulidad de las cláusulas discriminatorias introducidas en los contratos de trabajo; la posibilidad de acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo junto a la instrumentación de las oportunas vías jurisdiccionales; o la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos discriminatorios, como el art. 160,2 LGSS, entre otros(24)–; e incluso, con carácter específico –así el “deber” de no discriminar por razón de sexo en materia salarial que establece el art. 28, no es sólo un deber contractual privado, sino que su inobservancia general es una responsabilidad administrativa, susceptible de ser sancionada por infracción de la normativa laboral, a través de la actuación de la inspección de trabajo(25)–, no siempre han resultado eficaces y, sobre todo, se han mostrado insuficientes en el caso de las discriminaciones indirectas o veladas.

Es por esto que la introducción actual, vía normativa y jurisprudencial, de una serie de disposiciones y resoluciones interpretativas ha supuesto un avance considerable en la interdicción de las discriminaciones indirectas, a la vez que una aproximación sustancial a las reglas comunitarias.

## **3.2. Las reformas introducidas en la Ley de Procedimiento Laboral.**

El nuevo texto de la Ley de Procedimiento Laboral (aprobado por Real Decreto Legislativo 591/1990, de 27 de abril) ha venido a reforzar la tutela del principio de igualdad mediante el establecimiento de una serie de reglas.

Unas, referidas al tratamiento de la actividad probatoria en materia de discriminación, principalmente la que hace referencia a la inversión de la carga de la prueba (art. 96), así como las que establecen la posibilidad de recabar informe a los Organismos públicos competentes” (art. 95,3), y la validez como prueba del informe de asesores (art. 89,5).

Otras, mediante la ampliación de las modalidades procesales, al introducir como proceso especial el de la tutela de los derechos fundamentales; o la modificación de otras modalidades procesales ya existentes, al ampliar los sujetos legitimados en los procesos de impugnación de convenios colectivos.

Lo veremos:

### **3.2.1. La actividad probatoria en materia de discriminación.**

La más significativa de tales medidas es sin duda la que contiene el art. 96 respecto a la llamada inversión –o mejor dicho desviación o desplazamiento– de la carga de la prueba en los procesos que existan razonables indicios de discriminación, y que se expresa en los siguientes términos: “En aquellos procesos en que de la alegación de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Como ha sido puesto de relieve(26), la forma de combatir la discriminación indirecta está íntimamente ligada a la institución de la carga de la prueba, ya que, si la obligación de demostrar el carácter discriminatorio del criterio aparentemente neutro usado por el empleador y que da lugar al tratamiento desigual, recayese directa y exclusivamente sobre el demandante perjudicado, difícilmente podría declararse la existencia de la situación discriminatoria al ser prácticamente imposible para el actor estar en condiciones de poder aportar los datos suficientes para demostrarlo(27).

Recoge esta norma una consolidada doctrina constitucional y comunitaria, y lo hace en los mismos términos y con igual sentido que el mantenido en aquellas. Veámoslo brevemente.

La Propuesta de Directiva del Consejo CEE relativa a la carga de la prueba(28) en su art. 3 establece bajo el título genérico de “modificación de la carga de la prueba” la recomendación a los Estados miembros de que introduzcan en sus legislaciones nacionales este principio, de tal forma que en los supuestos en donde se presuma la existencia de una discriminación directa o indirecta –a partir de la exposición no rebatida de un hecho o de una serie de hechos por parte del demandante– deberá ser el demandado el que tenga que demostrar que no ha habido violación del principio de igualdad, mientras que el demandante gozará del beneficio de la duda.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) coincidiendo en gran medida con esta Propuesta, no sólo confirma la importancia que confiere a las discriminaciones “indirectas y encubiertas”, sino que acepta, por primera vez, modificar el reparto tradicional de la carga de la prueba. En el Asunto Danfoss –109/88–, sobre igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos en materia de retribución, puso de manifiesto que, cuando las circunstancias que producen una retribución desigual en perjuicio de un colectivo determinado no sean claras, será el empresario quien tendrá la obligación de demostrar que su política salarial está basada en otras razones ajenas a las puramente discriminatorias. Dice el TJCEE: “cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajos por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”(29).

Entre nosotros, ya el TC venía sosteniendo desde un primer momento –Sentencia 38/81, de 23 de noviembre– que en el tratamiento de las reglas de la prueba debía ser el empresario quien asumiese la carga de probar que su actuación se presenta como razonablemente ajena a todo propósito discriminatorio(30).

Exigencia que no supone, sin embargo, que el actor quede liberado de la obligación de toda actividad probatoria, ya que, en principio, deberá demostrar la existencia de indicios racionales de un tratamiento discriminatorio en base a una de las causas o razones prohibidas. Por ello, el TC en sentencia 34/84 de 14 de marzo, no emplea el término “inversión” sino el de “desviación de la carga de la prueba” al considerar que será el trabajador el que habrá de probar en primer lugar la presunción racional del acto discriminatorio, siendo entonces y sólo entonces, cuando el empresario deberá destruir tal presunción probando que existe una causa suficientemente justificada.

Esta misma tesis es la recogida en el art. 96 LPL, pues realmente no existe aquí, en sentido técnico, una “inversión de la carga de la prueba” ya que no se libera al actor de la carga probatoria, al tener que demostrar el que alega la discriminación la existencia de hechos que permitan deducir al órgano judicial, al menos, indicios de esa discriminación. Lo que en esencia prevé la norma, es una disminución de la carga probatoria, al “desviarse” en tal caso al empresario la obligación de probar la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Previsión legal expresamente atribuida a los supuestos de discriminación por razón de sexo, y que el art. 178,2 establece, con idénticos términos, en los supuestos de violación de la libertad sindical.

### **3.2.2. Informe de los Organismos Públicos correspondientes y prueba de asesores.**

Son estas medidas otros tantos mecanismos previstos para reforzar el papel activo del juez en la detección de la discriminación cuando exista. La primera de estas reglas procedimentales –art. 95,3– establece para los procesos en los que se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, la posibilidad de que “el Juez o Tribunal recabe el dictamen de los Organismos Públicos competentes”.

Recomendación de la que ya se había hecho uso en algún supuesto, como se desprende de la sentencia del Juzgado de lo Social (nº 2 de Guipúzcoa), de 10 de junio de 1991, en donde el órgano judicial acude, para evaluar el valor de tales trabajos al Instituto Vasco de la Mujer. En este caso, el dictamen técnico fundamentó la sentencia condenatoria por violación del principio de igualdad y no discriminación, al revelar que el trabajo que unos y otros realizaban “tiene un valor, globalmente considerado, que no guarda relación con la diferencia retributiva que se da entre ellos y, por tanto, no cabe justificar en el hecho de que unas labores sean propias del oficio y las otras sólo sean complementarias de aquéllas”.

La posibilidad de recabar el informe de los Organismos Públicos puede contribuir de forma esencial en el desvelamiento de las discriminaciones, sobre todo en el caso de las indirectas, que generalmente sólo pueden ser constatables mediante estudios estadísticos y comparativos respecto a colectivos de trabajadores y trabajadoras, –piénsese que la discriminación indirecta se presenta típicamente en un contexto de “serie”–, difícilmente asequibles a los particulares.

Igual finalidad aporta la siguiente regla –el informe de asesores–, que si bien el art. 89,5 la establece con carácter general, podría en estos casos, convertirse en obligatoria como consecuencia de la actitud más activa que se presume deba adoptar el órgano judicial.

Se pueden considerar, por lo tanto, estas reglas como instrumentos específicos aportados al juez en la lucha contra la discriminación, y en línea con las previsiones comunitarias recogidas en el Proyecto de Directiva sobre carga de la prueba. Aquí y de forma imperativa se establece la obligación de los Estados miembros de introducir en su ordenamiento jurídico interno las reglas precisas para que “los órganos judiciales puedan ordenar cualquier medida necesaria para garantizar la instrucción de cualquier demanda por discriminación”.

### **3.2.3. Ampliación y modificación de las modalidades procesales.**

La Ley de Procedimiento Laboral establece una nueva modalidad procesal, al configurar como proceso especial el que denomina “De la tutela de los derechos de libertad sindical”; y modifica las reglas sobre impugnación de convenios colectivos, al conceder legitimación activa para la impugnación del mismo, por ilegalidad o por lesividad, a una serie de sujetos colectivos.

Medidas que, como las anteriores, tienen por finalidad aumentar las garantías de tutela del derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.

En el primer caso se sigue la doctrina constitucional –sentencia 55/1983, de 22 de junio y 47/1985, de 27 de marzo– en cuanto sostenía que es el proceso de trabajo el adecuado para conocer las lesiones de los derechos fundamentales de la persona en materia laboral. Proceso que, pese al enunciado del Capítulo XI en el que se regula, es adecuado también para el conocimiento de las “demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición del tratamiento discriminatorio” que se susciten en el ámbito de las relaciones laborales como expresamente señala el art. 180.

Significa ello que, a través de este procedimiento, se canalizarán las demandas de cualquier trabajador o trabajadora individual, dirigidas a la impugnación de una actuación empresarial que, por ejemplo, atente a su dignidad, a su intimidad, o que sea discriminatoria.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no todas las cuestiones motivadas por lesión de derechos fundamentales o por violación del derecho a la no discriminación se van a tramitar a través de este proceso especial. La propia Ley restringe el objeto del proceso al considerar que determinadas demandas –las planteadas por despido, y demás causas de extinción del contrato de trabajo, disfrute de vacaciones... e impugnación de convenios colectivos– se tramitarán “inexcusablemente” con arreglo a los correspondientes procesos especiales para ellos establecidos aunque en las mismas “se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental” –art. 181 LPL–.

En cuanto a la segunda cuestión, la legislación precedente configuraba el proceso de impugnación del convenio colectivo, como un subtipo cualificado de los procesos de oficio<sup>(31)</sup>, encontrando su apoyo en el art. 90,5 ET y en el art. 136 de la L.P.L. de 1980. Ahora, la nueva LPL, acogiendo orientaciones jurisprudenciales consolidadas<sup>(32)</sup>, establece como vías de iniciación de los procesos de impugnación de los convenios, junto a la vía de oficio –siguiendo los cauces marcados en el art. 90,5 del ET–, y de forma novedosa, la vía de la impugnación directa del convenio por sujetos privados que tengan conferida la oportuna legitimación. Esta vía de impugnación tiene lugar cuando la Autoridad laboral no contestara a la solicitud de impugnación que le hubiera sido instada, en plazo de quince días, o la desestimara; o cuando el convenio haya sido registrado –lo que quiere decir que la Autoridad laboral en su momento, no apreció causa de impugnación–.

En estos casos, la legitimación activa se atribuye, según el art. 162,1, a los siguientes titulares: Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad del convenio, “a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, Sindicatos y Asociaciones empresariales interesados”. Si el motivo de la impugnación fuera la lesividad del convenio “a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado”. Debe entenderse que el concepto de “terceros” viene referido a los no representados por los negociadores, como la misma Ley indica al precisar que no se tendrán por terceros “a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio” (art. 162,2). Los así representados no podrán, por ello, impugnar el convenio por lesividad, aunque sí por ilegalidad.

Por otra parte, el art. 160,3 prevé que el trámite a seguir es el de los procesos por conflictos colectivos, lo que implica que, en todo caso, los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado deberán tener entidad colectiva, al ser éstos los únicos que pueden plantear conflictos de esta naturaleza. Se da entrada, de esta forma, y junto con los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, a otras institu-

ciones o colectivos para la defensa de intereses generales de grupos genéricos de trabajadores –como en este caso pueden ser los Organismos Públicos para la igualdad–.

La vía procesal adecuada pues, para la impugnación de un convenio colectivo –o de una cláusula discriminatoria– es la específicamente prevista por la LPL sobre impugnación de convenios colectivos. Y la vía procesal adecuada para la defensa del derecho del trabajador individual a no ser discriminado en sus condiciones de trabajo por la norma colectiva, es este proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, en donde, si bien, dentro de las reglas procesales establecidas, no podrá el órgano judicial declarar directamente la nulidad de las cláusulas correspondientes del convenio colectivo, sí podrá “ordenar el cese inmediato del comportamiento (discriminatorio) y la reposición de la situación al momento anterior a producirse”, así como “la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera” –art. 179,1–.

### 3.3. El régimen sancionatorio.

El sistema sancionador español en materia de discriminación está establecido en los arts. 8,11; 8,12 y 28,2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

En el art. 8,11 se considera como falta muy grave “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, en correspondencia con la garantía que la Constitución reconoce como derecho fundamental a todos los ciudadanos –art. 18,1 CE– y con el reconocimiento de los derechos del trabajador recogidos en el art. 4,2,e) ET, que comprende aparte de los mencionados “la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”. Implícita inclusión, pues, como falta muy grave de los comportamientos que supongan acoso sexual en el trabajo.

El art. 8,12, de carácter más amplio, abre la puerta a la consideración como ilícito administrativo muy grave de cualquier decisión empresarial discriminatoria en materia de “retribuciones, jornada, formación, promoción y demás condiciones de trabajo”.

En materia específica de acceso al empleo, el art. 28,2 considera igualmente falta muy grave el establecimiento de “condiciones mediante la publicidad, difusión de ofertas de trabajo o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo...”.

Este tipo de faltas están sancionadas con multas de 500.001 a 2.000.000 millones de pesetas en su grado mínimo y de 8.000.001 a 15.000.000 millones de pesetas, en su grado máximo –art. 37,4 LISOS–, que pueden agravarse por reincidencia, y con sanciones accesorias que consisten en pérdida automática de las subvenciones concedidas en concepto de aplicación de los programas de empleo, así como de la posible exclusión del acceso a tales efectos por el plazo de un año –art. 45,1 y 2 LISOS–.

La efectividad disuasoria de las sanciones necesita ir acompañada de un control administrativo eficaz y activo que garantice el cumplimiento de las normas de igualdad y la tutela antidiscriminatoria. La actuación de la Inspección de Trabajo y demás órganos e instituciones de la Administración Laboral con funciones de control, como, por ejemplo, el INEM –que debería en teoría actuar impidiendo aquellas ofertas públicas de empleo con cláusulas discriminatorias–, o la Dirección General de Trabajo, Direcciones Provinciales u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas –que, en sus funciones de registro y depósito de los convenios colectivos deberían actuar como filtro de los convenios discriminatorios (art. 91,5 ET)–, se convierten en instrumentos esenciales no sólo para que en esta materia funcione con mayor eficacia el sistema sancionatorio, sino en general, para que el tratamiento normativo dado en España al principio de igualdad se cumpla en toda su extensión.

### **3.4. La tutela del principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional. El carácter interpretativo de las sentencias constitucionales.**

Pero si, como hemos visto, la influencia de la doctrina constitucional en los planteamientos y criterios seguidos por la LPL en torno a las medidas tutelares de los derechos fundamentales, ha sido definitiva para su regulación, no menos importante continúa siendo esta doctrina en la configuración progresiva de la tutela del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Es fundamental en este punto recordar el valor interpretativo de las sentencias constitucionales respecto de toda la normativa legal y reglamentaria –art. 5,1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)–. Ello supone que todas las disposiciones, provengan de una norma legal o de una decisión reglamentaria, van a poder ser interpretadas por el

Tribunal Constitucional de acuerdo con la Constitución, y que tal interpretación será vinculante para los Jueces y Tribunales.

El papel progresivo que adoptan las resoluciones constitucionales en el desarrollo del principio de igualdad empieza a manifestarse, no obstante, trascurridos ya algunos años desde la Constitución. Por el contrario, la primera jurisprudencia constitucional, el considerar la desigualdad entre los sexos, lo hacía desde una perspectiva formal y básicamente neutra, lo que fundamentó una doctrina opuesta al considerar como “discriminados” frente a las mujeres a varones que no podían obtener las ventajas sobre todo en prestaciones sociales –que el ordenamiento había reservado a la mujer–.

Esta actitud cambió a partir de las sentencias 3/1983, y fundamentalmente de la 128/1987, manifestado en un nuevo enfoque menos neutro y más favorable, al entender legítimos los tratamientos desiguales pero tendentes a superar las diferencias históricas que han consolidado la situación de desigualdad laboral de la mujer.

A través de esta nueva posición se han desarrollado las bases para permitir una tutela eficaz y positiva a favor de la mujer trabajadora en una serie de aspectos esenciales y que básicamente se traducen en lo siguiente: la revisión crítica de las normas “protectoras” de la mujer –que hasta el presente han actuado como una barrera en el acceso al trabajo–; la posibilidad del establecimiento de acciones positivas –potenciando la igualdad efectiva de oportunidades–; y el expreso reconocimiento de la prohibición de discriminaciones indirectas u ocultas –que ciertamente son el reducto donde se mantienen las situaciones de discriminación laboral–.

Lo veremos:

### **3.4.1. Nuevo planteamiento sobre las normas de carácter “protector”.**

En este sentido es fundamental la sentencia TC 229/1992 que se plantea, desde una posición crítica, el alcance discriminatorio de las limitaciones al trabajo de la mujer basado en una finalidad aparentemente protectora.

La sentencia parte de la legitimidad constitucional de medidas destinadas a asegurar la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, para reequilibrar situaciones sociales discriminatorias preexistentes, y desde esta perspectiva se analiza la existencia de trabajos prohibidos para la mujer. Para el Tribunal, aunque esa prohibición fue una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra

femenina, en la actualidad responde a prejuicios infundados basados en una división sexista del trabajo y refrenda un reparto tradicional de funciones sociales que margina a la mujer, y responde a una percepción defectuosa, errónea o desfasada por la evolución social. La diferencia física entre hombre y mujer no justifica el vedar a las mujeres la posibilidad de realizar trabajos en el interior de la mina, de modo que el mantenimiento de la prohibición no encuentra hoy justificación constitucional alguna, en especial si se tiene en cuenta que el objetivo perseguido por la norma protectora se puede lograr por otros medios más respetuosos del principio de no discriminación. La protección frente a las consecuencias que para la salud e integridad física y para la calidad de la vida en el trabajo supone el trabajo en el interior de las minas, es una exigencia constitucional –art. 40,2–, pero el legislador ha de cumplir este objetivo constitucional mediante limitaciones, exigencias y controles sanitarios adecuados que no violen el art. 14, como sería establecer una medida prohibitiva que impidiera el empleo de la mujer en un sector productivo determinado del que la mujer no quiere ser excluida.

Se interpreta así, con rigor, el papel diferenciador del sexo en los tratamientos normativos laborales y por ello se rechazan intervenciones “tuteladoras” de la diferencia de sexo, que tienden a mantener la diferenciación, y que por ello son discriminatorias por sus efectos. En consecuencia, la declaración del Tribunal Constitucional es trascendente también por lo que implica de avance frente a la división sexista del trabajo.

Finalmente, la sentencia es clarificadora porque, por primera vez se cuestiona la existencia actual de toda una serie de normas llamadas “protectoras” –con tal finalidad nacieron–, pero que hoy, además de contrarias a la Constitución, se han convertido en una traba más a su efectiva integración en el mercado laboral.

A partir de esta sentencia del Constitucional, será imposible ampararse en normas o reglamentaciones de trabajo, internacionales o nacionales, para impedir el acceso de la mujer al interior de la mina –o a cualquier otro tipo de trabajo similar– (ya España había denunciado el art. 8 de la Carta Social Europea (BOE de 10 de mayo de 1991) que mantenía para la mujer la prohibición del trabajo en el interior de las minas y que había fundamentado hasta ahora una interpretación restrictiva del art. 14 de la Constitución en base al principio interpretativo de los derechos constitucionales establecido en el art. 10 Constitución).

En conclusión, las medidas de protección laboral deben hacer abstracción del sexo del trabajador –excluidos, obviamente los supuestos de embarazo y maternidad– y extenderse por igual a la mujer y al hombre.

Todo ello justificaría ahora el considerar igualmente infundada la prohibición del trabajo nocturno de la mujer que durante mucho tiempo fue considerado como una diferencia razonable de trato basado en su carácter tutelar e incluso en razones de orden

social o familiar. En este sentido ya el TJCEE consideró que la prohibición de trabajo nocturno de las trabajadoras vulneraba el derecho de igualdad y no discriminación.

En el Asunto Stoeckel –Sentencia de 25 de julio de 1991– el TJCEE estimó que la regulación protectora del trabajo femenino cuando suponga una desigualdad de trato entre hombres y mujeres sólo es aceptable en el caso de una necesidad justificada. Claramente cuando existan razones biológicas, fundamentalmente las vinculadas a la maternidad, mientras que, en otros casos “sólo de forma muy estricta pueden admitirse esas diferencias y, además, vendrán condicionadas en la medida en que subsista esa necesidad”. En el caso del trabajo nocturno se niega que sea previsible que los peligros para la mujer por ese tipo de trabajo sean sustancialmente diferentes, de forma generalizada, a los que puedan correr los hombres, e igualmente se considera que tal peligro difícilmente pueda evitarse con medidas adecuadas sin desconocer el principio fundamental de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Considerando, finalmente, que tampoco el argumento de las cargas familiares sobre la mujer pueda justificar esa diferencia. Concluyendo el Tribunal que es incompatible con la Directiva 76/207 la existencia de una prohibición legal de trabajo nocturno para las mujeres si tal prohibición no se aplica a los hombres.

Muy recientemente, el Tribunal Constitucional alemán –Sentencia de 28 de enero de 1992(33)– se ha pronunciado en igual sentido. Considera que el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres no sólo pretende eliminar las normas jurídicas que establecen ventajas o inconvenientes en función del sexo, sino también conseguir en el futuro la igualdad efectiva de derechos entre ambos sexos, mediante la nivelación de las condiciones de vida, de modo que las mujeres tengan las mismas oportunidades laborales que los hombres. La prohibición de trabajo nocturno no es una medida de nivelación de las condiciones de vida, sino un supuesto de trato jurídico desigual ligado a la pertenencia al sexo femenino. La sentencia analiza, sin embargo, si la disposición diferenciadora es estrictamente necesaria para resolver problemas que, por su propia naturaleza, únicamente podrían afectar a mujeres y niega que las razones biológicas, las cargas familiares o las razones de seguridad, justifiquen una regulación que resulta perjudicial para todas las mujeres.

### **3.4.2. Prohibición de discriminación indirecta.**

La muy importante sentencia 145/1991, de 1 de julio sobre igualdad salarial(34), al considerar que el art. 14 de la Constitución no sólo prohíbe las discriminaciones directas, sino también las discriminaciones indirectas, por sus resultados o efectos, introduce de forma inmediata y vinculante la noción de discriminación indirecta en nuestra

normativa. Afirma el constitucional que el concepto de discriminación incluye “los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.

De esta forma, junto a la discriminación directa, resultante del uso del criterio prohibido de diferenciación –el sexo, en este caso– se detectan supuestos en los que se puede llegar al mismo resultado discriminatorio, utilizando, sin embargo, un criterio aparentemente neutro y en principio no prohibido pero cuya utilización produce un resultado en todos o en la mayoría de los casos que perjudica a un colectivo determinado sin justificación objetiva alguna.

Aparecen en esta resolución los elementos claves que la doctrina y la jurisprudencia comunitaria habían ido conformando como esenciales en el concepto de la discriminación indirecta: en primer lugar, el carácter colectivo del sujeto sobre el que recae el tratamiento perjudicial en base, precisamente, a su pertenencia a un grupo determinado; en segundo lugar, el efecto desproporcionalmente diferenciado que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo –o que trasladado a terminología anglosajona ha venido a denominarse “impacto adverso”–; en tercer lugar, que el criterio utilizado que da lugar a los efectos desiguales no resulte objetivamente justificado.

Adopta el Constitucional en esta materia una posición terminante y directa e incluso beligerante en la lucha contra las discriminaciones indirectas y ello lo realiza a través de dos vías. Por una parte, estableciendo criterios rigurosos para la interpretación de las causas que eventualmente pueden justificar el trato diferenciado. Por ello afirma que “no puede admitirse en principio la justificación de disparidad de trato entre los sexos por razones aparentemente objetivas, las exigencias de la empresa o las condiciones del mercado, pero que supongan, por su desigual impacto, el sacrificio del principio constitucional de la no discriminación por sexo”, en este caso la medida que produce el efecto perjudicial sólo podrá venir justificada “en criterios técnicos razonables desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador”. Es más, igualmente señala, que también deben analizarse los criterios técnicos que pueden fundamentar la medida con resultados desiguales, de tal forma que aunque en principio puedan considerarse como objetivos, no deban en modo alguno “considerarse a su vez discriminatorios”. Sería, por lo tanto discriminatorio, el establecer como criterio dominante de valoración un estándar que se corresponda única y exclusivamente con el trabajo del varón, que “de este modo se transforma en patrón de las modalidades de prestación de servicios más apreciados”.

En segundo lugar, estableciendo una serie de obligaciones específicas dirigidas al órgano judicial respecto a las líneas de actuación que deberá seguir en los supuestos en donde se presume la existencia de discriminación indirecta.

Así, de forma imperativa advierte que, cuando se invoque una diferencia de trato basada en una de las circunstancias que el art. 14 de la Constitución considera discriminatorias y tal invocación se realice, precisamente, por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación “el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.”. Obligación, pues de someter al control del “impacto adverso” las diferencias de trato aún justificadas cuando las mismas se aleguen por aquella parte que pertenezca a un colectivo que de forma generalizada y constante ha sido objeto de tratamiento discriminatorio.

Es más, la resolución constitucional estima –y ello es muy importante– que el control sobre la discriminación deberá igualmente extenderse sobre todo el sistema pactado en convenio colectivo, lo que supone que deberán someterse al control del “impacto adverso” no sólo los actos que procedan del empresario sino también cualquier criterio adoptado en vía colectiva, empezando por el de la calificación profesional.

Impone, asimismo, obligaciones específicas de control que tienden a agilizar la labor vigilante y tutelar que se presupone en el órgano judicial, al señalar que para excluir la existencia de discriminación por razón de sexo, el juez no puede limitarse a constatar que las reglas en materia de clasificación profesional previstas en las normas convencionales, establecen funciones distintas para las categorías que se comparan –en este caso, peones y limpiadoras–, pues ello supondría sencillamente un análisis superficial de la cuestión, sino que tiene el deber de analizar si tales reglas pueden en realidad encubrir una discriminación indirecta por razón de sexo. Y todavía más, señala claramente cómo se debe actuar en tal caso: valorando, en consecuencia, si las diferentes funciones previstas implican efectiva y realmente desarrollar un trabajo de distinto valor, lo que obliga a su vez a la utilización de criterios objetivos –que siempre deben ser utilizados con precaución– y no discriminatorios .

