

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL RECIENTE

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

ABSTRACT

■ *En el presente artículo se analiza de modo breve y descriptivo la doctrina teórica y práctica del Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad y de no discriminación en las relaciones laborales. Con especial atención a la evolución de la posición de este Tribunal en relación con el despido de la mujer embarazada cuando el empresario desconoce dicha circunstancia, con el acoso sexual, con las acciones positivas y los derechos de conciliación. Junto al estudio del derecho sustantivo, se aborda el proceso de tutela ante el Tribunal constitucional mediante el recurso de amparo.*

Palabras clave: doctrina constitucional, igualdad y no discriminación en el empleo, mujer embarazada, acoso sexual, acciones positivas, permisos familiares.

■ *Artikulu honetan, Auzitegi Konstituzionalak lan-harremanetako berdintasuneko printzipioari eta bereizkeriarik ezaren printzipioari begira zer-nolako doktrina teoriko eta praktikoa darabilen aztertuko dugu, labur-labur eta modu deskriptiboan. Arreta berezia eskainiko diogu Auzitegi horrek zenbait gaietan izandako jarreraren bilakaerari (emakume haurdunen kaleratzea, enpresaburuek haurdun dau dela jakin gabe; sexu-jazarpena; ekintza positiboak; familia eta lana bateratzeko eskubideak). Zuzenbide substantiboa aztertzeaz gain, Auzitegi Konstituzionalaren*

aurrean babes eskeko errekurtsoren bidez egiten den tutoretza-prozesua landuko dugu.

Gako-hitzak: doktrina konstituzionala, berdintasuna eta bereizkeriarik eza lanean, emakume haurduna, sexu-jazarpena, ekintza positiboak, familiagatiko baimenak.

■ *This paper exams, briefly and descriptive, the Constitutional Court's doctrine on the principle of equality and nondiscrimination in employment relations. Special attention is paid to the evolution of the position of this Court concerning the dismissal of pregnant women when the employer doesn't know that fact, sexual harassment, positive actions and family leaves. The paper also studies the writ of amparo, a remedy for the protection of these rights at the Constitutional Court.*

Key words: constitutional doctrine, equality and nondiscrimination in employment relations, pregnant women, sexual harassment, positive actions and family leaves.

A. El principio de igualdad y de no discriminación: alcance y contenido

La Constitución Española (en adelante CE) contiene varias referencias de las que necesariamente se ha de partir para realizar una interpretación correcta del verdadero alcance y contenido técnico jurídico del principio de igualdad: a) el art. 1 CE: proclama la igualdad como *valor superior* del ordenamiento jurídico; b) como *principio* jurídico (es decir, como mandato de optimización a decir de R. Alexy); el art. 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; c) como *derecho fundamental*: el nuclear art. 14 CE preceptúa que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», lo que se completa con el art. 35.1 CE cuando señala que todos los españoles tienen derecho a «una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo», d) en todo caso el art. 24.1 CE prevé que este derecho goza de tutela judicial efectiva, por lo que si se impide la defensa de su ejercicio, se vulnerará la garantía de indemnidad por litigiosidad (cuando tal garantía muestre rasgos de autonomía y pueda deslindarse de la violación del propio principio de igualdad).

De la interpretación conjunta de estos preceptos el TC ha diferenciado jurídicamente varias vertientes del principio de igualdad, cada una con sus peculiaridades técnico-jurídicas y cuya correcta comprensión permitirá, en caso de vulnerarse, una adecuada defensa judicial: a) el principio de igualdad ante la Ley, b) el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, c) el derecho a no ser discriminado por motivos personales o sociales, derecho éste que proscribía la represalia por el ejercicio de acciones para hacer efectivo el derecho a la igualdad, prohíbe la discriminación directa e indirecta, permite el establecimiento de acciones positivas y, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, posibilita medidas de discriminación inversa.

La distinción entre el principio de igualdad y no discriminación es relevante para fijar su alcance en las relaciones laborales. Así, la prohibición de no discriminar se impone a todos los poderes públicos y privados, es decir, es un principio que actúa sobre el legislador, pero también se proyecta con toda su fuerza

sobre la negociación colectiva y todos los actos que el empleador adopte en el ejercicio de su poder de dirección y organización: todos ellos no pueden discriminar por razón de sexo. Frente a ello, el principio de igualdad sufre matices dependiendo de la fuente en que se contenga el distinto tratamiento entre colectivos: de este modo, aunque en los convenios colectivos se aplica la cláusula general de igualdad, ésta juega matizadamente habida cuenta de que dicho principio debe hacerse compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad y de la autonomía colectiva (SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre, 28/1992, de 9 de marzo; 280/2006, de 9 de octubre; 26/2011, de 14 de marzo entre otras) y cuando se trata de un acuerdo privado o de la decisión unilateral del empresario, las diferencias que puedan establecerse en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, respetando los mínimos legales o convencionales, no vulneran el principio de igualdad y lo único que está prohibido es que dichas diferencias escondan un trato discriminatorio.

B. El principio de igualdad ante la ley

En términos generales supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En un sentido técnico-jurídico lo que prohíbe en puridad es la existencia de tratamientos desiguales carentes de justificación o desproporcionados, es decir, busca evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente. Por lo que, a contrario, tratamientos diferenciados entre situaciones iguales que respondan, sin embargo, a una justificación objetiva y razonable y cuyas consecuencias sean proporcionadas, resultarán plenamente conformes con el artículo 14 CE.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) a la hora de examinar si se vulnera el principio de igualdad parte de un canon o control de «mínimos»: se presume la legitimidad de la medida o presunción a favor del legislador. Para controlar la constitucionalidad de una medida legislativa (o de un convenio colectivo estatutario) el TC verifica: a) en primer lugar, que quien alega la vulneración aporte un término de comparación suficiente y adecuado: que demuestre que las situaciones a comparar son esencialmente iguales o similares, b) que no existe una justificación objetiva y razonada: finalidad legítima conforme con la Constitución y que es carga probatoria de quien promueve la diferencia (el legislador o los sujetos negociadores, debiendo tenerse en cuenta que cuando se trata de un convenio colectivo, siempre concurre un elemento adicional a tener en cuenta, cual es el de la autonomía colectiva protegido por el art. 37 CE y que debe igualmente ser ponderado, reforzando así la presunción a favor del convenio), c) que la medida, aunque trate desigualmente supuestos iguales de modo justificado, al hacerlo, no sea desproporcionado en sus consecuencias. Para medir el grado de proporcionalidad, el TC utiliza un canon específico en el que se

examina: a) si la medida es adecuada, es decir sirve para una finalidad legítima constitucionalmente, b) si la medida es «necesaria», es decir, si no existe otra medida menos lesiva del derecho fundamental que permita alcanzar la misma finalidad de la norma; y c) si es proporcionada en sentido estricto, es decir, si se ha restringido el derecho fundamental en la medida estrictamente necesaria para conseguir dicha finalidad, debiendo procurarse la menor restricción posible del derecho fundamental afectado.

La STC 103/2002, de 6 de mayo, por ejemplo, considera violado el principio de igualdad por parte de un Plan de Pensiones que establece un régimen jurídico diferente según la fecha de ingreso de los trabajadores y que sólo toma en cuenta la vinculación del trabajador con la empresa con contrato fijo pero no considera los contratos temporales que el trabajador tuvo con la misma empresa con anterioridad. Se declara, de este modo, vulnerado el principio de igualdad por trato diferenciado entre fijos y temporales. Por su parte, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, considera vulnerado el mismo derecho fundamental por la normativa laboral que computaba a los contratados a tiempo parcial exclusivamente las horas trabajadas a efectos de determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social. Doctrina continuada por las SSTC 49 y 50/2005, de 14 de marzo.

Ya en relación con la discriminación por razón de sexo y la conciliación, la STC 75/2011, de 19 de mayo, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la conformidad constitucionalidad del art. 48.4 ET en la redacción dada por la Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral, por la que no se permite al trabajador varón disfrutar del permiso de maternidad cuando la madre es trabajadora por cuenta propia (en el caso examinado), al configurarse el derecho como originario de la madre, el TC aplica el canon de constitucionalidad respecto de dos términos de comparación distintos. Así, en primer lugar, comparando la situación de madres y padres, considera que el término es adecuado pero rechaza que haya discriminación del varón (porque no existe una situación histórica de cuidado de los hijos de los varones que haya de reponerse) ni vulneración del principio de igualdad en tanto la diferencia se haya justificada porque la protección del permiso es de la mujer y no de la familia; protección de la mujer que se justifica para compensar, en virtud del art. 9.2 CE, la tradicional situación de desventaja de las mujeres con incidencia directa en la relación de trabajo y para evitar cualquier perjuicio laboral derivado de la maternidad. Es decir, justificación y, aunque no se diga nada, parece que proporcionado el trato desigual. Pero, además, el TC examina si se vulnera el principio de igualdad como consecuencia del distinto régimen jurídico de la maternidad, como filiación natural, respecto del previsto en caso de adopción, en el que el legislador prevé el carácter indistinto del permiso. Y en este caso el TC considera que, ni siquiera, concurre un término adecuado de comparación por lo que decae cualquier otro examen ulterior sobre la justificación y la proporción. En concreto, señala que parto y adopción son situaciones que aunque pudieran ser iguales desde la perspectiva de los hijos, no lo son respecto a la regulación de los derechos laborales y de protección social al ser diferentes sus finalidades, una protectora de la madre, la maternidad, y la integración del menor en la adopción.

C. El principio de igualdad en la aplicación de la ley

Al no ser especialmente relevante a nuestros efectos baste con señalar que trata de evitar la arbitrariedad judicial permitiendo el arbitrio: se prohíbe que un órgano modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales si no motiva su cambio de criterio. Debe acreditarse un término de comparación entre la Sentencia impugnada y una solución del mismo órgano judicial que en casos sustancialmente iguales haya resuelto de modo contradictorio. A la hora de establecer la «identidad» del órgano que ha cambiado el criterio injustificada e inmotivadamente, el TC ha señalado que no basta con comparar dos resoluciones judiciales de la misma Sala de un mismo Tribunal, sino que la comparación se hace entre resoluciones de la misma «sección» pues el principio de igualdad en la aplicación de la Ley debe ponderarse y compaginarse con otro derecho constitucionalmente reconocido: el de la independencia judicial. Finalmente el elemento de comparación debe ser una resolución judicial que resuelva un caso idéntico de otro sujeto, no puede ser un caso referido a la misma persona que se queja de la vulneración [exigencia de alteridad: STC 64/2000, de 13 de marzo] y no debe existir una motivación que justifique el cambio de criterio (si se motiva ya no hay vulneración constitucional).

STC 70/2003: una trabajadora de Zara interpone recurso de casación para la unificación de doctrina y el TS considera que su sentencia es contradictoria con la aportada de contraste, revocándose la sentencia que le fue perjudicial para dar la razón a la trabajadora; un día después en un supuesto idéntico de otra trabajadora de Zara, el Tribunal Supremo mantiene que no hay contradicción y no puede revisarse su sentencia, pese a que se aportaba la misma Sentencia contradictoria, simplemente diciendo que los supuestos no son iguales pero sin motivar porque ahora no son iguales y un día antes lo eran.

D. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación contenido también en el art. 14 CE enlaza con valores inherentes a la dignidad de la persona humana y parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas *sistemática y tradicionalmente marginados*, con lo que su vulneración supone, no sólo situar a sectores de la población en situaciones desventajosas carentes de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. Como señala el TC la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el

acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 4).

La STC 26/2011, de 14 de marzo, rechaza que haya discriminación por razón de sexo del varón solicitante del amparo sobre esta perspectiva, afirmando que «resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres. Por otra parte, el examen de las resoluciones impugnadas en amparo evidencia que el recurrente no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión de ser adscrito al horario nocturno con carácter fijo durante el curso 2007-2008 no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE». Cuestión distinta es que en esta sentencia se estime el amparo por otra causa de discriminación, las circunstancias personales o sociales, como luego se dirá.

La prohibición de discriminación respecto de tales colectivos implica una violación más cualificada de la igualdad, que debe ser corregida y eliminada exigiendo, incluso, un trato desigual compensador o acción positiva para lograr que la igualdad de los colectivos marginados sea real y efectiva.

Como señala con claridad la STC 3/2007, de 15 de enero, Sala Primera, «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».

Cuando las diferencias contenidas en la ley utilizan directa o indirectamente rasgos expresamente prohibidos por la Constitución la actuación legislativa deviene especialmente sospechosa de discriminación y se ve sometida a un «juicio estricto de igualdad en la ley», es decir, de presunción contra el legislador. El juicio estricto de igualdad supone que la finalidad legislativa de trato diferente «perjudicial» de los colectivos que histórica y socialmente se han visto marginados se presume inconstitucional. En el momento en que se utilizan los rasgos que cohesionan a estos grupos, como ocurre con el sexo, en la clasificación legislativa existe la sospecha de que la finalidad de la diferencia de trato es la de perjudicarlos (discriminación directa); lo que se predica igualmente cuando pese a

no hacerse referencia a dichos rasgos prohibidos se produce un impacto negativo en el colectivo que los reúne (discriminación indirecta). La distinción entre sexos sólo puede ser excepcionalmente utilizada como criterio de diferenciación jurídica y por ello se ve sometido a un canon más estricto de legitimidad constitucional y un mayor rigor en cuanto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 3/2007, de 15 de enero). Sólo en aquellos casos en que verdaderamente la diferencia de trato tenga una finalidad neutra ajena a toda intención discriminatoria, podrá destruirse la presunción en contra.

a) Prohibición de discriminación directa por razón de sexo

Discriminación *directa* (arts. 6.1 y 8 LOI): tratamiento jurídico diferenciado y «desfavorable» a una persona por razón de su sexo. En este tipo de discriminación el sexo se erige en el criterio de diferenciación utilizado por una norma o decisión unilateral del empleador de una manera perceptible y clara con un mero examen superficial y, salvo supuestos verdaderamente excepcionales en los que el sexo es condición básica de la tarea a desarrollar, se trata de una diferenciación terminantemente proscrita.

Se considera también discriminación directa la relativa a circunstancias biológicamente exclusivas de la mujer como pueden ser el embarazo, el parto o la lactancia natural, como factores diferenciales que afectan exclusivamente a la mujer. Condiciones éstas que, además, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionan las potestades organizativas y disciplinarias del empresario protegiendo de las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora.

En un principio se pensó que en realidad el embarazo no se enmarcaba dentro de la discriminación por razón de sexo, sino de la cláusula abierta del art. 14 CE relativa a «otra condición personal», aunque el TC parece apuntar su conexión con el sexo en la STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, ello se hace explícito a partir de la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2 y continua constante (entre otras, SSTC 20/2001, 41/2002, 17/2003, 175/2005, 182/2005, 214/2006, 324/2006, 342/2006, 3/2007), hasta la más reciente STC 17/2007, de 12 de febrero, afirmando que se trata de un supuesto discriminación directa al tratarse de situaciones que única y exclusivamente afectan a la mujer. En la actualidad su calificación como discriminación directa por razón de sexo es contundente en el art. 8 LOI

El problema jurídico constitucional que se ha planteado en el embarazo es el de si es necesario, o no, el conocimiento del empleador para que pueda considerarse la medida empresarial discriminatoria por razón de sexo. Ello es un problema pues, en caso de que el empresario adopte una decisión sin conocimiento de la situación de la trabajadora, en realidad podría pensarse que a lo sumo habrá una extinción sin causa, improcedente, pero no nula por vulnerar un derecho que ni siquiera se sabía concurrente. La doctrina del TC ha ido oscilando

hasta precisar su doctrina en esta materia, sobre la base de dotar de decisiva, mayor o menor relevancia al conocimiento del estado de gestación de la trabajadora por parte del empleador.

En un primer momento, el desconocimiento del empresario va a ser la clave para la calificación del despido como procedente o no. De este modo, para el TC la constancia expresa en los hechos probados de que el empleador desconoce el estado de embarazo de la trabajadora impide considerar que la decisión adoptada sea discriminatoria por razón precisamente de dicho estado, cuando no es posible apreciarlo a simple vista (STC 41/2002, de 25 de febrero). Si ello no es así, es decir no consta el desconocimiento del empleador como hecho probado, pero tampoco su conocimiento de modo expreso, no se puede rechazar de plano la vulneración constitucional (STC 62/2007, de 27 de marzo). Y ello porque si el estado de gravidez era conocido por sus compañeros o sus jefes directos, o en el centro de trabajo, tal dato se erige en indicio del conocimiento empresarial (STC 17/2003, de 30 de enero). En sentido inverso, sin embargo, ello no significa que cuando ha quedado demostrado el conocimiento del empleador ello sea, por sí solo, suficiente para considerar discriminatorio el acto impugnado (STC 17/2003, de 30 de enero, STC 41/2002, de 25 de febrero). Este dato, sin duda, aporta un dato necesario pero no suficiente al panorama indiciario, debiéndose en tal caso, de todos modos, completarse dicho panorama para que actúe, dentro de su juego normal, la técnica de la prueba de indicios. Los supuestos de conocimiento del empleador que se añade a otros inicios para considerar finalmente la decisión contraria al art. 14 CE son los más numerosos. Ello es lo que ocurre en el caso de la piloto embarazada donde por ello le suspenden el contrato de trabajo (STC 161/2004), en el de no renovación del contrato de trabajo a la trabajadora por parte de la clínica (STC 175/2005, de 4 de julio), en el cese de la trabajadora del Partido Popular, donde se comunica el estado de gestación al Consejero para el que trabaja (STC 98/2003) o en el caso del «despido nulo no discriminatorio» donde el órgano judicial considera probado el conocimiento pero descarta el hecho discriminatorio por no tener entidad la causa alegada y el TC considera que por ello, precisamente, debe ser considerado nulo radical (STC 342/2006, de 11 de diciembre). En todo caso, más recientemente, el TC ha destacado que el derecho a la intimidad de la trabajadora (art. 18.1 CE) no le obliga a notificar dicho estado al empleador (STC 17/2007, de 30 de enero).

Pero a partir de la STC 92/2008, de 21 de julio, la posición del TC se modifica y se precisa en relación con la mayor protección otorgada por el legislador nacional a las embarazadas. En concreto, en la trasposición que el legislador español hace en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de la Directiva 92/85/CEE, aunque en ésta se exige la comunicación del embarazo al empresario (lo que es lógico pues es una Directiva de seguridad y salud), el art. 55.5 ET y el art. 53.4 ET junto al supuesto de nulidad ya contemplado para el caso de despidos discrimi-

minatorios o con vulneración de derechos fundamentales, añade un nuevo supuesto en el que declara también la nulidad («será también nulo» dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enumerar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, como al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y sería, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero —inmodificado— y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. La cuestión ahora es decidir si dicha nulidad objetiva legal tiene también trascendencia constitucional, es decir, si el despido, sin conocimiento del empleador, incluso sin conocimiento de la propia trabajadora, supone también un despido discriminatorio en sentido constitucional, o sólo es un despido nulo legal. Ello es importante en tanto mientras que si se afirma que es discriminatorio el supuesto tendría acceso al amparo, no sería así de considerar que se trata de una mera infracción legal no calificar en tales casos el despido como nulo.

Precisamente este es el exacto problema que aborda la STC 92/2008, en un recurso en el que la empresa despide a una trabajadora embarazada alegando la imposibilidad de mantener sus servicios y reconociendo la improcedencia del despido y en el que en la jurisdicción ordinaria califica el despido como improcedente y no como nulo al no estimar probado que la empresa conociese la situación de embarazo de la trabajadora. Los argumentos constitucionales de la trabajadora demandante de amparo eran la discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y la vulneración de la tutea judicial efectiva por inaplicación de la norma que, a su juicio, impone la declaración de una nulidad objetiva del despido, en caso de no demostrarse procedente y con independencia del conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador.

El TC recuerda en esta sentencia su doctrina sobre el conocimiento directo o indirecto (indicios) del empresario como condición para considerar discrimi-

natorio el despido y entender, en definitiva, que fue precisamente dicha circunstancia la que lleva al acto empresarial extintivo, por lo que el art. 14 CE, en puridad, no se vulneraría al no existir indicios de la lesión y constar exclusivamente que la trabajadora estaba embarazada en el momento del despido y que no existiría causa legal para el mismo (por ello la empresa reconoce la improcedencia), por lo que considera que las resoluciones impugnadas que declaran que el despido no ha estado motivado o causado por el embarazo son desde este punto de vista correctos. Pero el TC no se limita a dicho análisis y utiliza la técnica del conocido como «canon reforzado» de control de los derechos fundamentales. Mediante el mismo se pone en conexión el derecho a la tutela judicial efectiva y, con ella, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, con un determinado derecho fundamental, en nuestro caso, el art. 14 CE, exigiendo a los órganos de la jurisdicción ordinaria no ya que dicten resoluciones que sean «razonables» y «no arbitrarias», sino que en sus resoluciones valoren y ponderen los derechos fundamentales alegados y que pudieran estar en juego, es decir, se les exige un esfuerzo argumentativo mayor y de más calidad constitucional. La diferencia es importante, ya que mientras que en el primer caso, vulneración simple de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, el control constitucional es completamente «externo» y se limita a ver si no se incurre en argumentos ilógicos o carentes de sustento argumentativo, en el segundo caso el TC posee un mayor margen de «intromisión» en la argumentación o motivación judicial para verificar si, en efecto, se trata de una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego y que exprese o trasluzca una argumentación axiológica que sea respetuosa con su contenido.

Desde este segundo acercamiento, el TC considera que, en el caso concreto, no se han satisfecho los requerimientos constitucionales y otorga el amparo. En particular, para el TC el argumento de que la Directiva exige la información al empresario para proyectar su protección, no constituye motivación suficiente desde esta nueva perspectiva, alejándose incluso de una interpretación literal y teleológica del precepto desde parámetros constitucionales. Los argumentos básicos del TC al respecto son los siguientes:

- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, como con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE.

- Nada en los preceptos del ET relativos a la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora, exigen la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que la nulidad del despido tiene en estos casos un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo.
- En concreto, los preceptos legales del ET califican el despido como nulo de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo, sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria [92/85]), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enumerar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y sería, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero —inmodificado— del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.
- Frente a esta claridad interpretativa no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo, porque es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto en tanto la exposición de motivos de la ley de transposición específica que con ella se superan los niveles mínimos de protección. Para el TC la creación por el legislador de un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las tra-

- bajadoras embarazadas posee «una clara relevancia constitucional» desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, porque se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Pero, además, con ello se exime, además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluido el deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada (art. 14 CE), al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).
- El TC reconoce que la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador y que son posibles otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor antes de la reforma legal. Pero considera que «una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido».
 - Por todo ello concluye que las resoluciones impugnadas no satisfacen las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación —particularmente intensa, en el presente caso— del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados y estima la demanda de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Esta nueva posición del TC, que supone que basta la acreditación del dato objetivo del embarazo para que sea declarado nulo, con independencia de que

existan o no indicios de su carácter discriminatorio cuando no puede calificarse de procedente, para considerar que la legislación ordinaria se interpreta de conformidad con los derechos constitucionales en juego, se acoge igualmente en el asunto resuelto por la STC 124/2009, de 18 de mayo. Criterio que ha tenido que acoger el TS, si bien matizando esta doctrina de la «nulidad objetiva» cuando la extinción del contrato de la mujer embarazada se produce durante el periodo de prueba, al entender en la Sentencia de Sala General de 18 de abril de 2011, rec. 2893/2010, que tal previsión de nulidad objetiva por la que se refuerza la protección de la trabajadora, se limita a los supuestos de extinción «causal» (donde el legislador expresamente la ha previsto), pero no se extiende a otros en los que sigue jugando la necesidad de acreditar un panorama indiciario de discriminación, so pena de que otro entendimiento dificulte la contratación e incremente las desigualdades entre hombres y mujeres. La sentencia, no obstante, cuenta con un voto particular de seis magistrados que entienden que también en el periodo de prueba juega la garantía reforzada. Pero hasta que el TC se pronuncie sobre este nuevo supuesto, la protección de la mujer se ha erosionado, precisamente, en uno de los momentos más delicados para su permanencia en el mercado de trabajo de hallarse en estado de gestión.

Para finalizar y dejando ya al margen el tema del despido por embarazo, con carácter general debe tenerse en cuenta que el sexo como factor que motiva un distinto tratamiento puede mostrarse de modo directo patente o grosero (discriminación directa abierta) o no manifestarse de una forma abierta, sino encubierta y aprovechando un resquicio o cobertura legal, en cuyo caso se habla de discriminación «directa encubierta»; como supuestos ambos en los que el sexo es el elemento básico del trato desfavorable que posteriormente se denuncia (STC 198/1996, de 3 de diciembre).

Existen multitud de supuestos de discriminación directa sobre los que ha tenido que pronunciarse el TC. Así, en las fases previas al contrato de trabajo, la STC 214/2006, de 3 de julio, considera discriminatorio que el INEM no incluya entre los candidatos para concurrir a una oferta de empleo adecuado a una trabajadora que tenía suspendida su demanda de empleo por encontrarse en baja por maternidad. Se declaran contrarias al art. 14 CE igualmente tratamientos desfavorables en el desarrollo de la relación laboral: ya sea porque el embarazo o la maternidad es causa de la postergación profesional (STC 161/2004, de 4 de octubre, para una piloto de líneas aéreas; STC 182/2005, de 4 de julio, para una asesora jurídica), o porque se niega el disfrute de las vacaciones tras la maternidad por superarse el periodo anual máximo previsto legalmente para su disfrute (STC 324/2006, de 20 de noviembre). Múltiples ejemplos de comportamientos empresariales que incurren en discriminación directa se encuentran igualmente en el momento de extinción del contrato de trabajo: no renovación de un contrato temporal por estar embarazada la trabajadora y no constar el desconocimiento absoluto de dicha circunstancia por el empleador (STC 173/1994, de 7 de junio, STC 17/2003, de 30 de enero; STC 175/2005, de 4 de julio, STC 74/2008, de 23 de junio) o en despidos disciplinarios que esconden el

embarazo como real móvil extintivo (STC 342/2006, de 11 de diciembre) y aunque la extinción no sea causal al extenderse la prohibición a los puestos de libre designación en los que aunque la pérdida de confianza puede ser una causa justa de rescisión, lo que no puede es encubrir un fraude cuando la causa real extintiva es el embarazo (STC 98/2003, de 2 de junio).

b) Prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo

Discriminación *indirecta* (art. 6.2 LOI): es aquella que se produce cuando se utiliza una medida o criterio aparentemente neutral, por aplicación a ambos sexos, pero que sin embargo produce un impacto adverso mayoritariamente en el colectivo de uno de los sexos (perjudicial, en definitiva, a un porcentaje muy superior de mujeres en los supuestos que han dado lugar a decisiones judiciales) y no existe una justificación objetiva razonable y proporcionada que demuestre que el impacto adverso es ajeno a una intención o finalidad discriminatoria. Los criterios que se han venido considerando neutros pero discriminatorios al demostrarse su impacto perverso y desproporcionado en el colectivo de mujeres han sido básicamente los tres siguientes: a) el trabajo a tiempo parcial, b) el esfuerzo físico como único o básico criterio de clasificación profesional y, más recientemente, c) el trato diferente que trae causa en el ejercicio de derechos de conciliación, por su utilización mayoritaria por parte de las mujeres y con la finalidad de eliminar los roles familiares y evitar la expulsión de la mujer del mercado de trabajo.

De especial interés es la STC Pleno 253/2004, de 22 de diciembre, pues permite comprobar gráficamente la distinción entre el principio de igualdad y el de no discriminación. En dicho caso el TC resuelve un supuesto en que a la trabajadora se le había denegado la prestación solicitada exclusivamente por no acreditar el periodo mínimo de cotización legalmente exigible y ello porque, en cumplimiento del art. 12.4.2.º LET en la redacción vigente en ese momento, tanto para determinar los periodos de cotización como de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, se debían computar «exclusivamente las horas trabajadas» en los periodos en que se estuviera contratado a tiempo parcial. Y declara que se vulnera el principio de igualdad porque aunque exista una justificación objetiva y razonable no se respeta el principio de proporcionalidad al exigir a los trabajadores (da igual el sexo) a tiempo parcial unos periodos de actividad más extensos para reunir los periodos de carencia exigidos para acceder a las prestaciones; y, además y simultáneamente, se vulnera la prohibición de discriminación al constituir el sistema legal previsto una discriminación indirecta por razón de sexo al ser mayoritariamente mujeres quienes realizan una actividad a tiempo parcial. Del mismo modo, se considera indirecta la discriminación que se produce cuando se utiliza el esfuerzo físico como factor para deslindar categorías profesionales (STC 145/1991, de 1 de julio, STC 147/1995, 16 de octubre, STC 286/1994, de 27 de octubre), aunque el

TJCE en el caso 237/85, Rummels, ha establecido algunas precisiones. Finalmente, en la STC 3/2007, de 15 de enero, el TC, tras una exhaustiva síntesis de la doctrina constitucional en la materia, aprecia discriminación indirecta por razón de sexo porque la interpretación judicial realizada niega el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos de la trabajadora generando con ello un obstáculo para la permanencia en el empleo de la trabajadora y la compatibilidad de su vida profesional con la vida familiar, en aplicación de un «canon reforzado» es decir, exigiendo al órgano judicial no sólo una argumentación «razonable»..., sino en la que se expongan e infiera la valoración y ponderación de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos o, como dice el TC en ocasiones, exigiendo que se haya tomado en consideración la trascendencia constitucional de los derechos en juego, en este caso de igualdad, no discriminación y conciliación, de los arts. 14 y 39 CE. Tras la ejecución de esta sentencia por la jurisdicción ordinaria, el ATC 1/2009, de 12 de enero, con un voto particular, estimará el incidente de ejecución promovido por la recurrente entendiendo que la STC 3/2007 se ha ejecutado inadecuadamente pues dicha sentencia obligaba al Juzgado de los social a interpretar el art. 37 ET a la luz del art. 14 CE y el órgano judicial «no sólo no efectúa la interpretación del precepto legal a la luz del derecho fundamental reconocido sino que vuelve a negar, incluso, que tal derecho fundamental esté implicado».

Sin embargo, en la STC 24/2011 se deniega el amparo a una mujer a la que no se le adapta la jornada en virtud del art. 48 ET, rechazándose expresamente que el supuesto fuera homologable al de la STC 3/2007, porque en el caso de la 24/2011 el derecho en juego no es automático, sino que se encuentra legalmente condicionado a su desarrollo en el convenio colectivo o en un acuerdo de las partes, lo que no se producía, y además (y como elemento esencial para la denegación, al decaer toda posibilidad de canon reforzado), porque en el caso examinado los órganos de la jurisdicción ordinaria sí habían tenido en cuenta la ponderación de los derechos constitucionales.

c) El acoso sexual y por razón de sexo como actos discriminatorios por razón de sexo (art. 7 LOI)

El acoso sexual y el acoso por razón de sexo (como conductas no deseadas que tienen como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad y crear un entorno intimidatorio degradante u ofensivo) constituyen dos manifestaciones de la discriminación por razón de sexo (Directiva 2006/54, considerando 7 y art. 26) en tanto se trata de comportamientos basados en el sexo no deseados que atentan a la dignidad de quien los sufre. También la violencia de género constituye un comportamiento discriminatorio y es manifestación de la desigualdad existente en nuestra sociedad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (art. 1 LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). En ambos supuestos la LOI prevé la adop-

ción por los poderes públicos de las medidas necesarias para su erradicación (art. 14.5) previendo de modo expreso medidas de acción positiva en este último supuesto (art. 14.6).

En estos casos el problema es determinar la conducta prohibida y, sobre todo, la prueba del hecho o de los indicios necesarios para lograr el convencimiento del juez y que proceda a la inversión de la carga de la prueba o, al menos, la prueba de la existencia de una apariencia de buen derecho. De hecho, salvo la más importante, STC 224/1999, la mayor parte de las sentencias constitucionales examinan quejas relativas al proceso probatorio y la argumentación judicial utilizada.

La STC 224/1999, de 13 de diciembre, define el acoso sexual ambiental como «una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. Y declara vulnerado el derecho fundamental de la demanda a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 CE) por acoso sexual: a) pues se produjo una conducta con tendencia libidinosa del empresario y, en concreto, tocamientos ocasionales o comentarios verbales de tal naturaleza, b) no deseada por la destinataria, c) y de carácter grave, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado.

La STC 136/2001, de 18 de junio, deniega por el contrario el amparo por considerar que son correctas las sentencias de la jurisdicción ordinaria que declararon la falta de prueba del acoso alegado. Reitera que es deber de quien alega la lesión el de aportar los indicios de violación de un derecho fundamental, sin que baste la mera afirmación de la discriminación, y que los presupuestos sobre los que se asienta la doctrina constitucional para la existencia de acoso sexual son la objetividad y la gravedad del comportamiento.

El TC igualmente desestima el amparo en el caso examinado por la STC 207/2001, de 22 de octubre. En realidad no entra en el fondo del asunto y en la cuestión de la vulneración de derechos sustantivos al rechazar que las resoluciones recurridas hayan incurrido en la vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE denunciada por la demandada y sostenidas por no haber tomado en debida consideración las pruebas aportadas a fin de acreditar el acoso sexual que se atribuía al administrador único de la sociedad. El TC confirma las sentencias que descartaron la concurrencia de indicios de acoso y considera que valoraron la pericial caligráfica de modo razonable, no arbitrario y sin incurrir en error patente. Asimismo afirma que no se vulnera la doctrina constitucional sobre prueba indiciaria en el orden social cuando la falta de prueba es consecuencia de los propios actos de la supuesta víctima, ya que en el caso examinado aparte de la caligráfica no acudió a otros medios ofrecidos por el ordenamiento legal para obtener una prueba plena. Sin la identificación del autor de las cartas recibidas por la demandante, no puede el TC entrar a valorar si se ha producido

la vulneración de los derechos alegados pues la autoría es la premisa para que desplieguen su protección.

De nuevo, demostrando la complejidad de la prueba en materia de acoso, la STC 201/04, de 15 de noviembre, aborda la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de prueba. Pero aquí sí otorga el amparo y ordena la retroacción de las actuaciones al incurrir la resolución impugnada en un error patente, ya que rechazó el recurso de la parte por no constar la protesta ante la inadmisión de la prueba de la grabación magnetofónica del supuesto agresor cuando, en realidad, la misma sí constaba.

La STC 74/2007, de 16 de abril, aunque otorga el amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva, considera irrazonable la motivación del órgano judicial que absuelve al Director Técnico de la empresa por entender que sólo puede vulnerar el derecho si el acosador es el empleador pero no un compañero u otro trabajador, pero no se explica el por qué de la pretendida imposibilidad de imputación de la vulneración a quien ha sido declarado autor de los hechos determinantes del acoso y no se sopesa que el derecho a la integridad física y moral constituye un derecho erga omnes, que puede ser, por ello, vulnerado tanto por los poderes públicos como por los particulares.

La STC 250/2007, de 17 de diciembre, también por la vía del art. 24.1 CE otorga el amparo por motivación irrazonable. En el caso examinado es relevante que el acoso sexual se produce en el trabajo pero por un trabajador ajeno a la plantilla de la empresa, habida cuenta de que los distintos trabajadores fueron contratados a través de distintas empresas. Se alegan agresiones públicas y notorias en un buque de pasajeros, por parte del superior jerárquica de la camarera acosada, conocidas en el mismo (pues el agresor en su obsesión por la recurrente no reparaba en manifestarlas públicamente). La recurrente interpuso denuncia penal que fue sobreseída por incompetencia de jurisdicción habida cuenta de la bandera británica del buque. Interpuesta demanda ante la jurisdicción social de tutela de derechos fundamentales, la misma es estimada en instancia, pero revocada en suplicación por entender que a la expresión contenida en los hechos probados del «conocimiento en el barco» de las agresiones no debía dársele otro alcance que el conocimiento por parte de los compañeros de trabajo y los propios afectados, por lo que considera que si ninguna de las empresas condenadas en instancia tuvo conocimiento del hecho, no puede exigirse que adoptaran las medidas tendentes a evitar la situación. El TC no entra en examinar si hay o no vulneración de los arts. 14, 15 y 18 CE, pues tanto en instancia como en la sentencia recurrida no se cuestiona la existencia de acoso, sino la final declaración de incompetencia de la jurisdicción social respecto a la persona del acosador («una actuación personal y ajena a la relación laboral») y la absolución de las codemandadas por desconocer la existencia del «comportamiento discriminatorio». Y declara irrazonable la argumentación judicial utilizada tanto para declarar la incompetencia, cuando quedó demostrado que el agresor se prevaleció de su cargo de superior jerárquico —conexión directa con el ámbito laboral—, como que la sentencia mantenga que la tutela laboral sólo puede ser dispensada cuando el acosador es el empresario o conste su conocimiento, por ser contrario a la literalidad de la norma y constar que las agresio-

nes eran públicas en el barco. La doctrina constitucional hoy se incorpora en la nueva Ley de jurisdicción social mediante la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

Aunque sin abordarlo por la vía del acoso sexual, sino más bien en relación con el miedo a la represalia posible, de interés es igualmente la STC 160/2007, en tanto subraya la importancia para preservar ciertos derechos fundamentales, del mero hecho constitucional de la «previsibilidad» y «objetividad» del riesgo de su lesión la no exigencia en todo caso de un daño y lesión efectivo. Y aunque en un ámbito no social estrictamente, también resulta interesante el caso examinado por la STC 106/2011, de 20 de junio, al hilo de una denuncia del padre de una militar que padecía acoso en la unidad donde estaba destinada y que terminaron con el archivo de las diligencias penales incoadas pero sin haberse practicado todas las diligencias necesarias para un mejor esclarecimiento de los hechos cuando, como era el caso, estaban en juego derechos fundamentales, en estricta aplicación del canon reforzado del art. 24.1 CE en relación con el art. 15 CE y su referencia a la integridad moral, (recordando de nuevo que en dicho precepto se pueden enmarcar las actuaciones de las que se derive «un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se genera un peligro grave y cierto para la salud del afectado»), así como al derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE.

d) Acciones positivas

De aplicarse el principio de igualdad «formal», es decir, sostener que el art. 14 CE lo que impone es una absoluta paridad de tratamiento entre los sexos, se impediría la realización de la igualdad «efectiva» o «material» que el art. 9.2 impone a los poderes públicos. Aunque formalmente son una desigualdad de trato, sin embargo responden al mismo objetivo de tutela antidiscriminatoria y no contradicen el principio de igualdad al no ser irrazonables ni desproporcionadas. En efecto. Aunque el principio de igualdad de trato y no discriminación es indispensable para asegurar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, resulta insuficiente para el logro de ese objetivo habida cuenta de que la experiencia demuestra que lo determinante de la desigualdad entre ambos es consecuencia de los roles que tradicionalmente han venido desempeñando los hombres y las mujeres, con una distribución desigual de tareas, responsabilidades, beneficios y ventajas, en todos los ámbitos de la vida y cuyo resultado ha sido el de que las mujeres no hayan disfrutado de la educación, formación, posibilidades de trabajo, etc., en la misma medida que los hombres al estar su destino preconfigurado política y socialmente en otra dirección (atención de la casa, del marido y de la familia). Para compensar este lastre de años, es preciso el establecimiento de un derecho «desigual igualatorio» a favor de las mujeres. Con la introducción de medidas de acción positiva, en definitiva, se pretende la «remoción de los obstáculos aún existentes y el reconocimiento de derechos que compensen las desventajas acumuladas históricamente» (EM LOI).

El art. 11 LOI otorga carta de naturaleza a lo que ya se infería de la combinación de los arts. 9.2 y 14 CE, y prevé que los poderes públicos adoptarán las

medidas específicas en favor de las mujeres que sean necesarias para corregir situaciones patentes de desigualdad dicho respecto de los hombres, si bien dichas medidas sólo son aplicables en tanto subsistan dichas situaciones (carácter temporal de la medida) y además, recepción evidente de la doctrina comunitaria, deberán ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Cuando se trata de personas físicas y jurídicas privadas la obligación deviene opción (art. 11.2 LOI 13.^a y, en relación con la negociación colectiva: nuevo art. 17.4 ET según redacción dis. adic. 11.^a LOI). Las medidas de acción positiva se han calificado como un supuesto de discriminación «directa» aunque de signo contrario al tradicional: mientras que la discriminación directa es el sexo (o elementos inescindibles al mismo) el origen del trato diferente «desfavorable» a la mujer, en las acciones positivas es también el sexo el origen del trato diferente, aunque ahora favorable, para la mujer.

De entre las variadas medidas de impulso y promoción que tienen cabida en las denominadas acciones positivas que persiguen la eliminación de las desigualdades de hecho (siendo las más comunes las acciones exclusivas de formación, subvenciones, medidas de fomento en general), existen algunas, como los distintos sistemas de cuotas o de reservas rígidas de puestos o de trato preferente frente al otro sexo (por ejemplo mayores puntos o preferencias del sexo infrarrepresentado) que se denominan medidas de «discriminación inversa» pues en ellas el sexo no beneficiado con las mismas deja de sentir la acción positiva como un perjuicio difuso que no le afecta directamente aunque no le beneficie, sino como un perjuicio concreto y definido: es palpable el beneficio para unas personas junto con el perjuicio que lleva consigo para otras. Este tipo de medidas más drásticas únicamente es lícita si la finalidad que se persigue a su través es la de superar las discriminaciones más profundamente arraigadas en la sociedad (racial y sexual), ya que si careciera de esa finalidad se transformaría en discriminación directa.

El TC no ha tenido muchas ocasiones de enfrentarse a acciones afirmativas. Únicamente lo ha hecho en relación con las cuotas para discapacitados (Ley 13/82 empresas de más de 50 T un 2%: aunque hoy medidas alternativas RD 27/2000), declarándolas constitucionales [STC 269/1994, de 3 de octubre, desestima el amparo interpuesto por una trabajadora que alegaba que se había vulnerado el principio de igualdad porque la Administración había contratado finalmente a otro aspirante (privándole de la plaza a ella) que padecía una minusvalía sensorial y debía beneficiarse de la reserva de plazas para personas discapacitadas. En esta sentencia se da por válido el sistema de cuotas o reserva de plazas a discapacitados porque la discapacidad «puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados» y por ello es legítima «la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como perso-

nas] y en relación últimamente con el principio de composición equilibrada de las listas electorales (60% y 40% establecido en la disp. Ad. 2.^a LOI), donde también las ha declarado conformes con la CE en tanto subsista el desequilibrio (STC 12/2008, de 29 de enero, asunto *Garachico*).

e) Prohibición de discriminación y derechos de conciliación

Los derechos laborales de maternidad, paternidad y otros derechos de conciliación están vinculados con la discriminación por razón de género (claramente en el primer caso), pero en muchos casos se trata de situaciones distintas. Su dimensión constitucional, sin embargo, cada vez se encuentra más estrechamente conectada conforme el principio de igualdad formal se ha visto superado por el de igualdad material y decididamente se promueve a nivel europeo no ya sólo la conciliación (que puede abocar a un efecto boomerang contra la mujer), sino la corresponsabilidad familiar. El fomento de la participación de la mujer en el mercado de trabajo y la denominada «crisis del cuidado» que ello ha llevado consigo, unido a los cambios en la estructura familiar, han abocado a repensar los roles tradicionales del cuidado desempeñado por la mujer y obligan a un reforzamiento de los derechos de presencia frente a los de ausencia de la mujer a fin de que, sin perjuicio del cuidado de los menores, se apueste por la corresponsabilidad familiar y una mayor implicación de los varones en la tradicional tarea femenina del cuidado.

La conexión entre igualdad y conciliación se ha puesto ya de manifiesto en la jurisprudencia comunitaria, a pesar de que cada diverso aspecto tenga que someterse al canon de control de Directivas diferentes. Como ha señalado el TJUE, esta concurrencia de Directivas provoca que aunque una medida nacional pueda resultar conforme a alguna de ellas, vulnere sin embargo el derecho europeo por oponerse a otra (asunto *Mayr*, C-506/06), de ahí la importancia de someter las medidas nacionales de conciliación a un examen global aplicativo de todas ellas, habida cuenta de sus interrelaciones y las coincidencias protectoras, cuando no amplificadoras, de unas respecto de otras (asunto *Dita Danosa*, C-232/09, ap. 59 y 60). Vinculación entre igualdad y conciliación especialmente llamativa a nivel legislativo europeo en la Directiva 2000/78 donde, aunque sorprendentemente en un precepto en relación estrictamente con la no discriminación por razón de la edad (art. 6.1.1.a), se legitima el establecimiento de condiciones distintas, a modo de acciones positivas, a sujetos con responsabilidades familiares, o en la reciente Directiva 2010/78 sobre permiso parental en la que se prevé un permiso parental de duración mínima de 4 meses, susceptible de ser utilizado plenamente por cada trabajador, es decir, sin que tenga que «cederse» de un progenitor a otro, permitiendo además su transferencia si así conviene a los progenitores, pero, en todo caso, prescribiendo que, en tal caso, al menos uno de los cuatro meses será «intransferible» con la expresa finalidad de fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores (art. 2.2).

Esta imbricación entre igualdad y conciliación se ha dejado sentir con fuerza igualmente en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, si bien es cierto que sin una posición rotunda en cuanto al fundamento jurídico de su relación. Y ello porque en ocasiones la protección constitucional de las medidas de conciliación se ha sostenido sobre la base de la mención «otras circunstancias personales» contenida en el art. 14 de la Constitución Española (principio de igualdad y de no discriminación) como una causa autónoma de discriminación; otras veces, considera que lo que concurre es una discriminación indirecta por razón de «sexo» en sentido estricto por entender que la ausencia de ponderación de la relevancia constitucional de las medidas legales de conciliación supone un obstáculo a la permanencia en el empleo de la trabajadora (STC 3/2007, canon reforzado de motivación derivado de la repercusión constitucional de la medida en los arts. 14 y 39 CE); o considerando que no se ha valorado la dimensión constitucional de los derechos de conciliación cuando la negativa recibida por el varón respecto del disfrute de una medida de conciliación —en el caso concreto, la modificación de la jornada— (STC 26/2011, en un espinoso caso donde en puridad lo que el varón pide es que le «creen» en la empresa un nuevo puesto de trabajo inexistente hasta el momento y donde el Tribunal Constitucional español otorga el amparo por no haber ponderado los órganos judiciales la dimensión constitucional de las medidas legales tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral «tanto desde el derecho de la no discriminación por razón de sexo» como en razón de las «circunstancias personales» del art. 14 CE, así como desde el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia del art. 39 CE; interesantes las alegaciones de la parte demandante y del Ministerio Fiscal en cuanto a la aplicación del criterio de la Sentencia Roca Álvarez alegando la discriminación indirecta de la mujer o «per relationem» que no obstante el TC no entra a valorar al ceñirse el recurso de amparo a los derechos fundamentales de los titulares de los mismos).

La conexión se erige en dato importante en tanto el acceso al amparo puede depender de un canon reforzado de motivación del art. 24.1 CE en relación con los arts. 14 y 39, como se ha dicho y conviene retener. Pero cuando el derecho que se ejercita es la maternidad en sentido estricto o los permisos a ella vinculados, el TC se ha encargado de diferenciar supuestos, recogiendo con ello una doctrina del TJUE que pudiera resultar contradictoria desde la perspectiva de la discriminación indirecta de las mujeres y el efecto de perpetuación de roles que puede esconderse en medidas pretendidamente protectoras.

En concreto, en el caso Roca Álvarez, el TJUE considera que se opone al Derecho europeo el permiso español por lactancia cuando estaba configurado como un derecho de las «trabajadoras» que podía disfrutarse de modo «indistinto» por el padre o la madre pero sólo «en caso de que ambos trabajen» y que, a contrario, significaba que el padre por cuenta ajena no podía acogerse

al mismo si la madre no trabajaba (o trabajaba pero no estaba cubierta por el sistema de Seguridad social), mientras que las madres trabajadoras por cuenta ajena siempre podían hacer uso del mismo, trabajara o no el padre, al tratarse de un derecho originario de la madre. La razón básica de dicha vulneración, a decir del TJUE, reside en que la *ratio* de dicho permiso ya no es la lactancia natural, es decir, con el tiempo ha perdido su conexión con una condición biológica de la madre que pudiera justificar la medida a su favor, y se configura en la actualidad como un periodo de tiempo de cuidado del hijo, resultando irrelevante entonces quien haga uso del permiso. Pero lo relevante de esta sentencia del TJUE a nuestros efectos es la referencia que en ella se contiene a la situación de «discriminación indirecta» que lleva consigo considerar el permiso de lactancia en tales circunstancias como un permiso de la mujer, habida cuenta de que puede abocar a perpetuar su rol de cuidado en contra de la perseguida corresponsabilidad. Como dice expresamente la sentencia, denegar el permiso al padre que trabaja por cuenta ajena porque su mujer no trabaja o no trabaja por cuenta ajena, supone que las madres que trabajan por cuenta propia se vean obligadas a limitar su actividad profesional, perpetuando los roles y convirtiéndose en una medida que no reduce las desigualdades.

La cuestión que de inmediato se suscita es la de la repercusión que pudiera tener esta sentencia en relación igualmente con nuestro actual permiso por maternidad y si, aunque las semanas obligatorias de descanso de la madre son inquestionables como un derecho original de la madre, el resto de semanas que configuran el permiso de maternidad deben seguir considerándose un derecho originario de la madre que puede ceder al padre o un derecho indistinto de ambos.

La actual regulación española del permiso de maternidad para los trabajadores por cuenta ajena recogido en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 3/2007 de Igualdad efectiva prevé que: «en el caso de que *ambos progenitores trabajen la madre*, al iniciarse el período de descanso por maternidad, *podrá optar por* que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. En el caso de que *la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre*» y ello será compatible con el permiso de paternidad. Es decir, en la regulación actual, el derecho es originario de la madre trabajadora quien puede optar por «ceder» el periodo que excede de las 6 semanas obligatorias al padre trabajador, pero tras la Ley de Igualdad de 2007 (de la que deriva el precepto

transcrito), al menos cuando la madre no sea trabajadora o no tenga derecho a suspensión de la actividad profesional con derecho a prestación, se otorga al padre un derecho originario a la suspensión del contrato por maternidad, además del que tuviera por paternidad, es decir, en este supuesto ya la norma vigente recoge un permiso parental.

La situación desde 2007 con la Ley de igualdad, ha permitido la superación del problema planteado al menos respecto a los supuestos de madres no trabajadoras. Restaría preguntarse si, en realidad, queda por convertir el permiso de maternidad en lo que supera las 6 semanas obligatorias, en permiso parental de derecho indistinto cuando ambos trabajan por cuenta ajena. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 75/2011, de 19 de mayo y 78/2011, de 6 de junio, si bien en el marco de una regulación hoy derogada en la que no se preveía la posibilidad de que los padres por cuenta ajena pudieran cogerse dichas semanas en caso de que la madre no tuviera el derecho originario (por no trabajar o por no estar en ningún régimen de la seguridad social), consideran que no vulnera el derecho a la igualdad la titularidad exclusiva de la madre habida cuenta la finalidad histórica de dicho permiso, de protección de la salud de la mujer y las «especiales relaciones de la madre con el hijo» en el periodo que sigue al embarazo y al parto. Si esta declaración se realiza para declarar la conformidad de un régimen menos equitativo del permiso de maternidad que el presente, lo afirmado por este Tribunal, sin duda, sería trasladable al marco actual. Pero la duda de constitucionalidad, no obstante, podría replantearse hoy en caso de concurrencia de progenitores trabajadores por cuenta ajena, en la medida en que, al final, resultaría que los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del hijo también lo es, disfrutarían sólo de diez semanas de «permiso parental por maternidad» (al que entonces convendría cambiar el nombre cualquiera que éste fuera), mientras que si la madre no tiene derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones, literalmente dicho permiso tendría una duración por el «periodo que hubiera correspondido a la madre» que, de momento, serían las dieciséis semanas.

El tema abordado en estas dos Sentencias del Tribunal Constitucional no hacen sino trasladar al ámbito interno la compatibilidad de las sentencias *Hoffman* y *Roca Álvarez*, declarada expresamente por esta última.

El asunto examinado en la sentencia Hoffman (STJE de 12 de Julio de 1984, C-184/83), traía causa de la denegación a un varón de la protección social del permiso de maternidad alemán justificada a nivel nacional en la configuración de dicho permiso como de titularidad exclusivamente femenina, a pesar de que su mujer, transcurridas las semanas de descanso obligatorio para el parto, se había reincorporado al trabajo y él había cuidado de su hijo el tiempo restante solicitando para ello una excedencia a su empresario que le había sido concedida. Este ciudadano varón consideraba que la regulación se oponía a la Directiva 76/207, pero el TJUE rechaza el argumento razonando que dicha Directiva no tiene por objeto la regulación de las

cuestiones relativas a la organización de la familia, ni el reparto de las responsabilidades familiares en el seno de la pareja, sino la recuperación de la mujer (protección biológica) y las especiales relaciones de madre e hijo, evitando que la acumulación de cargas y el ejercicio simultáneo de la crianza y la actividad profesional las perturbe. Es decir, declara la conformidad con el derecho comunitario de un permiso posterior al parto exclusivo de la mujer porque la medida cuestionada busca proteger la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones de la madre con su hijo derivadas del nacimiento.