Y finalmente termina señalando que, si tras todo ello se comprueba que la diversificación de funciones, incluso formalmente correcta, enmascara la infravaloración de “trabajos de valor igual”, pero predominantemente desempeñados por mujeres, el órgano judicial debe concluir que está ante un supuesto de discriminación por razón

de sexo “al resultar globalmente de este procedimiento de valoración un trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios técnicos racionales, desvinculados a toda consideración al sexo del trabajador”.

### **3.4.3. Igualdad salarial e interpretación constitucional del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores.**

La declaración del Tribunal Constitucional –Sentencia 145/1991– de que el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca también a 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 prestación” produce también unos determinados y lógicos efectos en el contenido del art. 28 del ET.

Fundamenta la Sentencia la interpretación extensa que realiza del art. 28 del ET con base no sólo en las normas constitucionales y en la normativa internacional al respecto –vía art. 10,2 de la propia Constitución– sino, y debe destacarse por ser ésta la primera vez en que existe en una sentencia del TC una referencia directa a la misma, en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Es, en consecuencia, este marco constitucional y la propia normativa internacional y comunitaria al respecto, lo que impiden, en nuestros días, el mantenimiento de una concepción estricta del principio de igualdad salarial sobre el criterio de la identidad de trabajo. Por ello se afirma que el modulo de referencia que deberá ser utilizado, será el del valor real del trabajo realizado, en el sentido del art. 1 de la Directiva CEE. 75/117 .

La resolución constitucional, al ser una sentencia interpretativa del texto legal y por lo tanto, vinculante para todos los Jueces y Tribunales, como el art. 5,1 LOPJ dispone, alcanza de esta forma una nueva dimensión. De esta forma y a partir de la publicación de la sentencia, el principio de no discriminación salarial por razón de sexo contenido en el art. 28 supone que el criterio de comparación para medir la igualdad del trabajo será el de la similitud del valor del mismo, y no, como venía siendo entendido hasta entonces, el de la identidad formal del trabajo.

Termina de esta forma una de las cuestiones esenciales y más graves que impedían la realización de un principio de igualdad realmente desarrollado. Como tantas veces se ha puesto de manifiesto, la necesidad de modificar el art. 28 ET, que en base a su formulación estricta de “salario igual por trabajo igual” había permitido la discrimina-

ción indirecta en la negociación colectiva mediante el fácil y falaz procedimiento de utilizar sistemas de valoración de tareas o de clasificaciones profesionales en las que podía existir una subvaloración sistemática de las tareas típicamente femeninas, se convertía en una cuestión sustancial e imprescindible en el tema de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras.

#### **3.4.4. Equiparación, a efectos de tutela discriminatoria, del embarazo y el sexo.**

El Tribunal Constitucional consideró, primero en la sentencia 94/1984, y luego, de forma más expresa, en la sentencia 166/1988 que el despido de una trabajadora por el hecho de estar embarazada, constituía una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 de la Constitución y violación por tanto de un derecho fundamental.

En ambos supuestos admite el Tribunal la existencia de discriminación directa, excluyendo por tanto, la posibilidad de justificar la razonabilidad y la proporcionalidad de esa negativa, si bien implícitamente considera que también pueda producirse en otros casos una discriminación de carácter indirecto cuando el embarazo o la maternidad no sean la razón alegada o real de la decisión. Con ello el TC se adelanta –como ha sucedido en otras ocasiones– a las previsiones de la normativa comunitaria(35). En este sentido el art. 10 de la Directiva 92/85 CEE, de 19 de octubre de 1992 –como antes el art. 7,2 de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo–, relativa a medidas para impulsar la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada que haya dado a luz recientemente o en período de lactancia(36), protege el empleo de la mujer embarazada en los siguientes términos: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido a las mujeres por razones inherentes a su estado, durante el período que empieza con el embarazo y finaliza con la baja por maternidad”.

#### **3.4.5. Reconocimiento de las acciones positivas.**

Un planteamiento integral del principio de igualdad, ha llevado a la jurisprudencia constitucional a interpretar el art. 14 CE, en conexión con el art. 9,2. Por ello señala que el art. 14 CE “no establece un principio de igualdad absoluto... y mucho menos que excluya la propia necesidad de establecer un trato desigual sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales” –Sentencia 3/1983, de 25 de enero–.

De ello se deriva que no puede considerarse discriminatoria ni constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento que los poderes públicos emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial, más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad formal –sentencia 216/1991–. Se anima a los poderes públicos a adoptar una actitud favorable y diligente que tienda a corregir esa desigualdad sustancial, principalmente a través de medidas de acción positiva, a fin de conseguir la igualdad real y efectiva entre los sexos en materia de trabajo. Y ello porque, como igualmente afirma el Tribunal, la Constitución “impone acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo”.

Hasta el momento el Tribunal Constitucional ha tenido escasas oportunidades de examinar la constitucionalidad de acciones positivas propiamente dichas, y sus reflexiones al respecto han sido más bien con ocasión de rechazar la constitucionalidad de medidas aparentemente favorables para la mujer, pero que no facilitan, sino por el contrario, limitan sus oportunidades de acceso al trabajo.

En este sentido la sentencia 216/1991 considera discriminatoria la negación a la mujer del acceso a las pruebas selectivas para ingreso en la Academia General del Aire; y la sentencia 4/1992, sobre diferencia de trato en materia de pensión de viudedad, considera discriminatorio pero contra la mujer trabajadora, el que su viudo no consolide pensiones, porque ello encuentra su base en la histórica situación de marginación de la mujer en el mercado de trabajo, de modo que “aunque el trato desigual pudiera entenderse formalmente en perjuicio del varón, materialmente presupone una valoración peyorativa de la condición laboral de la mujer”.

En otro caso, el Constitucional –sentencia 128/1987– no consideró contrario al art. 14 de la Constitución una pequeña ventaja económica reservada a las mujeres trabajadoras en concepto de guardería, por estimar que trataba de terminar con situaciones de discriminación existentes que dificultaban el acceso y promoción del trabajo a la mujer. En este caso, se argumentaba, la diferencia de trato tenía una función esencialmente correctora de una situación de hecho desigual. Dice el Constitucional que “la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo y desde luego tampoco reside en que la mujer tenga superiores obligaciones de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos. La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación desventajosa respecto a los hombres en la misma situación”. En

igual sentido la sentencia TC 28/1992 no considera discriminatorio el que sólo a la mujer se le compense vía negociación colectiva el uso del transporte público –lo que más adelante se trasladó a todos los trabajadores– justificándolo por las especiales circunstancias a que se veía sometida la mujer precisamente a causa de que el trabajo fuese nocturno.

### **3.4.6. El reforzamiento de la actividad judicial de control.**

Este reforzamiento estaba ya presente en las nuevas normas procesales que en este sentido contienen distintas actuaciones judiciales en orden al aseguramiento de la efectividad del principio y a la interdicción real de las situaciones discriminatorias. En general, pues, se insiste en el papel más activo que se presume debe asumir el juez en la investigación y control del acto discriminatorio; y suponen, en su conjunto, un cambio en la actitud tradicional del órgano judicial, ya que por encima de mandatos concretos, lo que en realidad suponen tales normas, es el deber general e implícito que se le asigna a los jueces y Tribunales de acentuar su actividad investigadora. En estos casos, pues, no bastará con el control de la legalidad o lesividad del acto ateniéndose a las reglas generales, sino que, yendo más allá, la tutela judicial supondrá la obligación del órgano de someter al examen de “impacto adverso” todas aquellas cuestiones que puedan entrañar discriminación, ya que, en caso contrario, estaría probablemente violando el principio de igualdad.

Esta preocupación ha sido una constante en la doctrina constitucional, que una y otra vez advierte en torno a la necesidad de que el Juez asuma una posición activa para dispensar la tutela que le ha sido pedida sin incurrir en infracciones por omisión.

Existen, entre otras, dos resoluciones realmente significativas al respecto: la sentencia 47/1985, de 27 de marzo y la ya citada sentencia 145/1991, de 1 de julio.

La primera incide especialmente en la obligación del órgano judicial de entrar a conocer la discriminación denunciada y sus consecuencias sin ampararse en la legalidad ordinaria, como pantalla que le impida pronunciarse con efectividad. En este caso el juez de instancia se abstuvo de conocer de la materialización de un despido discriminatorio, porque acusaba un defecto de forma que acarrearía su nulidad. De este modo y pese a la cobertura que le dispensaba la legalidad ordinaria, el Tribunal Constitucional declaró que la actuación judicial fue incorrecta desde la perspectiva constitucional, por basarse en reglas que no se formularon contemplando supuestos de esta naturaleza, cuando hubiera debido primar el análisis de la discriminación alegada sobre cualquier otro.

La segunda sentencia –145/1991– resume los principios que en esta materia estaban presentes en la doctrina constitucional.

Las advertencias al órgano judicial en este caso son de dos tipos, una primera, de carácter general y otra, que hace referencia al caso concreto.

En primer lugar, y con carácter general se afirma que: “Cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por la discriminación... el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”.

En segundo lugar, contemplando el supuesto concreto, establece las líneas de acción con que cuentan los sujetos afectados por el trato discriminatorio cuando éste proceda de un convenio colectivo. En este sentido afirma el Constitucional que el uso de una vía procesal inadecuada, si bien no es apto para exigir la tutela judicial frente a la discriminación, debe, sin embargo, entenderse con flexibilidad. De este modo, incluso cuando las reglas de legitimación para impugnar un convenio colectivo sean restrictivas, ello no impide dispensar a los sujetos que reclaman la tutela que piden por la vía de la inaplicación del mismo, dado que “el mandato del art. 24 CE (la tutela judicial efectiva) se conecta con el más rotundo aún del art. 14 CE de que ‘no prevalezca’ discriminación alguna, lo que impone facilitar a los sujetos discriminados el acceso a la vía judicial para obtener la cesación de la conducta discriminatoria, cuya tutela resulta obligada para todos los poderes públicos”.

En este caso, la doctrina del TC resulta particularmente importante por lo que hace a la represión de las discriminaciones indirectas. En ella, las actuaciones que al juez le están permitidas en las leyes procesales para la formación de su criterio, devienen en “obligadas” si con ellas pueden despejarse las dudas sobre la existencia de una discriminación, porque la abstención judicial, amparada en su discrecionalidad, deja de ser legítima si contribuye a perpetuar la discriminación(37).

Hasta aquí el planteamiento último de las medidas que han supuesto y, sobre todo, que van a suponer un avance cualitativo e indudable, en la garantía del principio de igualdad. Lo que, sin embargo, no quiere decir que sólo mediante ellas se consiga la igualdad sustancial que se pretende. Se ha dicho que las normas jurídicas son tan sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para vencer los hábitos sociales y las inercias culturales que se oponen a la igualdad efectiva entre los sexos en el mundo del trabajo y, en general, en la sociedad. Es cierto. De ahí la importancia

que adquieren posicionamientos jurídicos tan claros y terminantes como el del Tribunal Constitucional a la hora de remover tales inercias, sin embargo y como el mismo Tribunal reconoce, hace falta la introducción de otra serie de medidas promocionales específicas a favor de la mujer, para que efectivamente se consiga la situación de igualdad sustancial que se pretende.

## **4. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

### **4.1. Introducción.**

Es indiscutible el hecho de que una vez establecido un marco legal de igualdad, la negociación colectiva, por su capacidad de adaptación a los concretos problemas de la realidad a la que va dirigida y por su naturaleza flexible e inmediata se convierte en el ámbito ideal para conseguir la transformación definitiva de los hábitos profesionales discriminatorios. Por lo demás, el carácter normativo y vinculante del convenio estatutario y su efecto “erga omnes”, va a extender las reglas convencionales a una generalidad de trabajadores. Mientras que los actos empresariales y los contratos individuales afectan tan sólo a trabajadores singulares, las cláusulas de los convenios colectivos se dirigen a todo un conjunto de trabajadores.

En un estudio realizado recientemente<sup>(38)</sup> sobre el nivel de cumplimiento en los convenios colectivos de la normativa que desarrolla el principio de igualdad –tanto de aquella que impide la desigualdad de trato y garantiza la paridad en el tratamiento, como de aquella otra que potencia la introducción de medidas de acción positiva– se llegó a la

doble conclusión de que, por una parte, existía una práctica negocial discriminatoria, en sectores y condiciones de trabajo muy concretos –Industrias del Aceite y derivados, Agrios, Conservas y Salazones, Piel..., y en materia salarial, principalmente– mediante el procedimiento de la segregación profesional. Mientras que, por otra, se puso de relieve la creciente utilización de la vía de la negociación colectiva para el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades a través de la introducción de medidas de acción positiva. Medidas que, si bien no pueden considerarse generalizadas, ni demasiado efectivas, sí suponen un primer grado de sensibilidad de los sujetos sociales en este tema, no siempre fácil de comprender y menos en un momento de grave pérdida de empleo como es el actual.

Veamos brevemente las principales conclusiones:

## **4.2. Negociación colectiva discriminatoria.**

La revisión sistemática de la negociación colectiva –en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pero cuyos resultados se pueden extrapolar al resto de las demás comunidades autonómicas– permitió afirmar que, transcurridos doce años desde la promulgación de la Constitución y diez del ET –el período examinado transcurre de 1986 a 1990– existían convenios colectivos con cláusulas de contenido discriminatorio respecto a la mujer.

Una vez constatada esta realidad, por lo demás, relativamente reciente, urgía averiguar si continuaba el tratamiento discriminatorio en la negociación colectiva última, es decir en los convenios colectivos vigentes en la actualidad.

En este caso no se trataba de realizar un análisis exhaustivo de la negociación colectiva de nuestros días, sino de una breve e incluso superficial comprobación del mantenimiento o no de pactos con contenido discriminatorio en aquellos sectores más significativos. Lo analizaremos en último lugar.

### **4.2.1. Índice de discriminación por sectores y provincias.**

La primera conclusión que se obtuvo en el trabajo citado, fue la constatación de la existencia de convenios colectivos discriminatorios en todas las provincias que forman la

Comunidad de Andalucía –por este orden en proporción al número de convenios en relación con el total: Sevilla, Málaga, Jaén, Cádiz, Córdoba, Granada, Almería y Huelva–.

Los sectores productivos más significativos por el número de cláusulas discriminatorias que contenían, por su mantenimiento a lo largo del período de tiempo constatado y por el número de provincias a las que afectaban eran los siguientes: aceite y sus derivados, comercio textil, y manipulado, envasado y comercialización de agrios.

A título de ejemplo puede citarse que en la negociación colectiva del año 1988 los sectores y provincias en los que aparecen convenios con normas discriminatorias son los siguientes: Obradores de confitería, pastelería y bollería (Sevilla y Málaga), Envasado y manipulado de agrios (Málaga y Sevilla), Siderometalúrgica (Huelva y Cádiz), Fábrica de aceite de oliva, extractos de orujo y aderezo de aceitunas (Málaga); Industrias del aceite y sus derivados (Córdoba, Sevilla, Granada y Málaga); Hostelería (Granada), Industrias de la madera (Málaga)(39).

En el año 1.989 los sectores y provincias en los que se se encuentran convenios con normas discriminatorias son los siguientes: Industrias del aceite y sus derivados (Córdoba, Granada, Sevilla y Jaén); Hostelería (Huelva, Málaga y Granada); Manipulado, envasado y comercialización de agrios (Málaga, Sevilla); Establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia (Cádiz, Sevilla); Frío industrial para la pesca (Cádiz), Comercio textil (Sevilla, Jaén, Cádiz, Málaga (2)); Comercio piel (Sevilla); Comercio de muebles (Jaén y Sevilla)...(40).

#### **4.2.2. Tratamiento discriminatorio en condiciones de trabajo.**

Respecto a la naturaleza de las cláusulas discriminatorias, las más frecuentes eran las que mantenían una división sexista del trabajo, reservando exclusivamente para la mujer tareas o clasificaciones profesionales infravaloradas y por lo tanto, encubridoras de una situación peyorativa salarial. Pero junto a éstas también aparecen otras cláusulas convencionales que suponen tratamiento discriminatorio en las condiciones de trabajo. Las veremos:

##### **A) Segregación profesional por razón de sexo.**

El mantenimiento de categorías profesionales exclusivamente para mujeres y exclusivamente para hombres y las consecuencias que de ello se deriva –menor remuneración en las categorías feminizadas y nula posibilidad de promoción fuera de ésta,

además de la imposibilidad formal de encontrar una referencia en los salarios masculinos para exigir la igualdad salarial— ha sido una característica del mercado de trabajo histórica y generalizada en todos los países(41).

En los convenios colectivos revisados se refleja de forma evidente el mantenimiento de estas situaciones y sus consecuencias salariales en la valoración del trabajo femenino.

Así, a título indicativo pueden señalarse los siguientes ejemplos:

Convenio para la Industria de frío industrial para pesca (Cádiz) (BOP 24-XII-86).

Personal obrero:

Capataz:	50.285	Encargada operaria:	50.285
Oficial 1º:	53.196	Operaria:	47.381
Oficial 2º:	51.739		
Peón:	48.834		

Convenio para industrias de conservas y salazones de pescado (Huelva) (BOP. 30-VI-86).

Personal de oficios varios:

Maestro:	1.555
Oficial 1º:	1.514
Oficial 2º:	1.491
Ayudante:	1.472

Personal de fabricación:

Maestra:	1.463
Oficiala 1:	1.429
Oficiala 2:	1.412

Convenio para Industrias del aceite y sus derivados (Jaén) (BOP 15-1-87).

Subalternos:

Maestro tonelero:	1.604
Ayudante:	1.525
Peon:	1.500

Obreras:

Botonera(especializada):	1.520
Pesadora de relleno, deshuesadora, rellenadora, partidora, recogedora:	1.487

Convenio para la industria del aceite y sus derivados (Córdoba) (BOP 7-1-88).

Personal de oficio:

Maestro :	1.823	Encargada de equipo y monitora:	1.703
Oficial 1º:	1.773	Oficiala:	1.635
Oficial 2º:	1.738	Operaria:	1.635
Oficial 3º:	1.703		
Peón:	1.635		

Convenio para la Industria del aceite y sus derivados (Córdoba) (BOP 7-10-89).

Personal de oficio:

Maestro:	1.945	Encargado de equipo y monitora:	1.817
Oficial 1º:	1.892	Oficiala:	1.787
Oficial 2º:	1.854	Operaria:	1.745
Oficial 3º:	1.817		
Peón:	1.745		

Convenio para el Comercio del metal (Cádiz) (BOP 12-8-89).

S/m.	S/m.
Mozo especializado: 60.200	Empaquetadora, repasadora de medias, cosedora de sacos: 59.044

Existe en esta materia un caso de discriminación directa que era tan llamativo que mereció ser citado aparte: en las Industrias dedicadas a todo lo referente a los agrios: manipulado, envasado derivados o comercialización, existe una categoría específicamente femenina que es “la faenera”. Según la definición de la Reglamentación Nacional del Trabajo de Manipulado de Agrios (a la que se remite el Convenio sobre manipulado, conservado y manipulación de agrios de la Provincia de Sevilla, años 1986, 87 y 88), y la del Convenio Colectivo del año 1990 (Sevilla): “faenera es la operaria mayor de dieciocho años que realiza las distintas labores del proceso de manipulación, transformación y envase de los productos, que requiere además de un esfuerzo físico, una experiencia práctica del proceso”. Se trata por lo tanto, de una categoría que exige determinada formación y experiencia. Sin embargo, en todos los

convenios del citado sector pactados en las únicas dos provincias en donde existen industrias dedicadas al mismo –Sevilla y Málaga– y en la negociación celebrada en todo el período contemplado –1986-1990–(42) se mantuvo de forma constante una diferenciación entre el salario asignado a la faenera y el correspondiente al peón sin cualificación profesional alguna.

Convenio sobre manipulado, envasado y comercialización de agrios\*

	Trabajadores fijos: S/m.	
	Peón	Faenera
Año 1986:	39.468	39.104
Año 1987:	42.428	42.037
Año 1988:	39.431	38.175
Año 1990:	49.045 o 862.262 S/a.	48.592 o 854.466 S/a.

\* Sevilla y Málaga

El tratamiento discriminatorio no se centra únicamente en esta desigualdad salarial, sino que además “la faenera” vuelve a ser objeto de otra grave discriminación –que se mantuvo a lo largo del período citado sin variación alguna– en cuanto en un caso se la excluye expresamente del “plus de convenio” (art.18 Manipulado y envasado de Agrios, Málaga 1986) que reciben todos los demás trabajadores de todas las categorías, incluido por supuesto el peón. Mientras que en los convenios posteriores –1987-1990– se establece un tratamiento diferenciado y adverso para la faenera y para la mujer de la limpieza ya que a las dos, e igualmente de forma expresa, se les fija un complemento de puesto de trabajo inferior al fijado al resto de las categorías.

En este caso se trata de un complemento que se da por asistencia al trabajo, por lo que aquí no intervienen criterios de antigüedad o categoría profesional. Sin embargo, los peones –cuyo trabajo es de menor importancia y responsabilidad que el de las faeneras, ya que se trata de labores de apoyo a la labor de aquéllas o de acarreo (por lo que cobran independientemente el plus por trabajo que exige esfuerzo físico)– perciben este complemento retributivo en cuantía superior a las trabajadoras. Vulneración evidente del art. 28 del ET.

Derivados de agrios y manipulado, envasado y comercialización de agrios: Plus por calidad y cantidad\*

	Resto categorías	Faenera y mujer limpieza
Año 1986:	210 o 199 pts/d.	208 o 191 pts/d.
Año 1987:	245 o 229 pts/d.	243 o 220 pts/d.
Año 1988:	261 o 244 pts/d.	259 o 234 pts/d.
Año 1990:	282 o 285 pts/d.	281 o 254 pts/d.

\*Sevilla

### B) Exclusión o limitación de pluses salariales.

Otro de los procedimientos habituales que producen desigualdad salarial entre el trabajo masculino y femenino es el de considerar, como criterio de valoración para obtener los pluses salariales, únicamente aquellas aptitudes consustanciales de la actividad desempeñada por el trabajador varón –penosidad, esfuerzo físico, nocturnidad–, olvidando, por el contrario, primar otro tipo de cualidades –como son la paciencia, destreza o habilidad– propias de las actividades comúnmente desempeñadas por mujeres. En muchos casos esta situación se introducía por el simple procedimiento de mantener en vigor la Ordenanza Laboral correspondiente –origen, como bien se sabe, de muchas de las desigualdades de tratamiento actuales–.

Ejemplo de ello son, entre otros, los siguientes convenios: Convenio para la Industria del aceite y sus derivados, Jaén (BOP 24-I-86); Manipulado, envasado y comercialización de Agrios, Sevilla (BOP 8-VIII-86); Fábrica de aceite de oliva, extractos de orujo y aderezo de aceituna, Málaga (BOP 19-V-1989); Convenio para la Industria siderometalúrgica, Almería (BOP 8-IX-1989); Industrias del aceite y sus derivados, Jaén (BOP 22-I-1990); Manipulado, envasado y comercialización de agrios, Sevilla (BOP 15-II-1990); Obradores y despachos de confitería, bollería y pastelería, Sevilla (BOP 17-II-1990); Comercio de alimentación, Málaga (BOP 20-I-1990).

En todos ellos se establece como único complemento valorable el del “trabajo tóxico, penoso y peligroso”.

### C) Exclusión de beneficios que no tienen la consideración legal de salario.

Otro procedimiento que introducía tratamientos discriminatorios en las condiciones de trabajo, consistía en el establecimiento de cláusulas en donde se concedía al colectivo

masculino una serie de ventajas -en especie o monetarias- que, al no tener la consideración estricta de salario, permitían el que la mujer quedase marginada de las mismas, sin aparente contradicción respecto al art. 28 ET. Por ejemplo: el “Auxilio por defunción” a favor únicamente de los herederos del trabajador en los convenios para las industrias del aceite y sus derivados, Sevilla (BOP 16-II-1988), y Málaga (BOP 5-III-1987). O el “Complemento de ayuda familiar”, en el convenio para la industria del aceite y derivados, Málaga (BOP 21-IV-1988). O, finalmente, la “Ayuda por jubilación o invalidez” en el convenio para Fábrica de aceite de oliva, extractos de orujo y aderezo de aceituna, Málaga (BOP 19-V-1989).

#### **D) Mantenimiento de la dote por matrimonio.**

Por último, en otros convenios se mantenía la “dote por matrimonio” o “premio por nupcialidad”, antigua institución que primaba el abandono del trabajo por la mujer al casarse.

Lo que sin duda constituye otra forma de discriminación, como afirma una constante doctrina jurisprudencial, al considerar que tras el art. 14 de la Constitución y 17 del ET. han perdido vigencia los preceptos legales y reglamentarios que amparaban la llamada “dote matrimonial”, entendiendo que “la facultad concedida a la mujer trabajadora de resolver voluntariamente el contrato mediante el percibo de una indemnización a causa de contraer matrimonio suponía una discriminación por razón de sexo”(43).

Pese a ello, se sigue manteniendo “la dote” en numerosos convenios inclusive en los últimos pactados en el año 1990.

Por citar sólo los últimos, en el año 1989-90: “la dote” aparece en 12 convenios, entre los que cabe citar: Industrias del aceite y sus derivados, Málaga (BOP 16-XI-1990) y Córdoba (BOP 7-X-1989); Tapones y discos de corcho, Cádiz (BOP 13-VIII-89), Industrias Siderometalúrgicas, Cádiz (BOP 24-VI-1989); Comercio en general, Almería (BOP 1-XI-1990).

#### **E) Conclusiones.**

Las conclusiones a las que se llegaron en el análisis de la primera parte del trabajo, fueron, en resumen, las siguientes: la negociación colectiva examinada contenía normas contrarias al principio de igualdad de trato –existencia de categorías feminizadas e infravaloradas, salarios diferentes y menores, exclusión de la mujer de ventajas derivadas del empleo, mantenimiento sólo para ésta de normas como la que instituye “la dote matrimonial” de claro contenido discriminatorio–. Al mismo tiempo, apenas si tenían presencia en el ámbito de la negociación colectiva medidas de acción positiva, cuando podría ser, precisamente, en tal ámbito donde mejor se podrían desarrollar e imponer.