Por su parte, en la sentencia Roca Álvarez (30 de septiembre 2010, C-104/09), se rechaza que la protección de la mujer sea la razón de ser del permiso de lactancia y, con ello, que pueda configurarse el permiso de lactancia como de titularidad originaria de la madre, subrayando que otra solución supondría una discriminación indirecta para la madre que trabaja por cuenta propia, que debería dejar su actividad para cuidar al hijo al no ostentar ella un derecho originario susceptible de ceder al padre, con un argumento más propenso a la corresponsabilidad y por ello más moderno.

En consecuencia, tanto el TJUE como el TC apuestan por la pacífica convivencia y compatibilidad de ambos tipos de medidas, diferenciando así el permiso de maternidad de otros de conciliación. Las dos condiciones que llevan a tal resultado común y legitiman permisos de maternidad como medida de exclusiva o preferente titularidad a favor de la madre son la protección de la condición biológica y las especialidades relaciones madre e hijo posteriores al parto. La primera, sin objeción posible. La segunda provoca más recelo en tanto pueden suponer reproducir un estereotipo en los roles de cuidado de los progenitores, además de cuestionar si los padres no tienen «especiales relaciones» con sus hijos. Probablemente la conformidad simultánea de las doctrinas se mantenga hasta que exista un replanteamiento de los permisos por maternidad, por paternidad y parentales, fundiéndolos en permisos parentales indistintos y dejando exclusivamente la protección por la maternidad a las excepciones estrictamente vinculadas con las condiciones biológicas de la mujer (excepción a la igualdad contemplada en la normativa europea) relativas a la recuperación (cuya prolongación más allá de los niveles medios aceptados debe ser tratada como protección general a la salud) y haciendo uso, como algo distinto, de las disposiciones que permiten las acciones positivas en aquellos casos necesarios para reequilibrar desigualdades históricas (por ejemplo, respecto de cómputo de tiempos en materia de protección social o las normas relativas al cómputo de la indemnización por despido como si se trabajara a tiempo completo cuando se disfruta de una reducción de jornada con fines de cuidado). Pero parece que hasta que no exista una reforma legislativa, de momento, a nivel europeo y nacional se confirma la maternidad en su configuración tradicional, como derecho prevalente de la madre más allá de las semanas de estricta protección física.

E. Garantía de indemnidad frente a represalias empresariales por ejercer los derechos de igualdad de trato

El art. 9 LOI considera igualmente discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Asimismo, el art. 6 LOI declara discriminatoria cualquier «orden de discriminar». En su virtud, el art. 17 ET se redacta de nuevo (disp. adic. 11.^a LOI) añadiendo algún aspecto a una previsión que ya se contenía en virtud de la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. En concreto se adiciona que serán nulas «las órdenes de discriminar» (ampliando con ello el alcance de la indemnidad) y entre las decisiones del empresario que se consideran represalia se añade las reclamaciones o acciones «administrativas» a las que ya enumeraba previamente (las efectuadas en la empresa, o las acciones judiciales). Esta garantía de «indemnidad» por el ejercicio del derecho a la igualdad, que se puede solicitar incluso después de terminada la relación laboral (art. 12 LOI) se enmarca como parte del contenido del art. 14 CE y no debe confundirse con la garantía de indemnidad por acciones judiciales (o inmediatamente anteriores pero necesarias) que el TC considera una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por lo que de incurrir el empresario en una conducta prohibida del art. 17 ET lo que se vulnera es el derecho a la igualdad y a la no discriminación pero no el derecho a una tutela judicial efectiva. Por eso, se extenderá la garantía no sólo a los titulares del derecho que lo reclaman, sino también a los testigos o terceros defensores del derecho (Directiva 2002/73/CEE, considerando 17.^a), lo que el TC sin embargo ha negado como supuesto susceptible de ser incluido en la violación del art. 24.1 CE.

F. Garantía jurisdiccional del principio de igualdad: el recurso de amparo

Los derechos fundamentales reconocidos en la CE, entre ellos el del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14, se protegen a través de diferentes garantías. Junto al reconocimiento de principios de actuación de los poderes públicos y medidas específicas de fomento de la igualdad, la existencia de normas preventivas, o el establecimiento de un sistema sancionador, no cabe duda de que la eficacia del derecho a la igualdad depende igualmente de una específica tutela procesal que haga efectivos los derechos reconocidos por las normas sustantivas, es decir, de la previsión de procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho principio en favor de

toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación laboral.

La Constitución Española reconoce el derecho de cualquier ciudadano a recabar la tutela del principio de igualdad y de no discriminación «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (art. 53.2 CE). En el marco de las relaciones laborales este mandato se concreta (básicamente y marginando el procedimiento contencioso administrativo por exceder del alcance de este estudio) en: a) el establecimiento de garantías específicas para la defensa de dicho derecho fundamental en el orden social de la jurisdicción, b) la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Nos centraremos exclusivamente aquí en el acceso al TC

Los actos contrarios al principio de igualdad y de no discriminación pueden ser impugnados ante el Tribunal Constitucional. Cuando se trata de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, el cauce adecuado es el «recurso de inconstitucionalidad» (arts. 161.1.a), 162.1.a) CE y arts. 31 ss Ley Orgánica del TC: LOTC) interpuesto por los sujetos constitucionalmente legitimados para ello (el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas), dentro del plazo de tres meses desde su publicación como criterio general (art. 33 LOTC). Asimismo es posible que aunque haya transcurrido el plazo para interponer el recurso, en un proceso determinado que se ventile ante un órgano judicial, dicho órgano considere que la norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, podría ser contraria a la Constitución, en cuyo caso puede plantear una «cuestión de inconstitucionalidad» ante el TC (art. 163 CE y arts. 35 ss LOTC). Junto a estos dos cauces, existe un tercero, «el recurso de amparo» que protege frente a la violación del principio de igualdad y no discriminación originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones, o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, Las CCAA y demás entes públicos de carácter territorial corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes (art. 41.2 LOTC) que es el más utilizado por cuanto pueden interponerlo directamente las personas afectadas por la vulneración del derecho. Por ello nos centraremos en el recurso de amparo.

La persona directamente afectada por la vulneración del principio de igualdad y no discriminación podrá acudir directamente en amparo cuando no se haya reparado la lesión de dicho derecho en la jurisdicción social ordinaria (art. 41 LOTC). Tras la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, ciertamente las posibilidades de que un recurso de amparo sea admitido y estimado se han reducido. Ello no obstante, conviene poner de relieve cuáles son, en resumida síntesis, los requisitos actualmente vigentes (tras la LO 6/2007)

para interponer una demanda de amparo y lo más significativo de su tramitación procesal.

a) Requisitos previos a la interposición de la demanda de amparo

Tanto si se accede al recurso de amparo por la vía del art. 43 LOTC, como por la del art. 44 LOTC, o alegando ambos preceptos cuando se trata de un «amparo mixto» —aquél en el que la demanda se dirige tanto contra vulneraciones de derechos fundamentales originadas por un acto o resolución administrativa como contra vulneraciones autónomas imputables directamente al órgano judicial: SSTC 16/1998, de 26 de enero; 132/2001, de 8 de junio, 111/2003, de 16 de junio—, en la fase de admisión de la demanda de amparo se exige el cumplimiento inexcusable de una serie de requisitos: el agotamiento de la vía judicial procedente con carácter previo, la invocación formal en tal vía del derecho presuntamente vulnerado, y que la violación sea imputable al poder ejecutivo (en el art. 43 LOTC) o judicial (art. 44 LOTC) y no a la negligencia de la propia parte que acude en amparo. Todas estas exigencias se mantienen en la LO 6/2007, si bien la relativa a la invocación se precisa y la del agotamiento se amplía indirectamente al ampliarse el ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ dando cobertura a la denuncia de todo derecho fundamental que tenga acceso al amparo, con lo que su importancia desde la perspectiva del cumplimiento de los requerimientos constitucional se incrementa.

El requisito del agotamiento de todos los remedios y recursos es importante ya que, de no cumplirse, la demanda de amparo no se admitirá por «prematura» (SSTC 225/1991, de 30 de diciembre, FJ 2; 56/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 189/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 39/2003, de 27 de febrero; 85/2002, 22 de abril; 84/2004 de 10 de mayo). En el ámbito laboral la interposición del incidente de nulidad de actuaciones presenta especialidades en cuanto al momento en que ha de interponerse el amparo como consecuencia del carácter doblemente extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina. La dificultad para determinar la viabilidad de un incidente en caso de inadmisión de un recurso de casación para la unificación de doctrina y, en su caso, delimitar quién era el órgano competente se vislumbra con nitidez en el caso examinado por el ATC 176/2003, de 2 de junio, habiendo quedado resuelta, no obstante y desde la perspectiva de la subsidiariedad del recurso de amparo, en la previa STC 39/2003, de 27 de febrero, donde se declara la existencia de un óbice procesal para la interposición del recurso de amparo porque «una vez firme la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia como consecuencia del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2001, el recurrente debió instar ante la citada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y dentro del plazo de veinte días la nulidad de actuaciones fundada en la existencia de un vicio de incongruencia, y, al no hacerlo así, le negó

al órgano judicial la posibilidad de reparar la lesión que ahora denuncia a través del presente recurso de amparo».

b) Requisitos de la demanda de amparo: contenido, lugar y plazo de interposición

Junto a los requisitos que han de verificarse en el proceso previo al amparo, la LOTC exige otros que han de concurrir en la propia demanda de amparo.

Están legitimados para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un «interés legítimo» (art. 162.1.b) CE), así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Por su parte, el art. 46.1.b) LOTC precisa que tienen legitimación activa para interponer el recurso de amparo en los supuestos de impugnación de acto administrativo (art. 43 LOTC) o resolución judicial (art. 44 LOTC), «quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente», así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

El TC ha armonizado ambos requerimientos declarando que se exige un doble presupuesto: a) haber sido parte en el proceso, o legalmente haber debido serlo cuando no se deba su ausencia a la inactividad o negligencia del propio recurrente, b) y ostentar un interés legítimo, esto es, encontrarse el demandante de amparo en una específica relación con el objeto o la pretensión deducida (bien por ser titular del derecho o libertad, bien porque así lo disponga una norma legal, bien porque se ostente un mero interés legítimo en la preservación de derechos y libertades de otro) (por todas, STC 158/2002, de 16 de septiembre).

El recurso de amparo se inicia con la presentación de una demanda suscrita necesariamente por Abogado ejerciente de cualquier Colegio de Abogados y Procurador (art. 81 LOTC no modificado), siendo este último necesariamente de Madrid (AATC 236/1984, de 11 de abril y 23/1985, de 16 de enero) mediante poder general para pleitos (del que normalmente en «otrosí» se solicita su desglose y devolución). Únicamente para el desistimiento se requiere poder especial (al respecto STC 41/2004, de 22 de marzo), pudiendo exclusivamente comparecer por sí mismos quienes tengan título de Licenciado en Derecho aunque no sean ejercientes ni como Abogado ni Procurador. La demanda debe ir en castellano y su estructura y contenido se mantiene sin reformas salvo en la relevante adición sobre la necesaria justificación de su «trascendencia constitucional».

Esta exigencia conecta directamente con el art. 50 LOTC que modifica drásticamente la LO 6/2007, pasándose de un sistema de «inadmisión» a uno nuevo de «admisión»: «El recurso de amparo deber ser objeto de una decisión de admisión a trámite» comienza advirtiendo su primer párrafo. La admisión de la demanda en la actualidad se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) «que la demanda cumpla con lo dispuesto en los arts. 41 a 46 y 49» y b) «que el contenido del recurso justifique una decisión sobre le fondo por parte

del TC en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Aunque es temprano para delimitar con seguridad la exigencia a la que ahora se va a vincular el éxito en la admisión de la demanda de amparo, el hecho de que se condicione a que el recurrente justifique debidamente la «especial trascendencia constitucional» (art. 49.1 LOTC) del recurso y que ésta vaya a ser apreciada por el TC teniendo como referente los parámetros que se enuncian [interpretación, aplicación o general eficacia de la CE, o «determinación del contenido y alcance de los derechos»: art. 50.1.b) LOTC] permite inferir que se produce un trasvase del amparo «subjetivo» al «objetivo» al ponerse el acento no tanto en el justiciable y en la reparación del derecho que le ha sido particularmente lesionado, cuanto en la idea de que, al hilo de su lesión, sea posible elaborar una doctrina objetiva interpretativa de la que obtener una mejor delimitación de un concreto derecho fundamental con vistas a una proyección más general. De este modo, para la admisión de la demanda de amparo se estarían exigiendo dos requisitos o presupuestos: a) uno previo y necesario consistente en que la vulneración del derecho que se denuncia sea patente, manifiesta, es decir, no quepa duda alguna interpretativa en torno a la vulneración, sin necesidad de realizar operaciones complejas de interpretación al respecto (por el contrario de ser una reconstrucción de la doctrina del TC para llegar a la conclusión de que se ha vulnerado el derecho lo normal es que se inadmita la demanda); b) que la patente y grosera vulneración de un derecho fundamental, en su resolución, contribuya a perfilar la doctrina constitucional sobre el derecho en cuestión, o sobre la interpretación o aplicación de la CE. Ambos requisitos concurrirán, sin duda, cuando lo que se denuncia es un aspecto de un derecho fundamental sobre el que nunca se ha pronunciado el TC y, sin embargo, se revela imprescindible para la comprensión del derecho fundamental en cuestión (lo que podría decirse del problema del conocimiento del embarazo por el empleador, al no existir aún criterios perfilados).

La demanda debe acompañarse de documento acreditativo de la representación, copia o certificado de la resolución recaída y tantas copias como partes, más una adicional para el Ministerio Fiscal (art. 49.2 y 3 LOTC). Se modifican, sin embargo, el plazo y el lugar donde ha de registrarse.

El plazo para interponer la demanda de amparo cuando se trata de un amparo «judicial», es decir, aquél en el que la infracción constitucional se imputa a una resolución del órgano judicial se amplía de 20 a 30 días a contar partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (art. 44.2 LOTC). Se trata de un plazo de caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión (STC 78/2003, de 28 de abril) y los días que se computan son los hábiles. A tales efectos debe recordarse que para la determinación de los días festivos el calendario aplicable es únicamente el establecido para el municipio de Madrid siendo

sus festivos los únicos que se tienen en cuenta en el cómputo del plazo y no los de otras localidades (STC 281/2000, de 27 de noviembre, ATC 138/2001, de 1 de junio). Asimismo debe tenerse en cuenta que el mes de agosto (del 1 al 31) es inhábil para el recurso de amparo de los arts. 43.2 y 44.2 LOTC y que, de conformidad con el art. 182 LOPJ reformado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre (de aplicación supletoria de acuerdo al art. 80 LOTC) se consideran inhábiles igualmente a efectos procesales los «sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre».

Tanto para el art. 43.2 LOTC como para el art. 44.2 LOTC, el *dies a quo* se residencia en el día hábil siguiente a la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (SSTC 162/1990 de 22 de octubre; AATC 204/1999, de 28 de julio; 138/2001, de 1 junio; 35/2003, 25 de marzo). Debiéndose tener presente que la notificación de la resolución que hay que tener en cuenta para el cómputo del «dies a quo» es la efectuada al representante procesal y no la dirigida, en su caso, al interesado (ATC 204/1999, de 28 de julio). En cuanto el *dies a quem* o día de vencimiento del plazo, la reforma reconoce la posibilidad de presentar la demanda de amparo (y sólo dicho escrito inicial) el día siguiente al de su vencimiento no sólo en el registro general del Tribunal Constitucional, sino también en otros tribunales civiles. De este modo, el último día para el amparo judicial sería el trigésimo hasta las 15 horas (o trigésimo primero antes de las 15 horas, como de inmediato se verá), o vigésimo (o vigésimo primero en los mismos términos) cuando el amparo sea encuadrable en el art. 43 LOTC.

El cumplimiento del *dies a quem* conecta así lógicamente con el lugar de presentación de la demanda de amparo. La regla general es la de que «los escritos de *iniciación* del proceso se presentarán en la *sede del Tribunal Constitucional* dentro del plazo legalmente establecido» (art. 85.2 LOTC modificado). El problema es que el Registro del Tribunal Constitucional cierra a las 15 horas, surgiendo con ello la duda de si a partir de esa hora la demanda es extemporánea aunque el demandante esté todavía dentro del último día de vencimiento del plazo. Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007 la doctrina del TC venía manteniendo que el derecho al plazo lleva consigo el disfrute de su totalidad y, por ello, se extiende hasta las 24 horas del día de vencimiento (ATC 138/2001, de 2 de junio). De ahí que se viniera permitiendo que el último día del plazo de caducidad (y no otro) después de las 15 horas se presentara la demanda de amparo en el Juzgado de Guardia de Madrid independientemente de que su entrada efectiva en el TC se produjera en una fecha posterior (ATC 243/2001, de 26 de junio). Esta posibilidad, otorgando la totalidad del plazo al recurrente, resultaba por lo demás coherente con la posición del TC rechazando la aplicación supletoria del art. 135 LEC/2000 en el ámbito constitucional y suponía, en consecuencia, que la demanda interpuesta antes de las 15 horas en el registro general del Tribunal Constitucional, pero el día siguiente al del vencimiento del plazo se considerara extemporánea. La reforma del

art. 85.2 LOTC necesariamente altera esta doctrina. Tras declarar que «los escritos de *iniciación* del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido» prevé que «los *recursos de amparo* podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, *en el* Registro del Tribunal Constitucional, *o en la* oficina o servicio de registro central de los *tribunales civiles de cualquier localidad*, de conformidad con lo establecido en el art. 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (los subrayados son propios). El cambio de orientación es palmario al acogerse expresamente en la LOTC la previsión del art. 135.1 LEC antaño rechazada. De este modo, en la actualidad es posible registrar la demanda de amparo el día siguiente al del vencimiento del plazo hasta las 15 horas en el registro del Tribunal Constitucional y, en caso de sobrepasarse dicha hora, el registro procederá el día siguiente al vencimiento tanto en el TC como en el registro de cualquier tribunal civil.

c) Tramitación y resolución

La admisión de la demanda debe ser adoptada por la Sección por unanimidad de sus miembros (art. 50.1.2.º LOTC). La reforma suprime la posibilidad de abrir la audiencia previa del solicitante de amparo y el Ministerio Fiscal (art. 50.3 LOTC antes de la reforma) y ahora declara que cuando se alcance la mayoría, pero no la unanimidad, lo que procede es que la Sección traslade a la Sala respectiva la decisión final sobre la admisión (art. 50.2 LOTC reformado). Junto a ello se simplifica el procedimiento, entre otros motivos, porque tras la reforma sólo es posible la inadmisión por «providencia» liberando al TC de la motivación propia de los Autos. Ausencia de motivación que, por su efectividad desde el punto de vista de la celeridad, se impone igualmente en la Disposición Transitoria Tercera de la LOTC 6/2007 para la admisión o inadmisión de los recursos de amparo interpuestos antes de la vigencia de la nueva Ley Orgánica, aclarando que ahora la providencia de inadmisión se debe limitar a «expresar el supuesto en el que se encuentra el recurso», es decir, siendo suficiente que se indique que el recurso incumple el antiguo art. 50.1.a), b) c), o d) LOTC.

Admitida la demanda de amparo, se sigue básicamente el régimen anterior, aunque se introducen algunas precisiones y novedades. El mayor impacto reformador recae en el régimen de la suspensión de los efectos del acto o sentencia impugnada (art. 56 LOTC reformado). En primer término porque contempla expresamente la que venía siendo la regla general del TC en la materia: la de que el recurso de amparo no suspende los efectos del acto o sentencia impugnados: «la interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados» (art. 56.1 LOTC reformado) y se invierten los términos previendo a continuación la excepción en el art. 56.2 LOTC reformado, incluyendo ahora también la posibilidad de que la competencia suspensiva corres-

ponda a las Secciones cuando el asunto les haya sido deferido. En segundo lugar, en el sistema anterior la suspensión con carácter general se adoptaba tras haberse admitido el recurso de amparo, mientras que ahora se establece la posibilidad de que la medida de suspensión se adopte en la propia resolución de admisión a trámite. En tercer lugar, junto a la medida de suspensión se admite también la adopción de las medidas cautelares tendentes a evitar que el recurso de amparo pierda su finalidad. Finalmente, se precisa de modo novedoso que la determinación de la fianza a la que se puede (y podía) condicionar la suspensión de la ejecución, así como estas nuevas medidas cautelares puedan delegarse al órgano jurisdiccional de instancia.

Otro de los cambios introducidos en la fase de admisión tiene carácter transversal y consiste en el fortalecimiento competencial de las Secciones. Una vez realizadas las alegaciones de las partes interesadas, se introduce de modo novedoso la posibilidad de que la Sala pueda deferir a las Secciones la resolución del fondo del asunto cuando se trate de un supuesto de mera «aplicación de doctrina», o bien «señalar día para la vista» (art. 52.2 reformado LOTC que modifica en consecuencia el carácter sustitutivo que la vista tenía respecto del trámite de alegaciones). Posibilidad que se prevé igualmente para los recursos de amparo iniciados antes de la vigencia de la nueva LOTC (disposición transitoria primera LO 6/2007: aunque la referencia exclusivamente en esta disposición es a que se defiera a las Secciones, pero silenciando toda referencia a la posibilidad de celebrar una vista, probablemente para desechar esta última posibilidad en un sistema que se pretende desatascar). Sea la Sala, sea la «Sección», la sentencia que proceda deberá pronunciarse «en el plazo de 10 días a partir del día señalado para la vista o deliberación» (art. 52.3 LOTC reformado), adecuando simplemente este precepto a la nueva organización funcional. Lo mismo ocurre con el art. 53 LOTC que manteniendo que el fallo de la Sentencia debe ser o el otorgamiento del amparo o su denegación, simplemente añade que, junto a la Sala, puede ser la «Sección» la que dicte dicho fallo.

Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G. y MEDINA REY, L.F. (2008): *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2010): «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Revista de Derecho Social*, n.º 51, pp. 31 ss.
- CABEZA PEREIRO, J. (dir.) (2010): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (1992): «La igualdad y la discriminación», AA.VV. (coord. M.R. ALARCÓN): *Constitución y Derecho del trabajo (1981-1991). Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2008): *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2004): *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Madrid, Bosch.
- MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2005): *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2008): Título preliminar: objeto y ámbito de la Ley. Comentario a los arts. 1 y 2 de la LOI», en AA.VV. (dir.: C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, A.V. SEMPERE NAVARRO): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, pp. 45 a 83.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2008): «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 73.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2008): «La reforma del recurso de amparo por la LO 6/2007, del Tribunal Constitucional, y su proyección laboral», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 17.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw Hill.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (1994): *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986; SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES.

LA ERA DE LA CORRESPONSABILIDAD: LOS NUEVOS RETOS DE LA POLÍTICA ANTIDISCRIMINATORIA

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Universidad
Universitat de València EG

ABSTRACT

■ *Se trata de reflexionar sobre la necesidad de avanzar en materia de corresponsabilidad. Con carácter particular se incide en la cuestión relativa a la noción de corresponsabilidad y las dificultades antes las cuales ésta se enfrenta, ya sea por los lastres derivados de antiguas concepciones, ya sea también porque la situación económica actual no es un contexto propicio para su implementación. Por su parte, se estudia asimismo la distinta dirección en que se mueven las instrucciones comunitarias, en contraste con lo que sucede en España —en concreto las recientes reformas jurídico-laborales—, donde desgraciadamente la corresponsabilidad es prácticamente invisible.*

Palabras clave: Conciliación, Corresponsabilidad, Género.

■ *Erantzunkidetasunaren gaian aurrera egiteko beharrari buruz gogoeta egin nahi dugu. Zehazki, erantzunkidetasunaren kontzeptua eta hark gainditu beharreko zailtasunak azpimarratuko ditugu. Lehengo ikuskerek ezarritako oztopoak izan daitezke zailtasun horien jatorria, baita egungo egoera ekonomikoa erantzunkidetasuna ezartzeko testuinguru desegokia izatea ere. Bestalde, erkidegoko jarraibideek Espainiako jarraibideekin dituzten aldeak aztertuko ditugu (zehazki, egin berri di-*

tuzten lan arloko zuzenbideko erreformak). Zoritxarrez, Espainian erantzunkidetasuna ikusezina da ia.

Gako-hitzak: bateratzea, erantzunkidetasuna, generoa.

■ *This involves reflecting on the need to make advances in the area of co-responsibility. It has a specific bearing on the issue regarding the notion of co-responsibility and the difficulties it faces, whether owing to the burdens inherited from previous notions or because the current economic situation does not constitute a favourable context for its implementation. The different direction being taken by EU instructions is studied for their part, in contrast to what is taking place in Spain —specifically with the recent legal-labour reforms— in which co-responsibility is regrettably hardly apparent.*

Key words: conciliation, co-responsibility, gender.

1. El estado de la cuestión

Podría decirse que con la corresponsabilidad la cuestión antidiscriminatoria por razón de género ha adquirido en los últimos años una nueva dimensión. Una vez planteados y admitidos (que no necesariamente conseguidos) planteamientos conceptuales como el de la discriminación indirecta o el de la acción afirmativa, el reto de la igualdad real por razón de género se desplaza actualmente con gran fuerza ideológica al ámbito del reparto de responsabilidades. Resulta particularmente interesante al respecto la gran intensidad con que los grupos feministas han estado presionando en los últimos años por incorporar a la Directiva de maternidad que debía sustituir a la actual Directiva 92/85 el permiso de paternidad. De otro lado, las referencias a una nueva organización del tiempo de trabajo en la empresa aparecen continuamente en los documentos comunitarios como paradigma del nuevo modelo empresarial europeo. Son, sin duda, nuevos momentos en la evolución del principio antidiscriminatorio comunitario por razón de género que obligan a nuevos planteamientos y a nuevas perspectivas y que en ocasiones fuerzan a resolver algunas paradojas.

La primera cuestión que debe resolverse es estrictamente conceptual. La corresponsabilidad constituye un paso más, de carácter cualitativo, en la evolución de la protección dispensada a los sujetos trabajadores que dedican parte de su tiempo al cuidado de dependientes. El antiguo concepto de conciliación se movía en un espacio excesivamente estrecho de mero equilibrio temporal articulado en torno al derecho de ausencia (permisos), sin pretensiones adicionales de implicación de otros sujetos. Esa perspectiva clásica de la conciliación dejaba en el estricto espacio doméstico el reparto de responsabilidades y tenía como solo objetivo el establecimiento de mejoras, supuestamente neutras, para que, fuera quien fuera el encargado del cuidado conforme al reparto establecido, pudiera compatibilizar las responsabilidades familiares y las laborales. Resulta evidente que, un contexto supuestamente neutro como el descrito, tenía el grave riesgo de perpetuar la asunción mayoritariamente femenina de las tareas de cuidado, incrementando a su vez la desconfianza empresarial frente al colectivo de mujeres en edad fértil. Era necesario, pues, superar el concepto de conciliación que había sido claramente cooptado para incorporar dos elementos fundamentales: el de las connotaciones de género que inevitablemente tienen las tareas de cui-

dado; y el de la necesidad de incorporar nuevos sujetos a dichas responsabilidades.

El término corresponsabilidad sirve a ese nuevo objetivo. Evidencia un nuevo estado de la cuestión, en el que el objetivo trascendería el de mero derecho de ausencia para pretender la implicación de otros sujetos y entidades. Generalmente suele simplificarse excesivamente el alcance del término, limitándolo exclusivamente a la implicación masculina en el cuidado (ese fue el origen sociológico del término), pero en el ámbito jurídico laboral el término corresponsabilidad implica a otros sujetos. De un lado requiere ciertamente una implicación de todos los miembros de la unidad familiar por medio del reparto de responsabilidades y de la implicación masculina en las tareas domésticas y de cuidado. No es ésta una cuestión estrictamente familiar que deba mantenerse al margen de la estrategia jurídico laboral por cuanto la alteración de roles sociales repercute claramente en el alcance de los estereotipos empresariales y, en consecuencia, es un instrumento de gran relevancia para la consecución de la igualdad real en la esfera laboral. De otro lado, también el empresario debe ser llamado a intervenir en la responsabilidad que le corresponde por medio de una gestión adecuada del tiempo de trabajo que permita pensar que los derechos de corresponsabilidad no son solo derechos de ausencia sino, fundamentalmente, derechos de presencia. Esta reconfiguración del tiempo de trabajo es fundamental también para evitar que eventuales disminuciones del tiempo de trabajo mantengan inalterado el volumen del mismo, revertiendo en el/la propio/a trabajador/a y en el resto de compañeros. Ello obliga a una tarea de reconsideración global de necesidades y prioridades, a efectos de eliminar la reticencia que, de otro modo, se genera en el propio colectivo de trabajadores/as sin responsabilidades familiares. El tercer sujeto implicado en la corresponsabilidad es la propia sociedad a quien corresponde intervenir en un doble nivel: invirtiendo financieramente para colaborar activamente en las actividades de cuidado e interviniendo normativamente para asegurar la corresponsabilidad de la unidad familiar (por ejemplo, estableciendo el permiso de paternidad) y del propio empresario (por ejemplo, configuración de derechos de adaptación temporal del tiempo de trabajo).

En el contexto descrito, intentar identificar cual es el estado de la cuestión actual del tema de la corresponsabilidad obliga a tener en cuenta dos ideas como punto de partida: (i) si la cuestión del cuidado se considera una cuestión de género, en cuyo caso las normas en su desarrollo deberían estar atentas a las repercusiones de género, y no exclusivamente al cuidado del dependiente, y (ii) si existe una verdadera implicación de los poderes públicos en una concepción de la cuestión respetuosa con la implicación general subjetiva e institucional que más arriba se ha descrito, en definitiva comprometidos con una visión global de las responsabilidades de cuidado en relación el trabajo. Solo la concurrencia de ambos factores permite constatar la existencia de una corresponsabilidad efectiva.

Debe constatar, en todo caso, que la evolución de la cuestión está siendo particularmente compleja. En la Unión Europea la hostilidad inicial ha dado lugar a otros momentos de despegue, aunque se mantienen algunas paradojas difíciles de resolver dada esta diferencia de perspectiva evolutiva. Una de ellas viene dada por el mantenimiento de la vigencia de la doctrina sentada en el asunto *Hoffman (infra)* pese al establecimiento de una nueva perspectiva en el asunto *Roca Álvarez (infra)*. Resulta aparentemente contradictorio defender, de un lado, la legitimidad de las medidas femeninas exclusivas para el cuidado de los hijos con fundamento en la especial relación entre madre e hijo, como hace la primera, mientras que en la segunda se establece el perjuicio contra el colectivo femenino que supone el establecimiento de beneficios de cuidado de titularidad exclusivamente femenina. Asimismo, en España la corresponsabilidad se ha incorporado nominalmente a los textos normativos pero presenta serios defectos de efectividad. También la crisis económica parece haber intensificado la tendencia a la invisibilidad de las cuestiones de la corresponsabilidad. Así se advierte inmediatamente en el contenido de las normas españolas de los últimos meses. Curiosamente, sin embargo, una buena política de corresponsabilidad no es necesariamente incompatible con cierta contención del coste. De hecho son las políticas mal planificadas las que no cumplen la finalidad de la corresponsabilidad e implican gastos innecesarios. Pero también aparecen obstáculos a la corresponsabilidad en la dimensión ideológica. A veces constituye un dilema irresoluble el hecho de que se pretenda, de un lado, la neutralidad en la configuración de los derechos de cuidado y que, al tiempo, se pretenda dotarlos de una dimensión de género. Ello implica necesariamente que se deslinde el género del cuidado familiar, como sucedió en la Directiva 96/34, primera de permisos parentales. También explica que la jurisprudencia española no reconociera la concurrencia de discriminación indirecta cuando se trataba de determinar la base reguladora aplicable a la prestación de desempleo en caso de reducción de jornada por guarda legal¹.

Definitivamente, pues, el nuevo objetivo de la corresponsabilidad se enfrenta a una situación compleja, con lastres importantes derivados de antiguas

¹ Consideró el TS: Por todas, SSTTS de 23 de noviembre de 2004, Rec. 166/2004; y de 4 de noviembre de 2004, Rec. 3108/2003, que el parámetro relevante para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debía forzosamente ser la inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, lo que inevitablemente reconducía a la base reducida por la reducción de jornada. Sobre los eventuales problemas de constitucionalidad de la doctrina del TS en torno a la base reguladora de desempleo en jornadas reducidas por guarda legal, Gala Duran (2005). También de modo crítico, el voto particular de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2005, Rec. 1655/2005. La solución jurisprudencial dada resultaba particularmente expresiva de dicha actitud reticente a la consideración del impacto de género, teniendo en cuenta que, con anterioridad, el mismo Tribunal Supremo había establecido que la base salarial para el cálculo de la indemnización en caso de despido debía calcularse en atención al salario completo del trabajador/a en reducción de jornada previo a dicha reducción (STS de 11 de diciembre de 2001, Rec. 1817/2001).

concepciones, de aparentes paradojas conceptuales y de una situación económica que no es demasiado propicia. Pese a todo, resulta indudable que en la Unión Europea se está configurando un nuevo estado de la cuestión que, aun partiendo de una situación histórica particularmente hostil, ha evolucionado hacia nuevas perspectivas. Lamentablemente, sin embargo, en España no puede decirse que se haya producido el tránsito del concepto de conciliación al de corresponsabilidad. Ni siquiera la LOIE (Ley 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres), consiguió superar una concepción tradicional del cuidado alejada de los nuevos modelos familiares y empresariales. Asimismo, las normas aprobadas en los últimos meses en España han acrecentado la distancia con el nuevo concepto, hasta el punto de que la corresponsabilidad es actualmente invisible como objetivo, tanto en el ámbito familiar como en el empresarial. Se ha producido, incluso, cierta banalización de sus presupuestos. En las páginas que siguen se expondrá precisamente esta diferente dirección en la que se mueven las instrucciones comunitarias y las recientes reformas normativas jurídico-laborales en España.

2. El ascenso del concepto de corresponsabilidad en la Unión Europea

2.1. Las dificultades históricas

Existe actualmente una nueva concepción del cuidado en el ámbito de la Unión Europea que ha surgido a pesar de la histórica posición del Tribunal Comunitario. Bajo esta clásica interpretación, los derechos específicos para mujeres relacionados con el cuidado se consideraban legítimos por una interpretación del concepto de acción afirmativa que implicaba un mantenimiento de roles particularmente perjudicial para la causa de la igualdad real. Esta aparentemente insalvable desvinculación del cuidado con el género ha tenido históricamente en la jurisprudencia comunitaria una doble manifestación: primero, ha conducido a que no se considere discriminación indirecta el trato peyorativo recibido como consecuencia de las actividades de cuidado; y, segundo, ha legitimado los beneficios exclusivos de cuidado atribuidos a las mujeres por medio de argumentos que promueven la perpetuación de roles.

- (i) La desvinculación del cuidado de la discriminación indirecta: La temática relacionada con las repercusiones de género vinculadas al cuidado familiar no ha tenido históricamente en la Unión Europea un reconocimiento rotundo. De hecho hasta los primeros reconocimientos de esta vinculación que aparecen en los considerandos de la Directiva 2010/18, de permisos parentales, la tendencia había sido la de negar que el trato diferencial peyorativo por razón del cuidado familiar dispensado constituyera discriminación indirecta por razón de sexo. Así se advierte clara-

mente en la jurisprudencia del Tribunal Comunitario, por ejemplo en el Asunto *Österreichischer*, STJCE de 8 de junio de 2004, C-220/02. En este caso el TJCE negó que fuera constitutiva de discriminación indirecta por razón de género la falta de consideración a efectos de antigüedad del tiempo transcurrido en excedencia por cuidado de hijos, pese a que Austria (el Estado del que partió la cuestión prejudicial) reconocía la antigüedad en el caso de una excedencia de similar duración prevista para los supuestos de cumplimiento de servicio militar que, en el tiempo en que se planteó la cuestión, era de cumplimiento obligatorio solo para los hombres.

- (ii) La legitimidad de los beneficios de cuidado estrictamente femeninos. La cuestión de la titularidad del tiempo de permiso dedicado al cuidado se planteó ya desde antiguo ante la jurisprudencia comunitaria. En el asunto *Hofmann*² el TJCE analizó la naturaleza de un alargamiento del permiso de maternidad que un Estado miembro (Alemania) establecía en beneficio exclusivamente de la mujer que había dado a luz y que podía alargarse hasta seis meses. El Tribunal consideró que no constituía discriminación por razón de género que este alargamiento, pese a ir más allá del permiso de maternidad (por lo que no tenía estricta finalidad sanitaria), se reservara exclusivamente a la madre porque la situación de maternidad permite establecer beneficios y derechos específicos para la madre no solo para garantizar los aspectos sanitarios vinculados al embarazo y al parto sino también para *proteger la especial relación entre una mujer y su hijo que se produce en el periodo de tiempo posterior al embarazo y al parto*. De otro lado, en el párrafo 24 de la sentencia dictada en el asunto *Hoffmann* se establecía expresamente que la Directiva antidiscriminatoria entonces aplicable (la 76/207, precedente de la actual 2006/54) no estaba diseñada para resolver cuestiones relacionadas con la organización de la familia o para alterar la división de responsabilidades entre los progenitores. Esta temprana toma de postura del TJCE en torno a esa especial relación entre la madre y el hijo (que presumiblemente no existe según el Tribunal entre un padre y su hijo) ha condicionado sus pronunciamientos posteriores en torno a la responsabilidad paterna, de cuya lectura se deduce alguna complacencia en cuanto al mantenimiento de cierto reparto tradicional de roles. Afortunadamente, los argumentos que con posterioridad a *Hoffman* legitimaron a juicio del Tribunal de Justicia Comunitario el establecimiento de medidas de titularidad exclusiva o preferentemente femeninas se asentaron en argumentos menos criticables que aquel de la especial relación entre madre e hijo. Por ejemplo, la diferencia retributiva favorable a la mujer se

² STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83.

consideró adecuada al derecho comunitario por ir dirigida a compensar las desventajas que las interrupciones laborales suponen en el colectivo, constituyendo así una manifestación muy particular de medida de acción afirmativa³. Es una matización importante pero que no neutraliza, sin embargo, los efectos de *Hofmann*, en la que implícitamente siguieron asentándose ciertos pronunciamientos del Tribunal Comunitario legitimando la titularidad exclusiva femenina de los beneficios para guardería ligados al cuidado de los hijos (salvo que los padres tuvieran a su cargo exclusivo a los hijos en cuestión)⁴.

2.2. El despegue de la perspectiva de la corresponsabilidad en la Unión Europea

Existe actualmente en la Unión Europea un reforzamiento de las implicaciones de género vinculadas al cuidado familiar que resultaba inusitado en momentos anteriores y que ha tenido muy diversas manifestaciones. Supone un compromiso claro con la corresponsabilidad. Algunas de sus manifestaciones más relevantes son las siguientes:

- a) En 2002 se aprobó la Directiva 2002/72, última reforma sustantiva de la Directiva 1976/207 (posteriormente refundida en la actual Directiva 2006/54) que establecía el derecho del padre a no ver lesionados sus derechos por el ejercicio de los derechos vinculados al cuidado de los hijos/as tanto como consecuencia del disfrute por su parte del permiso de paternidad como de los derechos correspondientes a su condición de adoptante. Era una perspectiva que normalizaba el cuidado neutro, hasta el punto de incorporarlo a una Directiva que, históricamente, había contenido exclusivamente derechos de titularidad femenina.
- b) La Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, de permisos parentales, pese a su formulación final no excesivamente comprometida⁵, desarrolló cauta pero rotundamente la conexión entre cuidado y género en sus

³ En el caso *Abdoulaye*, sentencia de 16 de septiembre de 1999, C-218/98, el TJCE consideró adecuado al derecho comunitario el establecimiento de una asignación a tanto alzado aplicable tan solo a las mujeres que iniciaran sus permisos de maternidad (y no a los hombres), siempre y cuando dicha asignación estuviera destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas.

⁴ Asunto *Lommers*, STJCE de 19 de marzo de 2002, C-476/99. En España la misma legitimidad de los beneficios de guardería establecidos exclusivamente en beneficio de las mujeres trabajadoras, con la sola excepción de que el padre probara que era el responsable exclusivo del cuidado del menor, se estableció desde antiguo, por ejemplo, en la STCo. 128/87, de 16 de julio.

⁵ En esto no ha supuesto una alteración relevante respecto a la regulación establecida en la Directiva precedente de permisos parentales, la Directiva 96/34, acerca de la cual elaboró un estudio crítico Cabeza Pereiro, J., 2005, pp. 25 y ss.

considerandos⁶. Dicha conexión aparece expresamente en una de las alteraciones más relevantes producidas en la Directiva 2010/18, aquella que establece que de los cuatro meses mínimos del permiso parental para cuidado de hijos/as, uno debe tener carácter intransferible. Es ciertamente una reforma de escasa trascendencia práctica, pero que sin duda evidencia un nuevo estado de la cuestión, en el que el objetivo del reparto de responsabilidades trasciende el ámbito estrictamente doméstico y se convierte en estrategia de actuación con implicaciones empresariales.

Particular importancia tiene en la directiva 2010/18 una referencia indicativa, de escasa relevancia practica pero de elevado significado simbólico. En la cláusula 6 de la Directiva 2010/18⁷, titulada *Reincorporación al trabajo*, se establecen, con carácter indicativo, ciertas prerrogativas del trabajador para adaptar su jornada de trabajo con motivo de la reincorporación tras el permiso parental. Este matizado derecho a la adaptación de la jornada contenido en la Directiva 2010/18 (o a que los empresarios *tomen en consideración* las peticiones de adaptación de jornada) tiene un efecto testimonial que debe ser subrayado, puesto que es la primera vez que aparece en un texto normativo la prerrogativa a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de responsabilidades, lo que es particularmente interesante en una norma que se dedica exclusivamente a los permisos parentales.

- c) Se está produciendo en los últimos años en la Unión Europea un curioso efecto de visualización de la cuestión de la conciliación, llegando a aparecer en normas que no tienen conexión ni con el cuidado, ni con el género ni con el tiempo de trabajo. La conciliación está siendo objeto de cierto tratamiento transversal, en normas y documentos de muy diferente alcance. Así ha sucedido, por ejemplo, en el art. 6 de la Directiva 2000/78⁸ (con relación a la discriminación por razón de la edad),

⁶ Esta conexión no se advierte en el articulado de la Directiva, pero sí en los Considerandos, en los que reiteradamente se menciona. Por ejemplo, el Considerando 8 comienza de la siguiente manera: *Considerando que la política familiar debe contribuir al logro de la igualdad entre los sexos...*

⁷ Se formula de la siguiente manera la cláusula 6 de la Directiva 2010/18: *Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.*

⁸ Artículo 6 de la Directiva 2000/78: Justificación de diferencias de trato por motivos de edad. 1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

que contiene una referencia a las personas con responsabilidades familiares que resulta algo desconcertante en un precepto dedicado a las excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad.

Otras manifestaciones de este efecto transversal de la corresponsabilidad aparecen en los documentos de la UE que establecen sus líneas de actuación y actuaciones prioritarias. Por ejemplo, en «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» expresamente aparece en la iniciativa emblemática titulada «Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos» el siguiente objetivo: «promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre los sexos». Más rotundamente, y con una formulación que resalta el derecho al trabajo (y no el mero derecho a la ausencia) de las políticas de conciliación es lo establecido en las «Directrices integradas Europa 2020» (periodo 2010-2014, sucesoras de las anteriores directrices para el empleo). En el texto que precede a la formulación de la séptima de las directrices puede leerse lo siguiente: «las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios sociales asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, especialmente entre los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y las mujeres, procurando, en particular, que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnico y científico no abandonen sus empleos». Es una redacción que claramente resalta la importancia del mantenimiento del trabajo frente al abandono para cuidado familiar, aunque en la formulación de la directriz dicha prioridad parezca referirse exclusivamente a los trabajos de mayor cualificación.

- d) Jurisprudencialmente en la Unión Europea la consolidación de la nueva perspectiva de la corresponsabilidad ha sido particularmente intensa. Es en este ámbito donde la nueva perspectiva se ha establecido con mayor firmeza. De un lado, se ha consolidado el principio de no lesividad de los derechos laborales por el ejercicio de los derechos de cuidado. Su formulación es muy simple, y procede de sentencias anteriores en relación con el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad⁹. Significa

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

- a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas.

⁹ Por todos, con relación a los salarios, asunto *Gillespie* (STJCE de 13 de febrero de 1996, C-342/93) y asunto *Alabaster* (STJCE de 30 de marzo de 2004, C-147/02). Sobre las vacaciones, asunto *Merino Gómez*, STJCE de 18 de marzo de 2004, C-342/01. Sobre la antigüedad, STJCE de 16 de febrero de 2006, C-294/04.

que el ejercicio de los derechos de conciliación no puede implicar ninguna pérdida en el ámbito de los derechos laborales, específicamente ni con relación a las vacaciones (Asunto *Zentralbetriebsrat*)¹⁰ ni con relación a los salarios relevantes para el cálculo de la indemnización por despido (Asunto *Meerts*)¹¹. De otro lado, el Tribunal de la Unión Europea ha incorporado rotundamente la perspectiva de la corresponsabilidad en la sentencia dictada en el asunto *Roca Álvarez*¹², en la que se consideró discriminatoria contra el colectivo de mujeres una norma estatal (el permiso de lactancia español) que se configuraba con titularidad prioritariamente femenina, puesto que esta formulación causaba el efecto de perpetuar roles femeninos de cuidado. La sentencia es particularmente importante porque aplica la normativa antidiscriminatoria no para declarar existente una discriminación contra el varón por tener más dificultades para el acceso a los beneficios establecidos para el cuidado de los hijos. Al contrario, aplicando una perspectiva totalmente novedosa, derivada directamente del concepto de corresponsabilidad, el TJUE considera que una atribución exclusiva o preferentemente femenina de los beneficios vinculados al cuidado de los hijos provoca el efecto de perpetuar roles de cuidado en el colectivo de mujeres y, en consecuencia, resulta discriminatorio contra el colectivo de mujeres. Estos ejemplos ponen en evidencia que en el ámbito de la Unión Europea existe actualmente una tendencia a conectar conciliación con género que en periodos anteriores no había resultado tan clara¹³. Queda, sin embargo, una paradoja difícil de resolver, porque en el asunto *Roca Álvarez* el Tribunal expresamente estableció que la doctrina establecida en el asunto *Hoffman* (que se asentaba en presupuestos radicalmente distintos) seguía vigente.

3. La escasa relevancia de las políticas de corresponsabilidad en España

En España la normativa que se va aprobando recibe la influencia del nuevo concepto de corresponsabilidad, pero apenas mantiene su configuración formal, sin acabar de hacerlo efectivo. Así se advierte en la LOIE, cuya importancia ha sido mucho mayor en cualquier otro aspecto de la protección antidiscriminatorio que en lo relacionado con la temática de la corresponsabilidad.

Pero en las normas posteriores de reforma laboral y de Seguridad Social desarrolladas a partir de la crisis económica (fundamentalmente en 2010 y 2011)

¹⁰ STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08.

¹¹ STJCE de 22 de octubre de 2009, C-116/09.

¹² STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.

¹³ Tuve ocasión de analizar esta tendencia en Ballester Pastor, A., 2010, pp. 31-66.

el concepto de corresponsabilidad prácticamente ha desaparecido. La normativa española todavía no ha asumido la importancia del concepto (pese a que forma parte de las Directrices comunitarias integradas) y no ha incorporado garantías en beneficio de los sujetos con responsabilidades familiares que efectivamente compensen los mayores perjuicios que tanto las medidas de flexibilidad como las reformas en materia de seguridad social les han provocado.

3.1. La LOIE y sus muchas deficiencias en el ámbito de la corresponsabilidad

La principal virtualidad de la LOIE fue la de incorporar en España expresamente los conceptos antidiscriminatorios que regían con carácter meramente jurisprudencial desde antiguo por vía de aplicación del derecho de la Unión Europea (por ejemplo, discriminación indirecta, STCo. 145/1991). Pero su relevancia en el ámbito de la corresponsabilidad ha sido escasa en la práctica, pese a algunas novedades aparentemente rompedoras, como la prestación de paternidad. Se limitó a tener un sentido meramente enunciativo, incorporando formalmente la nueva perspectiva que empezaba a surgir en la Unión Europea pero limitándose a corregir defectos evidentes de la normativa española y a establecer novedades que formalmente parecían interesantes pero que en la práctica estaban formuladas de modo incompleto. El modelo seguía siendo, sin embargo, incompatible con los presupuestos de la corresponsabilidad.

1. La LOIE¹⁴ estableció expresamente que, en la prestación de desempleo, la base reguladora aplicable era la correspondiente a la jornada anterior a la reducción de jornada. Lamentablemente, sin embargo, la aportación de la LOIE en este ámbito no fue más que una corrección puntual a una situación concreta: para el resto de prestaciones de Seguridad Social diferentes de la prestación de desempleo no se producía automáticamente la retroacción al momento de la prestación a tiempo completo, sino que se aplicaban en todo caso concretas y limitadas en el tiempo cotizaciones ficticias al 100%¹⁵. No terminó de dar la LOIE el paso definitivo hacia la conexión entre actividades de cuidado, de un lado, y la discriminación indirecta por razón de género, de otro.
2. Se corrigieron en la LOIE algunos de los aspectos más sangrantes de la prestación de maternidad (como por ejemplo los que surgieron en caso

¹⁴ Art. 211.5 LGSS conforme a redacción dada por la LOIE: En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del *artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

¹⁵ Conforme al art. 180 LGSS, dos años —ahora tres— en excedencia por cuidado de hijos; y un año en excedencia por cuidado de familiares; dos años en reducción de jornada por cuidado de hijo; y un año en reducción de jornada por cuidado de familiar.

de fallecimiento de la madre) pero se siguió manteniendo la titularidad materna de la misma y el disfrute condicionado parcial del padre, tan solo en el caso de que ambos trabajen, lo que incorporaba una visión de la unidad familiar insensible a los nuevos modelos. La prestación de maternidad sigue configurada de una manera totalmente hostil al reparto de responsabilidades, pensando en un modelo familiar en que la mujer es la responsable exclusiva de las responsabilidades domésticas y familiares.

3. No terminó de perfilar suficientemente la LOIE la herramienta de corresponsabilidad intrafamiliar por excelencia, el permiso de paternidad, que quedó configurado de modo notablemente rígido. Si el objetivo del permiso de paternidad era favorecer el reparto de responsabilidad debería haberse promocionado su utilización liberándolo de limitaciones a su ejercicio. No tiene demasiado sentido que si se disfruta a tiempo parcial la jornada tenga que ser de, al menos, el 50%; o que no sea fraccionable; o que tenga que disfrutarse simultáneamente a la maternidad o inmediatamente después de ella.

Asimismo, el permiso de paternidad se comprende mal en un contexto en que no se promueve la participación del padre en la maternidad y en la lactancia. Ciertamente la actual configuración de la maternidad no resulta incompatible con los presupuestos de la sentencia dictada en el asunto *Roca Álvarez*, puesto que ésta se refería exclusivamente a un permiso de cuidado y no a un permiso de maternidad¹⁶, pero las reflexiones vertidas en aquella sentencia acerca de los efectos perversos de políticas innecesariamente protectoras de las mujeres en el ámbito del cuidado pueden perfectamente ser aplicables a la regulación española de la prestación de maternidad. En cualquier caso, el gran fracaso de la prestación de paternidad fue su duración de 13 días, que aunque nació con carácter transitorio se ha instalado con carácter permanente

4. También quedó formulado de modo incompleto el derecho a la adaptación de la jornada del art. 34.8 ET¹⁷, que contenía al menos dos de-

¹⁶ El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado recientemente, en la STCo. 75/2011, de 19 de mayo, estableciendo que no es contraria ni a la Constitución (ni al derecho de la Unión Europea) una previsión como la del art. 48.4 ET que establece la titularidad materna del permiso de maternidad y el acceso secundario y condicionado del padre. Llega a esta conclusión a pesar del asunto *Roca Álvarez* porque la argumentación aplicable al supuesto de maternidad es el que dio lugar al asunto *Hoffman* en 1984. De hecho debe recordarse que en el mismo asunto *Roca Álvarez* el Tribunal de Justicia de la Unión estableció que se mantenía vigente la doctrina de *Hoffman*. La única manera de hacerlo es establecer una clara diferencia de supuestos: en maternidad cabe el establecimiento de configuraciones preferente o exclusivamente femeninas, pero no así en conciliación.

¹⁷ Art. 34.8 ET. *El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.*

fectos de gran relevancia: (i) la falta de configuración de la conciliación como derecho subjetivo del trabajador/a; (ii) la equiparación de la conciliación familiar a la conciliación personal, lo que supuso una evidente degradación de aquella.