### 4.2.3. Mantenimiento de cláusulas discriminatorias en la última negociación colectiva (1992-1993).

La revisión selectiva de una serie de convenios colectivos –de aquéllos, precisamente, en donde ya existía con anterioridad un trato desigual y peyorativo–, dio como resultado las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la existencia en la negociación colectiva actual de segregación por sexo en determinados sectores productivos, lo que sistemáticamente se traduce en unas condiciones de trabajo menos beneficiosas para el grupo feminizado: desigualdad salarial y falta de promoción en el trabajo, al ser categorías cerradas.

Los procedimientos que se utilizan en estos casos para ocultar el tratamiento desigual del grupo femenino a fin de evitar la posible tacha de discriminación y la impugnación correspondiente de las cláusulas discriminatorias, son principalmente el de emplear términos masculinos para referirse a actividades que después sólo van a desempeñar mujeres. Se pretende un falso espejismo de categorías y grupos abiertos, para mantener la misma y secular distinción de trabajos por sexo.

Ejemplo de ello son los siguientes convenios colectivos:

CC. Interprovincial para Industrias de Conservas, semiconservas y Salazones de pescados y mariscos (BOE 12-XI-1992).

En este convenio, en vigor a partir del 1 de enero 1992 hasta el 31 de diciembre 1993, de ámbito nacional, se establece lo siguiente:

G. IV:	Personal de fabricación	Personal de oficios varios
	Maestro: 2.374	Maestro: 2.674
	Oficial 1º: 2.338	Oficial 1º: 2.521
	Oficial 2º: 2.298	Oficial 2º: 2.467
	Auxiliar: 2.262	Ayudante: 2.409
		Peón : 2.316

En los convenios colectivos anteriores del mismo sector(44), el grupo “personal de oficios varios” se refería a trabajadores masculinos, y el de “personal de fabricación” exclusivamente a trabajadoras. Se ha suprimido la letra “a” y se han mantenido los dos grupos profesionales diferenciados y consecuentemente, el tratamiento peyorativo salarial.

E igual sucede en:

CC. para la Industrias de Aceite y derivados (Jaén) (BOP 27-I-1992).

Maestro:	2.265	Pesador de relleno:	2.183
Oficial 1º:	2.265	Deshuesador, pesador:	2.166
Oficial 2º:	2.230	Rellenador, recogedor:	2.166
Ayudante:	2.222		

CC. para la Industria del Aceite y derivados (Granada) (BOP 19-X- 1992).

Maestro:	2.348	Encargado de equipo y monitor:	2.169
Oficial 1º:	2.219	Oficial:	2.108
Oficial 2º:	2.203	Operaria:	2.086
Oficial 3º:	2.143		
Peón:	2.106		

Aquí, sin embargo, se mantiene el término y la categoría de “operaria” en femenino, y, como se comprueba, a pesar de que se le asignan trabajos que requieren cierta cualificación profesional, recibe, no obstante, un salario/día inferior al que corresponde al “peón”, categoría que no requiere cualificación profesional alguna y que, generalmente, suele percibir un complemento salarial por “esfuerzo y penosidad” que no se incluye en este salario base.

Si se revisan los convenios colectivos anteriores de este mismo sector, se comprobará cómo la negociación colectiva última tiende a mantener igual estructura en los grupos profesionales, atribuyendo salarios inferiores al grupo tradicionalmente cubierto por personal femenino.

En otro caso, la discriminación salarial se encubre al pactar un porcentaje de incremento salarial sin revisión de grupos o categorías, lo que permite el mantenimiento sucesivo de la misma –y primera– situación de segregación por sexo y salario diferente. Así el CC. para Industrias de Aceite y Derivados (Sevilla) (BOP 18-XI-1992), en donde se incrementa en un 5% la tabla salarial, manteniendo, por lo tanto, la inicial situación desigual de partida.

Por otra parte, existen otros convenios en donde se mantiene, ya de forma abierta, las categorías feminizadas y el correspondiente trato desigual en materia salarial. Así:

CC. para Comercio de Bazares, objetos típicos y recuerdos (Sevilla) (BOP 3-X-1992).

Mozo especializado:	72.589	Empaquetadora, repasadora	
		de medias, cortadora de sacos:	71.395

CC. para el Comercio de Piel (Sevilla) (BOP 19-X-1992).

Mozo especializado:	74.561	Envasadora y embaladora:	73.954
---------------------	--------	--------------------------	--------

Por último, constatar que el trato diferenciado y discriminatorio continúa respecto a la “faenera” en los convenios colectivos del sector de agrios, como ejemplo puede servir el CC. para Manipulado, Envasado y Comercializado de Agrios (Sevilla) (BOP 15-XI-1991) en cuyas tablas salariales, tanto las referidas al personal eventual como al fijo, y tanto en referencia a las diferentes actividades del sector, se mantiene la discriminación de la faenera –a la que se le sigue definiendo de forma más cualificada que al peón– con respecto a éste.

Así en la Tabla salarial para el personal fijo de manipulados envasados, comercialización y exportación de los agrios y demás fruta:

Grupo III:	Peón:	53.431	Faenera (encajadoras, etc.):	51.431
------------	-------	--------	------------------------------	--------

De la misma forma se mantiene el trato peyorativo en materia salarial al reproducirse en los sucesivos convenios el complemento por asistencia al trabajo. Así, mientras que la faenera y la mujer de la limpieza reciben 329 ptas/día, el resto de categorías reciben 332 ptas/día.

Por todo ello puede afirmarse que la discriminación en la negociación colectiva se mantiene en la actualidad. La conclusión final no puede ser otra que la de evitarla por todos los medios posibles. La discriminación en la negociación colectiva supone el mantenimiento de una situación de injusticia social que, ni es posible legalmente, ni cabe admitirla socialmente. De aquí la importancia de que los sujetos sociales asuman realmente el significado del tratamiento peyorativo, lo combatan y, sinceramente, lo eviten.

## **4.3. Negociación colectiva y acciones positivas.**

En el orden contrario, la negociación colectiva se ha manifestado como un instrumento cada vez más útil desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades.

En la segunda parte del trabajo citado se puso de relieve, no sólo la existencia de discriminación en las cláusulas convencionales, sino también, la creciente utilización de la vía de la negociación colectiva en el desarrollo del principio de Igualdad de Oportunidades mediante la introducción de medidas de acción positiva.

De un total de 1.163 convenios revisados –celebrados en España en el año 1990 y primer trimestre de 1991, y que corresponden a la totalidad de los convenios de ámbito provincial e interprovincial realizados en dicho espacio de tiempo–, se comprobó que 192 contenían cláusulas con medidas positivas respecto a la mujer(45), lo que porcentualmente se traduce en un 16,5% sobre el total.

Expondremos brevemente algunos de los datos obtenidos:

### **4.3.1. Índice por sectores y Comunidades Autónomas.**

La primera conclusión fue la existencia de convenios de esta naturaleza en todas las Comunidades Autónomas, siendo la de Cataluña la que tiene un mayor número –total y porcentual– de convenios con cláusulas positivas –27, lo que supone un 14% respecto al total de convenios de ámbito provincial celebrados en la misma–. La segunda en importancia es la Comunidad Autónoma de Valencia con un total de 21 convenios y un porcentaje de 10,9% respecto a la negociación colectiva pactada en dicho ámbito. Le siguen la Comunidad Autónoma de Andalucía, con un total de 19 convenios y un porcentaje de 9,8%, y la Comunidad Autónoma Vasca, con un total de 17 convenios y un porcentaje de 8,8%. En la Comunidad Autónoma de Galicia y la de Madrid, se han pactado 14 convenios con medidas positivas respectivamente, lo que supone un 7,3%; la Comunidad Autónoma de Aragón tiene 10 convenios con cláusulas positivas, y un porcentaje del 5,2%; le siguen la Comunidad Autónoma de Asturias y la de Castilla-León –9 convenios, 4,6% respectivamente–, la de Castilla-La Mancha –6 convenios, 3,1%–, las de Canarias, Murcia y Navarra –5 convenios, 2,6% respectivamente–, la de La Rioja –4 convenios, 2,0%–, la de Baleares –3 convenios, 1,5%– y finalmente, las de Cantabria y Extremadura –2 convenios, 1,0%–.

En los convenios Interprovinciales(46) se detectaron 20 convenios con cláusulas referentes a la mujer, y entre todos contienen 33 medidas positivas distribuidas de la siguiente forma: 17 relativas a la maternidad, 7 a cambio de puesto de trabajo, 4 conteniendo declaraciones de igualdad, 2 referentes a la reducción de jornada, 2 a la promoción en el empleo y una con medidas equiparadoras.

En cuanto a los convenios colectivos con medidas positivas distribuidos por sectores y comunidades, se llegó a la conclusión de que en todas las Comunidades, en mayor o menor medida, existían convenios con normas de esta naturaleza. También es importante destacar que en tales convenios se encuentran representados casi todos los sectores productivos están representados, también en mayor o menor grado. Así aparecen convenios positivos en 95 sectores diferentes de la producción que abarcan no sólo a aquéllos en donde el empleo femenino es tradicional, sino también a sectores productivos con escasa participación de mujeres. Es precisamente el sector de Industrias de la Siderometalúrgica, tradicionalmente cubierto por trabajadores masculinos, el que más convenios en este sentido ha generado: del total de 192 convenios positivos, 16 pertenecen a tal industria; a continuación las empresas dedicadas a limpiezas de edificios y locales: 15 convenios sobre 192; le siguen el sector de Hostelería –9 convenios sobre 192–, Alimentación –8 convenios sobre 192–; Comercio del mueble –7 sobre 192–; Comercio textil –6 convenios sobre 192–; Comercio en General y Enseñanza –ambos con 5 convenios sobre 192–; Establecimientos Sanitarios, Industrias de Panaderías, Tintorerías y Lavanderías, Industrias Agropecuarias, Comercio del Calzado, Comercio de la industria vinícola, Comercio del metal e Industrias de Confitería –todos con 3 convenios sobre 192–; Industria de Fabricación de Chocolate, Industria de Cueros Repujados, Enseñanza del Eusquera (Ikastolas), Industrias de la Madera, Peluquería de Señoras, Industrias para la Reparación del Calzado, Serrerías, Industrias de Artes Gráficas, Industrias de Bebidas Refrescantes, Captación de agua, Industrias de Carpintería, Centros Infantiles, Comercio de Juguetería y Artículos de Deporte, Comercio de la Piel, Confección de Peletería, Industria de la Construcción, Distribución de Butano y Educación Especial –todos estos con 2 convenios sobre 192–. Los sectores productivos restantes que abarcan desde Industrias de Aceites y Derivados a Vinos espumosos pasando por algunos tan masculinizados como Estibadores Portuarios o Industria de Madera y corcho –1 convenio sobre 192–.

### **4.3.2. Medidas de acción positiva.**

Los convenios colectivos introducían una muy variada gama de medidas positivas, de tal forma que fue necesario agruparlas en atención a su importancia. Se hicie-

ron ocho grupos, si bien algunas de estas materias –las relativas a maternidad, cambio de puesto de trabajo y reducción de la jornada– guardaban entre sí una profunda afinidad:

#### **A) Referentes a maternidad.**

El primer grupo y el más numeroso –136 medidas– hace referencia a todas las cuestiones derivadas de la maternidad de la mujer trabajadora: descanso por parto por un período que generalmente corresponde al mismo fijado en el ET tras la reforma de la Ley de Maternidad pero que, en algunos convenios, se mejora; reconocimiento de la opción del trabajador a la suspensión de su contrato de trabajo por cuidado del recién nacido en las últimas semanas correspondientes al descanso por parto; iguales derechos en caso de adopción –si bien el período de suspensión es inferior–; excedencia por un período de tres años para atención de cada hijo, siendo el primero con reserva de puesto de trabajo y computando a efectos de antigüedad; derecho igualmente opcional para el padre o la madre(47).

Todas estas cláusulas que generalmente asumen las normas legales en vigor, si bien en algunos casos las mejoran –ampliando el período de descanso, ampliando el tiempo de excedencia con reserva de puesto de trabajo–, tienen como principal virtud su carácter testimonial. En cuanto manifiestan su preocupación por todas las cuestiones relativas a la maternidad, las asumen y presuponen una voluntad de cambio en las responsabilidades familiares entre los trabajadores de uno u otro sexo.

#### **B) Cambio de puesto de trabajo por embarazo.**

El segundo grupo lo integran las medidas referentes al cambio de puesto de trabajo. Un total de 63 medidas que contemplan la posibilidad de que la mujer embarazada pueda trasladarse a otro puesto de trabajo menos penoso, más cómodo o menos peligroso sin perjuicio para sus derechos económicos o profesionales y con reserva del mismo puesto que ocupaba con anterioridad(48).

Es una clara norma de acción positiva pues posibilita el trabajo de la mujer en circunstancias que, sin ser las prohibidas por las reglas de seguridad e higiene respecto a la penosidad o peligrosidad del trabajo, sí podrían, por su propio carácter, obligar a la mujer al abandono de su puesto de trabajo.

**C) Declaración del derecho de la mujer a la igualdad en el trabajo.**

El tercer grupo –que consta de 61 medidas– hace referencia al reconocimiento de la igualdad de la mujer en el trabajo, especificando, generalmente, en qué consiste la declaración antidiscriminatoria: igualdad en la retribución, en el puesto de trabajo, en la categoría o “en cualquier otro concepto que se contemple en este convenio o en la normativa general”. O en otros casos refiriéndose a la “desaparición de cualquier trato de desigualdad tanto favorable como adversa que tuviese la mujer por cualquier causa”(49).

Son también normas testimoniales, declaraciones de principios a favor de la igualdad y de la no discriminación pero que se limitan a recoger la normativa vigente y por lo tanto no suponen, en realidad, la introducción de cambio efectivo alguno.

**D) Reducción de la jornada de trabajo por cuidado del menor.**

El cuarto grupo está compuesto por aquellas reglas –21 medidas– que aseguran la reducción de la jornada bien por lactancia del hijo menor de nueve meses –las más numerosas–, opción que también en algunos casos, se recuerda, puede asumir el padre trabajador(50); bien –existen algunos ejemplos– por cuidado del menor de seis años, minusválido o disminuído físico o psíquico, e igualmente, se reconoce la opción tanto para uno u otro de los cónyuges trabajadores(51).

Existe un supuesto que en este sentido merece destacarse –contenido en el Convenio Colectivo para Serrerías, Rematantes, Personal de Montes del Principado de Asturias (BOPA 14 de julio de 1990, art. 19)– en el que se contempla la posibilidad del horario flexible o de la reducción de jornada para cuidado del menor de siete años.

La reducción de la jornada como presupuesto para compatibilizar las responsabilidades familiares y laborales puede considerarse una medida positiva, sobre todo a partir de que puede ser elegida por uno u otro cónyuge. Si bien en estos casos, salvo la excepción comentada en donde además aparece la posibilidad de elegir horario flexible, se reproduce la norma legal sin aportar ninguna novedad.

**E) Medidas equiparadoras.**

El quinto grupo está conformado por lo que hemos venido a denominar “medidas equiparadoras” –13 medidas–. Son estas declaraciones de muy diferente carácter pero que tienen en común garantizar la igualdad de trato en el trabajo: por ello dentro de la cláusula “de no discriminación” se establece que cualquier trabajador, hombre o mujer, podrá realizar los trabajos que realicen sus compañeros de igual categoría; se garantiza la no

discriminación en el ingreso en la plantilla; se asegura la posibilidad de la mujer a acceder a todas las categorías y responsabilidades de la empresa, así como la promoción en el trabajo; se declara la igualdad salarial, y se asegura a la mujer la percepción de cualquier tipo de gratificaciones pactadas en convenio y que no entran dentro de la consideración de complementos salariales; se garantiza la revisión de las categorías profesionales para evitar el tratamiento peyorativo en los puestos ocupados por mujeres, y finalmente, en algunos se introduce o se propone el lenguaje no sexista(52).

Estas cláusulas tienen un claro contenido positivo en cuanto tienden a conseguir la igualdad de trato en el trabajo mediante la erradicación de las normas o de los comportamientos que principalmente las originaban.

#### **F) Medidas promocionales.**

El sexto grupo, está compuesto por aquellas medidas que hacen referencia a la promoción de la mujer en el empleo –5 medidas–. Se trata de normas que establecen cursos específicos de formación organizados por la propia empresa, con carácter gratuito, destinados a la formación profesional de la mujer o a su reciclaje para adaptarlas a las nuevas tecnologías(53).

Típica acción positiva que, partiendo de la situación más desfavorable de la mujer en el mundo laboral, consecuencia de la menor formación escolar o profesional obtenida, tiende a favorecer a la mujer de forma específica a fin de que ésta consiga reequilibrar su posición.

#### **G) Medidas contra el acoso sexual en el trabajo.**

El séptimo grupo, lo integran aquellas normas convencionales que contienen penalizaciones a los comportamientos de hostigamiento sexual en la empresa –5 medidas–. Se trata de impedir aquellas conductas que, proviniendo de otros trabajadores o de superiores jerárquicos, supongan un ataque a la dignidad e intimidad de la trabajadora –o del trabajador– por consistir en ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. Las cláusulas que contemplan esta medida suelen ser muy explícitas, aumentando la sanción en los casos en que la presión u ofensa se ejerza sobre personas con contrato temporal, o que el agresor ejerza una posición de superioridad jerárquica(54).

Acción positiva, pues, que tiene como finalidad proteger la dignidad de la mujer en el trabajo evitando situaciones de acoso sexual, que incluso pueden forzar el despido voluntario de la propia trabajadora. Y, en definitiva, sensibilizar hacia un cambio de actitudes sociales y culturales en el trabajo.

## H) Creación de comisiones de igualdad.

El octavo grupo, está formado por las normas –5 medidas– que prevén la creación de “comisiones de igualdad” con carácter permanente, para el seguimiento del convenio en todas las cuestiones referentes a la mujer y en el ámbito de vigencia del mismo. Las comisiones, que serán paritarias aunque mayoritariamente compuestas por mujeres –como se advierte en algún caso– asumen como principales funciones las siguientes: examinar la normativa que se aplica en la empresa para comprobar que no existen situaciones discriminatorias que perjudiquen las oportunidades de las mujeres. Comprobar que la mujer participa de forma igualitaria en todas las acciones promovidas por la empresa y que no se produce discriminación. Participar en todas las instancias de la empresa en las que se toman decisiones que puedan afectar a mujeres –tribunales de contratación, de promoción, comisión negociadora del convenio colectivo...–. Emitir informes acerca de los problemas y cuestiones relativas a la contratación y discriminación de la mujer en las condiciones de trabajo en el sector en concreto al que se dirige el convenio. Y en general, deberán manifestarse siempre que se establezcan condiciones de trabajo que afecten de forma especial a la mujer(55).

Acción positiva que tiene por objeto controlar y vigilar el cumplimiento de las normas legales y convencionales referidas a la mujer, a fin de que desaparezcan las desigualdades de tratamiento –difícilmente se van a poder mantener en tal caso calificaciones profesionales infravaloradas para la mujer, por ejemplo, y que se potencien las medidas de igualdad de oportunidades de acuerdo con la realidad del sector y la posición que en la empresa afectada por el convenio colectivo concreto, ocupe la mujer como colectivo–.

### 4.3.3. Reflexiones.

En primer término, puede hablarse ya de la existencia de una línea progresiva a nivel colectivo a favor de la introducción de medidas de acción positiva para la mujer. Así se desprende del número de convenios con medidas positivas que suponen un porcentaje del 16,5% sobre el total de convenios revisados.

Sin duda es un índice porcentual reducido –equivale aproximadamente a un sexto del número total de los convenios revisados– pero que, sin embargo, no deja de ser una manifestación importante del cambio que se está produciendo en la postura de los agentes sociales en esta materia.

Otro aspecto a destacar es la amplitud y diversidad de los sectores productivos que cuentan con convenios con medidas positivas, y su presencia en todo el ámbito nacional.

Noventa y cinco sectores diferentes de la producción, incluyendo algunos como el de la Industria Siderometalúrgica –por lo demás, uno de los más importantes por la cantidad y calidad de medidas de acción positiva introducidas–, de clara prioridad del empleo masculino, lo que significa una presencia realmente amplia.

Así pues, y como primera conclusión, resaltar que empieza a manifestarse ya, a nivel colectivo, una toma de conciencia que podría calificarse de significativa, a favor de la igualdad sustancial de la mujer en el trabajo.

La segunda consideración, que implica una crítica negativa, se basa en la naturaleza de las acciones positivas pactadas. El criterio de la eficacia impondría en estos casos, una mayor diligencia en la obtención de la finalidad propuesta con tales acciones que no puede ser otra que la de “remover” los obstáculos que impidiesen la efectiva paridad entre los sexos.

Sin embargo, la introducción de acciones positivas realmente eficaces, salvo excepciones muy importantes, apenas si tiene reflejo en la norma colectiva analizada. El escaso número de las mismas, en proporción con las demás medidas positivas, y todavía más en proporción con todos los convenios pactados y en vigor que no contienen ningún tipo de cláusulas de esta naturaleza, convierte a este pequeñísimo grupo de acciones pactadas en un modelo de lo que puede ser, en una invitación que debe seguirse, pero, no desde luego en un conjunto representativo y suficiente.

En definitiva, no basta tan sólo con manifestar una sensibilidad hacia estas cuestiones sino que, además, se debe querer efectivamente resolverlas.

## **5. LOS TEMAS CLAVE: LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LAS ACCIONES POSITIVAS**

### **5.1. La discriminación indirecta.**

La igualdad de trato por razón de sexo supone una equiparación de tratamiento de los trabajadores masculinos y femeninos en materia salarial, condiciones de trabajo y Seguridad Social. La discriminación, por el contrario, supone una diferenciación de trato basada en un motivo externo que se inserta en un fenómeno social más complejo en el que por razón de este motivo ciertos colectivos son sistemáticamente tratados de forma desfavorable(57).

Junto a la discriminación directa, resultante del uso del criterio prohibido de diferenciación –el sexo, en este caso– se detectan supuestos en los que se puede llegar al mismo resultado desigualatorio, utilizando, sin embargo, un criterio aparentemente neutro y en principio no prohibido pero cuya utilización produce un resultado en todos o en la mayoría de los casos que perjudica a un colectivo determinado sin justificación objetiva alguna.

Esto lleva a la distinción entre la noción de discriminación directa –tratamiento diferenciado o perjudicial por razón del sexo, donde el sexo es objeto de consideración directa–, y la noción de discriminación indirecta, que comprende los tratamientos formalmente iguales, de los cuales se derivan, por omitir todo tipo de consideración de las diferencias de hecho que existen entre trabajadores de diferente sexo, consecuencias desiguales o perjudiciales para éstos.

Ha sido fundamentalmente a partir del concepto de igualdad sustancial, que pone de relieve las diferencias de hecho que se derivan de características personales –como el sexo o la pertenencia a un grupo social determinado–, cuando la noción de discriminación adquiere un contenido más amplio y más desarrollado.

Mientras que las leyes que imponen la igualdad de tratamiento persiguen una equiparación formal y en muchos supuestos, ficticia, e incluso peligrosa –porque pueden amparar situaciones de hecho discriminatorias o porque pueden inducir al error de pensar que el problema, al ser abordado legalmente, ya no existe o está en vías de pronta solución–, la igualdad sustancial, por el contrario, impone el establecimiento de cambios en las condiciones de trabajo e incluso en el mercado de trabajo. De tal forma que, teniendo en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres la reacción no sea ni la de negarla ni la de fomentarla por medio de normas de efecto “bumerang”, sino el de aceptarla y a partir de la constatación de que en principio los hombres y las mujeres son diferentes, llegar a la igualdad real por procedimientos en donde debe predominar la equivalencia y la proporción.

De este nuevo enfoque se pueden derivar conclusiones realmente importantes. A partir del mismo puede entenderse que la prohibición de discriminación no afecta únicamente a los actos jurídicos y a las conductas discriminatorias, sino que también podrá ser aplicable a los actos y comportamientos “objetivamente discriminatorios”. En este sentido la intención de discriminar pierde toda importancia, lo relevante es el efecto perjudicial que se deriva de los actos o comportamientos.

### **5.1.1. Concepto.**

La Directiva CEE 75/117, en su art. 1,2 prohíbe expresamente la discriminación indirecta, si bien no entra en su definición(58). Han sido principalmente, la doctrina científica y la jurisprudencia norteamericana y del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las que, con mayor precisión, han ido elaborando los criterios básicos que conforman la noción de discriminación indirecta.

Entre las teorías que tratan de explicarla pueden mencionarse las tres nociones más conocidas, similares pero no idénticas. La norteamericana del “disparate impact” o “impacto adverso” que incide en el efecto adverso del acto discriminatorio, la francesa de la discriminación oculta, que se refiere a la existencia de un elemento intencional, y la británica de la discriminación indirecta, que pone el acento en la desproporción objetiva del resultado(59).

De éstas son, sin duda, las de procedencia anglosajona las primeras y más importantes. Precisamente, fue una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Griggs v. Duke Power Co.* (1971)(60) la que introduce la noción de discriminación indirecta, al entender el Tribunal que, “la utilización de criterios o condiciones que excluyan a mujeres o a personas de color en una medida mayor que a los hombres o a las personas blancas constituye una barrera para su avance económico y social”.

A partir de entonces se fue construyendo todo un cuerpo doctrinal que se basaba esencialmente en lo siguiente: prohibición de cualquier práctica o requisito que supongan una limitación en el acceso al empleo por razón de raza, sexo o estado civil, salvo que tales requisitos vengan justificados por necesidades objetivas del empleador.

De forma semejante, la *Sex Discrimination Act* inglesa de 1975, refiriéndose a la mujer, consideró la existencia de discriminación cuando el requisito o condición exigido, aún afectando igualmente al hombre, sin embargo además:

- a) Sea tal que la proporción de mujeres que puedan cumplirlo sea significativamente menor que la de hombres que puedan hacerlo.
- b) El empresario no pueda justificar tal exigencia, con independencia del sexo de la persona, en las necesidades de la empresa.
- c) El requisito perjudique a la mujer en cuanto que ésta tenga mayores dificultades para cumplirlo.

Por su parte el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dejado muy claro que la prohibición de discriminación que establecen el Tratado y las Directivas incluye también las discriminaciones de carácter indirecto, y que son contrarias al Derecho comunitario, las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras, que perjudican desproporcionadamente a los miembros de un grupo a causa de su pertenencia al mismo, y que no se justifican objetivamente o por una razón o condición necesaria relacionada con la persona en cuestión, o extraña a toda discriminación fundada en el sexo.