La interpretación jurisprudencial ordinaria y constitucional ratificó esta falta de eficacia inmediata del cuasi derecho del art. 34.8 ET: (i) El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la adaptación de jornada previsto en este precepto no tiene aplicabilidad inmediata, requiriendo al respecto especificación o acuerdo con el empresario al respecto (STCo. 24/2011, de 14 de marzo) sin que ello implique tacha alguna de inconstitucionalidad; (ii) El TS ha establecido que el derecho subjetivo de pleno alcance a la reducción de jornada previsto en el art. 37.5 ET se refiere estrictamente a la jornada y no a otros aspectos temporales del tiempo de trabajo como el horario o el sistema de trabajo a turnos¹⁸. Estos eventuales derechos de adaptación temporal que excedieran del concepto de reducción de jornada entrarían en el espacio del 34.8 ET, que, en consecuencia, carece de aplicabilidad inmediata.

El art. 34.8 ET impide superar la percepción demasiado generalizada de que el cuidado familiar no es responsabilidad empresarial, sino que pertenece a la esfera individual y familiar (como ocurre con la conciliación personal). Se olvida que el derecho a la conciliación familiar es un derecho fundamental (STCo. 26/2011, de 14 de marzo)¹⁹ que tiene un rango mayor que la opción personal por determinadas actividades durante el tiempo libre. El Tribunal Constitucional recuerda que ésta perspectiva de derecho fundamental debe tenerse en cuenta cuando se analice en sede jurisdiccional la procedencia de las medidas de conciliación solicitadas por los trabajadores/as. Consiguientemente con este presupuesto debían haberse puesto al mismo nivel en el art. 34.8 ET el derecho a la ordenación temporal por conciliación familiar y el derecho a que dicho ejercicio no altere esencialmente la organización empresarial (que a fin de cuentas también es un derecho constitucional derivado del art. 38 de la Carta Magna). Esos debieran ser los dos términos fundamentales de la cuestión, cuya resolución podría venir facilitada por lo establecido al respecto en el convenio colectivo. Pero en lugar de establecerlo de este modo, el art. 34.8 ET disminuye la eficacia del derecho a la conciliación familiar situándolo en un nivel inferior al derecho a la organización empresarial, condicionando en todo caso su ejercicio a lo establecido en el convenio colectivo.

¹⁸ Por todas, STS de 13 de junio de 2008.

¹⁹ Expresamente se reprueba en la STCo 26/2011, de 4 de marzo, al otorgar el amparo que los órganos jurisdiccionales *no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE en relación con el art. 39 CE del asunto planteado.*

Pese a la STCo 26/2011 la diletante construcción del art. 34.8 ET termina constituyendo una degradación del derecho a la conciliación, porque hacerlo derivar directamente de la Constitución sin ningún apoyo en la legislación ordinaria (que, en todo caso, parece degradarlo) no constituye una protección efectiva del mismo. Y ello a su vez significa que no existen incentivos efectivos para que el tema de la conciliación se resuelva en el ámbito empresarial por medio de una adaptación racional del tiempo de trabajo. Si la LOIE hubiera sido más enérgica en la configuración de cierto derecho subjetivo a la adaptación de la jornada, siquiera susceptible de ajuste por medio de la negociación colectiva, existirían incentivos para que se produjera ese reajuste del tiempo de trabajo por vía negociada. Lo mismo cabe decir de otros cuasi derechos reconocidos a favor del trabajador cuyo disfrute se encuentra condicionado al acuerdo con el empresario y/o a la correspondiente previsión en sede negociada (disfrute a tiempo parcial de la maternidad y paternidad; y posibilidad de acumulación de la lactancia al final de la prestación de maternidad).

De hecho, los planes de igualdad podían haber cumplido una función de reordenación del tiempo para conciliación pero no ha sido así. Casi todos ellos hacen referencia a la conciliación pero la mayoría se limitan a reproducir lo que ya dice la normativa (estatal o de convenio) a veces incluso con referencias a normas ya derogadas. La mejora que más se reitera es la posibilidad de disfrute acumulado de la lactancia (que es la menos comprometida de las posibilidades de reajuste temporal). Son escasos los planes que hacen referencia a derechos de reajuste temporal y, cuando aparecen, están profundamente condicionados a la organización empresarial, por lo que su consideración como derechos subjetivos es cuestionable. Una mayor implicación de la norma estatal podría haber establecido un punto de referencia más susceptible de ser ocupado por los planes de igualdad y/o por los convenios colectivos a efectos de configurar mecanismos de ordenación temporal consecuentes con los objetivos de la corresponsabilidad.

Así pues, incluso tras la LOIE la cuestión de la conciliación en la realidad normativa española sigue asentada en el derecho a la ausencia (los permisos), prácticamente igual que en la década de los 90, los 80 e incluso los 70, sin que se haya planteado de una manera seria el desmantelamiento de todo el sistema y la configuración de uno nuevo en el que la organización del tiempo sea lo primordial y el derecho a la ausencia lo secundario.

Incluso los derechos de ausencia tiene importantes defectos de configuración en la regulación surgida de la LOIE, que se limita a mantener modelos y esquemas tradicionales sin plantear escenarios más rupturistas. De un lado se mantienen permisos totalmente desfasados e inoperantes, como el de lactancia, que debería ceder para configurar derechos más comprometidos de ajuste temporal. Y ni siquiera la sentencia *Roca Álvarez* ha servido para que se opere siquiera en los

términos que la misma establece, la necesaria reforma en el ordenamiento español que, hoy por hoy, sigue pendiente; de otro lado sigue sin existir una adecuada cobertura para la fuerza mayor familiar, pese a que los permisos para garantizar la presencia de padre o madre cuando lo requiera el estado del menor configuran una obligación conforme a lo establecido en la Directiva 2010/18 (y antes en la Directiva 96/34 con idéntico tenor). Todos los intentos de extender algunas figuras ya existentes para permitirles atender a la fuerza mayor familiar son insuficientes (excedencia voluntaria desde cuatro meses, excedencia por cuidado de hijos fraccionable) como lo son una serie de nuevas figuras creadas para atender situaciones muy puntuales y/o extremadamente graves de fuerza mayor familiar (hospitalización del neonato —2001— y enfermedad grave del hijo —2011—).

3.2. La invisibilidad de la corresponsabilidad en las reformas operadas, particularmente en el ámbito de la Seguridad Social

La crisis económica ha desencadenado una serie de reformas en España que han provocado el efecto de degradar ostensiblemente el tratamiento de la corresponsabilidad. Ni se advierten los perjuicios ocasionados a los sujetos con responsabilidades familiares, ni se es consciente de que una correcta política de corresponsabilidad puede servir, por sí misma, para corregir importantes defectos del sistema. Pero, al extremo, la invisibilidad de la cuestión de la corresponsabilidad puede convertirse en un instrumento que incremente la vulnerabilidad de las personas con responsabilidades familiares. Así se advierte en la regulación de los mecanismos de flexibilidad interna, que han sido objeto de reforma en los últimos meses a efectos de incrementar las potestades organizativas del empresario (Ley 35/2010, de 17 de diciembre de 2011) pero sin que se incorpore ningún mecanismo que garantice el mantenimiento de los derechos de los sujetos con responsabilidades familiares. En la regulación de los traslados y de la movilidad con cambio de residencia sigue sin existir ninguna referencia a la situación familiar, lo que resulta particularmente grave puesto que las consecuencias de este tipo de ajustes son claramente nocivas para las personas con responsabilidades familiares. Ni siquiera se advierte sensibilidad en relación con los derechos de conciliación en la fórmula extintiva del art. 50 ET. No se prevé la posibilidad de extinciones indemnizadas en los casos en que se produzcan cambios en la organización empresarial que, injustificadamente, recaigan en personas con responsabilidades familiares (lo que les obliga a abandonar el trabajo). Junto al atentado a la dignidad y a la formación profesional debiera preverse también la posibilidad extintiva por la vía del 50 ET para los casos de atentado injustificado al derecho a la conciliación familiar que a fin de cuentas es un derecho de rango fundamental reconocido así por el propio Tribunal Constitucional.

La misma escasa sensibilidad se constata en otras normas, como por ejemplo la que dio lugar a la reforma de la negociación colectiva (RD ley 7/2011, de

10 de junio), que no contiene ninguna matización de reserva de derechos para los sujetos con responsabilidades. Se advierte que la existencia de las mismas no genera realmente ninguna obligación para el empresario que le incentive para favorecer la adaptación del tiempo de trabajo: tan solo tiene que esperar a que los trabajadores/as que no pueden soportar la situación abandonen. Desde esta perspectiva, esta falta de consideración de las responsabilidades familiares hace que los ajustes de plantilla se produzcan en perjuicio de un derecho calificado de fundamental y a coste cero para el empresario. Se trata de una situación particularmente grave que condena a la marginalidad a los sujetos con responsabilidades familiares y que requiere una implicación mucho mayor de la normativa laboral.

Pero es probablemente en el ámbito de las reformas de seguridad social donde la degradación de las cuestiones de cuidado en general, y de la corresponsabilidad en particular, adquiere tintes más dramáticos. El punto de referencia es bastante bajo, puesto que es sabido que la cobertura de Seguridad Social dirigida a repartir socialmente el coste del cuidado de los hijos es, en España, muy reducida: se limita a la prestación de maternidad/paternidad y a ciertos beneficios de cotización ficticia vinculados a las excedencias y a las reducciones de jornada. El marco de cotizaciones ficticias se completa con beneficios para las personas con hijos que no desarrollen actividad laboral de cara a futuras prestaciones. Recientemente se ha incorporado una nueva prestación, para la cobertura de la reducción de jornada específica motivada por enfermedad grave del/a hijo/a, lo que añade un supuesto puntual de cobertura por fuerza mayor familiar, aunque sin resolver los defectos generales del ordenamiento español en este ámbito. El parco panorama se completa con las consabidas bonificaciones a la seguridad social por admisión o readmisión de mujeres en maternidad reciente. En el año 2011 desapareció el beneficio fiscal vinculado a la maternidad (el llamado cheque bebé) cuya virtualidad como instrumento para el fomento de la natalidad había sido nulo.

El dato de partida es, pues, la escasa sensibilidad de nuestro sistema de seguridad social en cuanto a la participación que le corresponde en el coste de la maternidad y el cuidado de los hijos. Pero, además de esta situación, resalta en los últimos meses que, pese a las apariencias, la importante reforma que se ha operado en el ámbito de la seguridad social (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social) no haya tenido totalmente en cuenta las graves repercusiones que puede tener en el colectivo de personas que asumen responsabilidades de cuidado, aplicando solamente correcciones puntuales y escasamente operativas a los importantísimos cambios que incorpora. Asimismo, las últimas prestaciones generadas o parcialmente normativizadas en relación con el cuidado y la corresponsabilidad (hospitalización de hijo/a con enfermedad grave y paternidad) evidencian importantes imperfecciones. De todo ello se trata a continuación.

3.2.1. *La insuficiencia de los mecanismos correctores de la Ley 27/2011*

Existen una serie de alteraciones establecidas en la Ley 27/2011 que implican un mayor perjuicio para aquellos sujetos con vidas laborales más accidentadas e irregulares, lo que directamente afecta a aquellos con responsabilidades familiares. Se advierte inmediatamente que los principales cambios pretendidos por la reforma afectan directa y muy perjudicialmente a la cobertura social de los sujetos con carreras irregulares por responsabilidades familiares, incrementando la posibilidad de desprotección en el momento de acceso a la pensión de jubilación. El perjuicio más claro es el derivado del endurecimiento de los requisitos de cotización, lo que premia las carreras profesionales estables pero penaliza claramente a las inestables. Esta, que es una de las principales características de la reforma operada en el sistema de seguridad social por la Ley 27/2011 incide directamente en los sujetos con carreras irregulares como consecuencia de la asunción de actividades de cuidado. La segunda consecuencia perjudicial es la que se produce por el alargamiento del parámetro temporal de referencia para el cálculo de la base reguladora en jubilación. La Ley 27/2011 establece que, después de que transcurra el plazo transitorio correspondiente, dicho periodo de referencia abarcará un espacio temporal de 25 años²⁰. Resulta evidente que, cuanto más se retrotraiga en el tiempo el periodo relevante para el cálculo de la pensión más perjuicio terminarán causando en la cuantía final de la misma, los periodos de inactividad correspondientes a periodos fértiles. La tercera consecuencia negativa se da como consecuencia del nuevo sistema de cobertura de lagunas para las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación instaurado en la Ley 27/2011. Supone una alteración de doble significado²¹: de un lado, se otorga mayor valor a las lagunas de cotización acaecidas en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al periodo que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora (puesto que las lagunas en tal caso se rellenan con las men-

²⁰ Previa alteración del art. 162.1 LGSS cuya redacción, es como sigue: *La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.*

²¹ Establece la Ley 27/2011 como redacción del art. 162.1.1.2 LGSS la siguiente: *Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran periodos durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán de acuerdo con las siguientes reglas: 1.ª: Si durante los 36 meses previos al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de 24, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. 2.ª Las 24 mensualidades con lagunas más próximas al periodo al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración; 3.ª El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.*

sualidades más cercanas al hecho causante); de otro lado, las lagunas más remotas se rellenan con la mitad de la base mínima, lo que implica una diferencia notable con relación al sistema vigente con anterioridad, que rellena las lagunas con la cuantía establecida para las bases mínimas. Se trata de un mecanismo que vuelve a penalizar los defectos de cotización remotos que son los que suelen coincidir con los periodos fértiles, por lo que su repercusión negativa en la cobertura final de los sujetos con responsabilidades resulta evidente.

Pese a la gran entidad de los perjuicios ocasionados a las personas con carreras irregulares los mecanismos establecidos por la Ley 27/2011 para compensarlos son insignificantes. Consisten fundamentalmente en el incremento cuantitativo de cotizaciones ficticias ya existentes vinculadas a situaciones de naturaleza familiar. Son los siguientes:

- a) Se establece una compleja DA 60 LGSS²², de carácter muy similar a la cotización ficticia preexistente configurado en la DA 44 LGSS, a la que se acumula²³. La DA 44 LGSS, introducida por la LOIE, establece una cotización ficticia en beneficio de las mujeres que hubieran dado a luz de 112 días completos por cada parto²⁴. La cotización ficticia de la

²² DA 60 LGSS: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragesima cuarta, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como periodo cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho periodo se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como periodo cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido.

2. En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del periodo de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas.

3. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el periodo de cuidado de hijo o menor, considerado como periodo cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.

²³ De hecho éste es el único sentido que cabe dar a la DA 60 que precisamente comienza señalando su aplicación *sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuadragesima cuarta*.

²⁴ DA 44 LGSS. Periodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la seguridad social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada

DA 44 LGSS se aplica a las mujeres trabajadoras en el momento del acceso a las prestaciones de jubilación o incapacidad permanente, con relación al tiempo de parto en el que no eran trabajadoras. La DA 60 tiene un ámbito aplicativo más extenso: se refiere a las personas (hombres o mujeres) que hubieran tenido un hijo por nacimiento o adopción en un momento en que se había producido una interrupción de sus carreras de cotización (entre los nueve meses anteriores al nacimiento o tres meses anteriores a la adopción y la finalización del sexto año posterior a dicha situación). La cotización ficticia es inicialmente de 112 días por hijo aunque progresivamente se irá ampliando hasta llegar a 270 días por hijo en 2019. Por lo demás, se establecen límites máximos a la cotización ficticia de la DA 60 LGSS que, sumada a la que procediera por aplicación de la cotización ficticia establecida en el art. 180 LGSS, no puede exceder de cinco años en total para el beneficiario, para toda su carrera laboral.

La difícil redacción de la DA 60 y sus incomprensibles condiciones son tan solo algunas de las críticas que merece. Por lo demás, no se acierta a comprender la configuración acumulada de la cotización ficticia contenida en la DA 44 y la de la DA 60 LGSS. Sin duda el beneficio podía haber sido más generoso, más imaginativo y sobre todo más claro porque termina concediendo una gran cantidad de días de cotización ficticia (cuando concurren los requisitos para la aplicación de la DA 44 LGSS y de la DA 60 LGSS) a un supuesto que no lo justifica.

- b) La Ley 27/2011 establece también como mecanismo compensatorio del perjuicio ocasionado por el alargamiento de las carreras profesionales una ampliación de la cotización ficticia prevista para la excedencia por cuidado de hijos. Ello ha supuesto la reforma del art. 180.1 LGSS²⁵, elevándose el tiempo de cotización ficticia en caso de excedencia por cuidado de hijos de los dos años actuales a tres. El hecho de que se haya ampliado la cotización ficticia en excedencia por cuidado de hijos pero no en excedencia por cuidado de familiares resulta ciertamente paradójico. Y ello porque en demasiadas ocasiones el cuidado requerido por sujetos familiares dependientes no tiene establecidos mecanismos de atención social válidos o suficientes, lo que implica que, con frecuencia, dicho cuidado exija el abandono temporal del puesto de trabajo por me-

parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

²⁵ Que queda del siguiente modo: *Los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.*

dio de la excedencia para cuidado de familiares. En cambio la excedencia por cuidado de hijo suele obedecer a opciones personales de unidades familiares con suficientes recursos que optan por asumir directamente el cuidado y atención de los menores de 3 años, en lugar de delegar su cuidado en los servicios comunitarios de cuidado. Sin embargo, la excedencia motivada por cuidado de familiar mantiene la antigua cotización ficticia por el tiempo máximo de un año, sin que la nueva ley le haya configurado ninguna extensión similar a la existente para la excedencia por cuidado de hijos. Resulta claro que el legislador no ha tenido la suficiente habilidad para detectar aquellas situaciones vinculadas al cuidado que merecen especial atención por parte del ordenamiento a efectos de ser promovidas y garantizadas. Ha llevado a cabo, en cambio, una actividad un tanto caprichosa de supuesta corrección del impacto de género que presenta importantes carencias y que no es necesariamente la económicamente más eficiente.

Pero en todo el sistema de reformas y pretendidas correcciones de la Ley 27/2011 surge la siguiente reflexión: Uno de los aspectos que más rotundamente ha justificado la reforma operada en el sistema de Seguridad Social por medio de la Ley 27/2011 es el de la inversión de la pirámide poblacional. Así pues, una de las principales razones de que se promueva la permanencia en el mercado de trabajo y de que se endurezcan los requisitos de acceso a las pensiones es la imposibilidad de que una decreciente población activa sostenga a una creciente población pasiva. Llama la atención, sin embargo, que la normativa de los últimos meses, incluyendo la de seguridad social, haya renunciado definitivamente a promover la natalidad por medio de políticas efectivas de corresponsabilidad, lo que constituiría el mecanismo más eficiente para corregir el temido desequilibrio entre población activa y pasiva. Al contrario, la reforma acometida implica, como se ha expuesto, graves perjuicios a las carreras profesionales irregulares, que no se compensan ni remotamente por los mecanismos compensatorios establecidos fundamentalmente en torno a escasas y complejas cotizaciones ficticias. En lugar de renunciar definitivamente a la virtualidad que puede tener la normativa laboral y de Seguridad Social para alterar las tasas de natalidad, se debía haber acometido una política efectiva para la corresponsabilidad que, de un lado, facilitara la permanencia en el trabajo (derecho a la presencia por medio de derecho subjetivo pleno de ajuste de jornada), que asegurara la corresponsabilidad efectiva (permiso de paternidad) y que, de otro, compensara cualquier repercusión que la crianza de los hijos pudiera tener en el desarrollo de la carrera de cotización. Resulta claro que solo la atención a estos factores puede ser efectiva para alterar los patrones de natalidad.

Debiera plantearse, al respecto, que los cambios operados en el sistema de pensiones perjudican más al colectivo de mujeres que al colectivo de hombres por lo que una corrección efectiva de los efectos perversos de una reforma del sistema

de seguridad social como la acometida debería utilizar una perspectiva compensatoria de género. No puede olvidarse que la irregularidad de las carreras profesionales de las mujeres no se debe solo a las situaciones de maternidad/cuidado reales y efectivas, sino al hecho de que dichas situaciones se anticipen por parte del empresariado, provocando discriminación laboral de la mujer durante su edad fértil. Factores como la simple y llana discriminación laboral, que hace a las mujeres más vulnerables a la continua rotación²⁶; o el mayor tiempo que éstas invierten en formación a efectos de compensar una desigual consideración social, sobre todo para el acceso a puestos en los que se encuentran infrarrepresentadas, provocan un efecto ralentizador de sus carreras profesionales. Por ello, si efectivamente resultaba necesario que la reforma de Seguridad Social afectara a la edad ordinaria de jubilación, tal vez debiera haberse considerado el establecimiento de diferentes edades de acceso a la jubilación en razón del género, tal y como se establece en otros países, incluso con menores diferencias de carácter laboral entre géneros²⁷.

Tampoco se han sugerido medidas correctoras de reparto entre miembros de la unidad familiar a efectos de que la cotización del sujeto con cotización efectiva mayoritaria pueda transferir parte de las mismas al sujeto con cotización minoritaria por dedicación familiar, al estilo de las que existen en países como Suecia²⁸. Se ha optado por el más simple de los planteamientos, renunciando al establecimiento de una política de corresponsabilidad susceptible de establecer un nuevo marco de relaciones. Es necesaria una perspectiva de la conciliación/corresponsabilidad susceptible de alterar roles y conciencias, lo que requiere una mayor amplitud de miras.

3.2.2. *Las deficiencias de las últimas prestaciones relacionadas con el cuidado y la corresponsabilidad*

(i) El establecimiento de la prestación de paternidad en 2007, siquiera con la escasa duración prevista (13 días) y con sus muchas rigideces (*supra*) parecía configurar un nuevo momento en la configuración de la corresponsabilidad como concepto tendente a sustituir las políticas de conciliación desfasadas que, hasta la fecha, habían caracterizado el marco normativo en nuestro país. La escasa duración inicial se preveía transitoria, siendo el objetivo final que la prestación llegara a durar cuatro semanas. En 2009 se estableció que en 2011 la prestación de paternidad duraría cuatro semanas. Como se sabe, sin embargo, en la Ley de Presupuestos para 2011 se suspendió la extensión de esta prestación hasta 2012, como medida de contención de gasto.

²⁶ Al respecto, por todos, Gálvez (2011).

²⁷ Un estudio de carácter estadístico acerca de las edades oficiales y reales de acceso a la jubilación en los países que componen la Unión Europea por Romans (2007).

²⁸ Refería esta particularidad del sistema de pensiones en Suecia, en Ballester Pastor, A., 1995, p. 87.

La suspensión del incremento de su duración a cuatro semanas ha evidenciado que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en épocas de crisis en lugar de una inversión para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social. De hecho los países nórdicos que instauraron el permiso de paternidad como estrategia de fomento de la natalidad tienen efectos constatados al respecto. Curiosamente la actual duración de 13 días sí que constituye un gasto totalmente innecesario, puesto que es una duración claramente insuficiente para la inversión de roles y para alterar la desconfianza empresarial frente a la asunción femenina prioritaria de las responsabilidades familiares.

(ii) La reciente configuración de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quater LGSS²⁹ y RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave) podría tener efectos perversos³⁰ desde

²⁹ Artículo 135 quáter. *Situación protegida y prestación económica.*

Se reconocerá una prestación económica a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado del menor/les que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica.

Será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50% de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle.

³⁰ Un interesante análisis crítico de esta prestación, en el que se destaca la cortedad de miras del legislador, por Lousada Arochena, 2011, p. 7.

el punto de vista de la corresponsabilidad puesto que los permisos de larga duración retribuidos al 100% tienden a favorecer el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo. Ciertamente no se trata de una figura que constituya ausencia completa sino mera reducción de la jornada de trabajo, pero esta reducción debe ser de, al menos, el 50%, lo que puede implicar riesgos tan importantes como las ausencias completas. De hecho ni siquiera los países con tradición de corresponsabilidad más enérgica tienen configurados permisos de esta naturaleza. Ciertamente se trata de una situación lo suficientemente grave e intensa como para justificar cierta generosidad, pero ello no debiera impedir favorecer al mismo tiempo la corresponsabilidad, (i) lo que podría haberse conseguido más fácilmente si se hubieran establecido derechos de mayor alcance cuando el permiso fuera disfrutado por ambos progenitores y no por uno solo (por ejemplo, garantizar el 100% solo cuando hay reparto en la reducción, no evitando la reducción de ambos —como actualmente sucede— sino promovéndola, siquiera con límites). (ii) También hubiera resultado adecuado que el ámbito de los sujetos beneficiarios se hubiera extendido a miembros de la unidad familiar extensa, algo que resulta bastante consecuente con el tipo de vínculos familiares en nuestro país y que ayudaría a repartir entre más sujetos las actividades de cuidado. Incluso podría haberse establecido, con algunas excepciones, un límite de duración máxima para cada sujeto, lo que favorecería la alternancia. (iii) Finalmente, debiera tenerse en cuenta que las figuras de reducción de jornada tienden a incrementar el trabajo del resto de compañeros e incluso del/a propio/a trabajador/a en reducción, por lo que resulta necesario incentivar la contratación de trabajadores interinos (o incluso penalizar su falta de contratación). Teniendo en cuenta que en el presente caso la reducción de jornada está subvencionada por la seguridad social debiera garantizarse que el empresario no termina beneficiándose (por una reducción global del coste del factor trabajo) de esta situación. Ello obliga, primero, a una flexibilización de la figura de la interinidad y, después, al establecimiento de medidas efectivas de fomento de la contratación (mantenimiento del coste anterior e incluso penalización si no se contrata en interinidad, como en el caso del contrato de relevo).

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, A. (1995): «La reforma del sistema de pensiones en Suecia o los nuevos límites del Estado del bienestar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 20, p. 87.
- BALLESTER PASTOR, A. (2010): «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: reformas, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Revista de Derecho Social*, n.º 51, pp. 31-66.
- CABEZA PEREIRO, J. (2005): «La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa», *Revista de Derecho Social*, n.º 31, pp. 25 y ss.

- GALA DURÁN, C. (2005): «De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares. ¿Es inconstitucional el art. 211.1 LGSS? Comentario al Auto del TSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2005», *Iuslabor*, n.º 4.
- GÁLVEZ (2010): «La nueva reforma. Las pensiones y las mujeres», <http://www.noalmaltrato.com/2011/01/la-nueva-reforma-las-pensiones-y-las-mujeres/>
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2011): «Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave», *Actualidad Laboral*, n.º 8, p. 7.
- ROMANS (2007): «The transition of women and men from work to retirement», *Statistics in focus. Population and social conditions*, n.º 97.

LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO COMO PARADIGMA DE DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA*

J A I M E C A B E Z A P E R E I R O

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

ABSTRACT

■ *El objeto del presente trabajo consiste en reflexionar acerca de la discriminación por razón de sexo en materia de retribución, analizando el contexto o las eventuales causas de aquélla tomando en consideración la jurisprudencia más importante dictada sobre la cuestión.*

Palabras clave: discriminación, retribución, sexo.