De esta forma el TJCEE ha ido configurando los rasgos esenciales de la discriminación indirecta porque son justamente estos supuestos, referidos a cualquiera de las causas que pueden originar el hecho discriminatorio –fue en relación a la discriminación por razón de nacionalidad que prohíbe al art. 7 del Tratado, cuando el TJCEE empieza a manifestarse en esta materia(61)–, los que han planteado más dudas de interpretación a los tribunales nacionales enfrentados con criterios de diferenciación en principio no prohibidos y sin embargo, productores de resultados discriminatorios(62).

Fue a partir de los años ochenta –si bien con anterioridad ya había iniciado una línea jurisprudencial al respecto– cuando los pronunciamientos del TJCEE en relación a la discriminación indirecta por razón de sexo dan lugar a una formulación más precisa del concepto. Así en el asunto Jenkins (96/80, sentencia de 31 de marzo de 1981)(63), frente a una medida empresarial aparentemente neutra, que establecía diferencias retributivas desproporcionadas entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, el TJCEE consideró la existencia de una desigualdad de trato contraria al art. 119 del Tratado basándose en criterios porcentuales, ya que el porcentaje de mujeres trabajando a tiempo completo era mínimo en relación con el total de los trabajadores, “teniendo en cuenta la dificultad que tiene la mujer para desarrollar un trabajo a tiempo pleno” –razonaba la Sentencia– “la práctica salarial de la empresa no puede quedar justificada con razones diversas de la discriminación por sexo”. En el asunto Bilka (170/84, sentencia de 13 de mayo de 1986)(64), la empresa Bilka-Kaufhaus garantizaba sólo para los trabajadores a tiempo completo un plan de pensiones, excluyendo de tal medida a los trabajadores a tiempo parcial. Con igual criterio que el mantenido anteriormente pero con mayor profundidad, el TJCEE consideraba que, cuando se demuestre (con datos estadísticamente significativos) que una práctica del empresario produce efectos desfavorables sobre los miembros de un determinado grupo –en este caso las mujeres como grupo mayoritario entre los trabajadores a tiempo parcial–, deberá el empresario probar la existencia de razones justificativas de la medida adoptada, suficientes para excluir el carácter discriminatorio de la misma.

En el asunto Danfoss (109/88, sentencia de 17 de octubre de 1989)(65), y frente a la aplicación de un sistema de remuneración impuesto por la empresa, desde criterios aparentemente neutros, que sin embargo daban lugar a un resultado discriminatorio, en cuanto se derivaba del mismo una retribución media de las trabajadoras inferior a la retribución media del trabajador masculino, el Tribunal precisaba lo siguiente: Cuando se cuestione un mecanismo de mejora salarial que no permita al trabajador conocer cuál haya sido el criterio de mejora aplicado, ni cómo lo ha sido, el trabajador no tiene otra forma de probar la existencia de discriminación salarial que comprobando la retribución media femenina y masculina; recayendo, entonces, sobre el empresario la obligación de demostrar que la práctica salarial referida no ha sido en realidad discriminatoria. Pues, como razona el Tribunal: “la trabajadora se vería priva-

da de cualquier posibilidad de hacer valer delante del juez nacional el principio de la igualdad salarial, en el caso de que el hecho de probar la existencia de una diferencia entre la retribución media masculina y femenina no tuviese como efecto el imponer al empresario la obligación de demostrar que la práctica salarial empleada no era, en realidad, discriminatoria”(66).

Una última sentencia en este sentido, es la contenida en el Asunto AWSB (junio, 1992), respecto al derecho de los trabajadores a tiempo parcial y pertenecientes al Comité de Empresa, de cobrar una subvención para seguir cursos de perfeccionamiento, derecho que sí se reconocía a los trabajadores fijos. En este caso el Tribunal estimó –en la misma línea precedente– la existencia de discriminación por sexo "dado que es considerablemente más elevado el número de mujeres que de hombres que ocupan estos puestos de trabajo a tiempo parcial", a menos que la empresa pueda demostrar que dicha legislación está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Finalmente, las manifestaciones de los ordenamientos nacionales más recientes y de la normativa comunitaria última, van conformando un concepto de la discriminación indirecta cada vez más preciso y uniforme.

Ello puede apreciarse en dos instrumentos de singular importancia: la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la carga de la prueba en el ámbito de la igualdad de retribución y trato entre hombres y mujeres (de 24 de mayo de 1988), y la reciente Ley italiana sobre Acciones Positivas (de 10 de abril de 1991). En la primera (art. 4) se considera que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra perjudica de un modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo, especialmente en relación con la situación matrimonial o familiar, y no se está objetivamente justificado por ninguna razón o condición necesaria no vinculada al sexo de la persona”. En la Ley italiana (también art. 4) se considera que “constituye discriminación indirecta todo tratamiento perjudicial consecuencia de la adopción de criterios que desfavorecen en forma proporcionalmente mayoritaria a trabajadores de uno u otro sexo, salvo que puedan justificarse por ser requisitos esenciales en el desarrollo de la actividad laboral” .

En nuestro ordenamiento no existe una definición concreta de discriminación indirecta, si bien la genérica prohibición de discriminación por sexo contenida en los arts. 14 y 35,2 de la Constitución, abarca indudablemente tanto a la discriminación directa como a la indirecta.

Ha sido el Tribunal Constitucional –sentencia 145/1991– y como ya tuvimos ocasión de analizar en líneas precedentes, el que introduce de forma inmediata y vinculante la

noción de discriminación indirecta en nuestra normativa, contribuyendo a crear una sólida base jurisprudencial en la que fundamentar posteriores alegaciones.

Siguiendo la línea impuesta por el TJCEE, nuestro Tribunal Constitucional ante un caso de clasificación profesional formalmente neutra que enmascaraba una infravaloración respecto a otros trabajos de igual valor desempeñado principalmente por mujeres, consideró que era discriminatorio por razón de sexo un sistema de clasificación profesional que subvalore un trabajo de igual valor, mayoritariamente femenino, respecto al de otras categorías, mayoritariamente masculino, por suponer “un trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios técnicos razonables desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador”. Según esta sentencia el concepto de discriminación comprende no sólo la discriminación directa, sino también la discriminación indirecta, entendiéndose como tal “los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.

### **5.1.2. Elementos caracterizadores.**

El conjunto de todas estas aportaciones doctrinales y legales han ido conformando los elementos que caracterizan una noción de discriminación indirecta cada vez más unitaria y coherente. En este sentido se pueden enunciar como elementos configuradores del concepto de discriminación indirecta los siguientes:

En primer lugar, su carácter colectivo ya que lo que aquí cuenta no es que en un caso en concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo..., sino que en su aplicación ese criterio incida perjudicialmente en los individuos de esas características, y, por ello, en el grupo al que pertenezca ese individuo”(67).

En segundo lugar, el efecto desfavorablemente desproporcionado (“impacto adverso”) que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo.

En tercer lugar, que el criterio utilizado que da lugar a los efectos desiguales no resulte objetivamente justificado, bien porque obedezca a motivos ajenos a cualquier causa de discriminación, bien porque haya sido respetado el principio de proporcionalidad porque los medios elegidos responden a una necesidad verdadera y son apropiados

para la realización del objetivo perseguido(68), recayendo, entonces, sobre el empresario la obligación de probar la existencia de tales razones.

Estas reglas generales fundamentan una de las vías procesales de tutela antidiscriminatoria más generalizada: la desviación o el reparto de la carga de la prueba. Admitida en nuestro ordenamiento procesal laboral –art. 96, como ya tuvimos ocasión de comentar anteriormente(69)–, e inspirada en la propuesta de Directiva elaborada por la Comisión de la Comunidad Europea, el reparto de la carga de la prueba, supone que el actor debe fundar su pretensión en elementos de hecho –comprendidos incluso los de carácter estadístico–, y el demandado debe justificar la disparidad de hecho con razones objetivas y circunstanciadas, a fin de demostrar que la práctica de empleo en discusión no encubre una discriminación por razón de sexo. En el reparto de la carga de la prueba el actor está obligado a suministrar, prima facie, elementos precisos y concordantes, capaces de fundamentar, según la libre apreciación del juez, una presunción de discriminación. Exigencia que tiene por objeto no sólo fundamentar la pretensión sino también evitar que por esta vía sean propuestos recursos irreflexivos e infundados.

Al demandado corresponderá, entonces, suministrar elementos de prueba necesarios y suficientes para excluir la existencia de la pretendida discriminación. No se trata aquí de un “mero intento probatorio” sino de una verdadera “carga probatoria que ha de llevar al ánimo del juzgador no la duda, sino la convicción de que el despido fue absolutamente extraño a todo propósito discriminatorio” –TC, sentencia 38/1981, de 23 de noviembre–.

En íntima conexión con los elementos configuradores del concepto están las vías para determinar su presencia y consecuentemente la existencia o no de tratamiento discriminatorio. Por el carácter práctico que este trabajo requiere, sobre todo en esta última parte, parece más útil contemplar estos elementos configuradores a través de la forma en que pueden ser identificados.

El problema que plantea la discriminación indirecta es que, como concepto importado de otras experiencias jurídicas, contiene unos elementos indeterminados de conocimiento y valoración, no frecuentes en nuestro análisis jurídico. Se hace preciso, pues, un cambio del método de análisis jurídico que atienda más al control de los efectos discriminatorios y a la verificación de las situaciones de hecho para buscar una serie de puntos de vista valorativos que puedan extenderse, como reglas de conducta generalizables.

### 5.1.3. Cómo se determina la existencia de discriminación indirecta.

Según la jurisprudencia comunitaria<sup>(70)</sup> para determinar si existe una discriminación de carácter indirecto es necesario dar tres pasos: en primer lugar delimitar la disposición, el criterio o la práctica referida; en segundo lugar examinar si ese criterio afecta en realidad a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, lo que ha de probar la parte afectada; si resulta así el empleador debe demostrar –tercer paso– que el criterio puede explicarse por factores extraños a toda discriminación fundada en el sexo, o sea que está objetivamente justificada, y además que ha sido respetado el principio de proporcionalidad porque los medios elegidos responden a una necesidad verdadera y son apropiados y necesarios para la realización del objetivo perseguido.

#### 5.1.3.1. Delimitación de la disposición, el criterio o el requisito discriminatorio.

Se trata de la exigencia que procedente de una norma convencional o legal, de una decisión empresarial o de la costumbre laboral, produce un tratamiento discriminatorio respecto a un grupo protegido –en este caso, el femenino–, aunque tal requisito o condición sea aplicable por igual a hombres o a mujeres.

En la jurisprudencia, especialmente la norteamericana –no puede olvidarse el carácter pionero en la regulación de esta figura del Ordenamiento jurídico estadounidense– se encuentran numerosos ejemplos de aquellas conductas aparentemente neutrales, pero que de hecho tienen un efecto negativo sobre un colectivo determinado. Veamos algunos tomando como punto de referencia el origen de la decisión que los causa.

a) Cuando el requisito o la condición procede de una decisión empresarial: En el asunto *Price v. Civil Service Commission* (Employment Appeal Tribunal (E.A.T.) 1977)<sup>(71)</sup>, la actora alegaba que la condición impuesta por la empresa, estableciendo una edad entre los 17 a los 28 años como requisito para entrar a trabajar, era discriminatoria por razón de sexo; el Tribunal reconoció que fijar una edad determinada como condición para entrar al trabajo suponía un tratamiento discriminatorio para la mujer ya que es precisamente en esa época de su vida cuando tiene menos posibilidades de asumir un trabajo a causa de sus obligaciones familiares.

En los asuntos *Jenkins* y *Bilka-Kaufhaus*, la condición exigida que producía el resultado discriminatorio procedía también de una decisión empresarial. En el primer

caso, se producían desigualdades salariales injustificadas entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial; en el segundo, se establecía un plan de jubilación referido tan sólo a los trabajadores a tiempo completo. En ambos casos, el TJCEE, consideró que la exigencia de trabajar a tiempo completo como base para recibir un trato más ventajoso, suponía un tratamiento discriminatorio por razón de sexo, al ser considerablemente mayor el número de mujeres que el de hombres que trabajan a tiempo parcial.

- b) Cuando el requisito o condición proviene de la negociación colectiva: En el asunto *Clarke v. Eley Kynoch Ltd.* (E.A.T. 1983)(72) sobre reclamación de un acuerdo de expediente de regulación de empleo, en donde se establecía que los primeros en ser despedidos serían los trabajadores a tiempo parcial, de nuevo el Tribunal estima que el “requisito” de “trabajo a tiempo parcial” para fijar condiciones menos favorables para estos trabajadores en relación con los trabajadores a tiempo completo, aún pactado en convenio colectivo, no podía ser aceptado por suponer un tratamiento discriminatorio encubierto puesto que estadísticamente son muchas más las mujeres que los hombres que trabajan a tiempo parcial.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional en la sentencia 145/1991, que contempla –como ya se sabe– una reclamación por diferencia de trato derivada de un acuerdo colectivo, estima que el control sobre la discriminación deberá extenderse igualmente sobre todo el sistema pactado en convenio colectivo. Lo que supone –y debe recalcar– por su especial importancia– que deberá someterse al control del “impacto adverso” no sólo los actos que procedan del empresario, sino también cualquier criterio adoptado en vía colectiva.

- c) Cuando el requisito o condición sea consecuencia de una práctica social tradicionalmente aceptada: En el asunto *Sttel v. Union of Post Office Workers and The Post Office* (E.A.T. 1978)(73), la demandante alegaba que la utilización del criterio de “antigüedad” para la fijación de la indemnización por pérdida del puesto de trabajo era discriminatorio. La consecuencia era que las mujeres recibían menos o ninguna indemnización porque era un trabajo que generalmente y hasta fechas muy recientes, había sido cubierto por hombres.

En este supuesto el requisito o condición no procedía ni de una decisión empresarial, ni de una norma estatal o pactada en convenio colectivo, sino de la costumbre laboral o profesional habitual en el centro de trabajo.

De esta forma también la costumbre laboral o profesional, cuando suponga “impacto adverso” queda incluida en la prohibición legal de la discriminación.

d) Finalmente, también la discriminación indirecta puede provenir de normas legales. En materia de acceso al empleo, por ejemplo, las discriminaciones indirectas normativas se producen básicamente con la existencia de normas “protectoras”, no justificadas, que, partiendo del interés de proteger al colectivo femenino terminan por retraer su contratación por los empresarios. Este efecto se produce como consecuencia de normas que tienen por objeto facilitar a la mujer el cuidado de los hijos –permisos por lactancia, permiso por maternidad... referido exclusivamente a las mujeres–; o aquellas que, pretendiendo también beneficiar a la mujer, facilitan y animan el despido femenino. Estas son las que consagraban la dote o las excedencias obligatorias por matrimonio –normas que, como se sabe, no están vigentes en la actualidad–.

### **5.1.3.2. Formas de establecer el impacto adverso.**

Para que pueda hablarse de discriminación indirecta, el segundo paso, consiste en probar por la parte afectada –que debe fundar su pretensión en elementos de hecho, comprendidos los cuantitativos y estadísticos– que el criterio o la práctica referida –aún siendo neutral– afecta desfavorablemente a un número más elevado de mujeres que de hombres.

#### **A) La base de comparación.**

Para considerar que un requisito o condición exigido puede tener efectos discriminatorios es preciso demostrar que la proporción de mujeres que pueden cumplirlo es considerablemente menor que la de hombres. Lo relevante en este caso, que puede determinar lo que se llama, un panorama generalizado de discriminación, no es la comparación entre hombres y mujeres en números absolutos, sino la proporción efectiva entre unos y otros referidos a un supuesto concreto.

Entre las posibles bases de comparación existen ejemplos diversos. Partiendo de que los hombres y las mujeres están representados en la sociedad de forma equilibrada, cuando lo comparable sea un factor determinado que afecta generalmente a unos y otras y se busca una solución global, el ámbito de comparación puede ser muy amplio, incluso todo el territorio nacional, caso, por ejemplo, de evaluar los niveles de educación.

Si se trata de requisitos para un trabajo, la comparación deberá hacerse entre la proporción de hombres y mujeres que cumplan tales requisitos. Un ejemplo de ello aparece en el asunto Price v. Civil Service Commission, en donde se exigía un nivel A 2 ciclo –como

requisito para el puesto de trabajo. En este caso el Tribunal consideró que lo apropiado era comparar entre el número de mujeres y hombres con la calificación requerida.

Si se trata de saber si existe discriminación en el acceso al empleo, la comparación deberá hacerse entre la mano de obra femenina disponible y cualificada en el área donde la empresa se enclava, y la proporción de mano de obra femenina contratada y que forma parte de la plantilla de la empresa. Ejemplo de ello es el asunto *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* (1989)(74), aunque referido a un supuesto de discriminación por raza, sus conclusiones pueden ser perfectamente trasladadas aquí. En este caso se planteaba si la contratación por una empresa de más minorías raciales que blancos para los trabajos peor remunerados no constituía un caso de impacto adverso. Si bien el Tribunal no consideró la existencia de un acto discriminatorio, la sentencia es importante porque en la misma se configura un sistema de análisis estadístico comparativo, que debía tener en cuenta no sólo la estructura de la población y la estructura de la contratación realizada en un momento dado, sino también la composición de la plantilla ya existente.

En otras ocasiones la comparación debe hacerse únicamente sobre la plantilla del centro de trabajo, si concierne, por ejemplo, a los sistemas de promoción o al reparto de beneficios, planes de jubilación... En estos casos, si el empresario otorga un tratamiento más favorable a partir de cierto nivel en las categorías profesionales, la comparación deberá hacerse entre la proporción del número de mujeres en el nivel profesional afectado por las mejoras y el número de mujeres que perteneciendo a una categoría profesional inferior, no van a beneficiarse de tales mejoras.

Si el empresario da un tratamiento diferenciado a los trabajadores distinguiendo según la modalidad del contrato celebrado –trabajo a tiempo parcial o a tiempo completo; trabajador fijo o trabajador temporal– la comparación deberá hacerse entre la proporción de trabajadores masculinos y femeninos que realizan su trabajo bajo una modalidad u otra de contrato.

## **B) Utilización de la estadística y la práctica social.**

Si la discriminación indirecta consiste en una desigualdad peyorativa de trato de un colectivo determinado frente a otro, parece imprescindible la utilización de las estadísticas como medio de prueba de la existencia del presumible trato discriminatorio.

El papel asignado a las estadísticas es, en efecto, el de demostrar, *prima facie*, que un grupo de mujeres queda en desventaja o recibe un tratamiento más desfavorable que

un grupo de hombres tomado como referencia, como efecto de una medida en principio igual para ambos.

Sin embargo, y pese a que la estadística puede ser un instrumento esencial para suministrar elementos necesarios en los que justificar una presunción de discriminación –a la estadística se refiere concretamente el TJCEE en el asunto Danfoss como una vía “para fundamentar en términos precisos y concordantes la presunción de existencia de actos o comportamientos discriminatorios en razón de sexo”– su utilización es valorada de forma desigual por los jueces y Tribunales.

La regla general es que, como medio de prueba, el Tribunal debe aceptarla en todo caso –entre nosotros, el art. 90,1 LPL lo posibilita sin problema alguno–.

No obstante, no siempre es fácil que un particular pueda acceder a tales datos y por lo tanto, pueda aportarlos. Por otra parte, los Tribunales no siempre otorgan fiabilidad al resultado estadístico: los datos pueden estar mal elaborados, ser erróneos o simplemente, no respondan a la realidad. Por todo ello, las pruebas basadas en la estadística no siempre son valoradas de igual forma por el órgano judicial. Acudiendo de nuevo a la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, puede apreciarse que las oscilaciones judiciales en este campo varían de forma considerable.

Así, mientras que en unos casos, el Tribunal admite como sustitutorio del dato estadístico, la existencia de una práctica social generalizada –aceptando, por ejemplo, como hecho social evidente el que más mujeres que hombres trabajan a tiempo parcial–; en otros, sin embargo, –asunto *Pearse v. City of Bradford Metropolitan Council* (E.A.T. 1988)(75)– el Tribunal se negó a admitir información generalizada y no basada en datos estadísticos; para, finalmente, en otros –asunto *Kidd v. D.R.G. Ltd.* (E.A.T. 1985)(76)–, ante datos estadísticos mal elaborados o insuficientes, reaccionara acordando el sobreseimiento de la causa.

### C) La determinación del porcentaje.

El criterio para medir el grado porcentual que puede delimitar una práctica discriminatoria de otra que no lo es, varía de un lugar a otro, pero en todo caso se parte de una premisa común: el porcentaje debe ser “considerablemente menor” y en todo caso, suficientemente significativo.

En Estados Unidos, por ejemplo, la Equal Employment Opportunities Commission, utiliza convencionalmente la regla del 4/5 –lo que equivale a un 20%–, una regla evidentemente empírica y aproximativa(77). Según la misma, existe suficiente disparidad de tratamiento cuando el grupo protegido que se contempla está en proporción de 4 a 5 o inferior respecto del otro grupo tomado de referencia. Un ejemplo jurisprudencial de

ello, aparece recogido en el asunto *Meeks v. N.U. of Agricultural and Allied Workers*(78). Aquí se consideró que el estimar como índice para obtener ciertas ventajas el trabajar a tiempo completo, era discriminatorio ya que el porcentaje de hombres y mujeres que trabajaban a tiempo completo era de 97% hombres frente a un 68% mujeres. Aplicando la regla anterior resultaba que podía considerarse impacto adverso a partir del 78% o menos de mujeres trabajando a tiempo completo.

Sin embargo, es difícil que este criterio se extienda más allá de la práctica americana; los problemas para demostrar el porcentaje requerido exigen dinero, tiempo y experiencia, no siempre al alcance de los recurrentes.

En nuestro país, se opta –Tribunal Constitucional, en la sentencia 145/1991– por un sistema basado en la práctica generalizada y en la razonabilidad, al establecer la presunción de impacto adverso cuando el trabajo que se presume infravalorado fuera “predominantemente desempeñado por mujeres, con independencia de la ocasional presencia de varones en las categorías ‘feminizadas’ o viceversa”.

**D)** Obligación del órgano judicial de interpretar de forma extensa la exigencia que presumiblemente da lugar al tratamiento discriminatorio.

La discriminación indirecta por su carácter velado y encubierto es siempre más difícil de apreciar sobre todo si la investigación judicial se detiene en la mera apariencia formal –y neutra– del requisito o de la condición.

La jurisprudencia en este caso la inglesa, puede servir de referencia. En el asunto *Price*, el Tribunal Industrial que conoció en primera instancia, y frente a un requisito de edad para entrar a trabajar –entre 17 y 28 años– consideró que éste no podía considerarse impacto adverso, ya que era físicamente posible, al existir un número semejante de mujeres y hombres de tal edad. La revisión judicial posterior, anuló, sin embargo, esta primera resolución; el E.A.T. consideró que dicho requisito producía impacto adverso respecto a la mujer ya que el fijar precisamente tal edad –en la que la mujer generalmente asume una serie de obligaciones familiares– limitaba gravemente su posibilidad de entrar a trabajar en dicha empresa.

En el asunto *Clarke* se suscitó el problema de si era posible alegar que el requisito exigido producía impacto adverso en la demandante cuando ésta podía haberlo evitado con anterioridad. El Tribunal Industrial consideró que el requisito –en este caso, además, pactado en convenio colectivo– por el que se establecía que los trabajadores a tiempo parcial serían los primeros en ser despedidos en el caso de reestructuración de plantilla, no podía considerarse impacto adverso para la demandante –trabajadora

a tiempo parcial— ya que ésta, conociendo tal requisito, llevaba trabajando en la empresa desde hacía seis años sin modificar su contrato a tiempo completo. El E.A.T., por el contrario, rechazó esta primera sentencia, al considerar que no debe tenerse en cuenta el tiempo pasado, sino el momento en el que se exige el requisito, que al no poderlo cumplir —requisito que por lo demás afectaba a una generalidad de mujeres—, obliga a la demandante a perder el trabajo.

Razonaba el Tribunal su resolución en que, al ser la finalidad de la tutela antidiscriminatoria la eliminación de prácticas de “impacto adverso” respecto a la mujer, una interpretación conforme a tal finalidad obliga a una indagación del hecho causante y de sus consecuencias “más allá de la mera constatación de su existencia, imponiéndose la investigación sobre la naturaleza misma del trabajo a desarrollar, en cuanto que la condición puede ir implícita en el mismo y suponer veladamente la exclusión de mujeres por este procedimiento”.

En la línea opuesta se sitúa el asunto Francis v. British Airways Engine Overhaul Ltd. (1982)(79) sobre una reclamación en base a la falta de oportunidades de promoción en el grado básico que era predominantemente femenino. En este caso el Tribunal consideró que la falta de oportunidades era una consecuencia de la estructura del trabajo y no un requisito del mismo. No es obligatorio —argumentaba el órgano judicial— que cada trabajo suponga la posibilidad de ascenso; por ello, cuando el puesto de trabajo determinado no implique el ascenso y la promoción, no puede considerarse la existencia de un trato discriminatorio, ya que en este caso no se trata del establecimiento de una “condición” que produzca consecuencias desiguales para un colectivo, sino del propio trabajo en sí que no prevé posibilidades de ascenso.

Caso diferente sería, añade el E.A.T. que se estableciesen condiciones que implicasen discriminación en el ascenso para la mujer respecto al hombre, por ejemplo, exigir determinadas condiciones más difíciles de cumplir a las primeras que a los segundos. En conclusión, afirma el Tribunal que en los puestos de trabajos “sin salida”, existe la discriminación cuando haya una diferenciación en el trato que permita a un grupo mayores oportunidades que a otro.

En el asunto Perera v. Civil Service Commission (1980)(80), la solicitante, que poseía la titulación requerida como única condición exigible, fue sin embargo rechazada en todos los puestos a los que optó incluido el de Asistente Legal. La causa alegada por la comisión fue que en la entrevista personal, la solicitante no hablaba un inglés perfecto, ni poseía experiencia en el país... Ante la demanda por discriminación por sexo y raza, el Tribunal declaró que no existía tal, pues las causas que motivaban el rechazo por parte de la empresa pública de la candidata se basaban en “condiciones personales” y no “en requisitos ni condiciones del puesto de trabajo”.

En igual sentido, en el asunto *Clymo v. Wandsworth London Borough Council* (1989), el E.A.T., al distinguir entre el puesto de trabajo y las condiciones de empleo a efectos de determinar la existencia o no de discriminación, declaró que la decisión sobre las condiciones de trabajo en sí, eran competencia exclusiva de la dirección de la empresa y no del Tribunal.

Esta posición jurisprudencial que delimita de forma restrictiva la investigación sobre el acto discriminatorio, no deja de ser una decisión judicial grave. Cuando los conceptos son tan sutiles y difíciles de aprehender, cuando además cabe la justificación en la necesidad empresarial para evitar la tacha de discriminación, el interpretar con carácter restrictivo el alcance de la “condición” empresarial que puede motivar el acto discriminatorio, recluyéndolo exclusivamente a las referidas al puesto de trabajo sin tener en cuenta el efecto adverso que puedan tener aquellas otras condiciones o requisitos que pueden afectar a cualidades personales del trabajador, abre una peligrosa vía de escape a la discrecionalidad empresarial.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional en la sentencia 145/1991 –tema sobre el que ya se ha incidido con mayor profundidad(81)– mantiene una doctrina más rigurosa y radical sobre esta materia, al advertir al órgano judicial que, cuando se invoque una diferencia de trato basada en una de las circunstancias que el art. 14 considera discriminatorias y tal invocación se realice, precisamente, por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación, “no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que parece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 de la Constitución”.

### **5.1.3.3. La justificación del impacto adverso.**

Si bien son los efectos derivados de los requisitos o las condiciones los que hacen oscilar la balanza hacia la discriminación, no todos los actos y comportamientos de los que se deriven efectos desfavorables para los pertenecientes a determinado sexo son calificables sin más como discriminatorios.

La cuestión de cual sea la justificación de la medida empresarial que puede fundamentar el tratamiento desigual sin que por ello tal tratamiento se considere discriminatorio, es uno de los temas centrales y más conflictivos en el tema de la discriminación indirecta. Muchos de los requisitos o de las condiciones del trabajo pueden tener un efecto perjudicial para la mujer, su licitud depende directamente de si pueden o no ser justificados.

La difícil cuestión, de cuales sean las razones que eventualmente pueden justificar el “impacto adverso” ha sido afrontada de forma desigual en la doctrina comparada. Así, mientras que la jurisprudencia inglesa habla de “motivo justificado aceptable por persona que piense correctamente”(82), la jurisprudencia norteamericana se refiere a “business necessity”(83), y en el ordenamiento italiano, por el contrario, se parte de la noción más estricta de “requisitos esenciales por la naturaleza del trabajo o de la prestación”(84).

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional –sentencia 145/1991– adopta una posición próxima a la asumida en la Ley italiana sobre Acciones Positivas, e incluso de forma más rigurosa que la mantenida en aquélla, afirma que “no puede admitirse en principio la justificación de disparidad de trato entre los sexos por razones aparentemente objetivas, las exigencias de la empresa o las condiciones del mercado, pero que supongan por su desigual impacto el sacrificio del principio constitucional de la no discriminación por sexo”. Por ello declara que el procedimiento de valoración de las categorías debe obedecer “a criterios técnicos racionales, desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador”.

A partir de estos planteamientos particulares, la jurisprudencia comparada ha evolucionado en sus planteamientos, oscilando entre un primer momento de interpretación rigurosa de los criterios que podían, en su caso, justificar el impacto adverso –de tal forma que el requisito “necesidad” se interpretaba como equivalente a “esencialidad”–; para, más adelante, comenzar a entender el mismo requisito de “necesidad” con el significado de “correcto y razonable” en atención a las circunstancias. En el asunto *Singh v. British Rail Engineering Ltd.* (1979)(85), se consideró que el tratamiento de impacto adverso puede venir justificado por “razones buenas y adecuadas comprensibles para personas normales”, dándole menos importancia a los métodos alternativos y concentrándose más en la motivación y buena fe del empresario.

Sin embargo, este argumento es ciertamente peligroso. Si, precisamente, la normativa discriminatoria supone romper –o lo pretende– con situaciones sociales determinadas, con hábitos consagrados por la inercia del tiempo, el tomar como índice para fundamentar la justificación del requisito discriminatorio lo que la propia sociedad acepta como comportamiento normal y correcto, sólo sirve para perpetuar las mismas situaciones discriminatorias.

No obstante, la tendencia última y más consistente de la doctrina jurisprudencial es la de utilizar criterios más rigurosos en la valoración de las causas que eventualmente puedan justificar el impacto adverso. En este sentido, el TJCEE, en el asunto *Bilka-Kauffaus*, consideró que las medidas elegidas por el empresario, debían estar directamente relacionadas con las necesidades de la empresa y debían ser apropiadas y

necesarias para el objetivo que la misma persigue, admitiendo la justificación únicamente cuando ésta se basa de forma directa en el objetivo de la empresa.

Los tribunales ingleses, añaden, sin embargo, una nueva precisión: debe equilibrarse la necesidad empresarial con la mejora que se obtiene respecto a la eliminación de las discriminaciones. Es posible que una medida justificable –en las necesidades de la empresa– en un marco reducido, como puede ser la misma empresa, no produzca en sí cuestiones o problemas discriminatorios graves; sin embargo, extrapolar esto a la generalidad de las empresas sí puede dar lugar a un hecho discriminatorio grave.

Finalmente, pueden extraerse del análisis de la doctrina jurisprudencial comparada una serie de reglas válidas y muy importantes en esta materia:

- a) La justificación en las necesidades de la empresa debe ser proporcional al efecto dispar que el requisito produce en el grupo. Así en *Griggs v. Duke Power Co.*, el Tribunal Supremo de EE.UU. consideró que “si una práctica empresarial –que en este caso perjudicaba a las personas de raza negra– afectaba a un grupo considerable, la justificación del empresario en las necesidades de la empresa debía ser también mayor”.
- b) La justificación debe basarse en motivos objetivos. El requisito debe perseguir un bien de la empresa exento de condicionantes subjetivos.
- c) El requisito que produce impacto adverso no puede ser justificado si existen vías alternativas por las que llegar al mismo objetivo empresarial sin necesidad del tratamiento discriminatorio. En el asunto *Steel v. Post Office* (1978), sobre una reclamación sobre el sistema implantado de ascenso de categorías en base únicamente a la antigüedad del trabajador, se declaró que tal condición afectaba negativamente a las mujeres, ya que éstas, por motivos tradicionales y sociales, se habían incorporado recientemente a este tipo de trabajo. El Tribunal señaló que, puesto que era posible utilizar otras vías no discriminatorias para llegar al mismo resultado, no había justificación alguna para que el criterio de la antigüedad, como sistemas para el ascenso, se mantuviese.
- d) La defensa empresarial no es un “mero intento probatorio”, sino una verdadera “carga probatoria que ha de llevar al ánimo del juzgador no la duda, sino la convicción de que el despido fue absolutamente extraño a todo propósito discriminatorio”.
- e) Cuando la disposición impuesta o el requisito exigido venga condicionado por motivos de seguridad o salud laboral, el impacto adverso se justifica en todo caso.

En el asunto Singh, sobre una decisión empresarial que prohibía a los hombres el tener barba, se alegó discriminación por razón de raza y creencias religiosas, basándose además, en que ésta era una condición que no se imponía en las demás empresas del mismo sector de fabricación de bollería y pastelería. El Tribunal, sin embargo, afirmó que ésta era una medida de seguridad e higiene, no discriminatoria, y que el hecho de que en otras empresas no fuese un requisito exigible, no suponía que esta empresa en concreto no lo pudiese establecer como garantía de la calidad del producto y en defensa de la salud de los consumidores. Por lo tanto, la comparación a la baja entre empresas para alegar un trato discriminatorio, no puede tenerse en cuenta. Es más, afirma el Tribunal, que en materia de seguridad y salud no es necesario demostrar, para justificar la medida impuesta, que con la misma se mejora de forma evidente, es suficiente con que se aprecie la intención de mejorar.

- f) Las medidas impuestas o los requisitos exigidos deben responder exactamente con el contenido del puesto de trabajo a desempeñar.
- g) Debe respetarse, en todo caso, el principio de proporcionalidad, de tal forma que se valoren los beneficios que se obtienen por una vía, frente a los perjuicios que la medida de impacto adverso produce por otra.
- h) El motivo alegado debe ser real y no encubridor de un acto ilícito.

En el asunto Home Office v. Holmes (1985)(86), una mujer con derecho de reserva de puesto de trabajo por maternidad, pidió cambiar su contrato, que era a tiempo completo, por otro a tiempo parcial. La empresa lo denegó en base a que en la misma no existían trabajadores a tiempo parcial. El Tribunal consideró que exigir como requisito para trabajar el desempeñar el trabajo a tiempo completo era discriminatorio ya que pretendía, mediante este procedimiento, inducir al despido a la propia trabajadora, sin que, en modo alguno tal exigencia viniese fundamentada en la defensa de intereses empresariales legítimos.

En este caso, el empresario debería haber podido demostrar o bien que era esencial al puesto de trabajo el ser ocupado a tiempo completo; o razones de productividad; o la existencia de una distorsión grave de la política de personal. Es decir una causa esencial y grave y directamente relacionada con el objetivo de la empresa.

En el asunto Clarke, el E.A.T. declaró que la práctica de despedir en primer lugar a los trabajadores a tiempo parcial no estaba justificada al existir otras alternativas posibles, sin que sirviese como justificación el que ésta fuese la práctica aceptada por la mayoría de los trabajadores de la empresa.

## 5.2. Las Acciones Positivas.

### 5.2.1. Naturaleza, contenido y vías de introducción de las normas sobre igualdad de oportunidades.

Las normas que vienen amparadas en el principio de igualdad de oportunidades de la mujer en el trabajo tienen como objetivo favorecer el empleo femenino y hacer efectiva la igualdad sustancial entre hombres y mujeres en el trabajo.

Estas normas se caracterizan principalmente por su coyunturalidad y su especialidad. En el primer caso, porque surgen con unas finalidades muy concretas y con auténtica vocación de temporalidad. Su duración será la suficiente para que se cumplan las finalidades impuestas y su objetivo real será, en último extremo, dejar de ser necesarias. En el segundo caso, se trata de normas muy específicas tanto por la limitación de los sujetos a los que se dirige como por las propias normas diferenciadas –pero no discriminatorias–, que impone.

En cuanto a su contenido, estas normas establecen principalmente medidas de acción positiva –como instrumento básico para la consecución de la igualdad sustancial, y caracterizadas, a su vez, por una gran diversidad; y medidas de control– a través de la creación de Instituciones específicas –y sancionatorias– estableciendo para ello la graduación de faltas, las sanciones correspondientes y el procedimiento sancionador.

En cuanto a su origen, existen dos vías generalizadas para la introducción de las mismas: la vía legal y la convencional.

En el primer caso, bien a través de leyes específicas sobre igualdad –al estilo de la Ley sobre Igualdad de Oportunidades Sueca(87), la Noruega sobre Igualdad del Estatuto(88), o la Italiana sobre Acciones Positivas(89)–, o bien mediante el establecimiento de políticas nacionales concretas que introducen planes de igualdad más o menos ambiciosos, como es el método por el que se ha optado en nuestro país en donde existen –como ya tuvimos ocasión de comentar– Planes de Igualdad de Oportunidades tanto a nivel nacional como de Comunidad Autónoma.

En el segundo caso, a través de la negociación colectiva –en muchos casos instrumento al que se remiten las normas de origen legal–, que se configura como vehículo idóneo para la introducción de las medidas de acción positiva.

### 5.2.2. Las acciones positivas. Concepto.

Consideradas las acciones positivas como el instrumento principal para la consecución de la igualdad sustancial en el trabajo, su inevitable diversidad impide su individualización como no sea a través del método descriptivo. Es por ello más correcto y efectivo utilizar para su identificación el método funcional. De esta forma las acciones positivas se caracterizarán no por el tipo de medidas sino por su objetivo final de “remover” los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras. La indeterminación tipológica de las acciones positivas permite reflexionar sobre su naturaleza y en tal sentido atribuirles o bien el significado más simple de medidas dirigidas a la eliminación de la desigualdad sustancial entre los sexos o bien el más completo y controvertido significado de medida dirigidas a la revaloración de la diferencia sexual(90). En este sentido la acción positiva no debe intentar simplemente la homologación del trabajo femenino con el masculino, sino, en un sentido más avanzado, la valoración (en términos profesionales y económicos) de un trabajo femenino que no pierde su característica específica. La perspectiva de la igualdad de oportunidades tiende de esta forma a superar los términos en los que ha estado tradicionalmente anclada la relación entre igualdad y especificidad entre los sexos en las condiciones de trabajo: esto porque el objetivo perseguido no es la garantía-promoción de situaciones jurídicas o de hecho idénticas, sino la creación de condiciones tales que permitan a los sujetos en sí diferentes, la plena expresión de su potencialidad –referida al trabajo–, y de forma más general, el desarrollo de su personalidad.

La misma noción comunitaria de acciones positivas le identifican por su capacidad de corregir las desigualdades de hecho y por promover la plena participación de la mujer en todos los niveles del mercado de trabajo. En este sentido la designación usual de la igualdad de oportunidades como política dirigida a restablecer “puntos de partida iguales” entre los pertenecientes a diversos grupos sociales, ha sido considerada limitativa en cuanto concebida de forma estática y mecánica –los obstáculos históricos y las condiciones necesarias a superar para llegar a la plena expresión de la potencialidad del sujeto no son idénticas para todos los grupos, y tanto menos en el caso de la mujer que ni es una minoría racial ni un grupo de intereses–. Lo que interesa no es solamente garantizar la igualdad en los puntos de partida sino también “en los resultados”.

Conviene incidir de nuevo en la misma reflexión: “igualdad” no significa “identidad”. Y esta misma idea está presente aún en el caso más conflictivo en esta materia como es el referente a la igualdad de retribución, en donde lo esencial –de acuerdo con la normativa comunitaria– no es la identidad del trabajo sino la similitud de su valor, es decir, lo valorable no es el trabajo en sí tomando como modelo el trabajo masculino porque

históricamente ha sido prevalente, sino la valoración del resultado del trabajo, que puede ser de igual valor o de mayor valor o de valor diferente.

### 5.2.3. Tipología de las acciones positivas.

Tomando como punto de referencia los diferentes objetivos que persiguen, las acciones positivas se pueden clasificar de forma muy general –ya se ha destacado la imposibilidad de reducirlas a grupos homogéneos– en los siguientes apartados:

#### A) Equilibrio y distribución de las responsabilidades familiares y profesionales entre los sexos.

Se considerarán medidas de acción positiva las dirigidas a reconocer la diferencia de la mujer en todos los aspectos relacionados con la maternidad y el cuidado de los hijos, a fin de, por una parte, garantizar su derecho a la maternidad, y por otra, su derecho al trabajo y a la promoción en el mismo, pero no en el sentido de gravar dos veces a la mujer sino en el opuesto de permitirle el ejercicio de ambos derechos. En última instancia estas medidas persiguen la creación de un nuevo modelo laboral para todos –hombres y mujeres–, e indirectamente un cambio en los roles sociales, ya que la obligación de conciliar la vida familiar con la exigencia del trabajo ya no será responsabilidad exclusiva de la mujer.

En esta misma línea las medidas relativas a la protección del puesto de trabajo de la mujer en razón de su maternidad, tanto en el momento del embarazo como en el tiempo de descanso después del parto; o encaminadas a impedir su propio despido por imposibilidad de seguir realizando su trabajo –así las que facilitan y prevén el cambio de puesto de trabajo durante el embarazo–; o bien aquellas que permiten la compatibilización entre el trabajo y el cuidado del recién nacido –reducción de jornada, excedencia con reserva de puesto de trabajo o sin ella–; o bien, finalmente aquellas otras encaminadas a un mejor reparto de las responsabilidades familiares entre los dos sexos –licencias o excedencias del trabajador para cuidado de los hijos–.

Y en este mismo sentido, también se pueden incluir aquellas medidas relacionadas con la organización y distribución del trabajo en la empresa –inclusive mediante la modificación de los sistemas de trabajo: trabajo a turnos, horarios flexibles...–, a fin de que se garantizase a la mujer la posibilidad de ocupar cualquier puesto de trabajo y no sólo el que le permitiese compaginar sus dos ocupaciones básicas: trabajo y familia.

Igualmente se consideran medidas positivas en esta línea las que tuviesen por objeto la reducción de la jornada de trabajo con carácter general para hombres y mujeres. Lo que presupondría un cambio en las mentalidades y comportamientos, además de que, de esta forma se solucionaría otra de las cuestiones que más gravemente afectan al empleo femenino: el trabajo a tiempo parcial, tipo de contrato que generalmente contempla los trabajos menos cualificados y peor remunerados y que limita las posibilidades de ascenso.

## **B) Medidas equiparadoras y promocionales.**

Por otra parte, cuando la “diferencia” en la mujer es consecuencia de situaciones de desventaja históricamente consolidadas, –menor educación escolar, escasa formación profesional...– las acciones positivas deben actuar para conseguir el reequilibrio. En este sentido las acciones positivas cumplen, dentro de este objetivo general, diferentes finalidades específicas: eliminación de la desigualdad en la formación, en el acceso al trabajo, en la carrera profesional...

Al mismo tiempo, cuando en el mercado de trabajo domina la segregación profesional, existe una tendencia a perpetuarse dicha segregación como consecuencia de su influencia en el propio sistema educacional y formativo establecido. Debe por lo tanto romperse esta dinámica de causa-efecto. La formación debe contribuir al cambio estructural del mercado de trabajo, al rompimiento de situaciones hasta el presente consolidadas pero que producen efectos discriminatorios. En este sentido acciones positivas serán aquellas destinadas a la formación de la mujer en actividades en la que tradicionalmente o no se haya incorporado o haya estado subrepresentada, en particular en los sectores con mayor futuro y en los niveles de mayor responsabilidad.

Y finalmente, para romper definitivamente el círculo de la segregación profesional, sería necesario que la mujer se incorporara a los Cuerpos docentes que formasen a los licenciados, especialistas y técnicos de aquellas profesiones de escasa participación femenina.

Acciones positivas en este sentido serán: a) las que establezcan un sistema de “cuotas” que garanticen la presencia de la mujer en todos los estamentos y tanto en el ámbito privado como en el de la Administración Pública; b) las que pongan en marcha planes de financiación –estableciendo becas, por ejemplo, que costeen la preparación de la mujer para opositar a Cuerpos profesionales selectivos: Abogados del Estado, Registros, Notarías...–; así como, c) aquellas otras que supongan la realización de cursos de formación profesional específicamente para mujeres y respecto a actividades de predominante ocupación masculina.

**C) Medidas que garanticen la dignidad personal y profesional de la mujer en el trabajo.**

Al mismo tiempo, existen otra serie de actuaciones positivas dedicadas a cambiar hábitos culturales y sociales que en el trabajo perjudican seriamente a la mujer, así las actitudes paternalistas que suponen en la mujer un trabajo de inferior calidad que el efectuado por el hombre y de ahí la subvaloración del trabajo femenino; o las actitudes machistas que llevan al llamado hostigamiento sexual o acoso sexual. Acción positiva en el primer caso será aquella que tienda a superar las condiciones, organizaciones y distribuciones de trabajo que provocan, según el sexo, efectos diferenciados en los trabajadores, perjudicando su formación, sus ascensos profesionales y promociones o sus condiciones económicas y salariales; y, de forma general, la tendencia a conseguir categorías abiertas en todas las calificaciones profesionales. Acciones positivas en el segundo caso serán aquellas destinadas a erradicar de la empresa comportamientos de tal naturaleza, facilitando su denuncia, y garantizando la ausencia de consecuencias negativas para el trabajador como efecto de la misma, o a causa de su negativa a insinuaciones o requerimientos. Y en el mismo sentido, aquellas que, vía convenio colectivo, por ejemplo, penalicen con mayor rigor estos comportamientos.

**D) Medidas de garantía y control.**

Finalmente, medidas de acción positiva son aquellas que prevén el control en la aplicación de las normas legales o convencionales sobre igualdad, bien mediante la creación de organismos e instituciones específicos de carácter independiente como es el Ombudsman para la Igualdad de Oportunidades, figura prototípica en el Ordenamiento jurídico sueco y noruego, nombrado para hacer valer los derechos del individuo frente a la Administración(91). Bien mediante la institución de organismos públicos expresamente con tal finalidad, como en Italia ocurre con la creación del Comité Nacional para la aplicación de los Principios de Paridad de Trato e Igualdad de Oportunidades entre Trabajadores y Trabajadoras(92), o bien, encomendándolo al órgano público que generalmente asume funciones de control de la legalidad laboral como es la Inspección de Trabajo en nuestro caso.

Por último, medidas positivas en este sentido serán también aquellas que prevean la existencia de comisiones o expertos para la igualdad, presentes en los organismos públicos, en las organizaciones sindicales y, sobre todo en el propio ámbito de la negociación colectiva, con la doble finalidad de controlar, por una parte, los actos del empleador o las normas colectivas que puedan suponer discriminación por razón de sexo, y por otra, la de crear nuevas medidas de acción positiva, o emplear las que realmente convenga, de acuerdo con la realidad concreta del sector y con la estructura de la empresa.

## **6. GUÍA PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO DISCRIMINATORIA**

El Principio de Igualdad de Trato trasladado a las relaciones de trabajo supone la prohibición de tratamiento discriminatorio en toda la relación laboral: en el momento del acceso al empleo, en la promoción en el mismo, en las condiciones de trabajo, en el mantenimiento de la relación.

El Principio de Igualdad de Oportunidades, tiende a reequilibrar la inferior posición de partida de la mujer en el trabajo, y su influencia está presente en todos los aspectos de la relación de trabajo: el acceso al empleo, los sistemas de ascenso, la fijación de condiciones de trabajo, la garantía de su permanencia en el mismo...

Todo ello sugiere una serie de Propuestas, que en su conjunto conforman esta Guía, en unos casos con apoyo directo en la legislación vigente, en otros a partir de experiencias de legislación y jurisprudencia comparada, en otros, tomando como referencia normas pactadas en la negociación colectiva, en otros, finalmente, fruto de la propia reflexión.

Estas son las Propuestas.

## 6.1. Acceso al empleo.

### 6.1.1. Procedimiento de contratación no discriminatorio.

#### A) Respecto a la convocatoria.

- a) Ofertas de empleo: Las ofertas de empleo serán públicas e inominadas, o en caso contrario, deberán hacer referencia a ambos sexos, salvo en aquellos supuestos en que la referencia al sexo constituye un requerimiento esencial por la índole del trabajo.
- b) La forma de difusión: El anuncio de la oferta de empleo debe ser público, a través de los medios de comunicación previstos, sin que pueda aceptarse la comunicación oral como único medio de difundir la oferta.
- c) El lugar: El anuncio de la oferta de empleo debe ser colocado en un lugar público y abierto. Se podría considerar práctica discriminatoria realizar la oferta de trabajo en lugares frecuentados exclusivamente por hombres.
- d) El contenido: El anuncio de la oferta de empleo no puede inducir, por medio de palabras o por medio de imágenes, a la creencia de que la oferta es sólo para trabajadores masculinos.

#### B) Procedimiento de selección.

##### a) La entrevista:

- a') En la entrevista no deben realizarse preguntas sobre estado civil o planificación familiar. En caso contrario, los entrevistados pueden negarse a contestar.
- b') En este caso la prohibición de preguntar sobre estos temas abarca tanto a las preguntas directas y concretas como a las preguntas indirectas que pretendan llegar al mismo punto pero a través de otra serie de cuestiones superpuestas.
- c') Sin embargo, sí podrán realizarse preguntas referidas al puesto de trabajo a desempeñar, siempre que no tengan carácter personal, aunque tales preguntas sean más completas e incisivas para las mujeres. En este caso parece no existir tacha alguna de discriminación ya que, lo que se trata de averiguar es si, frente a condicionantes sociales y tradicionales, esa mujer en concreto va a poder asumir un puesto de trabajo generalmente cubierto por hombres.

- d') Por el contrario, sí sería discriminatorio utilizar un tratamiento diferente y más exhaustivo o intimidatorio en la entrevista, para las mujeres que para los hombres, sin justificación en las necesidades del puesto a ocupar, con la intención de provocar la renuncia al puesto por la propia mujer solicitante.
  - e') Las entrevistas deben canalizarse, en la medida posible, a través de formularios que deberán seguir los propios entrevistadores, puntuando cada una de las preguntas realizadas, como forma de demostrar la ausencia de discrecionalidad o discriminación en el sistema de selección empleado.
  - f') Los entrevistadores deben ser aleccionados y preparados para no incurrir en prácticas discriminatorias.
- b) Test y sistemas de calificación:
- a') El contenido de las pruebas debe ser objetivo, tanto en la formulación expresa, como en los criterios empleados para su elaboración, sin que puedan aceptarse preguntas tendenciosas.
  - b') En las pruebas no debe aparecer directa o indirectamente el nombre de la persona que la realiza y su sexo.
  - c') El valor atribuido a las preguntas responderá a una ponderación objetiva de los requisitos del puesto según su importancia en relación con el mismo.
  - d') La persona que realiza estas pruebas tiene derecho a conocer la puntuación obtenida y los criterios en los que se han basado para establecer la puntuación.
  - e') El solicitante de empleo que no haya sido contratado, debe poder solicitar al empresario o su representante, una declaración donde figuren la naturaleza y alcance de la formación, la experiencia laboral, y otras calificaciones semejantes de la persona del sexo opuesto que haya sido contratada(93).
  - f') Las preguntas deben estar directamente relacionadas con las exigencias del puesto de trabajo a cubrir, sin que puedan pedirse mayores exigencias o preparación que la que exige el trabajo para el que se va a contratar.

El problema en este caso reside, y con ello se quiebra en cierto modo la anterior afirmación, en que en tales pruebas se puede valorar también las actitudes futuras del trabajador para el trabajo –su posibilidad de adaptación a nuevas técnicas, su capacidad de progresar...–. Esto determina que no siempre se ajuste el contenido de la pue-

ba al trabajo concreto a desarrollar, produciéndose, por este procedimiento, una vía de escape a la discrecionalidad empresarial.

**C) Exigencia de titulaciones académicas o profesionales.**

- a) La exigencia de un determinado nivel avalado por determinadas titulaciones sólo se justifica en razón del puesto de trabajo que vaya a cubrirse. Por lo tanto:
- b) No podrán pedirse titulaciones específicas cuando no sea imprescindible para ocupar el puesto que se oferta.