■ *Ordainsarietan izaten den sexuagatiko diskriminaziori buruz gogoeta egitea da lan honen xedea. Diskriminazioaren testuingurua edo balizko arrazoiak aztertuko ditugu, gai horren gainean emandako jurisprudentzia garrantzitsuena aintzat hartuta.*

Gako-hitzak: diskriminazioa, ordainsaria, sexua.

* Este trabajo se inserta en los resultados del proyecto de investigación *Conciliación y empleo: instrumentos para la inserción y la tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares*, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

■ *The aim of this work is to reflect on discrimination on grounds of gender with regard to pay, by analyzing the context or possible causes of this, taking into consideration the most important jurisprudence passed on this matter.*

Key words: discrimination, pay, gender.

I. Presupuestos

Los salarios de las mujeres son inferiores que los de los hombres. Esta afirmación, confirmada por todas las estadísticas, constituye un punto de partida insoslayable. Por supuesto que hay mujeres que perciben salarios muy elevados y hombres cuyos salarios son bien modestos. Pero los grandes números ponen de relieve una brecha salarial importante, de la cual los datos en el Reino de España son fiel reflejo de lo que sucede en toda la Unión Europea: una diferencia variable, en función de las estadísticas que se utilicen, pero superior en todo caso a los diecisiete puntos porcentuales. En esta concreta materia, nuestra realidad se sitúa muy próxima al promedio de los demás Estados Miembros.

Afirmada la menor retribución femenina, podrían buscarse explicaciones concretas, que en casos específicos valieran para justificar el mayor salario de un trabajador en comparación con una trabajadora. Por ejemplo, pueden ser diferentes sus respectivas situaciones individuales, en términos de que acaso la formación del primero resulte más apropiada que la de la segunda, o que sea mayor su experiencia profesional, o que existan condicionantes derivados de la edad de uno y otra. Puede que un hombre cobre más que una mujer a causa de la modalidad de contrato que ostenten ambos. Quizá ella mantenga una relación atípica —temporal, a tiempo parcial, de autónoma, cedida por una empresa de trabajo temporal...—, aunque tal circunstancia ubicaría el debate en el contexto de la discriminación por la modalidad de contrato, prohibida por algunas Directivas¹. Por supuesto que muchas explicaciones pueden encontrarse en aspectos tan relevantes como los sectores productivos en los que se desarrollen los trabajos de la mujer y del hombre que se comparan a título individual, o el ámbito geográfico en que presten sus servicios. Asimismo, la dimensión de la empresa y su concreta estructura pueden ser circunstancias que afecten sustancialmente.

Es decir, la comparación singular de dos personas que trabajen, una y otra de sexos opuestos, puede encontrar argumentos más que suficientes que expliquen la diferencia retributiva, por muy pertinente que pueda parecer a pri-

¹ Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Directiva 99/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, y Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

mera vista el contraste entre sus respectivos salarios. Pero cuando se trasciende el plano individual y se alcanza el colectivo, las explicaciones singulares pierden validez. O por lo menos exigen revisarse desde un prisma distinto. En este punto, la discriminación puede formularse como hipótesis, y aventurarse que probablemente la brecha salarial existe porque las mujeres están discriminadas salarialmente en relación con los hombres.

La diferente retribución puede producirse entre dos personas que realizan un trabajo igual o que desempeñan un trabajo de igual valor. En el primer caso, la identidad del contenido de la prestación de servicios —o su especial cercanía— produce que resulte muy fácil apreciar *prima facie* la disparidad de tratamiento, de tal forma que el análisis se desplaza más bien a las posibles causas que, lícitamente, la justifiquen. En el segundo, el contraste resulta más complejo, pues se extiende también a la propia apreciación de si resulta pertinente comparar dos puestos distintos.

Con todo, el estudio del distinto salario derivado de trabajo de igual valor pone en la senda de la discriminación indirecta —o del *disparate impact*—, ámbito éste en el que en términos más interesantes se ha planteado el debate en torno a la discriminación por razón de sexo. Este «impacto adverso» pone en la pista de determinadas concepciones que acaso subyacen en el perjuicio que sufren la mayoría de las mujeres, en este caso en el ámbito de la remuneración. Puede tratarse de que se le concede una menor importancia a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres, por una especie de devaluación de lo femenino. Y también de que existe una muy marcada diferencia entre trabajos «de hombres» y trabajos «de mujeres» porque el mercado laboral está segregado de forma muy notoria. Asimismo, de que se adoptan decisiones que no tienen otra base que la obediencia a ciertos estereotipos o el seguimiento de algunas tradiciones, unos y otras perjudiciales para las trabajadoras. Del mismo modo, de la asunción predominante por ellas de tareas de cuidado, en particular de las obligaciones familiares, y su difícil conciliación con las que se derivan del contrato de trabajo.

II. Fuentes normativas

El elenco de fuentes normativas en esta materia resulta muy vasto. Prescindiendo de otros instrumentos internacionales de contenido más genérico, la fuente más importante en el ámbito de Naciones Unidas es el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).² Su art. 11.d) impone el deber a los Estados partes de adoptar todas las medidas

² Ratificado por el Reino de España el 5 de enero de 1984.

apropiadas a fin de evitar la discriminación entre mujeres y hombres y de asegurar a todas las mujeres, en condiciones de igualdad «*el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo*». Más específico es el Convenio n.º 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, de 1951⁴, del que merece destacarse su art. 2, conforme al cual «*1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios*».

Ya en referencia al Consejo de Europa, es básica la alusión a la Carta Social Europea de 1961⁴, revisada en 1996⁵ y a su art. 4.3 que, bajo la rúbrica «*derecho a una remuneración equitativa*», expresa que «*...las partes contratantes se comprometen...a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor*».

Ya en cuanto a la normativa de la Unión Europea, el derecho originario incorporó, desde el Tratado de Roma de 25 marzo 1957, una alusión a la no discriminación salarial, en concreto en su art. 119, que expresaba el principio de igual salario por trabajo de igual valor, en los siguientes términos: «*cada Estado miembro garantizará, durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*». Y así se mantuvo hasta el Tratado de Ámsterdam, en el que se incorporó en el propio art. 119 el derecho a igual salario por trabajo de igual valor, que luego pasó a numerarse como art. 141 del texto consolidado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: «*cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor*». Y añade en su apartado 3 que «*el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un*

³ Ratificado por el Reino de España el 6 de noviembre de 1967.

⁴ Ratificada por el Reino de España por instrumento de 29 de abril de 1980.

⁵ Dicha revisión ha sido firmada por el Reino de España con fecha de 23 de octubre de 2000.

trabajo de igual valor»⁶. Así transita el precepto hasta el actual art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—⁷.

No obstante, el Derecho derivado incorporó antes el concepto del trabajo de igual valor, con ocasión de la Directiva 75/117/CEE. Cabe destacar, muy en particular, su art. 1: «*el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará «principio de igualdad de retribución», implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo*». Por consiguiente, no es hasta 1975 cuando el Derecho Comunitario incorpora formalmente, y sólo a nivel de derecho derivado, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Pero, al margen del rango normativo, conviene precisar que, en su origen, los objetivos del art. 119 del Tratado de Roma eran predominantemente económicos, vinculados a la competencia entre los Estados Miembros, para que no se viera distorsionada a causa de que en alguno de ellos existiesen cláusulas más laxas al respecto⁸. Así se expresa claramente en la exposición de motivos de la Directiva 75/117/CEE, cuyo primer considerando se pronuncia como sigue: «*considerando que la realización del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado co-*

⁶ Conviene reiterar su apartado 2, que transitó sin mayores cambios desde la versión originaria del art. 119 en 1957: «*se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:*

- a) *que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;*
- b) *que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».*

⁷ Con la única diferencia de que en el apartado 3, donde decía «*el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social*», dice ahora «*el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social*».

⁸ Como se expresa en la sentencia de 8 abril 1976, asunto 43/75, *Defrenne II*, «*habida cuenta de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, el artículo 119 está concebido para evitar que, en lo que a la competencia intracomunitaria se refiere, las empresas radicadas en Estados que efectivamente hayan establecido el principio de igualdad de retribución no sufran merma alguna en el ámbito de la competencia en relación con las empresas sitas en Estados que todavía no hayan eliminado la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina*».

mún». En realidad, no es hasta el Tratado de Ámsterdam cuando el principio de igualdad retributiva se tiñe de un claro matiz social, y el derecho a la igualdad se desgaja totalmente de componentes de mercado común. Como expresa ahora el art. 10 del TFUE, «*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo*». Por su parte, el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea establece que «*la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*».

Por lo que respecta a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hay que hacer alusión al art. 23, inciso primero —«*igualdad entre mujeres y hombres*»—, de conformidad con el cual «*la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*».

En la actualidad, la Directiva 75/117/CEE ha sido compilada en la Directiva 2006/54/CE, que a su vez también ha incorporado la Directiva 76/207/CEE, modificada por Directiva 2002/73/CE, así como la Directiva 97/80/CE. La 2002/73/CE introdujo algunas reglas instrumentales que también tienen su utilidad en el ámbito de la discriminación retributiva. Entre ellas, una definición de discriminación indirecta —art. 2.1.b)—, que hunde sus raíces en la Directiva 97/80/CE, pero que se modifica sustancialmente en la Directiva 2002/73/CE, en los términos que siguen: «*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*». También, un concepto de «retribución», en el art. 2.1.e): «*el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo*». U otro, relativo a regímenes profesionales de Seguridad Social⁹, los cuales, por oposición a los regímenes legales de la Directiva 79/7/CEE, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del principio de no discriminación retributiva. Y, sin duda, es de singular importancia todo el Tít. III el cual, bajo la rúbrica «*disposiciones horizontales*» aborda el problema fundamental de la efectividad

⁹ Art. 2.1.f): «*los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social [16], cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa*».

de los derechos reconocidos en la Directiva, con un contenido que no tiene parangón en otras normas derivadas referidas a otras causas de discriminación.

Su art. 4 reitera, en su esencia, el art. 1 de la Directiva 75/117/CEE. El mantenimiento, en sus líneas básicas, de la misma formulación del derecho a la igualdad retributiva produce que haya una cierta continuidad en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, de la que se hará análisis de detalle en las páginas que siguen, no sin antes describir la normativa interna española.

Prescindiendo del derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 de la Constitución, que constituye el marco básico en esta materia, debe tenerse muy en cuenta el desarrollo del mismo que se hace en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En concreto, su art. 6.2 que, con fidelidad, reproduce el concepto de discriminación indirecta antes expresado. Y su art. 3, que establece que «*el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo*». Pero más importancia, a los efectos de la discriminación retributiva, ostenta el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores —ET—. Sin que ahora se trate de repasar sus avatares, desde su versión original, pasando por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y hasta la versión actual, procedente de Ley 33/2002, de 5 de julio, éste es su tenor literal vigente, que debe considerarse adecuada trasposición del art. 4 de la Directiva 2006/54/CE, tal y como ha sido interpretado por el TJU: «*Igualdad de remuneración por razón de sexo. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla*».

Así expresado el marco normativo, ha dado lugar a una fecunda labor interpretativa por parte del TJU, que inicialmente ha bebido algo de las fuentes norteamericanas. Pero que ha generado una doctrina judicial bastante significativa, la cual ha sido asumida, en su esencia, por parte del Tribunal Constitucional español, a través de un pequeño grupo de pronunciamientos. Diversamente, la doctrina judicial ordinaria sólo de forma muy excepcional se ha acercado a esta materia, en unos términos que no aportan nada significativo al debate.

III. La no discriminación retributiva como fundamento de la Unión Europea

Ya se ha dicho que, en el marco del Derecho originario, sólo a partir de 1997 puede vislumbrarse un entendimiento del derecho a la no discriminación retributiva que se escapa del marco de la competencia entre los Estados Miem-

bros. Con todo, la doctrina judicial anticipó esta idea más de dos décadas, al elevarlo a fundamento de la entonces Comunidad Económica Europea. En efecto, en el asunto *Defrenne II* (1976), antes referenciado, se pretendió engarzar *ab initio* este derecho con una perspectiva más social, de acuerdo con la propia sistemática del Tratado CEE, conforme a la cual se tratase también de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los pueblos europeos¹⁰. Por consiguiente, «*de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad*».

En estas condiciones, el Tribunal muy pronto admitió que, si bien formalmente podría entenderse el art. 119 del Tratado como dirigido en exclusiva a los Estados, la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras «*se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares*»¹¹. Esta idea, que en realidad constituye una manifestación del efecto directo vertical y horizontal de ciertas disposiciones de la Unión Europea, se desarrolla en doctrina posterior¹². Y, por supuesto, afecta a la parte trabajadora, en el sentido de que ésta no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, de acuerdo con las normas internas que puedan existir en cada Estado Miembro. Antes bien, alcanza por supuesto a las personas que prestan sus servicios a la Administración Pública bajo cualquier modalidad de relación jurídica de trabajo por cuenta ajena y dependiente¹³. En un sentido opuesto, no ampara a las profesionales que desarrollen una profesión genuinamente como autónomas.

Y, más allá de estas ideas, es muy clara y recurrente la idea de la eficacia automática y *self executing* del ahora art. 157 TFUE. Esta idea ya se expresaba en el asunto *Defrenne II*: «*no se puede formular ningún razonamiento, contra el efecto directo, del empleo que hace este artículo del término principio, ya que en la terminología del Tratado, esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos*». Y ha sido reiterada con profusión en ulterior doctrina, que prescinde en muchas ocasiones de la Directiva de desarro-

¹⁰ «...Por otra parte, dicha disposición responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado... Dicha finalidad queda confirmada por la inserción del art. 119 en el conjunto del capítulo consagrado a la política social...»

¹¹ *Ibid.*

¹² Una síntesis de la misma en la sentencia de 18 de noviembre de 2004, asunto C-284-02, *Sass*.

¹³ Definiendo en términos amplios el concepto «trabajador», sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, *Allonby*. Expresa el Tribunal lo siguiente: «*cuando una persona sea trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de dicho artículo*». Incluso se expresa en esta sentencia que «*la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo*».

llo, por innecesaria para el conocimiento de concretas cuestiones, o la cita sólo a mayor abundamiento¹⁴.

IV. La discriminación directa y la indirecta, incluidas. La pertinencia de la comparación y el trabajo de igual valor

Ya se ha aportado el concepto de discriminación indirecta que, a modo de glosa de la doctrina judicial, aporta el art. 2 de la Directiva 2006/54/CE y, por extensión, en el ámbito interno el art. 6.2 de la LO 3/2007¹⁵. A este respecto, ya el punto de inflexión lo constituye la reiterada sentencia *Defrenne II*, que intentaba diferenciar, aunque a través de parámetros no del todo coincidentes con los actuales, ambos tipos de discriminación. En efecto, expresaba que «*procede establecer una distinción dentro del ámbito de aplicación global del artículo 119, entre, por una parte, las discriminaciones directas y abiertas, que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución referidos en el citado artículo y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional*»¹⁶.

No obstante, años antes ya el Tribunal Supremo Federal de USA había afirmado la inclusión del *disparate impact*, como categoría coincidente con la europea de la discriminación indirecta, en el ámbito de aplicación del Tít. VII de la *Civil Rights Act*, aunque en el ámbito de la discriminación racial. En un pronunciamiento de un gran valor histórico como fue la sentencia *Griggs v. Duke Power Company* (1971)¹⁷ se inició una senda controvertida y con bastantes pasos adelante y pasos atrás, pero que indudablemente tuvo influencia en las construcciones judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Años más tarde ya se aplica de un modo más actual la doctrina de la discriminación indirecta, cuando se expresa, en torno a una posible discriminación retributiva entre hombres y mujeres derivada de la supuesta ponderación excesiva del criterio del esfuerzo físico, que «*el principio de igualdad de retribución*

¹⁴ Por ejemplo, y entre otras muchas, sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-218/98, *Abdoulaye*.

¹⁵ Bueno es recordar el concepto de discriminación directa del art. 2 de la Directiva 2006/54/CE: «*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*». Definición que se reproduce, con ligeras variantes sintácticas, en el art. 6.1 de la LO 3/2007.

¹⁶ La misma doctrina en la sentencia de 31 de marzo de 1981, asunto 96/80, *Jenkins*.

¹⁷ 401 U.S. 424. Los requisitos que imponía la empresa para acceder a un empleo —la aportación de un título de educación intermedia o la superación de un test general de inteligencia— perjudicaban de forma desproporcionada a las personas de raza negra, sin que la empresa justificara que fueran necesarios para el desempeño de los puestos de trabajo afectados.

exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe realizarse. Por consiguiente, un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya un mismo valor debe ser retribuido de la misma manera, ya sea realizado por un hombre o por una mujer. Cuando para la determinación de la retribución se aplique un sistema de clasificación profesional, será necesario que éste utilice, por una parte, criterios que no sean diferentes según que el trabajo sea realizado, por un hombre o por una mujer, y, por otra parte, que no esté organizado, en su conjunto, de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación a los de otro»¹⁸.

Las primeras sentencias del TJU, en realidad, no planteaban grandes problemas en la aplicación del entonces art. 119 del Tratado de Roma, porque era evidente que los hombres y las mujeres se encontraban en situación comparable. Sin ahora detenerse mucho más, baste recordar que en el asunto *Defrenne II* se trata de la diferencia de retribución entre azafatas y auxiliares de vuelo, cuyo trabajo es idéntico, como afirmaba la resolución de remisión de la cuestión prejudicial. En el asunto *Jenkins* (1981), la diferencia objetiva estribaba en que se refería a una trabajadora a tiempo parcial, pero que realizaba las mismas funciones que los trabajadores a jornada completa, para una empresa productora de prendas de vestir para mujeres. Bien es cierto que en ella se plantea el entonces novedoso problema del empleo a tiempo parcial, pero no el de la pertinencia del tercero de comparación. Más complejo era ya el problema suscitado en el asunto *Rummler*, pero el Tribunal no aborda expresamente espinosos problemas a los que pronto tendría que enfrentarse.

Antes que nada, hay que valorar la pertinencia de la comparación. Esto es, que los trabajadores y las trabajadoras implicadas en la comparación se encuentran en una situación comparable. Se trata, desde luego, de una cuestión muy casuística, pero que puede describirse, vg., con la referencia a la sentencia que resolvió el asunto *Hlozek*¹⁹. En ella, se expresa que «el principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable (véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1993, *Roberts*, denominada «*Birds Eye Walls*», C-132/92, apartado 17; de 13 de febrero de 1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, apartados 16 a 18; *Abdoulaye y otros*, antes citada, apartado 16, y de 13 de diciembre de 2001, *Moufflin*, C-206/00, apartado 28)». A partir de esta idea, el TJU entendió, con un argumento bastante elaborado, que no era discriminatorio, en el marco de un proceso de reestructuración empresarial, concederles a las mujeres una asignación de transición a una edad inferior a los hombres, puesto que la edad legal de jubilación de unas y otros era diferente.

¹⁸ Sentencia de 1 de julio de 1986, asunto C-237/85, *Rummler*.

¹⁹ Asunto C-19/02, sentencia de 9 de diciembre de 2004.

Es una cuestión espinosa el análisis de la pertinencia, pero que, en realidad, debe valorar, de forma casuística, el órgano judicial interno al que compete la resolución de la demanda. En el fondo, se trata del problema conceptualmente más difícil del derecho antidiscriminatorio. En un tiempo en el que la igualdad sustancial genera una serie de paradojas y aporías importantes. Puede implicar, más que tratar igual a los iguales, tratar diferente a los diferentes. Porque, como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 14 de febrero de 1995²⁰, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. A este respecto, bueno es recordar la doctrina del asunto *Abdoulaye* (1999): «*el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas*».

En estas condiciones, la pertinencia del tercero de comparación constituye un problema muy esquivo a resolverse con pautas generales. En primer lugar, habría que definir los parámetros del trabajo igualmente valioso y luego admitir ciertos criterios de distinción, que puedan considerarse en sí mismos admisibles dentro de la prohibición de la discriminación sexista. También, aceptar que incluso casos en los que los trabajos no son estrictamente del mismo valor cabría apreciar discriminación sexista. Por ejemplo, cuando el tercero de comparación es un trabajador varón cuyo trabajo es de inferior valor pero, pese a ello, cobra más salario que la mujer demandante²¹. En realidad, la jurisprudencia del TJU no resulta muy concluyente en la definición del tercero de comparación. Puede añadirse que no es necesario que la fuente reguladora del salario de las dos personas o grupos puestos en comparación sea la misma. Es decir, aunque uno de ellos se rija por una norma convencional y el segundo por otra distinta, igualmente cabe concluir que se produce un distinto tratamiento de supuestos homologables²². En cuanto a los criterios de distinción, la doctrina judicial ha hecho hincapié en la admisibilidad del esfuerzo físico como criterio de deslinde, en unos términos eclécticos y partiendo de la base

²⁰ Asunto C-279/93, *Schumacker*.

²¹ Es el caso de la sentencia de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86, *Murphy*.

²² Así se expresa claramente en la sentencia de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, *Enderby*: «*el hecho de que la determinación de las retribuciones controvertidas sea el resultado de negociaciones colectivas que se llevaron a cabo de forma separada para cada uno de los dos grupos profesionales afectados y que no tuvieron efecto discriminatorio dentro de ninguno de ambos grupos no obsta para comprobar la existencia de una discriminación aparente, desde el momento en que dichas negociaciones dieron lugar a resultados que ponen de manifiesto una diferencia de trato entre dos grupos que tienen el mismo empleador y el mismo sindicato*».

de que se trata de un criterio que, desde una perspectiva empírica y estadística, favorece más a los hombres que a las mujeres²³.

Desde otro punto de vista, se pueden identificar criterios que generan una suposición *prima facie* de que acaso exista una discriminación por razón de sexo. El más claro, que ya ha sido aludido en referencia al asunto *Jenkins* (1981), es el tratamiento peyorativo hacia los trabajadores a tiempo parcial, por la evidente feminización de este colectivo²⁴. También ha sido reconocido por la doctrina judicial, sin perjuicio de lo que más tarde habrá de decirse en cuanto a la justificación, la desproporcionada toma en consideración de la antigüedad, cualidad ésta que adorna más a los hombres que a las mujeres²⁵. Y asimismo ha sido contemplada, aunque de forma más indirecta²⁶, la cuestión de si el contrato de duración determinada está feminizado, aunque la reflexión sería muy distinta y especial en el Reino de España, en el que los elementos cuantitativos y cualitativos del mismo son muy especiales.

Es relativamente factible en la mayoría de los casos apreciar que existe un trato peyorativo hacia personas o colectivos feminizados. Pero en ocasiones no va a ser fácil aislar la causa de la diferencia. Puede suceder, por ejemplo, que se trate de un sistema retributivo caracterizado por una falta absoluta de transparencia, de tal modo que sólo pueda llegarse a la conclusión que, en promedio, los hombres cobren más que las mujeres. En estos casos, la doctrina judicial de la Corte de Luxemburgo se inclina por atribuir la carga de la prueba al empresario, que debe acreditar el carácter neutro del sistema retributivo aplicado²⁷.

²³ Así se expresa en la antecitada sentencia resolutoria del asunto *Rummler* (1986): «aunque un criterio determinado, como el del esfuerzo muscular exigido, pueda de hecho favorecer a los trabajadores masculinos, ya que se supone que en general su fuerza física es superior a la de los trabajadores femeninos, es necesario, para examinar su carácter discriminatorio, considerarlo en el conjunto del sistema de clasificación profesional, con respecto a otros criterios que intervienen para la determinación de los niveles de retribución. Un sistema no es necesariamente discriminatorio únicamente por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres. Para no ser discriminatorio en su conjunto y responder así a los principios de la Directiva, un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido, sin embargo, de tal manera que implique, si la naturaleza de las tareas de que se trata lo permite, empleos a los que se atribuya un mismo valor y respecto de los que se tengan en cuenta otros criterios con relación a los cuales los trabajadores femeninos pueden presentar especiales aptitudes».

²⁴ Una sentencia asimismo relevante, la de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus*. Un caso muy claro, el del trabajo compartido, en la sentencia de 17 de junio de 1998, asunto C-243/95, *Hill y Stapleton*. Más recientemente, y en cuanto a la retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Vojf*.

²⁵ Ya desde la antecitada sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, *Danfoss*.

²⁶ Vg., en la sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour Smith y Laura Pérez*.

²⁷ En este sentido, la sentencia del asunto *Danfoss* se expresa como sigue: «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 trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos».

Por otra parte, cuando en la estructura salarial exista algún plus de puesto de trabajo derivado de las especiales condiciones en las que se desarrolla la prestación de servicios —vg., un «plus de horarios incómodos»—, dicho complemento debe ser excluido para verificar el salario que se le paga a unos y otros trabajadores²⁸.

Otra cuestión que ha sido objeto de tratamiento por parte de la doctrina del Tribunal de Justicia ha sido la relativa a la utilización de la prueba estadística, a los efectos de que se esté produciendo un impacto adverso o un perjuicio en un colectivo feminizado. Esta prueba ha tenido una gran importancia, y la sigue teniendo, al menos desde una perspectiva potencial, a la hora de acreditar discriminaciones indirectas. Sobre ella se ha pronunciado el Tribunal en el antedicho asunto *Seymour Smith* (1999), en cuanto a la forma de valorar más correctamente las estadísticas²⁹.

No obstante, no debe dejar de apuntarse que la importancia de esta prueba, con mantenerse como fundamental en los asuntos de discriminación retributiva, ha disminuido algo a la vista de cómo ha evolucionado el propio concepto de discriminación indirecta. En la Directiva 97/80/CE —art. 2.2— se establecía que «*a efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*». Pero, en la Directiva 2006/54/CE —que compila la anterior— se sustituye la definición desde «*afecte a una proporción...*» con la siguiente redacción alternativa: «*sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*». Es decir, ya no se trata tanto de afectar a colectivos de personas como de causar desventajas particulares a personas de un sexo determinado. Como quiera que esta definición data, por lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, de la Directiva 2002/73/CE, todavía no existe doctrina judicial del TJU que explicita el alcance de este cambio normativo, pero sin duda debe afectar la manera en que se aprecia la discriminación retributiva.

Desde un último punto de vista, no se ha admitido en este ámbito la utilización de un tercero de comparación hipotético. Se trata de una orientación que

²⁸ Sentencia de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen*.