**D) Pruebas o requisitos físicos.**

- a) El exigir el cumplimiento de determinados requisitos físicos –altura, peso, fuerza, apariencia–, debe venir directamente condicionada al puesto a desempeñar. La cuestión en este caso se produce cuando la exigencia de determinados requisitos –como puede ser la fuerza, por ejemplo– no viene ‘per se’ directamente condicionada por el puesto de trabajo pero, sin embargo, sí es requisito que puede exigirse para desempeñarlo. Sería el caso de los guardias de seguridad, a los que puede demandárseles altura, agresividad de imagen etc...

En este sentido, la jurisprudencia comparada viene admitiendo la utilización de estos métodos en las pruebas de contratación, pero siempre que no existan otros métodos o pruebas más directamente relacionados con las necesidades del trabajo a desarrollar, y siempre, también, que ello no suponga la exclusión automática de todas las mujeres del desempeño de tales puestos.

**E) La colocación a través de agencias privadas.**

- a) Las agencias de colocación sin fines lucrativos y las empresas de trabajo temporal –la primera como forma aceptada de ingreso al trabajo y la segunda como fórmula de cesión de trabajadores supuestos ambos contenidos en las últimas reformas legales (R.D.L. 18/1993, de 3 de diciembre de medidas urgentes de fomento de la ocupación)– vienen obligadas al cumplimiento de la prohibición de discriminación. De tal forma que la responsabilidad por el acto discriminatorio recaerá, tanto en la empresa que solicita el trabajador como en la oficina privada de colocación sin fines lucrativos o en la empresa de trabajo temporal, que actúe de forma discriminatoria por encargo de la primera.

**F)** En general se consideran prácticas discriminatorias en el empleo:

- a) Ofrecer trabajo únicamente a los hombres.
- b) Establecer condiciones que sólo puedan ser cumplidas por hombres.
- c) Evitar, de forma intencionada, ofrecer el trabajo a las mujeres.

### **6.1.2. Medidas de acción positiva para la contratación de mujeres.**

**A)** Educación y formación:

- a) Se debe potenciar la formación de la mujer en actividades en las que aún no se haya incorporado o esté subrepresentada –por medio de becas, o por medio del establecimiento de ‘cuotas’ para el acceso a enseñanzas de formación profesional o universitarias en estos casos–.
- b) Se debe atender a la incorporación de la mujer en los Cuerpos docentes Universitarios y de Escuelas Técnicas en aquellas enseñanzas con escaso número de alumnado femenino.
- c) Se deben establecer Planes de financiación que costeen la preparación de la mujer para opositar a Cuerpos profesionales selectivos: Abogados del Estado, Registros, Notarías...
- d) Se deben organizar cursos de formación profesional específicamente para mujeres que quieran incorporarse al trabajo a partir de los treinta a cuarenta años.

**B)** Facilitación del acceso al trabajo.

- a) Se deben fijar porcentajes determinados reservados a las mujeres –sistema de cuotas– en las plantillas de la Administración, Empresas Públicas o en aquellas empresas privadas que tienen cualquier tipo de financiación estatal.
- b) Se deben establecer vías incentivadas –desgravaciones de la cotización empresarial a la Seguridad Social, subvenciones de cantidades fijas– a la contratación femenina en aquellos sectores en donde esté subrepresentada.
- c) Se debe incentivar, por los mismos procedimientos, la contratación de mujeres mayores de treinta años y con responsabilidades familiares.

**C) Obligaciones específicas del empresario en la contratación:**

- a) El empresario o su representante deben cerciorarse de que las solicitudes para cubrir puestos vacantes provienen de candidatos de ambos sexos.
- b) Cuando en un determinada actividad los hombres y las mujeres no estén, en líneas generales, igualmente representados en los mismos niveles o categorías, el empresario, al contratar nuevo personal debe hacer lo posible para instar a que presenten su candidatura personas del sexo insuficientemente representado, y por asegurar que la proporción de trabajadores de ese sexo aumente progresivamente. Incentivar, en este caso, que no supone la obligación de la contratación(94).
- c) Aquellas empresas que pretendan la contratación con la Administración Pública o una concesión de subvenciones, deberían incorporar a su solicitud, un programa de acción positiva para la mujer, con indicación de las medidas concretas que piensen establecer(95).
- d) Ante actos empresariales graves de discriminación en el acceso al empleo, podría considerarse como modalidad de sanción judicial o administrativa, la obligación del empresario de adoptar acciones positivas en la contratación de mujeres(96).

**D) Medidas positivas en convenio colectivo.**

- a) Fijación de un sistema de cuotas que prevean la contratación de un número determinado de mujeres.
- b) Creación de comisiones para el control de los medios empleados en la contratación, a fin de eliminar prácticas discriminatorias en el acceso al empleo.

## 6.2. Condiciones de trabajo.

En general se consideran prácticas discriminatorias una vez vigente el contrato de trabajo:

- a) Impedir o no dar facilidades a la mujer para su promoción en el trabajo.
- b) Establecer beneficios –del tipo que fuese– para los hombres y no para las mujeres.
- c) Evitar, también de forma intencionada, dar información a la mujer sobre la forma de promocionarse o ascender en el trabajo, o sobre los sistemas de valoración previstos para ello.

- d) Establecer salarios diferentes para trabajos de un mismo o semejante valor.
- e) Despedir de forma directa o inducida –horarios imposibles de cumplir, trabajo a turnos incompatibles– a la mujer por razones ajenas al cumplimiento de su contrato de trabajo.

### **6.2.1. El sistema de ascenso.**

- a) El sistema de promoción y ascenso, provenga de una decisión empresarial o de un pacto colectivo debe respetar en todo caso el principio de no discriminación.
- b) La convocatoria de promoción interna debe ser pública, para todos los trabajadores a partir de unos mínimos exigidos por el propio puesto de trabajo a cubrir, sin que quepa una selección previa y aleatoria de trabajadores.
- c) Junto al anuncio de la convocatoria se deben publicar, igualmente, los criterios que vayan a emplearse en la selección.
- d) Los criterios de selección deben ser objetivos, transparentes y directamente relacionados con la actividad a desempeñar.
- e) Las comisiones paritarias creadas en la negociación colectiva, o los propios representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, deben actuar para garantizar la imparcialidad y la ausencia de discriminación en los sistemas establecidos de ascenso.
- f) Debe recordarse que la antigüedad como criterio de selección ha sido considerado en ocasiones como discriminación indirecta, cuando el porcentaje de mujeres que podían ascender de categoría por la vía de la antigüedad era mínimo en comparación con el porcentaje de hombres, al tratarse de una ocupación a la que las mujeres habían accedido muy recientemente.
- g) Los convenios colectivos deberían establecer de forma general y homogénea los criterios de ascenso, válidos para todas las empresas según los sectores y dentro de un riguroso respeto al principio de igualdad. Para lo cual deberían asesorarse por Comisiones constituidas por expertos en esta materia.
- h) El solicitante que no haya sido elegido para la formación con miras a una promoción, puede solicitar al empresario que le entregue una declaración donde figuren la naturaleza y alcance de la formación, la experiencia laboral y otras calificaciones semejantes de la persona del sexo opuesto que haya sido elegida para la formación y ascenso.

- i) Deben desaparecer las categorías profesionales feminizadas y cerradas, porque en las mismas no existe posibilidad de promoción.

## **6.2.2. Garantizar el equilibrio y la distribución de las responsabilidades familiares y profesionales entre los sexos.**

### **A) La maternidad y sus episodios.**

- a) La protección del despido a causa del embarazo se inicia con el comienzo del embarazo y finaliza al terminar la baja por maternidad.
- b) Se consideran derogadas todas las normas de carácter protector respecto a la mujer, salvo las que traigan su causa en la protección de la maternidad.
- c) Las medidas de protección laboral deben hacer abstracción del sexo del trabajador y extenderse por igual a la mujer y al hombre.
- d) Se debe facilitar el cambio de puesto durante el embarazo, cuando éste sea penoso o incómodo, aunque no esté dentro de los supuestos legales que imponen obligatoriamente el cambio.

### **B) La distribución de responsabilidades familiares.**

- a) Se debe facilitar la asunción de responsabilidades familiares de forma igualitaria: para cuidado del menor, reducción de jornadas, permisos... De forma que se rompa con el estereotipo del llamado “absentismo” de la mujer por causas familiares, que provoca un retraimiento de la contratación femenina.
- b) Se debe potenciar el cambio estructural en la organización y distribución del trabajo en la empresa. Debe optarse así por la modificación de los sistemas de trabajo: trabajo a turnos, horario flexible, reducción de la jornada de trabajo... Esto supondrá, por una parte, una mayor compatibilidad entre las obligaciones familiares del padre y la madre, y por otra, el que la mujer abandone el contrato de trabajo a tiempo parcial –de consecuencias tan negativas: escasa remuneración, nula posibilidad de promoción, precariedad en el trabajo– a favor del contrato por tiempo completo.

### **6.2.3. La dignidad de la mujer en el trabajo. Prohibición de acoso sexual.**

#### **A) Obligaciones del empresario.**

- a) Los empresarios deberán comunicar en un escrito dirigido a todos los miembros de la empresa, su convencimiento de que todos los trabajadores tienen derecho a ser tratados con dignidad, y que no se permitirá ni tolerará el acoso sexual en el trabajo; garantizando asimismo el derecho de los trabajadores a presentar denuncias si se produce(97).
- b) Los directores y supervisores en la empresa deben tener la obligación específica de asumir el compromiso anterior, emprendiendo las acciones correctoras precisas para garantizar su cumplimiento.

#### **B) Obligaciones de los representantes de trabajadores y Sindicatos.**

- a) Deben incluirse en los convenios colectivos cláusulas en las que se sancione y se condene enérgicamente estos tipos de acciones en el trabajo; garantizando la ausencia de represalias para el trabajador que lo denuncie o para la persona que desee atestiguar en caso de denuncia.
- b) Los representantes de los trabajadores en la empresa deben actuar de forma vigilante, a la vez que deben servir para canalizar las denuncias o formularlas cuando tengan conocimiento de tales actuaciones.
- c) En convenio colectivo se puede establecer la graduación de estas faltas y la sanción correspondiente, que en todo caso deberá respetar los mínimos legales.

### **6.2.4. Los sistemas de calificación profesional.**

#### **A) Obligaciones del empresario.**

- a) Para la asignación de los puestos de trabajo se deberán tener en cuenta las exigencias del puesto, mientras que las condiciones personales sólo deben contar, cuando sean necesarias para el cumplimiento de la prestación de trabajo.

- b) Difícilmente se puede conseguir un sistema de calificación profesional completamente objetivo, sobre todo cuando lo evaluable en ese caso sean factores como la “responsabilidad” o el “esfuerzo”. Sin embargo, deben arbitrarse vías para paliar la posible subjetividad.
- c) Por ello, es necesario que exista algún tipo de control en la asignación de puestos de trabajo por los propios representantes de los trabajadores, o a través de comisiones paritarias específicas sobre igualdad.
- d) Se deberá considerar como falta muy grave, la definición incorrecta del puesto de trabajo –aún pactado en convenio colectivo–, la infravaloración del mismo, o la asignación de un valor inferior, para después cubrir esa categoría exclusivamente con mujeres.

**B) La función de la negociación colectiva en la reestructuración de los sistemas de calificación profesional.**

- a) Los convenios colectivos deben sustituir de forma total y definitiva a las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, cuyo mantenimiento parcial, produce en los momentos actuales un alto grado de distorsión.
- b) Los convenios colectivos deberán realizar una valoración estable y homogeneizada de las categorías profesionales en todos los sectores y con carácter general. Para ello será necesario:
  - a’) Revisión de todas las calificaciones profesionales en todos los sectores de la producción.
  - b’) Nueva definición de las funciones y cometidos de cada una de las categorías profesionales.
  - c’) Adoptar el compromiso de abrir todos los grupos y categorías profesionales, sea cual sea el sector de la producción, a trabajadores de ambos sexos.
- c) La definición de los puestos de trabajo debe corresponder exactamente con la realidad del trabajo desempeñado, sin que puedan asignarles complementos no justificados por la índole del trabajo real que vaya a desempeñarse.

**C) Sistema de medición de puestos de trabajo**

- a) Para establecer un sistema de medición de puestos de trabajo se necesita en primer lugar el acuerdo de las partes respecto a los criterios de valoración a seguir y respecto al valor asignado a la puntuación según conceptos cuantificables.

- b) En segundo lugar, la aceptación por adelantado del resultado final de la valoración realizada.
- c) Cuando exista error en el estudio, engaño o intimidación, aunque exista acuerdo previo, el sistema establecido de medición de puestos de trabajo se deberá considerar nulo.
- d) No se pueden utilizar de forma sesgada los criterios para valorar el puesto de trabajo reconociendo como más importantes o de mayor valor aquellos en los que se requiere condiciones típicamente masculinas –fuerza– desconociendo las femeninas –destreza–.

**D) Criterios para evaluar las categorías y grupos profesionales.**

- a) Los criterios deben ser objetivos, por ejemplo, a través de puntos, para lo que deberán tenerse en cuenta las siguientes etapas: en primer lugar, una descripción precisa de las categorías profesionales objeto de evaluación; en segundo lugar, se dividirán dentro de cada categoría una serie de factores puntuables: esfuerzo, habilidad, responsabilidad, toma de decisiones y condiciones de trabajo –entre otras, como cualificación personal requerida, si el trabajo exige una atención especial y constante, el grado de responsabilidad, el ejercicio de especiales habilidades o conocimientos, las consecuencias físicas o psíquicas que el ejercicio continuado de la actividad pueden producir...–. La suma de los puntos determinará la valoración económica del puesto de trabajo. A esto habrá que añadir los complementos salariales cuya puntuación deberá responder también a una valoración objetiva y estándar.
- b) Por convenio colectivo se pueden agrupar en bandas salariales conjuntos de puntos obtenidos en la evaluación, de tal forma que la tabla salarial no sea excesiva, –por ejemplo, 1, 2 y 3 puntos se engloban en una misma banda salarial–.

### **6.2.5. Sistema retributivo.**

**A) Fijación del salario.**

- a) El salario se determinará de acuerdo con el valor del trabajo realizado.
- b) Se debe propiciar un cambio profundo en la estructura salarial a nivel nacional, lo que supondría un paso definitivo en la consolidación real del principio de igualdad.

- d) Se admite que a título individual se pacten salarios superiores en base a condiciones personales, sin que pueda, en modo alguno, considerarse como una de estas razones el factor “mercado” en el sentido de que los salarios de los hombres en general tengan que ser superiores al de las mujeres por la simple razón del sexo. En este caso funciona el llamado principio de condición más beneficiosa que supone el mantenimiento de tales beneficios pactados individualmente por encima de los que reciben el resto de sus compañeros –hombres o mujeres– de su misma cualificación profesional.
- e) Cuando el trabajo sea igual pero cambien las circunstancias de su realización, la desigualdad salarial se justifica siempre que la misma esté en justa proporción con el cambio producido. Por ejemplo, un mismo trabajo realizado de día o de noche, y retribuido el nocturno en un 20% más que el diurno sin que por ello se considere una desigualdad salarial discriminatoria.

**B) Criterios de valoración:**

- a) La valoración de los trabajos se debe hacer considerando el trabajo realmente realizado y no la denominación que los empresarios empleen, ni los términos en los que aparece recogido en los convenios colectivos.
- b) Si la descripción es diferente pero el trabajo es el mismo, fundamentalmente el mismo, el salario debe ser igual.
- c) El criterio empleado para determinar el valor salarial de las funciones correspondientes a las diversas categorías profesionales, aun siendo en principio un criterio objetivo, no deberá en modo alguno considerarse a su vez discriminatorio.
- d) Esto se produce cuando se fija, de forma injustificada y como criterio válido para determinar el mayor valor de un trabajo, una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad etc...) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos.
- e) No se podrán alegar criterios neutrales en relación al sexo –como puede ser, por ejemplo, el sentido de la responsabilidad– o cuando su aplicación resulte sistemáticamente perjudicial para las trabajadoras, ya que el carácter ambiguo del concepto puede convertirlo en vía idónea para la arbitrariedad.
- f) En cuanto a otros criterios neutrales como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad, debe tenerse en cuenta que, respecto al primero, el empresario no podrá tenerlo en cuenta si la flexibilidad se concibe como equivalente a calidad de

trabajo, y por las mismas razones anteriores. Sin embargo, sí podrá utilizar tal criterio –aunque deberá justificarlo– cuando la flexibilidad se refiera a la adaptabilidad del trabajador a horarios y lugares de trabajo cambiantes. La formación profesional es un criterio válido pero siempre que esté en relación con las tareas encomendadas al trabajador. Finalmente la antigüedad es un criterio para la valoración salarial que puede alegarse sin necesidad de justificación alguna.

- g) Debe tenerse en cuenta que, cuando estos factores, u otros semejantes, como la experiencia –traducible en muchos casos en antigüedad– ya se han valorado para la comparación de los puestos, no pueden después continuar justificando un tratamiento mejor, si produce impacto adverso en la mujer.
- h) No se puede admitir la existencia de complementos salariales basados en motivos inexistentes o en supuestos cumplimientos difícilmente realizables.
- i) Debe tenerse en cuenta como criterio de valoración, la relación existente entre el trabajo que se realiza y el objetivo que persigue la empresa, entendido como interés empresarial(98).

### C) Comparación entre trabajos de similar valor.

#### a) Forma de hacerse la comparación:

- a') La comparación debe hacerse entre hombres y mujeres que trabajen en el mismo centro de trabajo ya que la reclamación se basa en condiciones de empleo que pueden cambiar de un sitio a otro. Incluso aunque el empresario sea el mismo, si existen diferentes centros de trabajo, las condiciones de trabajo pueden variar de unos a otros. Por ejemplo, un Ayuntamiento que tenga diferentes centros de trabajo cubiertos en gran parte por contratos laborales –asistencia social, oficina de información, casa consistorial, etc...–.
- b') La comparación deberá hacerse entre hombres y mujeres que trabajen en la misma empresa y, además, en la misma localidad. Por ejemplo, puede quedar justificado un salario diferente aun realizando un trabajo similar y por cuenta de la misma empresa cuando el lugar en donde se presta el trabajo difiera de forma considerable. No es lo mismo trabajar en un centro de trabajo en una gran ciudad, en donde el coste de vida es más elevado, que en una localidad pequeña. Lo determinante es que en uno y otro lugar no haya diferencias salariales entre los hombres y mujeres que realizan un trabajo similar en el mismo centro de trabajo.

- c') Los puestos de trabajo deben compararse en su conjunto. Por ejemplo, cuando los dos puestos supongan hacer el mismo trabajo pero se diferencien en que uno asume una responsabilidad que no tiene el otro –enfermero y enfermero-supervisor–.
- d') Es la actora quien deberá fijar la base de comparación, es decir la relación que existe entre un trabajo determinado realizado por un trabajador masculino que estima de igual o inferior valor en comparación con el realizado por la misma. La cuestión en este caso es que la mujer no siempre puede obtener esa clase de información sobre todo si existen ventajas indirectas. Será el órgano judicial, en ese caso, el que, ante una reclamación salarial en la que se alegue discriminación, deberá averiguar cuál de entre los demás grupos o categorías profesionales puede servir como punto de comparación en base al valor del trabajo realizado por unos y otras.
- e') La comparación comprenderá además del tipo del trabajo a desarrollar, todas las condiciones de empleo: duración de la jornada, vacaciones, horario, etc... Con una importante salvedad: aquellas normas específicas para la mujer en razón de la maternidad –descansos, posibilidad de cambio de puesto de trabajo durante el embarazo...– no podrán ser tenidas en cuenta como compensación por el tratamiento salarial desigual, o como justificación del mismo.

b) Momento de realizarse la comparación entre trabajos de valor semejante:

- a') La comparación entre puestos puede hacerse en el mismo período de tiempo, o con referencia a períodos anteriores. En este caso, es válida la comparación entre el salario que venía recibiendo un hombre que desempeñaba un puesto de trabajo al que posteriormente sucede una mujer y el nuevo salario que esta mujer recibe que es inferior al que recibía el primero aun ocupando su mismo puesto.

**D) Valoración del trabajo por asesores:**

- a) El juez puede valerse del informe de un experto independiente, encargándole la realización de un informe sobre la valoración de los puestos.
- b) Los pasos aconsejables para la realización del informe serían los siguientes:
  - a') Tener en cuenta toda la información suministrada y las manifestaciones de las personas a las que interroga, sin considerar en este momento la diferenciación por sexo: el informe del propio empresario sobre valoración de puestos de trabajo y su política sobre estructura salarial en su conjunto.

- b') Valoración objetiva del puesto de trabajo –no de las personas que los ocupan– puntuando de acuerdo a criterios no discriminatorios los diferentes elementos evaluables que concurren en el puesto de trabajo en cuestión: grado de titulación que requiere, grado de conocimientos técnicos, cualidades imprescindibles: fuerza, habilidad; nivel jerárquico en el que se encuentra; capacidad de decisión, responsabilidad...
- c) El informe del asesor no es vinculante pero sí puede contribuir de forma directa en la decisión judicial.

### **6.2.6. Mantenimiento del puesto de trabajo.**

- a) El despido de una mujer por razón de sexo es un despido discriminatorio y, como tal, nulo.
- b) Se considera dimisión provocada:
  - a') El limitar la promoción profesional, cerrando las posibilidades de ascenso a las mujeres.
  - b') El traslado a diferente localidad, cuando se presume que no va a poder aceptarlo.
  - c') El cambiar el contrato de trabajo de tiempo parcial a tiempo completo, cuando ello no sea consecuencia del propio puesto de trabajo.
  - d') El cambiar los turnos de trabajo, buscando la incompatibilidad de la mujer.
  - e') El no acceder a trasladar a un puesto de trabajo más cómodo a la mujer embarazada, aún respetando las reglas generales sobre salud laboral.
  - f') El negarle sistemáticamente cualquier ayuda económica o de servicios que se le concede a los demás trabajadores.
  - g') El menosprecio a su dignidad profesional, dándole órdenes que escapan a sus obligaciones laborales y que normalmente tienen connotaciones sexistas.
  - h') El permitir o participar en una situación de acoso sexual.

- i) El establecer, vía convenio colectivo, la exclusión de la mujer de cualquier tipo de ayudas que no tengan la consideración legal de salario.
- j) El establecer en convenio colectivo “la dote” por matrimonio, referida a la mujer y como contrapartida económica por dejar de trabajar.
- k) El establecer en convenio colectivo condiciones salariales diferentes y peyorativas, en base al mantenimiento de categorías profesionales diferenciadas en donde predomina de forma absoluta la segregación por sexo, sin tener en cuenta el valor real del trabajo desarrollado.
- l) El establecer en convenio colectivo pluses o beneficios económicos que priman las actitudes masculinas en el trabajo –fuerza, penosidad– desconociendo las actitudes femeninas –destreza, habilidad, paciencia–.

### **6.3. Medidas de garantía y control.**

- a) Creación de organismos e instituciones específicos de carácter independiente nombrados para hacer valer los derechos del individuo frente a la Administración en materia de igualdad, con funciones de mediación.
- b) Creación de organismos públicos para la aplicación de los principios de igualdad de trato y el impulso y coordinación del principio de igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras.
- c) Reforzamiento de la Inspección de Trabajo en el control de la legalidad laboral en materia de igualdad.
- d) Establecimiento de comisiones o expertos para la igualdad, presentes en los organismos públicos, en las organizaciones sindicales y, sobre todo, en el propio ámbito de la negociación colectiva, con la doble finalidad de controlar, por una parte, los actos del empleador o las normas colectivas que puedan suponer discriminación por razón de sexo, y por otra, la de crear nuevas medidas de acción positiva, o emplear las que realmente convenga, de acuerdo con la realidad concreta del sector y con la estructura de la empresa.

## Notas

- (1) Art. 41 Constitución de la OIT de 1919. Vid. VALTICOS, N.: *Droit International du Travail* (2) Ed. Paris, 1982, p. 128 y ss.
- (2) Resolución del Consejo relativa al tercer programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1991-1995) (D. OCCEE de 31 de mayo de 1991, n. C 142/1).
- (3) TREU, T.: "La legge sulle azioni positive: Prime riflessioni" *RIDL*, n. 2, 1991, p. 117.
- (4) KAHN-FREUND, O.: "Trabajo y Derecho", (Ministerio de Trabajo y SS), Madrid, 1987, p. 266-268.
- (5) Vid al respecto de la posición de los sujetos negociadores y en general: QUESADA SEGURA, R.: "El sindicalismo y la igualdad de trato y oportunidades de la mujer trabajadora" en VIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), Sevilla, 1991, pp. 65-81.
- (6) Vid al respecto BROWN, H.P.: Las desigualdades de salarios (M. de T. y SS.), Madrid, 1990. En especial: "La discriminación contra las mujeres", p. 225-242. Situación de la Mujer en el Mundo. Tendencias y estadísticas. 1970-1990, Nueva York, 1992. L'Apliccation des Directives relatives a l'egalité, Informe Prondzynski, Bruselas, 1987.
- (7) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo" Relaciones Laborales, n. 3-4, 1993, p. 1.
- (8) Art. 41 Constitución de la OIT de 1919. Vid. VALTICOS, N.: *Droit International du Travail* (2) Ed. Paris, 1982, p. 128 y ss.
- (9) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma", Rev. Relaciones Laborales, n. 1, enero, 1986, p. 160.
- (10) El Convenio n. 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración, en vigor desde el 23 de marzo de 1953, fue ratificado por España el 26 de octubre de 1967. A su vez la Carta Social Europea fue ratificada por España el 11 de agosto de 1980. Sobre las diferencias entre el Convenio y la Carta vid. KAHN-FREUND, O. "The European Social Charter" en European Law and the Individual, Ed. por Jacobs, F.G., 1976, p. 189.