²⁹ «*El mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro*».

poco a poco va tomando cuerpo en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio. Incluso en alguna Directiva se encuentra alguna aproximación a este tipo de técnicas cuando se regula el principio de igualdad. Por ejemplo, en la definición del mismo en la Directiva 2008/104/CE, a la hora de establecer las condiciones sustanciales de empleo en las que se aplica a los trabajadores cedidos a empresas de trabajo temporal. Puede apreciarse en su art. 5.1 cómo esta norma derivada utiliza el criterio de las condiciones que disfrutaría el propio trabajador si hubiera sido contratado directamente por la empresa usuaria³⁰. A la vista de la definición que hace la Directiva 2006/54/CE, tanto de la discriminación directa como de la indirecta, no hay óbice normativo para que la doctrina judicial abrace en un futuro la posibilidad de recurrir a los terceros hipotéticos.

V. El concepto «retribución»

Ya en su versión originaria, el art. 119 del Tratado aportó una definición de retribución que se ha mantenido invariada en la versión actual del art. 157 TFUE. No obstante esta definición, la doctrina del TJU ha sido decisiva para la inclusión de conceptos *a priori* dudosos. Puede afirmarse que se ha producido una interpretación en clave expansiva que, en el ámbito interno, propició la modificación del art. 28 ET por la Ley 33/2002. Ya en sus primeros pronunciamientos pudo intuirse esta orientación, cuando se expresó, *vg.*, que sólo las prestaciones de Seguridad Social reguladas por Ley sin intervención alguna de elementos de concertación quedan fuera del concepto de retribución³¹. O que ciertas ventajas especiales en materia de transporte, otorgadas por el empresario pese a no estar contractualmente obligado a ello, y que se mantenían aún después de la jubilación, se incluían en el ámbito del art. 119 del Tratado de Roma³². Más adelante, en el asunto *Barber*³³, se afirmó que se incluía una in-

³⁰ «Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto».

³¹ Sentencia de 25 de mayo de 1971, asunto 80/70, *Defrenne (I)*. Años más tarde, en el asunto *Bilka-Kaufhaus*, se insistió en esta doctrina: «se debe concluir diciendo que el régimen de pensiones de empresa considerado en el litigio principal no constituye un régimen de seguridad social directamente regulado por la ley y, por consiguiente, excluido del ámbito de aplicación del artículo 119, y que las prestaciones concedidas a los empleados en virtud del régimen objeto de litigio constituyen un beneficio pagado por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 119». También, en el asunto *Barber*, se expresó en positivo que «las pensiones pagadas por los planes convencionalmente excluidos del régimen general constituyen, sin duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y, por consiguiente, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado».

³² Sentencia de 9 de febrero de 1982, asunto 12/81, *Garland*.

³³ C-268/88, sentencia de 17 de mayo de 1990.

demnización por despido³⁴. Y también, en otras sentencias, la obligación de la empresa de continuar el pago del salario de un trabajador durante su enfermedad³⁵. Y la indemnización, en forma de permisos retribuidos o de retribución de horas suplementarias, de cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de comités de empresa³⁶. Igualmente, y al estar basadas en la relación laboral, las gratificaciones que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de un contrato de trabajo, a una trabajadora durante su permiso de maternidad³⁷. O una denominada «gratificación por Navidad», la cual no puede dejar de pagarse a una trabajadora por el mero hecho de que esté disfrutando de un permiso parental³⁸.

A partir de este caudal de doctrina, resulta de particular importancia cómo se extiende el concepto «retribución» a los sistemas profesionales de Seguridad Social, de modo que, en la práctica, se produce una alternatividad entre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE y de la Directiva 79/7/CEE. Después del asunto *Barber*, hay que citar el muy relevante asunto *Beune*³⁹, que claramente sitúa en la órbita del art. 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117/CEE un régimen de Seguridad Social y de pensiones de funcionarios: «*un régimen de pensiones de la función pública, de las características del controvertido en el procedimiento principal, que está en función, esencialmente, del empleo que ocupaba el interesado, está vinculado a la retribución que obtenía este último y entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 119*». Por consiguiente, el mero hecho de que un sistema que se aplica directamente en un sector determinado, como en la función pública, resulte obligatorio o se regule en sus aspectos básicos por ley, no es suficiente para excluirlo del art. 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE, si está financiado exclusivamente mediante aportaciones de las partes y es resultado de un proceso de concertación⁴⁰.

³⁴ «Por lo que se refiere en particular a las indemnizaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido, procede decir que éstas constituyen una forma de retribución a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, que permite facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo y que le garantiza una fuente de ingresos durante el período de búsqueda de un nuevo trabajo. De ello se deduce que las indemnizaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido están comprendidas, en principio, dentro del concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado». Sobre este tema también se pronunció la sentencia resolutoria del asunto *Seymour-Smith* (1999).

³⁵ Sentencia de 13 de julio de 1989, asunto 171/88, *Rinner-Kühn* y sentencia de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, *McKenna*.

³⁶ Sentencia de 4 de junio de 1992, asunto C-360/90, *Bötel*.

³⁷ Sentencia de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93, *Gillispie*, sentencia de 27 de octubre de 1998, asunto C-411/96, *Boyle* y sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto *Abdoulaye*, cit.

³⁸ Sentencia de 21 de octubre de 1999, asunto C-333/97, *Lewen*.

³⁹ Asunto C-7/93, sentencia de 28 de septiembre de 1994.

⁴⁰ Expresa esta sentencia que «*un plan de pensiones que es el resultado de una concertación entre interlocutores sociales y que está exclusivamente financiado por los trabajadores y los empresarios del sector de que se trata, sin ninguna intervención financiera de carácter público, está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 119, aunque los poderes públicos, a petición de las organizaciones patronales y sindicales interesadas, hayan declarado el régimen obligatorio para todo el sector profesional*».

Finalmente, todo este caudal de doctrina en torno a los sistemas profesionales y complementarios —en los que interviene el empresario— de Seguridad Social fue elevado a rango normativo por la propia Directiva 2006/54/CE, la cual, en sus arts. 5 ss., establece unas muy concretas reglas cuyo comentario se omite en estas páginas.

VI. Las justificaciones de la discriminación indirecta

Se trata ahora de analizar la salvedad del art. 2, que excluye la discriminación indirecta pese a que se le cause una desventaja particular a alguien en relación con las personas del otro sexo. A este asunto también ha prestado relativa atención el TJU, mediante el establecimiento de ciertos criterios los cuales, si bien no cierran de modo definitivo la cuestión, sí que aportan claras pistas orientativas. Puede citarse, en este sentido, la importante doctrina del asunto *Bilka* (1986). Parte de la idea de que el juez nacional es el único órgano competente para determinar si los motivos expresados por un empresario pueden ser considerados como razones económicas objetivamente justificadas. Ahora bien, añade, introduciendo criterios interpretativos, «cuando el Juez nacional constate que los medios elegidos por *Bilka* responden a una efectiva necesidad de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo que ésta persigue y son necesarios a tal fin, la circunstancia de que las medidas de que se trate afecten a un número muy superior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos no será suficiente para llegar a la conclusión de que implican una infracción del artículo 119».

A este pronunciamiento han seguido otros con orientaciones algo más precisas. Debe citarse, en primer lugar, el asunto *Danfoss* (1989). Además de atribuir la carga de la prueba a la empresa si el sistema retributivo adolece de falta de transparencia, enuncia interesantes criterios sobre la antigüedad, la formación profesional y la flexibilidad. El tema de la antigüedad enseguida habrá que retomarlo. En el de la formación profesional, admite que puede perjudicar a un número más alto de mujeres, por sus dificultades para trabajar a tiempo completo. No obstante, reconoce que «el empresario puede justificar la retribución de una formación profesional especial, demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador». Y, en cuanto al de la flexibilidad, llega a una conclusión similar, pero a partir de una hipótesis distinta, pues su impacto adverso entre las mujeres trabajadoras, como criterio de diferencia retributiva, es no ya una posibilidad sino una probabilidad⁴¹.

⁴¹ Argumenta al respecto el Tribunal: «si se entiende referido a la adaptabilidad del trabajador a horarios y lugares de trabajo variables, el criterio de la flexibilidad también puede ir en perjuicio de los trabajadores femeninos, quienes, por razón de las tareas domésticas y familiares de las que a menudo tienen la responsabilidad, tienen menos facilidad para organizar su tiempo de trabajo de un modo flexible como los trabajadores masculinos».

Más tarde, en el asunto *Enderby* (1993) expresa algunas ideas sobre otras razones empresariales. La sentencia, después de no considerar como justificación suficiente —como antes ya he apuntado— la circunstancia de que las condiciones de trabajo de la parte demandante y del tercero de comparación se regularan en convenios colectivos distintos, admite que la situación del mercado de trabajo puede constituir un argumento suficiente para mantener una diferencia salarial: *«la situación del mercado de trabajo, que puede llevar a un empleador a incrementar la retribución de un trabajo concreto para atraer candidatos al mismo, puede ser una de las razones económicas objetivamente justificadas a efectos de la jurisprudencia antes citada. La determinación del alcance exacto de un factor de este tipo en las circunstancias de cada caso requiere una apreciación de los hechos y, por consiguiente, es competencia del órgano jurisdiccional nacional»*. Se trata de un argumento de interés, que no ha vuelto a expresarse con posterioridad por el Tribunal, pero que merecería un mayor análisis. Porque el mercado de trabajo está, sin duda alguna, profundamente condicionado por criterios de segregación laboral y por estereotipos. Dar por buena sin mayor aparato crítico la justificación esgrimida en términos de mercado puede suponer renunciar a la postre a dar la batalla contra muchas de las discriminaciones sistémicas que sufren las mujeres.

Particular interés ha tenido la justificación de la pertinencia del criterio de la antigüedad. El impacto adverso en las mujeres ya lo expresó el asunto *Danfoss* como una hipótesis⁴². Pero, en una argumentación breve, admitió que la empresa no necesitaba justificar por qué la tenía en cuenta, en estos términos: *«como la antigüedad es paralela con la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas, el empresario puede retribuirla sin tener que demostrar la importancia que reviste para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador»*. Años más tarde, la misma cuestión, aunque con perfiles distintos, volvió al TJU, en el asunto *Cadman*⁴³. En ella, desde luego, se reitera la doctrina sobre que no es necesaria esta justificación concreta de que se pague la antigüedad, pese a su carácter posiblemente lesivo hacia las trabajadoras en términos comparativos. Pero se añade algo más, pues pueden existir situaciones —las cuales deben ser evaluadas por el órgano jurisdiccional interno— en las que el empresario haya de justificar de forma circunstanciada la utilización del criterio de la antigüedad, si la parte demandante aporta datos que hagan surgir dudas fundadas de que resulte ese criterio idóneo para el desempeño concreto de las tareas encomendadas. Si así sucede, *«incumbe entonces al empresario acreditar que aquello que es cierto por regla general, a saber, que la antigüedad va de*

⁴² *«Es posible que pueda, igual que el de la formación profesional, redundar en un trato menos favorable para los trabajadores femeninos que para los masculinos en la medida en que las mujeres han entrado más recientemente que los hombres en el mercado de trabajo o sufren con más frecuencia una interrupción de su carrera»*.

⁴³ C-17/05, sentencia de 3 de octubre de 2006.

la mano con la experiencia y que ésta coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, lo es también en lo que atañe al puesto de trabajo de que se trata».

Esta doctrina judicial reviste un especial interés en el ámbito español, si se tiene en cuenta que las connotaciones tendencialmente perjudiciales para las mujeres del plus de antigüedad se incrementan, a causa de las características del mercado de trabajo interno, que sólo más tardíamente y con menor intensidad las ha incluido. Ellas, además, se exponen a más interrupciones en sus carreras profesionales a causa de la deficiente oferta de servicios públicos de cuidado y de las muy mejorables instituciones legales de conciliación de la vida familiar y laboral que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Y también es interesante porque sale al paso de ciertas opiniones que, con recurso evidente a técnicas de uso alternativo del derecho, habían expresado el carácter discriminatorio del complemento de antigüedad, a fin de eliminarlo de aquellas normas convencionales en las que encontraban fuertes resistencias a su supresión desde el banco social.

VII. Conclusión

Después de este análisis de doctrina del TJU, huelga describir la del Tribunal Constitucional español. En realidad, nada aporta con carácter adicional, básicamente porque todos los pronunciamientos relevantes relativos a discriminación retributiva datan de los años 90⁴⁴. Más bien habría que plantear una serie de comentarios valorativos acerca del escaso número de sentencias que, tanto en el ámbito de la doctrina judicial ordinaria como constitucional, se dictan en esta materia. Esta escasez es símbolo inequívoco de que los mecanismos de efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo, introducidos con la Directiva 2002/73/CE —y en el ámbito interno, por la LO 3/2007— no están funcionando verdaderamente. Sobre todo, porque los organismos públicos y privados en defensa de los derechos de la mujer y las organizaciones sindicales no están cumpliendo con su papel. Las figuras procesales de la legitimación ampliada o del coadyuvante no se están utilizando. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social no está planteando demandas de oficio y las autoridades laborales no impugnan directamente los convenios colectivos por discriminación bajo ningún concepto. Casi siempre a causa de una muy mal entendida responsabilidad política. Evidentemente, las mujeres víctimas de la discriminación retributiva no litigan porque están solas, aisladas y no tienen acceso a los datos que

⁴⁴ Fundamentalmente, SSTC 145/1991, de 1 de julio, 58/1994, de 28 de febrero, 286/1994, de 27 de octubre, 147/1995, de 16 de octubre, y 250/2000, de 30 de octubre. En unas se concede el amparo y en otras se deniega. Incluso, en algún caso —el de la última sentencia— con la singularidad de un voto concurrente.

sustenten sus posibles demandas. Ni siquiera les está dado ser conscientes de la discriminación de que son objeto. Además, en épocas económicamente desfavorables y recesivas, incluso se incurre en la difamación de este tipo de pretensiones, como si fueran superfluas. En fin, basta comprobar dónde se han planteado las cuestiones prejudiciales que ha tenido que resolver el TJU y qué partes litigantes y coadyuvantes comparecían en los procedimientos principales para percibir nuestra muy precaria situación.

Dejando al margen estos problemas, el análisis técnico y descripción rigurosa de las sentencias aporta proximidad a los conceptos jurídicos y a la doctrina, pero les resta algo de reflexión general. Ésta consiste, como es obvio, en que las discriminaciones retributivas no constituyen hechos aislados y desviados de la normalidad, sino que son pautas de comportamiento muy arraigadas socialmente, por muchas de las causas que se anotaron al escribir los «presupuestos» de este artículo. La mayoría de los casos comentados —cuyas resultancias fácticas se han ahorrado a quien lea estas páginas— ponen de relieve prácticas intencionadas o no, pero que en la mayoría de las ocasiones pueden identificarse como claramente perjudiciales para las mujeres. Con tales prácticas, el resultado final es obvio, en términos de quién va a ganar más y quién va a ganar menos. Quiere decirse con ello, como he escrito en el título de este trabajo, que la discriminación retributiva de la mujer es sistémica y paradigmática. Que se debe a unas reglas formales e informales perfectamente identificables, pero cuya remoción implica un claro cambio en los valores sociales, los cuales, quiérase o no se quiera, han albergado que haya los que cobran más y las que cobran menos.

Por último, el estilo de este artículo ha desaconsejado la cita de la doctrina científica. Pero es necesario, para acabar, remitir a estudios mucho más elaborados, que entre nuestras autoras los hay, y muy buenos (así, Quintanilla Navarro, B., 1996 y Saldaña Valderas, E., 2004).

Bibliografía recomendada

- QUINTANILLA NAVARRO, B. (1996): *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- SALDAÑA VALDERAS, E. (2004): *Discriminación retributiva en función del género*, Mergablum, Sevilla.

TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

Profesora Titular Universidad de Jaén

ABSTRACT

■ *El presente capítulo tiene por objeto tratar de trazar las grandes corrientes que parecen hoy concurrir en el tratamiento de la materia de igualdad de género en nuestra negociación colectiva, la cual, se está viendo profundamente afectada por la grave situación económico financiera por la que atraviesa nuestro país.*

Una de estas primeras consecuencias es precisamente la propia devaluación que se está produciendo en el tratamiento de esta materia en sede convencional y que se observa sobre todo a raíz del análisis de los convenios aprobados en los últimos meses, devaluación que adopta diferentes expresiones, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de las páginas siguientes, pero que conducen a un mismo resultado, y es el aumento de las desigualdades entre hombres y mujeres en nuestro mercado de trabajo.

El gran reto para nuestra negociación colectiva consistirá por tanto, en lograr que la materia de igualdad por razón de género llegue a desempeñar realmente el importante papel que le está reservado, como materia transversal que a de informar la completa regulación que ofrezcan nuestros convenios colectivos.

Palabras clave: Igualdad de género, negociación colectiva, conciliación de la vida familiar y laboral.

■ *Kapitululu honen xedea gure negoziazio kolektiboan genero-berdintasunaren gaia lantzeko zer joera nagusi dauden deskribatzen saiatzea da. Gure herrialdearen egoe-*

ra ekonomiko eta finantzario larria eragin handia izaten ari da negoziazio horretan.

Hain zuzen ere, lehen ondorioetako bat gai hori ohiko egoitzan lantzean gertatzen ari den devaluazioa da. Devaluazio hori azken hilabeteetan onartutako hitzarmenak aztertuta ikusi dugu, batik bat, eta zenbait adierazpen izango ditu, hurrengo orrialdeetan irakurri ahal izango dugunez. Adierazpen horiek guztiek emaitza bera izango dute: emakumeen eta gizonen arteko desberdintasunek gora egingo dute gure lan-merkatuan.

Hortaz, gure negoziazio kolektiboaren erronka nagusia generoagatiko berdintasunaren gaiak berezkoa duen eginkizun garrantzitsua bete dezan lortzea izango da; izan ere, gure hitzarmen kolektiboek eskainiko duten erregulazioak aintzat hartu behar duen zeharkako gaia da.

Gako-hitzak: genero-berdintasuna, negoziazio kolektiboa, familiaren eta lanaren bateratzea.

■ *The aim of this chapter is to try and outline the major trends that would seem to be involved today in the treatment of the gender equality issue in our collective bargaining, which is being profoundly affected by the serious financial situation which our country is going through.*

One of these first consequences is, to be precise, the devaluation itself that is taking place in the treatment of this issue in conventional quarters and which is being observed above all as a result of the analyses carried out on agreements approved in recent months. This devaluation takes different forms, as we will get the chance to learn about over the following pages, but which ultimately lead to the same outcome - and that is the increase in inequalities between men and women on our job market.

The major challenge facing our collective bargaining will therefore involve ensuring that the issue of gender equality ends up playing the genuinely important role that corresponds to it as a cross-sectional issue that needs to inform about the full regulations offered by our collective bargaining.

Key words: gender equality, collective bargaining, conciliation of family and working life.

I. Planteamiento general

La negociación colectiva que se ha venido desarrollando en los últimos años en nuestro país, empezaba a mostrar claros indicios de prestar una mayor atención y preocupación por las materias relativas a la igualdad de género. Esta tendencia se observaba sobre todo en los resultados de la negociación desarrollada antes de que se dejara sentir entre nosotros, los efectos más acuciantes de la grave situación de crisis económica y financiera por la que estamos atravesando en España.

A esta mayor atención contribuye sin duda el protagonismo que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, reserva a la negociación colectiva para avanzar en la consecución de mayores cuotas de igualdad en las condiciones en que las unas y otros desarrollan su actividad en el mercado de trabajo.

A su vez, esta mayor atención de las comisiones negociadoras por la materia de igualdad por razón de género, tenía como lógico reflejo el tratamiento de materias novedosas en sede convencional, que hace tan solo unos años resultaban totalmente ajenas a nuestros convenios colectivos, y la incorporación a su articulado de las modificaciones operadas por la citada Ley Orgánica 3/2007, sobre todo en el destacado ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral.

Por tanto, han sido muchos y de entidad los avances que nuestra negociación colectiva ha ido lentamente logrando en esta materia objeto de nuestro estudio, desde la aprobación de la citada Ley Orgánica 3/2007. Sin embargo, también eran muchas las deficiencias que seguían presentando nuestros convenios colectivos en este ámbito, por lo que en un estudio de estas características, resulta a nuestro juicio adecuado poner de manifiesto tanto las fortalezas, como también las debilidades que presenta nuestra negociación colectiva, con la intención de conocer realmente cuál es el estado de la cuestión que actualmente presenta el tratamiento convencional de la materia de igualdad de género en sede convencional, tratando de ofrecer al mismo tiempo, alternativas a aquellas regulaciones convencionales que presentan más déficit en el tratamiento que dispensan a esta materia.

A ello hay que sumar los acontecimientos acaecidos en nuestro país en los últimos años, marcados por una acuciante crisis económica y financiera que nos

muestra ya sus efectos más perversos y el bloqueo que la negociación colectiva ha sufrido en nuestro país en muchos sectores, factores estos que a nuestro juicio, revelan no ya sólo adecuado, sino más que imprescindible, abordar el tratamiento que esta materia está recibiendo actualmente y las importantes implicaciones que para ella se están haciendo derivar en sede de negociación colectiva, marcadas como tendremos ocasión de analizar a lo largo de las páginas siguientes, por un claro retroceso en el tratamiento de la misma, borrando incluso en algunos casos, aquellos avances que con tanta dificultad se había logrado incorporar a nuestra negociación colectiva.

En este sentido, esta corriente de retroceso o devaluación en el tratamiento de la materia de igualdad de género, que actualmente parece inspirar una parte de nuestra más reciente negociación colectiva, conduce a que muchas veces la misma trate de silenciarse a lo largo de todo el articulado del convenio, evitando cualquier tipo de referencia a la igualdad por razón de sexo, mientras que otras responde a un tratamiento meramente formal de esta materia, rodeándose de elocuentes declaraciones de principios generales que no encuentran plasmación posterior a lo largo del articulado del convenio. No faltan tampoco, regulaciones convencionales que contemplan esta materia de una manera totalmente sesgada, conteniendo incluso cláusulas que se apartan de la legalidad vigente. En definitiva, se trata de datos que nos revelan el retroceso que la igualdad efectiva entre hombres y mujeres está experimentando en nuestro mercado de trabajo.

Ante esta situación creemos que el control de legalidad que le corresponde asumir a la autoridad laboral, durante la fase de depósito del convenio colectivo, recobra toda su razón de ser, como expresión de la responsabilidad y el servicio público que esta autoridad está llamada a desempeñar, evitando que nuestros convenios sigan conteniendo regulaciones contrarias a la legalidad vigente con carácter general y más en concreto, en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Por tanto, y a resultas del análisis que trataremos de ir desgranando en las páginas siguientes, podemos adelantar que aún cuando la igualdad por razón de género no había logrado superar totalmente la asignatura pendiente que tradicionalmente le ha venido afectando en nuestro país, consiste en liberarse de la visión reducida y trasnochada que aún presentaba en algunos sectores, donde era considerada como una política dirigida a las mujeres y que por tanto, sólo a éstas incumbía, la crisis económica ha venido a ejercer sin duda, una influencia negativa en el tratamiento de esta materia. El gran reto para nuestra negociación colectiva consistirá por tanto, en lograr que la materia de igualdad por razón de género llegue a desempeñar el papel que le está reservado convencionalmente, como materia transversal, que a de informar la completa regulación que ofrecen nuestros convenios colectivos.

II. Declaraciones convencionales sobre el Principio de Igualdad por razón de sexo

Respondiendo a aquella corriente de tratamiento meramente formal de la materia de igualdad por razón de sexo y no discriminación, encontramos convenios que pretenden dar cumplimiento a las responsabilidades que para su ámbito de negociación se derivan de la Ley Orgánica 3/2007, con la incorporación de cláusulas aisladas y formales, en las que reiteran las propias referencias que esta ley dirige a nuestros negociadores, pero sin que posteriormente ello se traduzca en un adecuado tratamiento de las materias objeto de negociación, desde la perspectiva de género, a lo largo del propio articulado del convenio¹.

Esta situación es distinta a la de aquellos convenios colectivos que incorporan una cláusula específica, en la que con carácter general tratan de establecer como principio inspirador de todo el convenio, el compromiso de las partes negociadoras con la realización del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, orientación sexual, raza, edad, nacionalidad, discapacidad y otros motivos, y en los que, en sintonía con este compromiso asumido por las partes negociadoras, el convenio muestra una mayor atención a la materia relativa a la igualdad por razón de sexo y a la adecuada implementación de la perspectiva de género a lo largo de todo su articulado².

Incluso contamos con expresiones de nuestra negociación colectiva que materializan estos compromisos con la igualdad y no discriminación, rebajando el umbral de trabajadores legalmente previsto, con que ha de contar la empresa para quedar vinculada por la obligación legal de negociar un plan de igualdad, haciendo nacer de esta forma, la obligación convencional de negociarlo³.

En este sentido, resulta necesario llamar la atención sobre el impulso que los planes de igualdad, figura estrella de la Ley Orgánica 3/2007, siguen precisando en nuestros días, como mecanismo capaz de materializar los compromisos en materia de igualdad y no discriminación, manifestados por las partes negociadoras, en el seno de las empresas afectadas por el convenio en cuestión. Como decimos, su potencial está aún por explorar, como lo demuestra el hecho de que

¹ Así CC estatal de la Industria Azucarera, Disp. Adicional tercera (BOE de 2 de agosto de 2011).

² Art. 64 CC de contratas ferroviarias (BOE de 13 de agosto de 2008); Disposición Adicional 5.ª CC estatal del sector de agencias de viaje (BOE de 5 de octubre de 2009); art. 12 CC nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas (BOE de 5 de julio de 2010); art. 70 CC estatal para la industria del calzado (BOE de 29 de mayo de 2010).

³ Art. 72 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 15 de febrero de 2010), el cual considera obligatorio la elaboración del plan de igualdad para todas las empresas afectadas por su ámbito de aplicación que cuenten con un mínimo 150 trabajadores, en lugar de los 250 que exige el art LO 3/2007.

casi cinco años después de la entrada en vigor la LOI, solo el 12% de las empresas obligadas en España a negociar y aprobar un plan de igualdad, en virtud del art. 45.2 LOI, cuentan en la actualidad con un plan de estas características⁴.

Otra de las vías que suele ponerse en práctica por parte de nuestra negociación colectiva para poner en valor el derecho de igualdad por razón de sexo y velar por su adecuada realización en el ámbito de aplicación del convenio, consiste en la creación de órganos especializados en esta materia, cuya composición es conveniente que responda a criterios de presencia equilibrada entre ambos sexos⁵.

III. Recomendaciones para la utilización de un lenguaje no sexista por parte de nuestra negociación colectiva

La utilización de un lenguaje neutro desde el punto de vista del análisis de género, sigue siendo a día de hoy, una de las principales asignaturas pendientes de nuestra negociación colectiva, ya que en ella se sigue incurriendo con carácter sistemático en la utilización de vocablos y términos masculinos tales como «trabajador», «empleado», para referirse a todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación justificando la utilización del masculino genérico para designar a todo el personal afectado por el mismo, en la necesidad de no dificultar la lectura del convenio⁶.