- (11) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras...” Op. cit. p. 163.
- (12) D.O. CCEE, de 19 de febrero de 1975, n. L 45/19.
- (13) “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las disposiciones que figuren en los convenios colectivos, baremos o acuerdos salariales o contratos individuales de trabajo que sean contrarias al principio de igualdad de remuneración, sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser sancionadas con multas”.
- (14) D.O. CCEE de 19 de febrero de 1975, n. L. 45/19. Vid. entre otros ALONSO LIGERO, M.S.: “Igualdad salarial” en Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, P. VI (Edersa), Madrid, 1982, p. 124 y ss.; CORTEZO, J.: “La no discriminación laboral por el sexo en la Comunidad Económica Europea” R. del Poder Judicial, n. 12, 1984, p. 35-37.
- (15) D.O. CCEE de 14 de febrero de 1976, n. L 30/40.
- (16) Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982 sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer (D.O.CCEE de 21 de julio de 1983, n. C 161/4).
- (17) Segunda Resolución del Consejo para igualdad de oportunidades para las mujeres, 24 de julio de 1986 (D. OCCEE de 12 de agosto de 1986, n. 1.125/40).
- (18) Resolución del Consejo relativa al tercer programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1991-1995) (D. OCCEE de 31 de mayo de 1991, n. C 142/1).
- (19) En un Informe al Parlamento Europeo, 23 de septiembre de 1991, la Comisión de Asuntos Jurídicos de Derechos de los Ciudadanos, recomienda la modificación del Tercer Programa de Acción para la Igualdad de Oportunidades, de forma que se refuercen las acciones destinadas a reducir las discriminaciones en perjuicio de las mujeres, no sólo en el ámbito de las retribuciones y de la formación profesional, sino también en otros ámbitos como el empleo, que siguen condicionando las oportunidades de igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- (20) RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: Igualdad y discriminación, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 164.
- (21) Ibidem, p. 166.
- (22) RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: Igualdad y discriminación, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 166.
- (23) ESCUDERO, R.: “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, Relaciones Laborales, Tomo 1989-I, p. 1141.
- (24) Art. 160, 2 LGSS: “El viudo tendrá derecho a pensión únicamente en el caso de que además de concurrir los requisitos señalados en los apartados a) y b)..., se encontrase al tiempo de fallecer su esposa incapacitado para el trabajo y a su cargo”.
- (25) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “La igualdad de remuneración...” Op. cit. p. 186.
- (26) TREU, T.: “La legge sulle azioni positive: Prime riflessioni”, Op. cit., p. 130.
- (27) La Comisión llevó a cabo un análisis comparativo sobre el tema y acabó recomendando que “se modificara formalmente en todos los Estados miembros la carga de la prueba, de forma que el demandante sólo tuviera que demostrar que había sido tratado menos favorablemente y que la persona tratada más favorablemente era del sexo opuesto. La carga recaería entonces sobre el presunto discriminador para demostrar que el motivo de tal comportamiento no era el sexo de la demandante. Vid al respecto CORCORAN y DONNELLY: Comparative Analysis of the Provisions for Legal Redress in Member States of the EEC; citado en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la carga de la prueba en el ámbito de la igualdad de retribución y trato entre hombres y mujeres.

- (28) Bruselas, 24 de mayo de 1988.
- (29) Esta sentencia dio lugar a una interpelación al Parlamento Europeo y a un Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos de Derechos de los Ciudadanos, 23 de septiembre de 1991.
- (30) Relaciones Laborales, Tomo 1982-I, pp. 1003 y ss.
- (31) MONTOYA MELGAR, A. y otros: El nuevo procedimiento laboral, (Tecnos), Madrid, 1990, p. 126.
- (32) Por todas, sent. TCT de 22 de julio de 1987.
- (33) Citada por RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "Discriminaciones e igualdad...Op. cit., p. 4.
- (34) Vid. comentario en QUESADA SEGURA, R.: "Discriminación salarial por razón de sexo. Directivas comunitarias y Constitución. Notas a la sentencia 145/1991, de 1 de julio" Relaciones Laborales, n. 19, 1992, pp. 34-57.
- (35) En este sentido el art. 7,2 de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo, relativa a medidas para impulsar la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada que haya dado a luz recientemente o en período de lactancia (Bruselas, 3 de enero de 1991), considera que: "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido a las mujeres por razones inherentes a su estado, durante el período que empieza con el embarazo y finaliza con la baja por maternidad".
- (36) Bruselas, 3 de enero de 1991.
- (37) FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: "La discriminación en la jurisprudencia constitucional" Relaciones Laborales, n. 3-4, 1993, p. 31.
- (38) QUESADA SEGURA, R.: Los principios de igualdad de trato y de oportunidades en la negociación colectiva. Estudio sobre discriminación y acciones positivas, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1991.
- (39) Aceites y derivados (I.L. 5195/86) Sevilla BOP 16-II-88;  
 Manipulado, envasado y comercialización de agrios (I.L. 6224/87) Sevilla BOP 14-XI-88;  
 Obradores y despachos de confiterías, pastelerías...(I.L. 5520/87) Sevilla, BOP 28-XI-88;  
 Siderometalúrgica (I.L. 5230/85) Huelva BOP 31-XII-88;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 993/87) Málaga BOP 21-IV-88; Fábrica de aceite de oliva, extractos de orujo y aderezo de aceituna, Málaga, BOP 7-X-88;  
 Industrias de la madera (I.L. 4405/86) Málaga BOP 23-II-88; Manipulado, envasado y comercialización de agrios (I.L. 5655/86) Málaga, BOP 23-II-88;  
 Obradores y despachos de confiterías, pastelerías... (I.L. 2190/87) Málaga BOP 29-VI-88;  
 Aceites y sus derivados (I.L. 5531/87) Granada BOP 27-VIII-88;  
 Hostelería (I.L. 2859/87) Granada BOP 5-V-88;  
 Siderometalúrgica (I.L. 1318/87) Cádiz BOP 16-VII-88;  
 Aceites y sus derivados (I.L. 3575/87) Córdoba BOP 7-I-88,  
 otro (I.L. 3575/87) Córdoba BOP 9-V-88.
- (40) Convenios revisados que contienen cláusulas discriminatorias:  
 Conservas y salazones de pescado. Huelva BOP 30-XII-89;  
 Hostelería (I.L.1385/88) Huelva BOP 18-II-89;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 2271/88) Córdoba BOP 7-X-89;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 3575/87) Córdoba BOP 7-I-88;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 3575/87) Córdoba BOP 9-V-88;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 859/88) Sevilla BOP 17-VII-89;  
 Manipulado, Envasado... de Agrios (I.L. 6224/87) Sevilla BOP 14-XI-88;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 5195/86) Sevilla BOP 16-II-88;  
 Comercio de la piel (I.L. 5281/87) Sevilla BOP 14-IV-89;  
 Hostelería (I.L. 958/88) Sevilla BOP 21-IV-89;  
 Obradores y despachos de confiterías...(I.L. 5761/88) Sevilla BOP 17-II-90;  
 Comercio textil, quincalla y mercería (I.L. 4551/86) BOP 18-IV-89;

Manipulado, envasado...de Agrios (I.L. 5333/88) Sevilla BOP 15-II-90;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 5359/85) Málaga BOP -III-87;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 993/87) Málaga BOP 21-IV-88;  
 Manipulado y envasado del Agrio (I.L. 5655/86) Málaga BOP 30-III-88;  
 Fábricas de aceite de oliva, extractoras de orujo y aderezo de aceitunas (I.L. 4821/88) Málaga BOP 19-V-89;  
 Fábricas de aceite de oliva, extractoras de Orujo de aceitunas Málaga BOP 7-X-88;  
 Hostelería (I.L.5327/87) Málaga BOP 11-III-89;  
 Hostelería (I.L. 1174/89) Málaga BOP 21-VII-89;  
 Aceite y sus derivados (I.L.2058/88) Málaga BOP 16-IX-89;  
 Comercio de alimentación (I.L. 1458/88) Málaga BOP 20-I-90;  
 Oficinas y despachos (I.L. 6294) Málaga BOP 28-XII-89;  
 Aceite y sus derivados (I.L.190/86) Jaén BOP 10-I-87;  
 Aceite y sus derivados (I.L.22/87) Jaén BOP 15-I-87;  
 Aceite y sus derivados (I.L.63/87) Jaén BOP 28-XII-87;  
 Industrias de aceite y sus derivados (I.L. 6241/87) Jaén BOP 23-I-89;  
 Industrias del aceite y sus derivados (I.L. 6020/89) Jaén BOP 22-I-90;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 4113/88) Granada BOP 6-IX-89;  
 Aceite y sus derivados (I.L. 5531/87) Granada BOP 27-VIII-88;  
 Hostelería (I.L. 2859/87) Granada BOP 20-VI-88;  
 Comercio en general (I.L. 3342/89) Granada BOP 20-II-90;  
 Hostelería (I.L. 5099/88) Almería BOP 11-VII-89;  
 Frío Industrial para la pesca (I.L. 3914/88) Cádiz BOP 7-IX-89;  
 Comercio de alimentación Almería BOP 7-II-90;  
 Comercio en general (I.L. 4121/89) Almería BOP 1-II-90;  
 Comercio textil (I.L. 6015/87) Almería BOP 3-II-90;  
 Comercio de la piel (I.L. 5779/88) Cádiz BOP 21-VII-89;  
 Tapones y discos de corcho (I.L.4124/88) Cádiz BOP 13-VII-89;

- (41) Vid. sobre el tema L' Apliccation des Directives relatives a l'egalité, Informe Prondzynski, Bruselas, 1987
- (42) BOP 8-VIII-1986; 22-XII-1987; 14-XII-1988; 15-II-1990.
- (43) Sents. T.C.T. de 20 de febrero de 1981; de 2 de marzo de 1981; de 11 de julio de 1981; de 9 de octubre de 1982. Vid sobre el tema PEREZ DEL RIO, T.: "El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del Trabajo" (ILSS), Madrid, 1984, en especial, p. 173 y ss.
- (44) Vid. p. 60
- (45) C. para Comercio del mueble. Cádiz. B.O.P 18-VII-90. (I.L. 5774/88). Art. 30.  
 C. para Construcción y Obras Públicas. Vizcaya. B.O.P. 20-VII-90 (I.L. 1282/89). Art. 32.  
 C. para Limpieza de Edificios y Locales. MÁLAGA. B.O.P. 21-VII-90. (I.L. 3679/90). Arts. 17 y 22.  
 C. para Comercio de Marroquinería, artículos de piel y viaje. Valencia. B.O.P. 21-VII-90. (I.L. 4212/89). Art. 14  
 C. para Siderometalúrgica. Alicante. B.O.P. 23-VII-90. (I.L. 751/90). Art. 51  
 C. para Comercio de Curtidos. Valencia. B.O.P. 23-VII-90. (I.L. 6417/89). Art. 11  
 C. para Confección de Peletería. Valencia. B.O.P. 23-VII-90. (I.L. 3510/89). Arts. 36, 37 y 38.  
 C. para Comercio e Industrias Vinícolas. Guiopúzcoa. B.O.P. 23-VII-90. (I.L. 5036/89). Arts. 18, 22 y 30.  
 C. para Comercio en General. Almería. B.O.P. 24-VII-90. (I.L. 486/90). Art. 31  
 C. para comercio del Metal. Zaragoza. B.O.P. 24-VII-90. (I.L. 767/90). Art. 23.  
 C. para Siderometalúrgica. Almería. B.O.P. 25-VII-90. (I.L. 2978/90). Art. 9.  
 C. para Industria de la Madera. Almería. B.O.P. 26-VII-90. (I.L. 3412/990). Art.13.  
 C. para Industrias de la Madera. Málaga. B.O.P. 26-VII-90. (I.L. 4894/89). Art. 14.  
 C. para Serrerías y Fábricas de envases de madera. Valencia. B.O.P. 26-VII-90. (I.L. 1161/89 Y 681/90). Art. 17.  
 C. para Industrias del Aceite y sus derivados. Valencia. B.O.P. 26-VII-90. (I.L. 5018/89). Art. 22.  
 C. para Escuelas de Educación Especial de Barcelona, Tarragona, Gerona y Lérida. D.O.G.C., 30-VII-90 (I.L. 6063/89). Arts. 15 y 22.  
 C. para la Industria de la madera y corcho. Cáceres. B.O.P. 30-VII-90. (I.L. 691/90). Art. 25.  
 C. para el Comercio del Metal. Navarra. B.O.N. 30-VII-90. (I.L. 6051/89). Arts. 13 y 22.

- C. para Peluquerías y Salones de Belleza. Valencia. B.O.P. 30-VII-90. (I.L. 3779/89). Arts. 22 y 25.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Zaragoza. B.O.P. 30-VII-90. (I.L. 3328/89). Art. 24.
- C. para Panaderías. Avila. B.O.P. 31-VII-90. (I.L. 5766/88). Art. 21.
- C. para Industrias Siderometalúrgicas. Burgos. B.O.P. 31-VII-90. (I.L. 720/90). Art. 38.
- C. para Comercio Vario. Madrid. B.O.C.M. 31-VII-90. (I.L. 5534/89). Arts. 18, 27, 28, 29 y 30.
- C. para Hostelería. Zaragoza. B.O.P. 31-VII-90. (I.L. 3154/90). Art. 30.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Huesca. B.O.P. 2-VII-90. (I.L. 4113/89). Disposición Final.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Baleares. B.O.C.A.I.B.. (I.L. 5426/89). Art. 33.
- C. para Bazares y Artículos de Regalo. Pontevedra. B.O.P. 3-VIII-90. (I.L. 5251/89). Art. 24.
- C. para Fábrica de Taponos y Discos de corcho. Cádiz.. B.O.P. 4-VIII-90. (I.L. 3892/89). Art. 18.
- C. para Carpintería, Ebanistería y Tapicería. Asturias. B.O.P.A. 7-VIII-90. (I.L. 4234/89). Art. 19.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Lérida. B.O.P. 9-VIII-90. (I.L. 5089/89). Art. 24.
- C. para captación ... de agua. Cádiz. B.O.P. 10-VIII-90. (I.L. 2509/89). Art. 45.
- C. para Industria de Cuero, Repujados... Asturias. B.O.P.A 14-VIII-90. (I.L. 5959/89). Art. 8.
- C. para Talleres de Optica. Málaga. B.O.P. 1-IX-90. (I.L. 1157/89). Art. 15.
- C. para Comercio de Muebles. Zaragoza. B.O.P. 4-IX-90. (I.L. 4688/89 y 5300/89). Arts. 23, 24 Y 25.
- C. para comercio de Alimentación. Pontevedra. B.O.P. 5-IX-90. (I.L. 4939/89). Art. 8.
- C. para comercio del Metal. Málaga. B.O.P. 6-IX-90. (I.L. 4892/89). Arts. 12 y 40.
- C. para Ikastolas de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. C. Interprovincial. B.O.P.V. 7-IX-90. (I.L. 4331/89 y 5662/89). Arts. 35, 43 y 44.
- C. para Enseñanza. C. Interprovincial. B.O.P.V. 7-IX-90. (I.L. 3665/90). Arts. 33, 34 Y 49.
- C. para Estibadores Portuarios. Barcelona. B.O.P. 7-IX-90. (I.L. 3568/89). Art. 61.
- C. para comercio de Muebles. Palencia. B.O.P. 10-IX-90. (I.L. 447/90). Art. 28.
- C. para Laboratorios Fotográficos. barcelona. B.O.P. 11-IX-90. (I.L. 3300/88). Art. 18.
- C. para comercio de Automóviles, Motocicletas... Sevilla. B.O.P. 11-IX-90. (I.L. 507/90). Art. 31.
- C. para Mayoristas de Aceitunas y Encurtidos. Zaragoza. B.O.P. 12-IX-90. (I.L. 4058/89). Art. 20.
- C. para Industria Textil. Navarra. B.O.N. 6-VII-90. (I.L. 2528/90). Arts. 14 Y 18.
- C. para Comercio en general. Baleares. B.O.C.A.I.B. 23-VIII-90. (I.L. 4889/89). Art. 30.
- C. para Ikastolas. Navarra. B.O.N. 10-IX-90. Disposición Transitoria.
- C. para Comercio Textil. guipúzcoa. B.O.P. 12-IX-90. (I.L. 5151/89). Art. 24.
- C. para Tintorerías, Lavanderías, etc. Barcelona. B.O.P. 17-IX-90. (I.L. 4707/89). Art. 23.
- C. para Tintorerías, Lavanderías, etc. Las Palmas. B.O.P. 19-IX-90. (I.L. 2550/89). Art. 21.
- C. para Comercio de Muebles. Málaga. B.O.P. 20-IX-90. (I.L. 5170/89). Arts. 12 y 38.
- C. para Comercio de Calzado. Málaga. B.O.P. 21-IX-90. (I.L. 2913/90). Art. 27.
- C. para Comercio del Mueble. Barcelona. B.O.P. 24-IX-90. (I.L. 184/90). Art. 21.
- C. para Comercio de Juguetes y Cohechitos de niño. Barcelona. B.O.P. 24-IX-90. (I.L. 4708/89). Art. 20.
- C. para Comercio Importación artículos Fotográficos. Barcelona. B.O.P. 25-IX-90. (I.L. 4877/90). Arts. 27 y 28.
- C. para Comercio Muebles. Burgos. B.O.P. 27-IX-90. (I.L. 649/90). Art. 21.
- C. para Industrias Vinícolas. Vizcaya. B.O.P. 28-IX-90. (I.L. 1182/89). Art. 32.
- C. para Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, etc. Sevilla. B.O.P. 10-X-90. (I.L. 11/90 y 5335/90). Art. 29.
- C. para Obradores de Confitería,... Asturias. B.O.P.A. 18-X-90. (I.L. 5264/89). Arts. 10 y 13.
- C. para Comercio de la Piel. Madrid. B.O.C.M. 23-X-90. (I.L. 4243/89). Art. 23.
- C. para Comercio de Muebles. Madrid.. B.O.C.M. 24-X-90. (I.L. 3719/89). Arts. 23, 24, 25, 26 y 28.
- C. para Confección de Peletería. Madrid. B.O.C.M. 29-V-90. (I.L. 2955/89). Arts. 26 y 33.
- C. para Hostelería. Alicante.. B.O.P. 30-V-90. (I.L. 3311/89). Arts. 19 Y 24.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Valencia. B.O.P. 31-V-90. (I.L. 1399/89). Art. 25.
- C. para Cestería, Mimbre y Muebles de Junco. Valencia. B.O.P. 31-V-90. (I.L. 3194/89). Arts. 6 y 7.
- C. para Agropecuarios. Valencia. B.O.P. 31-V-90. (I.L. 1664/90). Arts. 10 y 4.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. La Coruña. B.O.P. 1-VI-90. (I.L. 1653/90). Art. 29.
- C. para Hostelería. Orense. B.O.P. 4-VI-90. (I.L. 766/90). Art. 15.
- C. para distribuidoras de Butano. Alicante. B.O.P. 2-VI-90. (I.L. 2570/89). Art. 13.
- C. para distribución de butano. Castellón. B.O.P. 5-VI-90. (I.L. 2664/90). Arts. 34 y 35.
- C. para Escultura y Modelaje de figuras de barro. Murcia. B.O.R.M. 5-VII-90. (I.L. 2804/89). Art. 6
- C. para Hostelería. Valladolid. B.O.P. 5-VI-90. (I.L. 1049/90). Art. 6.
- C. para Hostelería. Madrid. B.O.C.M. 6-VI-90. (I.L. 2902/89). Art. 36.
- C. para Almacenes de patatas. Madrid. B.O.C.M. 8-IX-90. (I.L. 5028/89). Arts. 19, 20 y 21.
- C. para Comercio e Industria Vinícola. Valladolid. B.O.P. 9-VI-90. (I.L. 1175/89). Art. 16.
- C. para Panaderías. Asturias. B.O.P.A. 11-VI-90. (I.L. 2399/88). Arts. 10 y 11.
- C. para Comercio de Frutas y Hortalizas. Madrid. B.O.C.M. 11-VI-90. (Mayor). Art. 21.

- C. para Industria Siderometalúrgica. Orense. B.O.P. 11-VI-90. (I.L. 766/90). Arts. 10, 11 y 21.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Zaragoza. B.O.P. 11-VI-90. (I.L. 732/90). Art. 25.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Ciudad Real. B.O.P. 13-VI-90. (I.L. 6451/88). Art. 23.
- C. para Vinos Espumosos. Barcelona. B.O.P. 14-VI-90. (I.L. 5117/88). Art. 37.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Castellón. B.O.P. 14-VI-90. (I.L. 944/90). Art. 28.
- C. para Industria Siderometalúrgica. La Coruña. B.O.P. 14-VI-90. (I.L. 3069/90). Arts. 35 y 48.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Pontevedra. B.O.P. 14-VI-90. (I.L. 1354/89). Art. 16.
- C. para Tintorerías, Lavanderías, etc. Baleares. B.O.C.A.I.B. 9-VI-90. (I.L. 5073/89). Art. 11.
- C. para Fábricas de Galletas. Tarragona. B.O.P. 13-VI-90. (I.L. 3160/89). Arts. 18 y 28.
- C. para Artes Gráficas e Industrias Auxiliares, Manipulados... Guipúzcoa. B.O.P. 14-VI-90. (I.L. 6349/89). Arts. 18 y 21.
- C. para Aserradores y Fábricas de Envases de madera. Castellón. B.O.P. 16-VI-90. (I.L. 3314/89). Art. 28.
- C. para Derivados del Cemento. Huesca. B.O.P. 16-VI-90. (I.L. 2076/90). Art. 29.
- C. para captación, elevación, conducción, etc., de agua. C. Real. B.O.P. 18-VI-90. (I.L. 2442/89). Arts. 48, 49, 50 Y 51.
- C. para Reparación y medida ortopédica del calzado. Madrid. B.O.C.M. 27-III-90. (I.L. 5338/88). Arts. 10, 29 y 28.
- C. para Pompas Fúnebres. Barcelona. B.O.P. 2-IV-90. (I.L. 1173/89). Arts. 20 y 27.
- C. para Fábricas de Chocolates, Bombones y Caramelos. Murcia. B.O.R.M. 2-IV-90. (I.L. 1493/88). Arts. 26 y 27.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Barcelona. D.O.G.C. 4-IV-90. (I.L. 622/90). Art. 57.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Cádiz. B.O.P. 9-IV-90. (I.L. 1317/90). Art. 13.
- C. para Bebidas refrescantes. Guipúzcoa. B.O.P. 12-IV-90. (I.L. 5147/89). Art. 19.
- C. para Comercio Textil. Madrid. B.O.C.M. 12-XI-90. (I.L. 3653/89). Arts. 6, 29, 30, 31, 32, 33 y 34.
- C. para Hostelería. Almería. B.O.P. 13-XI-90. (I.L. 515/90). Art. 14.
- C. para Bebidas refrescantes. Pontevedra. B.O.P. 14-XI-90. (I.L. 6405/89). Art. 16.
- C. para comercio de Materiales de Construcción. Pontevedra. B.O.P. 16-XI-90. (I.L. 4864/88). Art. 21.
- C. para Oficinas de Estudios Técnicos y Arquitectura. Almería. B.O.P. 20-XI-90. (I.L. 634/90). Disposición Adicional.
- C. para Industria de la Alimentación. Almería. B.O.P. 28-XI-90. (I.L. 500/90). Art. 13.
- C. para Oficinas y Despachos. Murcia. B.O.R.M. 28-XI-90. (I.L. 3085/88). Art. 8.
- C. para Comercio de Muebles. Huelva. B.O.P. 30-XII-89. (I.L. 774/89 y 3188/90). Art. 23.
- C. para Peluquerías de Señoras. Navarra. B.O.N. 19-XI-90. (I.L. 4141/90). Art. 6.
- C. para Comercio de Alimentación. Barcelona. B.O.P. 10-XII-90. (I.L. 3727/90 y 6489/89). Arts. 25, 26 y 27.
- C. para Pescado. Madrid.. B.O.C.M. 12-XII-90. (I.L. 3952/88). Arts. 36, 37, 38, 40 y 41.
- C. para Comercio Textil. Santa Cruz de Tenerife. B.O.P. 14-XII-90. (I.L. 2401/90). Art. 17.
- C. para Centros Infantiles de Barcelona, Tarragona, Gerona y Lérida. C. Interprovincial. D.O.G.C. 3-I-90. (I.L. 2697/87). Arts. 24, 27, 29 y 35.
- C. para Universidades Públicas Catalanas. C. Interprovincial. D.O.G.C. 17-I-90. Arts. 43 y 45.2.
- C. para Prensa no diaria. Madrid. B.O.C.M. 18-I-90. (I.L. 2664/89). Art. 16.
- C. para Comercio de Juguetes, Deportes y Armerías. Madrid. B.O.C.M. 1-II-90. Arts. 25, 26, 27, 28 y 29.
- C. para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia. Barcelona. B.O.P. 12-I-91. (I.L. 4549/89). Arts. 34 y 49.
- C. para Comercio e Industria Vinícola. Alava. B.O.P. 14-I-91. (I.L. 4036/90). Art. 44.
- C. para Agropecuarios. Granada. B.O.P. 17-I-91. (I.L. 2545/89). Art. 30.
- C. para Panaderías. Guadalajara. B.O.P. 21-I-91. (I.L. 74/90). Art. 24.
- C. para Comercio de la Piel. Pontevedra. B.O.P. 26-I-91. (I.L. 5344/89). Art. 16.
- C. para Frutos Secos. Tarragona. B.O.P. 24-XII-90. (I.L. 3825/89). Art. 28.
- C. para Educación, Formación Rehabilitación, Protección y Atención a Deficientes Mentales y Minusválidos. Barcelona. B.O.P. 16-I-91. (I.L. 5324/88). Art. 23.
- C. para Fábricas de Chocolates, Bombones y Caramelos. Zaragoza. B.O.P. 5-II-91. (I.L. 4102/88). Art. 35.
- C. para Enseñanza de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. C. Interprovincial. B.O.P.V. 5-II-91. (I.L. 3665/89). Arts. 42, 53 y 54.
- C. para Confección de ante, napa y doble faz. C. Interprovincial. D.O.G.C. 15-II-91. (I.L. 6327/89). Arts. 32, 35 y 36.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Segovia. B.O.P. 2-VII-90. (I.L. 2780/89). Art. 14.
- C. para Carpintería y Ebanistería. La Coruña. B.O.P. 20-VI-90. (I.L. 1806/89). Art. 26.
- C. para Obradores y Despachos de Confiterías, Pastelerías y Reposterías. Pontevedra. B.O.P. 21-VI-90. (I.L. 3939/89). Art. 12.
- C. para Consignatarias de Buques y Agencias de Aduanas. Guipúzcoa. B.O.P. 22-VI-90. (I.L. 4676/89). Art. 7.

- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Valladolid. B.O.P. 26-VI-90. (I.L. 3420/89). Arts. 22 y 24.
- C. para Industria de la Cerveza. Barcelona. B.O.P. 28-VI-90. (I.L. 2834/88). Arts. 18 y 27.
- C. para Comercio en General. Las Palmas. B.O.P. 29-VI-90. (I.L. 3351/89). Art. 9.
- C. para Industria Textil de elaboración de pelo de conejo y fabricación de fieltros y sombreros. C. Interprovincial. B.O.J.A. 3-VII-90. (I.L. 5390/89). Art. 36.
- C. para Agropecuarios. Zaragoza. B.O.P. 3-VII-90. (I.L. 6477/89). Art. 17.
- C. para Industria Metalgráfica. C. Interprovincial. D.O.G.C. 4-VII-90. (I.L. 3332/89). Art. 30.
- C. para Comercio Textil. Badajoz. B.O.P. 4-VII-90. (I.L. 1075/90). Art. 30.
- C. para Industria de Madera. Guipúzcoa. B.O.P. 4-VII-90. (I.L. 2701/89). Art. 21.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Málaga. B.O.P. 4-VII-90. (I.L. 3075/88). Arts. 13, 17 y 22.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Toledo. B.O.P. 6-VII-90. (I.L. 3242/90). Art. 26.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Avila. B.O.P. 7-VII-90. (I.L. 3049/89). Arts. 10, 8 y 9.
- C. para Comercio de Calzado. Valencia. B.O.P. 7-VII-90. (I.L. 682/90). Arts. 12 y 13.
- C. para Comercio de Alimentación. Barcelona. B.O.P. 9-VII-90. (I.L. 3592/89). Art. 29.
- C. para Comercio de Juguetes, Artículos de Deportes, Armerías. Madrid. B.O.C.M. 9-VII-90. (I.L. 445/90). Arts. 29 a 34.
- C. para Comercio en General. La Rioja. B.O.L.R. 12-VII-90. (I.L. 2199/90). Art. 34.
- C. para Comercio en General. Guadalajara. B.O.P. 1-VIII-90. (I.L. 1336/90). Arts. 18 y 23.
- C. para Hostelería. Huelva. B.O.P. 5-VII-90. (I.L. 1280/90). Art. 13.
- C. para Centros Infantiles de Barcelona, Tarragona, Gerona y Lérida. C. Interprovincial. D.O.G.C. 18-VII-90. (I.L. 5/90). Arts. 27 y 32.
- C. para Comercio Textil. La Coruña. B.O.P. 11-VIII-90. (I.L. 2768/89). Art. 13.
- C. para Construcción y Obras Públicas. Gerona. B.O.P. 11-VIII-90. (I.L. 5265/88). Art. 6.
- C. para Obradores y Despachos de Confiterías, Pastelerías, Repostería, etc. Valencia. B.O.P. 11-VIII-90. (I.L. 4211/89 y 4013/90). Art. 22.
- C. para Industrias de Cueros repujados, marroquinería y similares. Asturias. 14-VIII-90. (I.L. 5959/89). Art. 8.
- C. para Comercio del Calzado y Piel. Santa Cruz de Tenerife. B.O.P. 15-VIII-90. (I.L. 2400/90). Art. 17.
- C. para Almacenes de Chapas y Tableros de madera. Valencia. B.O.P. 15-VIII-90. (I.L. 4363/90). Arts. 6 y 11.
- C. para Hostelería. La Rioja. B.O.L.R. 18-VIII-90. (I.L. 1104/90). Art. 18.
- C. para Reparadores de Calzado. Madrid. B.O.C.M. 20-VIII-90. (I.L. 1322/90). Arts. 28 y 29.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Cantabria. B.O.C. 23-VIII-90. (I.L. 5081/89 y 5416/89). Art. 41.
- C. para Hostelería. La Rioja. B.O.L.R. 23-VIII-90. (I.L. 1105/90). Arts. 16 y 17.
- C. para Cooperativas del Campo. Tarragona. B.O.P. 24-VIII-90. (I.L. 4349/89). Art. 40.
- C. para Industrias de Conservas Vegetales. C. Interprovincial. B.O. 28-VIII-90. (I.L. 336/89). Arts. 42 y 66.
- C. para Comercio de Alimentación. Asturias. B.O.P.A. 28-VIII-90. (I.L. 2374/90). Arts. 16, 17, 18 y 19.
- C. para Comercio de Alimentación. Asturias. B.O.P.A. 28-VIII-90. (I.L. 2373/90). Arts. 30 y 31.
- C. para Comercio de Alimentación. Cantabria. B.O.C. 30-VIII-90. (I.L. 1320/90). Art. 33.
- C. para Industria de madera. Granada. B.O.P. 30-VIII-90. (I.L. 4069/89).
- C. para Comercio de Ferreterías, Materiales Eléctricos, Joyerías, etc. Las Palmas. B.O.P. 31-VIII-90. (I.L. 3791/90). Art. 28.
- C. para Comercio Textil. La Coruña. B.O.P. 11-VIII-90. (I.L. 2768/89). Art. 13.
- C. para Construcción y Obras Públicas. Gerona. B.O.P. 11-VIII-90. (I.L. 5265/88). Art. 6.
- C. para Obradores y Despachos de Pastelería... Valencia. B.O.P. 11-VIII-90. (I.L. 4211/89). Art. 22
- C. para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia. Málaga. B.O.P. 27-X-90. (I.L. 5191/83). Arts. 29 y 30.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Palencia. B.O.P. 25-V-90. (I.L. 980/90). Arts. 15 y 17.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Asturias. B.O.P.A. 28-V-90. (I.L. 2836/89). Art. 12.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Navarra. B.O.N. 13-IV-90. (I.L. 1125/89 y 1078/90). Arts. 61 y 63.
- C. para Centros de Educación Especial de Alava. Alava. B.O.T.H.A. 27-IV-90. (I.L. 2812/88). Arts. 25, 31 y 32.
- C. para Artes Gráficas, Manipulados de papel y cartón y Editoriales. Vizcaya. B.O.P. 27-IV-90. (I.L. 2668/89). Arts. 6.2 y 6.3.
- C. para Fábrica de Juguetes. Barcelona. B.O.P. 30-IV-90. (I.L. 968/88). Arts. 22 y 40.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Murcia. B.O.R.M. 8-V-90. (I.L. 1254/89). Arts. 14, 17 y 19.
- C. para Industria Siderometalúrgica. Guipúzcoa. B.O.G. 14-V-90. (I.L. 706/89). Arts. 22, 32 y 33.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales. Toledo. B.O.P. 17-V-90. (I.L. 1046/90). Art. 21.
- C. para Comercio de Alimentación. Guipúzcoa. B.O.P. 13-VII-90. (I.L. 5367/89). Art. 15.
- C. para Industrias de Cueros repujados, Marroquinería y Similares. Valencia. B.O.P. 13-VII-90. (I.L. 4202/89). Arts. 33 y 34.

- C. para Serrerías, Rematantes, Personal de Monte. Asturias. B.O.P.A. 14-VII-90. (I.L. 4369/89). Art. 18.
- C. para Enseñanza. C. Interprovincial. B.O. 13-VII-90. (I.L. 3846/89). Arts. 40, 41 y 44.
- C. para Banca Privada. C. Interprovincial. B.O. 31-VII-90. (I.L. 2436 y 3245/88). Art. 49.
- C. para Centros de Asistencia y Educación Infantil. C. Interprovincial. B.O. 10-II-90. (I.L. 1083/89). Arts. 30 y 34.
- C. para Conservas, Semiconservas y Salazones de Pescados y Mariscos. C. Interprovincial. B.O. 6-II-91. (I.L. 6376/89). Art. 22.3.
- C. para Enseñanza. C. Interprovincial. B.O. 19-II-90. (I.L. 2582/89). Arts. 43 y 49.
- C. para Industria Azucarera. C. Interprovincial. B.O. 14-VIII-90. (I.L. 4539/89). Art. 29.
- C. para Industria de Perfumería y Afines. C. Interprovincial. B.O. 28-VI-90. (I.L. 3286/90). Arts. 14, 42, 53.7 y 61.
- C. para Fábricas de pastas, papel y cartón. C. Interprovincial. B.O. 22-V-90. (I.L. 3523/89). Arts. 10.1, 10.2 y 10.7.
- C. para Industrias del Calzado. C. Interprovincial. B.O. 23-V-90. (I.L. 5565/89). Arts. 27, 29 y 30.
- C. para Industrias del Frío Industrial. C. Interprovincial. B.O. 30-V-90. (I.L. 1092/90). Art. 28.
- C. para Industrias Lácteas y sus Derivados. C. Interprovincial. B.O. 26-X-90. (I.L. 4228/89). Art. 34.
- C. para industrias Químicas. C. Interprovincial. B.O. 29-V-90. (I.L. 1778/89). Arts. 16, 18, 43 y 67.
- C. Interprovincial para Industria Azucarera. B.O.E. 14-VII-90. (I.L. 4539/89). Art. 39.
- C. Interprovincial para Helados. B.O.E. 11-VIII-90. (I.L. 1241/90). Art. 6.
- C. Interprovincial para Sociedades Cooperativas de Crédito. B.O.E. 11-VIII-90. (I.L. 4438/88). Art. 36.
- C. para Industria Fotográfica. C. Interprovincial. B.O. 7-IX-90. (I.L. 4117/89). Arts. 6, 10.2, 10.3, 10.4, 17 y 14.1.
- C. para Enseñanza. C. Interprovincial. B.O. 6-X-90. (Universidades, Personal Laboral). Arts. 29 y 32.
- C. para Empresas de Publicidad. C. Interprovincial. B.O. 9-X-90. (I.L. 4485/89). Arts. 28 y 27.
- C. para Industrias de Curtidos, Correas y Cueros Industriales... C. Interprovincial. B.O. 12-VI-90. (I.L. 3467/89). Art. 45.
- C. para Comercio de Distribución de Especialidades y Productos Farmacéuticos. C. Interprovincial. B.O. 7-XI-90. (I.L. 3845/89). Arts. 27 y 33.

(46) Vid. los veinte convenios últimos de la lista contenida en la nota (45).

(47) En este sentido es representativo el C. Interprovincial para las empresas de Publicidad, BOE de 9-X-90, arts. 27 y 32; y C. para Comercio de Frutas y Hortalizas, Madrid, B.O.C.M. 11-VI-90, art. 21.

(48) Vid al respecto C. Interprovincial para Industrias de Curtidos y Cueros Industriales, BOE 12-VI-90, art. 45; C. para Comercio de Materiales para Construcción, Alicante, BOP 14-VI-90, art. 26, j): "La mujer embarazada podrá solicitar su traslado a otro puesto de trabajo, siempre que el que desarrolle suponga riesgo para sí misma o para el feto. El riesgo o perjuicio vendrá determinado por persona autorizada y con conocimiento del Comité o Delegados de personal. El traslado temporal no supondrá perjuicio para los derechos económicos o profesionales de la trabajadora y la empresa vendrá obligada a restituir a dicha trabajadora al puesto que ocupaba con anterioridad al traslado referido o a la licencia postparto"; o C. para Comercio del Calzado y Piel, Santa Cruz de Tenerife, BOP 15-VIII-90, art. 17: "A las trabajadoras en período de gestación se les asignará un trabajo de igual o similar categoría, que no resulte penoso para su estado, sin que ello suponga una merma en sus percepciones económicas, y sólo por el tiempo que dure su gestación"; o finalmente C. Interprovincial para Industria Fotográfica, BOE, 7-IX-90, en cuyo art. 10, 3 y tras declarar el derecho de la mujer embarazada al cambio de puesto de trabajo manteniendo su categoría y su retribución señala que "Su estado, en ningún caso, será causa de despido".

(49) Vid. al respecto: C. para Almacenes de Chapas y Tableros de Madera, Valencia, BOP 15-VIII-90, art. 6; C. para Bebidas Refrescantes, Provincial Guipúzcoa, BOP 12-IV-90, art. 32: "Igualdad y no discriminación: Dentro de la empresa los trabajadores no podrán ser discriminados por razón de... sexo... Se respetará el principio de igualdad de acceso a todos los puestos de trabajo en la empresa tanto para el hombre como para la mujer y sin discriminación alguna". 0, C. para Obradores de Despachos de Confeiterías, Pastelerías y Reposterías, Pontevedra, BOP 21-VI-90, art.12: "Se respetará el principio de igualdad en todos los puestos de trabajo, tanto para el hombre como para la mujer, sin discriminación alguna, desapareciendo cualquier trato de desigualdad tanto favorable como adversa que tuviese la mujer por cualquier causa".

(50) Vid entre otros, C. Interprovincial para la Industria Fotográfica, BOE 7-IX-90, art. 10.4: "El trabajador/a tendrá derecho a una pausa de una hora en su trabajo que podrá dividir en dos fracciones,

cuando la destinen a la lactancia de su hijo menor de nueve meses. La mujer por su voluntad podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada, en media hora, con la misma finalidad”.

- (51) Vid. al respecto: C. Interprovincial para Universidades Públicas Catalanas (personal laboral) de Barcelona, Tarragona, Gerona y Lérida, D.O.G.C. 17-1-90, art. 43, h); y C. para Comercio de Juguetes, Deportes y Armerías, Madrid, BOCM 1-II-90, art. 28: “Quien por razón de guarda legal tenga a su cuidado un menor de seis años o un disminuído físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”.
- (52) Ejemplos de diferentes convenios con medidas equiparadoras de diferente carácter, así entre otros:
- C. para Hostelería, Orense BOP. 4-VI-90. En su art. 15 se establece la “Ayuda por jubilación” y tras reconocer la misma a todo trabajador de la empresa, específica expresamente: “Estas gratificaciones las percibirán tanto el hombre como la mujer”.
- C. para Limpieza de Edificios y Locales, Málaga, BOP 4-VII-90. en su art. 28 sobre “retribución para ambos sexos” se establece como módulo para fijar la igualdad salarial el “rendimiento”.
- C. para Industria Siderometalúrgica, Guipúzcoa, BOG, 14-IV-90, en su art. 33 declara: “Expresamente queda prohibida la distinta retribución de personal que ocupan puestos de trabajos ‘similares’ en una misma empresa en razón del sexo o la edad”. Añadiendo a continuación que, de incumplirse tal prohibición: “los trabajadores discriminados tendrán derecho a las diferencias salariales que procedan” C. para Comercio de Marroquinería y Artículos de Piel y Viaje, Valencia, BOP 21-VII-90., art. 14: “ninguna cláusula de este convenio podrá ser interpretada en el sentido que implique diferencias discriminatorias en las categorías profesionales, condiciones de trabajo o remuneraciones, entre los trabajadores de uno u otro sexo”.
- C. para Captación, Elevación Conducción de Agua... Ciudad Real, BOP 18-VI-90. Es éste un Convenio que demuestra un gran interés en el tema de la igualdad de trato y oportunidades de la mujer, le dedica varias cláusulas, establece también una Comisión de igualdad de trato y destacamos su art. 50 que entre otras cosas prohíbe: “que se produzcan diferencias en las ‘denominaciones’ de los puestos de trabajo en razón de sexo”.
- C. para Industrias de la Siderometalúrgica, Orense, BOP, 11-VI-90. Es éste también un Convenio que mantiene una línea progresiva a favor de la igualdad sustancial de la mujer que merece destacarse, entre otras normas, su art. 11 que trata del “Principio de igualdad de oportunidades y de trato”, establece: “que se evitará en la redacción del Convenio el lenguaje sexista”.
- C. para la Industria Siderometalúrgica, Burgos, BOP, 31-VII-90, art. 38: “En las categorías profesionales no se hará distinción entre categorías femeninas y masculinas. La mujer trabajadora tendrá en el seno de la empresa las mismas oportunidades que el varón en caso de ascensos y funciones de mayor responsabilidad”.
- C. para Comercio del Metal, Navarra, BON 30-VII-90, en donde se declara que “las partes firmantes de este convenio coinciden en que son objetivos importantes para el logro de la igualdad de oportunidades” y cita diversas medidas entre las que cabe destacar las siguientes: “Eliminación de la discriminación directa e ‘indirecta’; igualdad de oportunidades en el empleo, participación en los procesos de formación y reciclaje profesional” (art. 32).
- (53) C. Interprovincial para Industria de Perfumería y Afines, BOE, 28-VI-90, art. 61: “Las empresas podrán organizar... con carácter gratuito... programas específicos de formación profesional para la mujer trabajadora”.
- C. Interprovincial para Industrias Químicas, BOE. 29-V-90, art. 67: “Las empresas podrán organizar... con carácter gratuito... programas específicos de formación profesional y de reciclaje profesional para la mujer trabajadora”.
- (54) C. para Industria Siderometalúrgica, Toledo, BOP 6-VII-90, en su art. 26, norma muy extensa que bajo el genérico enunciado de “protección a la mujer” establece entre otras medidas: Hostigamiento sexual en el ámbito laboral: Tendrán la consideración de faltas muy graves: La falta de respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad y las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, ejercidas sobre cualquier trabajador de la empresa. Estos supuestos, en el caso de ser ejercidos desde posiciones de superioridad jerárquica y aquellos que se ejerzan sobre personas con contrato no indefinido, se considerarán, además de como falta muy grave, como abuso de autoridad sancionable con la inhabilitación para el ejercicio de funciones de mando o cargo de responsabilidad de las personas que los hayan efectuado”.

- (55) C. para la Industria Siderometalúrgica, Navarra, BON, 13-IV-90, crea una Comisión paritaria compuesta por las partes firmantes del mismo para “promover la igualdad de oportunidades”. Entre otras medidas se establecen algunas tan importantes como éstas: “Que los puestos de trabajo, las prácticas laborales, la organización del trabajo y las condiciones laborales se orienten de tal manera que sean adecuadas, tanto para las mujeres como para los hombres”. Se prevé por lo tanto un cambio en la concepción tradicional de la organización empresarial. O como la que establece que para la consecución de la igualdad de oportunidades de la mujer se “tendrá especialmente en cuenta todas las medidas, subvenciones y desgravaciones que ofrecen las distintas administraciones, así como los Fondos nacionales e internacionales”.
- C. para la Industria Siderometalúrgica, La Coruña, BOP, 14-IV-90, art. 50, que crea una Comisión en el ámbito nacional del convenio que será paritaria y compuesta por las partes firmantes del mismo y que tendrá como objetivo el aseguramiento de las medidas de igualdad de trato y oportunidades respecto a la mujer.
- C. para Derivados del Cemento, Huesca BOP, 16-VI-90, en su art. 29 establece una Comisión de igualdad para la mujer, en el que se establecen: composición, normas de funcionamiento –pudiendo estar asistidas las partes por asesores–, y funciones. Entre estas cabe destacar su “participación, en todas las instancias de la empresa en las que se toman decisiones que pueden afectar a mujeres –Tribunales de contratación, de promoción, Comisión negociadora del convenio...–”.
- (56) Vid al respecto de la posición de los sujetos negociadores y en general: QUESADA SEGURA, R.: “El sindicalismo y la igualdad de trato y oportunidades de la mujer trabajadora” en VIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), SEVILLA, 1991, PP. 65-81.
- (57) RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: Igualdad y discriminación, Op. cit., pp. 162 y ss.
- (58) El art. 1 de la Directiva prohíbe cualquier discriminación fundada en el sexo en materia salarial, alcanzando la prohibición tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas; el art. 2 establece que los sistemas de clasificación profesional deberán basarse en principios comunes para los trabajadores de ambos sexos y que deben ser elaborados de forma que se elimine la discriminación basada en el sexo.
- (59) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora”, RL, n. 1, 1991, p. 2.
- (60) 401 United States Reporter 424.
- (61) Asunto Sotgiu, 152/1983.
- (62) Vid. BALLESTRERO, M. V.: “La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia” Revista Italiana di Diritto del Lavoro, (RIDL) (Giuffré Editore), Milano, n. 4, 1990, pp. 781-798.
- (63) Rec. 1981, p. 911.
- (64) Rec. 1986, p. 1620.
- (65) Sentencia recogida íntegra en Revista Italiana di Diritto del Lavoro, (Giuffré Editore), Milano, n. 4, 1990, pp. 775-780. Y resumida en RL, n. monográfico sobre Repertorio de la Jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1989”, 1990, pp. 83-85 y en Rev. Actualidad Laboral, n. 12, 1990, pp.471-474.
- (66) Y en cuanto a la legalidad de los criterios empleados, el TJCEE distingue entre aquellos criterios neutrales en relación al sexo –como en este caso, el sentido de la responsabilidad– que el empresario no podrá alegar cuando su aplicación resulte sistemáticamente perjudicial para las trabajadoras, ya que el carácter ambiguo del concepto puede convertirlo en vía idónea para la arbitrariedad. Y otros tipos de criterios como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad. Respecto al primero, el empresario no podrá justificar la aplicación de tal criterio si la flexibilidad se concibe como equivalente a calidad del trabajo, y por las mismas razones anteriores. Sin embargo, sí podrá utilizar tal criterio –y deberá justificarlo– cuando la flexibilidad se refiera a la adaptabilidad del trabajador a horarios y lugares de trabajo cambiantes. La formación profesional es un criterio válido pero que el

empresario deberá justificar en relación con la importancia que ésta alcance para la realización de las tareas específicas encomendadas al trabajador. Finalmente, el criterio de antigüedad, puede alegarse sin necesidad de justificación alguna.

- (67) RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: Igualdad..., Op. cit. p. 164.
- (68) Es decir en los casos de discriminación directa se aplica el mandato de paridad y no debe haber lugar para el test de comparabilidad y de justificación, mientras que en los casos de discriminación indirecta no basta el efecto desigual pues es posible aplicar el test de justificación, en el que, pese al resultado diferencial, la medida está objetivamente justificada tanto en sus objetivos como en la proporcionalidad de los medios". RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "DISCRIMINACIÓN por razón de sexo y embarazo de la trabajadora", RL, n. 1, 1991, p. 3, citando al respecto a Prechal y Burrows.
- (69) Vid. pp. 38 y 57.
- (70) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora", RL, n. 1, 1991, p. 5.
- (71) 1 Weekly Law Reports (W.L.R.) 1417.
- (72) Industrial Cases Reports (I.C.R.).
- (73) 1 W.L.R. 64.
- (74) 87 U.S. 1387.
- (75) Industrial Relations Law Report (I.R.L.R.) 379.
- (76) I.C.R. 205.
- (77) Vid. Uniform Guidelines on Employment Selection Procedures, 29 C.F.R. 1067 (1979). Commission for Femini Equality.
- (78) I.R.L.R. 198.
- (79) I.R.L.R. 10
- (80) I.C.R. 699.
- (81) Vid. pp. 47 a 51.
- (82) TREU, T.: La legge sulle azioni positive: Prime riflessioni", Op. cit., p. 129.
- (83) En el caso Wards Core (1989), el Tribunal Supremo de EE.UU. considera que el empresario debe probar simplemente "que la práctica discriminatoria es útil, de forma significativa, para la consecución de los objetivos legítimos de la empresa". Vid. sobre el tema DAYS, D.: "La battaglia sul caso Griggs e il futuro dell'Employment Discrimination Law negli Stati Uniti" QDLRI, 1990, pp. 63 y ss.
- (84) Art. 4.3. Legge sulle Azioni Positive, de 10 de abril de 1991.
- (85) I.C.R. 22.
- (86) 1 W.L.R. 71
- (87) Ley 443, de 30 de mayo de 1991.
- (88) Ley Noruega sobre la Igualdad del Estatuto, aprobada el 9 de junio de 1978, entró en vigor el 15 de marzo de 1979.
- (89) Ley n. 125, de 10 de abril de 1991.

- (90) BALLESTRERO, M.V.: “Modelli di azioni positive, osservazioni sul disegno di legge n. 1818”, QDLRI, 1990, p. 26.
- (91) La institución del Ombud (mediador) proviene de la tradición escandinava y es común en todos los países que la componen. Es un órgano de control independiente, de fácil acceso y presta un servicio gratuito.
- (92) Ley Italiana sobre acciones positivas de 10 de abril de 1991.
- (93) Art. 21 de la Ley sueca sobre Igualdad de Oportunidades.
- (94) Ley noruega sobre la Igualdad del Estatuto, en el apartado dedicado a “los planes de reclutamiento”.
- (95) Esta ha sido la política en Francia. VOGEL-POLSKY: “Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres” RIT, 104, p. 154.
- (96) En el sistema norteamericano puede establecerse judicialmente la necesidad de que el empresario suscriba un Plan de Acción Positiva. Vid. HENNEMAN, R.: Personal / Human Resources Management, Boston, 1989, pp. 74 y ss.
- (97) Según el Código de Conducta. Directiva 76/207 CEE.
- (98) Existen también en nuestra jurisprudencia dos ejemplos recientes que no pueden desconocerse y que traducen a nuestro entorno algunas de las prácticas que son habituales en los sistemas normativos de otros países comunitarios. En primer lugar, la sentencia de Magistratura de Trabajo –n. 19 de Madrid– de 2 de septiembre de 1988, sobre conflicto colectivo planteado por el Comité de empresa de AVON COSMETIC S. A. para un colectivo de mujeres de la empresa. En ésta, el órgano judicial afirma, ante un caso de discriminación indirecta –menor clasificación profesional reservada exclusivamente para mujeres y limitación del complemento personal– “que la actividad desarrollada por los hombres se realiza bajo un carácter de colaboración o apoyo de las tareas realizadas por las oficialas ‘que tienen una función de mayor responsabilidad y más próxima con los objetivos económicos de la empresa’. Con el argumento acerca de la “mayor responsabilidad”, el magistrado termina su razonamiento indicando que estamos en presencia de un trabajo “cuando menos de igual valor al de los hombres debiendo respetarse la igualdad tanto de salario base como de complementos salariales, sin discriminación según prescribe el art. 28 ET”.
- La segunda de las resoluciones judiciales es la sentencia del Juzgado de lo Social (n. 2 de Guipúzcoa), de 10 de junio de 1991. En donde se afirma, tras reconocer –con apoyo en el Convenio n. 100 de la OIT y art. 1 de la Directiva CEE 15/117– que el derecho a no percibir una remuneración diferente por razón de sexo “alcanza no sólo cuando hombres y mujeres efectúan el mismo trabajo, sino también cuando prestan servicios de igual valor”, añadiendo a continuación que el mismo art. 1 de la Directiva comunitaria citada, imponía, para el caso que las retribuciones se fijasen por un sistema de clasificación profesional, que éste se rigiese en reglas comunes para unos y otros. En este caso, para evaluar el valor del trabajo, el órgano judicial acude al Instituto Vasco de la Mujer, que emite un dictamen al que acompaña un informe técnico sobre valoración de los puestos de trabajo. El resultado del informe en el que, precisamente, se basa la sentencia, revela que el trabajo que unos y otros realizan “tiene un valor, globalmente considerado, que no guarda relación con la diferencia retributiva que se da entre ellos y, por tanto, no cabe justificar en el hecho de que unas labores sean propias del oficio y las otras sólo sean complementarias de aquéllas”.