Frente a esta situación, que provoca como efecto directo la invisibilización de las trabajadoras que quedan afectadas por el mismo, resulta recomendable la sustitución de términos masculinos genéricos, por otros términos neutros, tales como «personal», que presentan la ventaja de mostrarse inclusivos, tanto de los hombres como de las mujeres afectados por el ámbito de aplicación previsto en el convenio colectivo en cuestión. Sin embargo, aún son pocas las expresiones de

⁴ La situación tampoco es más favorable si contemplamos la negociación colectiva desarrollada a nivel autonómico. Así, por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, se han aprobado un total de 282 planes de igualdad y 170 se encuentran en estos momentos en procesos abiertos de negociación con los representantes de los trabajadores y trabajadoras. De los 207 convenios de sector existentes en Andalucía, solo en un 6% de ellos se hace referencia a los planes de igualdad. Fuente: Amecco Press, 21 de octubre de 2001.

⁵ Disp. Adicional Tercera CC marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 13 de octubre de 2011), donde se prevé la creación de una comisión sectorial de igualdad; art. 77 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 15 de febrero de 2010); Disp. Adicional 6.º del CC contratas ferroviarias de 13 de agosto de 2008; art. 54 del CC de grandes almacenes (BOE de 5 de octubre de 2009); art. 5 CC estatal para la industria del calzado (BOE de 29 de mayo de 2010).

⁶ Disp. Adicional séptima del CC estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 22 de marzo de 2010).

nuestra negociación colectiva que optan a día de hoy por la utilización de estos términos neutros, o bien por la incorporación del femenino junto al masculino, en un intento de hacer visible también la participación de las trabajadoras incluidas en su ámbito de aplicación⁷.

Otro aspecto en el que viene incurriendo nuestra negociación colectiva, y sobre el que es necesario llamar la atención por las importantes implicaciones que del mismo se pueden hacer derivar para el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, consiste en la formulación de las distintas categorías que integran la clasificación profesional contenida en los convenios colectivos, en términos exclusivamente masculinos. De esta forma, términos tales como «jefe», «encargado», «director», forman parte del panorama habitual de las distintas clasificaciones profesionales que contiene nuestra negociación colectiva.

Como decimos, se trata de prácticas negociales cuyas repercusiones trascienden el mero uso integrador o no del lenguaje, puesto que pueden conllevar el efecto de ejercer una notable influencia a la hora de elegir a las personas que integrarán cada una de estas categorías profesionales, de tal modo que el sexo de estas personas, se convierta en un factor determinante en el momento de la contratación, bien posteriormente en el acto de la clasificación profesional, o bien en el momento de la promoción del personal que ha de cubrir las vacantes que se vayan produciendo en las empresas afectadas por estas regulaciones convencionales. En definitiva se trata de regulaciones convencionales que incurren en una formulación sexista de la clasificación profesional.

Esta conclusión se ve aún más reforzada si tenemos en cuenta que estas mismas clasificaciones profesionales que aparecen formuladas en términos masculinos, en ocasiones recurren al femenino para referirse a categorías que tradicionalmente han venido caracterizadas por estar ocupadas en su mayor parte por mujeres, tales como «secretaria», «telefonista», «limpiadora», «costurera», «planchadora»⁸. Se trata por tanto de un dato más que viene a incidir en la formulación sexista de la clasificación profesional en la que incurren estas regulaciones convencionales, en las que el sexo sigue siendo un factor determinante para el desempeño de las distintas categorías que la integran, con el consiguiente efecto perverso que de ello se hace derivar para el mantenimiento de la actual segregación, tanto vertical como horizontal, que presenta nuestro mercado de tra-

⁷ Vid. CC Empresa Municipal de Saneamientos de Córdoba (*BOP* de 25 de marzo de 2011).

⁸ Vid. Anexo I CC Hospital San Juan de Dios de Sevilla (*BOP* de 8 de octubre de 2011); art. 18 CC Mercagranada (*BOP* de 18 de febrero de 2011); art. 16 CC Lavanderías industriales de Sevilla (*BOP* de 1 de octubre de 2011). Ahondando más aún en esta idea, es posible encontrar convenios colectivos que utilizan el término «limpiadora» por oposición al de «peón de mantenimiento», con la consiguiente diferenciación salarial que suele acompañar a las mismas, en un intento claro de realizar una diferenciación por razón de sexo, en el acceso a estas categorías profesionales.

bajo, en la que las mujeres siguen ocupando las categorías inferiores de la pirámide ocupacional.

Relacionado también con la utilización del lenguaje con tintes sexistas en el que incurren parte de nuestras comisiones negociadoras, encontramos otras prácticas no deseables, desde el punto de vista del adecuado tratamiento de la materia de igualdad y no discriminación, consistentes en la utilización de atributos o características que tradicionalmente han venido predicándose de profesiones u oficios fuertemente masculinizados, para la definición de estas categorías profesionales, por lo que el efecto que con ello vuelve a provocarse en la práctica, es una definición sexista de estas clasificaciones profesionales contenidas en nuestra negociación colectiva.

Así, factores como «experiencia» «conocimiento», «iniciativa», «autonomía», «responsabilidad», «mando», «complejidad» y «esfuerzo físico»⁹ entre otros, siguen a día de hoy apareciendo en las distintas definiciones convencionales de las categorías profesionales, con la consiguiente diferencia de trato por razón de género que ello conlleva y que se traducirá en la práctica, en las menores oportunidades que encontrarán las mujeres para el desarrollo de estas categorías definidas de forma masculinizada.

IV. Tratamiento de la materia de selección y contratación desde la perspectiva de género

En los procesos de selección y contratación previstos convencionalmente como regla general, no se aprecian discriminaciones por razón de sexo en su configuración, al menos de una forma directa.

En esta materia resulta destacable por las importantes implicaciones que de ello pueden hacerse derivar, para el adecuado tratamiento de la misma desde un enfoque de género, el reconocimiento que observamos en distintos instrumentos negociales, sobre todo de ámbito sectorial, al comprometer a las empresas afectadas por su ámbito de aplicación, en la realización de acciones positivas que vengán a compensar las «desigualdades de género que discriminan a la mujer en el ámbito laboral» y que han conducido tradicionalmente a que éstas vengán encontrando menos oportunidades en estos procesos de selección y contratación, todo ello con el fin último de conseguir una composición más equilibrada en función del sexo, de la clasificación profesional¹⁰.

⁹ Vid. CC Lavanderías industriales de Sevilla; Anexo II CC Mercasevilla (*BOP* de 10 de marzo de 2011); art. 28 CC Industria de la Madera.

¹⁰ Expresiones de este tipo, consistentes en el compromiso de realizar acciones positivas, podemos encontrarlas en el art. 21 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (*BOE* de 28 de

Sin embargo, estas previsiones en la mayoría de las ocasiones posteriormente no encuentran plasmación en niveles inferiores de negociación, por lo que no llega a materializarse el efecto de estas medidas de acción positiva a favor de las mujeres, en estos sistemas de contratación y selección, que vinieran a potenciar su mayor presencia en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Siendo ésta como decimos la tónica general, merecen una valoración positiva los compromisos de las partes firmantes incorporados en algunos convenios colectivos en materia de selección, que tratan de beneficiar a aquéllos sectores de la población activa que presentan mayores dificultades para conseguir un empleo, considerando la pertenencia acreditada a cualquiera de estos sectores, un valor añadido a los requisitos exigidos en cada una de las definiciones de los puestos a trabajar a cubrir.

Muy conectada con lo anterior, aparecen las cláusulas convencionales dirigidas a la creación de empleo, se trata de una materia a la que la negociación colectiva que viene desarrollándose en nuestro país, no suele prestar una atención destacada. Como regla general, nuestra negociación carece de compromisos de creación de empleo a favor de colectivos con dificultades de empleabilidad, como pueden ser mujeres, jóvenes, personas con discapacidad, mayores, personas inmigrantes y aquellas que se encuentran en riesgo de exclusión social.

En algunas ocasiones aparecen cláusulas generales en las que trata de reconocerse la preocupación y el interés que a las partes del convenio colectivo les merece la creación de empleo a favor de estos colectivos, en el concreto ámbito de aplicación que queda afectado por el mismo, pero estas cláusulas se ven reducidas con frecuencia, a meras declaraciones de intenciones que no encuentran su traslación a lo largo del articulado de los convenios que las recogen, al no quedar materializadas en compromisos de creación de empleo a favor de estos colectivos, que resultaran exigibles y sometidos a posterior evaluación, de la que fuera posible hacer derivar en caso de incumplimiento, algún tipo de consecuencias previstas en el propio convenio colectivo¹¹.

Esta tendencia general que se observa en nuestra negociación colectiva resulta especialmente evidente en el caso de los objetivos coherentes de política de empleo que han de acompañar a las jubilaciones forzosas a los 65 años, cuando

septiembre de 2011), si bien su tratamiento aparece de forma inconexa, en el artículo dedicado a las excedencias; art. 40 IV CC estatal del sector de la hostelería (*BOE* de 30 de agosto de 2010); Convenio colectivo nacional del ciclo del papel y artes gráficas Capítulo XVII, art. 2.c) (*BOE* de 5 de julio de 2010); art. 24 CC estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (*BOE* de 14 de octubre de 2011).

¹¹ De esta línea general logra apartarse el CC para las industrias vinícolas de Huelva (*BOP* de 23 de mayo de 2011), en el que se contiene el compromiso de reducción del porcentaje de contratación temporal dentro del sector, previendo consecuencias exigibles a las empresas afectadas en caso de incumplimiento (art. 5).

así vengan establecidas por convenio colectivo, objetivos entre los que se consideran, la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, celebración de nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo. En este caso, y más allá de las exigencias que se derivan de la Disposición Adicional 10 E.T, lo cierto es que nuestros convenios colectivos siguen en muchos casos, recogiendo estas jubilaciones con carácter forzoso sin que aparezcan vinculadas a la realización de los citados objetivos de política de empleo¹². Se trata sin duda de una materia sobre la que conviene llamar la atención a nuestros negociadores y negociadoras, por el amplio potencial que para la mejora de las tasas de empleo y de la calidad de éste, representaría un tratamiento adecuado en sede convencional de la misma.

Si analizamos el concreto tratamiento que las modalidades contractuales vienen recibiendo en sede negocial desde la perspectiva de género, podemos afirmar que por lo general, esta materia carece en nuestros días del enfoque de género y sin embargo, se trata de una materia sobre la que existe un gran potencial por parte de nuestra negociación colectiva aún por explorar.

En este sentido, sería posible a título de ejemplo establecer preferencias para las prórrogas en contratos temporales, que vinieran a beneficiar preferentemente al sexo que estuviera infrarrepresentado en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, logrando así el efecto de dotar de mayor estabilidad a estas contrataciones de carácter temporal, al tiempo que se conseguiría una presencia más equilibrada por razón sexo en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de referencia.

Otra de las fórmulas posibles podría consistir en la apuesta y compromiso de nuestra negociación colectiva por la conversión de contratos temporales en contratos para el fomento de la contratación indefinida. De esta forma, los compromisos de conversión que quedasen incorporados a nuestra negociación colectiva, podrían establecerse desde la perspectiva de género, repercutiendo positivamente en aquel sexo que cuente con menor tasa de estabilidad en el ámbito concreto de aplicación del convenio colectivo.

Por tanto, son muchas las posibilidades de desarrollo que a nuestros negociadores y negociadoras les brinda el tratamiento de la materia relativa a las modalidades contractuales desde la perspectiva de género.

¹² Art. 34 CC de Limpieza de Locales y Edificios de Jaén (*BOP* de 7 de diciembre de 2011); art. 20 CC Cruz Roja Española en Almería; art. 16 CC Radio Jaén, S.L. (*BOP* de 12 de julio de 2011); art. 22 CC Transporte de mercancías de Córdoba (*BOP* de 12 de julio de 2011); art. 16 CC Industrias de la Madera.

V. Contribución del tratamiento convencional del tiempo de trabajo a los objetivos de conciliación de la vida familiar y laboral

Por lo que respecta al tratamiento que el tiempo de trabajo recibe en nuestra negociación colectiva, es necesario poner de manifiesto, como ya hicimos en las páginas iniciales de este estudio, el creciente interés que esta materia venía mereciendo a nuestros negociadores y negociadoras, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, dadas las importantes implicaciones que la misma vino a representar para el tratamiento convencional de esta materia.

En este sentido, es posible apreciar cómo por parte de nuestra negociación colectiva se ha venido produciendo progresivamente y de manera un tanto costosa, la adaptación de los permisos, reducciones de jornada y excedencias a los nuevos imperativos legales nacidos a partir de la aprobación de esta ley. Junto a ello, es de destacar también una creciente corriente negociadora que no solo se conforma ya con adaptar su regulación en esta materia a los requisitos legales, sino que vienen incluso a incorporar mejoras con respecto a la misma, consistentes en unos casos en la creación de nuevos permisos retribuidos que tratan de facilitar la atención del personal incluido en su ámbito de aplicación, a algunas necesidades derivadas del ámbito familiar que a día de hoy no encuentran adecuada respuesta por parte de nuestra legislación. Entre este tipo permisos convencionales que traen su causa en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral, podemos citar entre otros, los concedidos para el acompañamiento de hijos/a a consultas médicas, los concedidos en caso de enfermedades inmuno-infecciosas de hijos/as menores, o los reconocidos para asistencia a técnicas de inseminación artificial.

En otros casos, las mejoras respecto a la regulación legal consisten bien en una ampliación de los días de permiso retribuidos que reconoce el art. 37.3 Estatuto de los Trabajadores, ante determinados acontecimientos vinculados al ámbito familiar y personal, o bien en dispensar un tratamiento más protector a las situaciones de excedencias que tienen su origen en situaciones derivadas del ámbito familiar, tales como las reconocidas por cuidado de hijos/as y familiares, y las vinculadas a situaciones de violencia de género, extendiendo en estos casos, el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante toda la vigencia de la situación de excedencia¹³.

En la actualidad, en cambio, y pese a mantenerse en determinados sectores de nuestra negociación colectiva, esta corriente favorable al tratamiento del

¹³ Otros convenios mejoran la regulación legal de estos derechos derivados del ámbito de la conciliación, al ampliar la edad del menor cuya situación motivará el derecho a reducir la jornada de trabajo, con la consiguiente reducción salarial proporcional a ésta. Así, art. 23.1 CC estatal para el sector de las agencias de viaje (*BOE* de 5 de octubre de 2009).

tiempo de trabajo dirigido a hacer compatible los objetivos de conciliación de la vida familiar y laboral para el personal incluido en su ámbito de aplicación, parece recobrar peso aquella corriente de signo contrario, que pretende silenciar el tratamiento de esta materia en sede de negociación colectiva, dedicando una muy escasa e incluso nula atención al tratamiento del tiempo de trabajo desde el punto de vista de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, o bien remitiendo en bloque su regulación a la legalidad vigente en esta materia, perdiendo de esta forma el convenio colectivo el valor de servir de vehículo inmediato para el completo conocimiento de los derechos y obligaciones que integran el estatuto jurídico profesional del personal que se ve afectado por su regulación.

En este sentido, se observa una clara correspondencia entre los sectores más masculinizados y la escasa atención que en términos generales, vienen prestando sus convenios colectivos a la materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en general y más en concreto al tratamiento de los tiempos de trabajo desde este enfoque¹⁴.

Es más, el tratamiento convencional que esta materia recibe por parte de algunos de estos mismos sectores productivos, podríamos entender que responde a lo que podríamos denominar una «versión masculinizada» de la conciliación de la vida familiar y laboral, en cuanto que los avances que estos convenios registran en esta materia, van en muchos casos encaminados a conseguir días puntuales de permisos retribuidos por celebraciones familiares, tales como matrimonios de familiares, bautizos y ceremonias de Primera Comunión de hijos e hijas¹⁵, lo cual, creemos que responde a un enfoque equivocado y a un desconocimiento de lo que ha de ser una adecuada política de conciliación, capaz de hacer posible la atención permanente a las necesidades que se derivan de ambas facetas de la vida de los trabajadores y trabajadoras incluidos en su ámbito de regulación.

Por otra parte, también es posible apreciar una clara correspondencia entre aquellos convenios colectivos en cuya negociación han participado negociadoras y que suelen corresponderse con sectores de fuerte presencia femenina, y el creciente interés que estos convenios dedican a esta materia, y en general, a las cuestiones vinculadas con el ámbito de la igualdad por razón de género.

Este hecho puede también prestarse a otra lectura, y es aquella que incide en otro de los riesgos que pueden derivarse de un tratamiento poco adecuado por parte de nuestra negociación colectiva de la materia de conciliación y tiempos de

¹⁴ Este es el caso del CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, (BOE de 13 de octubre de 2011), el cual, en su art. 25 bis) resuelve el tratamiento de esta materia con una remisión en bloque a la legalidad vigente.

¹⁵ En estos casos además, es evidente el riesgo que el reconocimiento de estos días de permiso retribuido con motivo de celebraciones propias de la religión católica, conlleva a efectos de suponer una posible discriminación por motivos religiosos que afectaría al resto del personal incluido en su ámbito de aplicación y que profesa otro tipo de confesiones religiosas.

trabajo. En este sentido, se corre el riesgo de incidir aún más en el fuerte sesgo por razón de género que presenta el ejercicio de los derechos derivados de este ámbito de la conciliación, lo que acaba provocando que sea considerada como una materia dirigida preferentemente a las mujeres y que por tanto, sólo a éstas interesa su regulación. En esta línea se sitúan por ejemplo aquellos convenios que vinculan el ejercicio de los derechos de excedencia por cuidado de hijos, con las situaciones de maternidad, determinando el nacimiento de este periodo «después de la baja maternal»¹⁶, o dándole incluso denominaciones como «excedencia maternal»¹⁷ o «excedencia por maternidad», desconociendo con ello el carácter neutro con que nuestro E.T en su art. 46, dota a este derecho de excedencia, al serles reconocidos tanto a los padres como a las madres de hijos e hijas menores de tres años.

Por lo que respecta al tratamiento que nuestros convenios colectivos dedican a la materia relativa a las causas de suspensión de la relación laboral, que tienen su origen en ejercicios de derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, tales como la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, lo cierto es que se trata ésta de una materia que sigue mereciendo a nuestros convenios una atención residual, puesto que en la mayoría de las ocasiones ni siquiera aparecen referencias a lo largo del articulado, estas causas de suspensión.

Otro de los aspectos relativos al tiempo de trabajo que presenta una importante vinculación con el ámbito particular de la conciliación de la vida laboral y familiar, y en general, con el ámbito del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, es el que hace referencia al tratamiento convencional que viene recibiendo el derecho a las vacaciones y las posibles incidencias que en su disfrute pueden ocasionar determinadas situaciones, en concreto, aquellas a que hace referencia el art. 38.3 E.T, como son las relativas a incapacidad temporal derivada del embarazo, parto, lactancia natural o maternidad. En este sentido, debemos poner de manifiesto que aún son una minoría los convenios colectivos que han incorporado a su articulado, la previsión que en su día introdujera en este precepto estatutario la LO 3/2007, relativa al derecho a disfrutar de estas vacaciones en fecha distinta a la prevista inicialmente, cuando las mismas coincidan con alguna de las situaciones mencionadas.

Tampoco es significativa la proporción de convenios colectivos que establecen la posibilidad de disfrutar del permiso de lactancia de manera acumulada, si bien, en este aspecto si se observa una tendencia creciente a incluir esta posibilidad en sede negocial. Mayor reproche merecen aquellos convenios colectivos

¹⁶ Art. 29.a) V CC estatal de gestorías administrativas (BOE de 20 de abril de 2011).

¹⁷ Esta es la denominación por la que opta el art. 67 del CC contratas ferroviarias (BOE de 13 de agosto de 2008).

sectoriales que aún en nuestros días, vinculan el ejercicio del permiso de lactancia únicamente a la madre trabajadora, obviando el derecho que también a los padres trabajadores les reconoce el 37.4 E.T, en orden a disfrutar de las correspondientes reducciones de jornada por motivo de lactancia de un hijo/a menor de nueve meses¹⁸.

En el caso de las situaciones derivadas de violencia de género y las necesarias implicaciones laborales que las mismas pueden llevar aparejadas, consistentes en adaptaciones de jornada y excedencias, basadas en la necesidad de dispensar una adecuada protección integral a la trabajadora víctima de estas situaciones, es necesario poner de manifiesto la escasa atención que nuestros convenios colectivos han venido dedicando desde su reconocimiento legal, a esta materia. Sin embargo, la misma parece haber llegado a un punto de inflexión en su tratamiento convencional, puesto que son ahora mucho más significativos el número de convenios, sobre todo los negociados en un ámbito sectorial y estatal, que se ocupan de proveer adecuadamente en su articulado, la necesaria protección que a estas mujeres debe serle otorgada desde el punto de vista laboral¹⁹. A pesar de este mayor interés que esta materia parece merecer actualmente a nuestra negociación colectiva, sigue resultando necesario exigir a nuestros negociadores y negociadoras un mayor compromiso y posicionamiento en esta materia, sobre todo a medida que descendemos a los ámbitos inferiores de negociación, donde siguen siendo muy poco significativas las respuestas negociales que encontramos frente a situaciones de violencia de género.

Para concluir podemos afirmar que resulta necesario sacar a la materia de conciliación de la vida familiar y laboral en general, y de modo particular la regulación del tiempo de trabajo que se realiza desde este enfoque, de la visión reducida que ha venido manteniendo en ocasiones nuestra negociación colectiva, y ello se conseguirá dispensándole un tratamiento adecuado, tanto en sectores que presentan un alto índice de empleo femenino, como en aquellos otros en los que la presencia de mujeres es sensiblemente inferior a la de los hombres. El reto que les corresponde ahora asumir a nuestros negociadores y negociadoras es hacer atractivo el ejercicio de estos derechos a aquel colectivo que precisamente presenta un déficit en este ejercicio, como es el colectivo de trabajadores varones, haciendo posible que los hombres se impliquen cada vez más en las labores de cuidado que tradicionalmente han venido asumiendo las mujeres en solitario.

¹⁸ Art. 25.2 CC nacional de empresas de ingeniería y estudios técnicos (*BOE* de 13 de octubre de 2011); Disposición Adic. 7.º CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (*BOE* de 22 de enero de 2009).

¹⁹ De esta línea en cambio consiguen apartarse algunos convenios al reconoce en su articulado la especial protección de estas situaciones, tales como el CC de contratas Ferroviarias en su art. 68 (*BOE* de 13 de agosto de 2008); art. 23.2 CC estatal del sector de agencias de viajes (*BOE* de 5 de octubre de 2009); art. 48 V CC estatal de gestorías administrativas (*BOE* de 20 de abril de 2011).

VI. Tratamiento convencional del salario y la retribución desde un enfoque de género

Es la regulación de los aspectos retributivos la materia que en la actualidad está recobrando, si es que en algún momento llegó a perderlo totalmente, el protagonismo y el mayor interés de nuestra negociación colectiva, sobre todo como consecuencia de la crisis económica y financiera que vivimos en España.

Antes de abordar incluso el tratamiento que recibe esta materia desde el enfoque de género, debemos ser conscientes que no toda desigualdad retributiva entre mujeres y hombres será susceptible de ser considerada como discriminación. Así, es posible atender a la concurrencia de una serie de razones objetivas que pueden justificar las diferencias salariales, como pueden ser la clase de ocupación que suelen realizar unos y otra, el perfil profesional, el tipo de jornada, la modalidad contractual, entre otras.

Pero junto a ellas, también encontramos la concurrencia de circunstancias que carecen de justificación y cuya persistencia en nuestros días obedece únicamente a la vigencia de prejuicios sociales, de los que se hace derivar un tratamiento injusto y excluyente para las mujeres, sin que el mismo encuentre fundamento en hechos objetivos.

Esta realidad es como decimos tan evidente y persistente que incluso se ha acuñado el término «brecha salarial por género» para designar al indicador que mide la diferencia relativa entre la ganancia media bruta por hora de trabajo que obtienen las mujeres y la que obtienen los hombres, considerando la economía en su conjunto. Esta brecha a su vez, extiende sus efectos no sólo en el momento de la percepción del salario, sino que llega a condicionar las propias diferencias entre los ingresos que percibirán unas y otros a lo largo de toda la carrera laboral, el menor nivel de protección social con el que contarán las mujeres frente a los hombres, y las menores pensiones de jubilación a las que éstas tendrán acceso, llegado el momento de su percepción.

Esta situación por otra parte, no es algo privativo de nuestro contexto nacional, sino que resulta igualmente constatable con mayor o menor intensidad, en las condiciones en que el conjunto de mujeres europeas desarrollan su actividad laboral. Ello arroja como resultado que como media, una mujer en Europa, realizando un trabajo de igual valor que un hombre, tenga que trabajar 418 días, para igualar la misma cantidad que el hombre percibe durante un año.

En el caso concreto de España, esta brecha salarial por género se sitúa en el 18%, calculada sobre el salario bruto por hora, lo que nos posiciona en torno a la media europea, junto a países como Hungría, Dinamarca, Irlanda, Suecia, Lituania y Finlandia. Dicho en otras palabras, las trabajadoras en España ganan como media un 81,9% de lo que ganan sus compañeros varones, por lo que su

participación en los salarios totales generados en la economía, es inferior a la aportación que éstas realizan en el empleo total.

En este sentido, las mayores diferencias se registran en la remuneración de las horas extraordinarias, percibiendo los hombres por su realización casi un 69% más que en el caso de las mujeres. La segunda mayor brecha se registra en los pagos en especie, seguida de las pagas en beneficios o incentivos, puesto que ambas representan más del 45% de la brecha salarial total²⁰.

Como podemos apreciar, se trata de prestaciones cuyo reconocimiento va acompañada en la práctica de un alto grado de subjetividad, y que se concentran sobre todo en los puestos de trabajo de mayor responsabilidad. En este sentido, la tendencia que se observa es que cuantas más son las características consideradas para la determinación de la retribución, tales como antigüedad, edad, nivel de estudios, tamaño de la empresa, nivel ocupacional, carácter indefinido de la contratación, etc. la brecha salarial por razón de género en lugar de reducirse aumenta, debido al efecto combinado de todas ellas²¹.

Por sectores, las diferencias salariales entre mujeres y hombres se registran en todas las actividades, aunque las mayores divergencias se registran en actividades de carácter científico, técnico y de carácter profesional.

Pese a su persistencia, la evolución que registra esta brecha salarial por razón de género, hay que decir que en los últimos años ha experimentado un descenso, si bien esta reducción no se presenta por igual en todos los países de la Unión Europea y en el caso de España, tampoco en todas las Comunidades autónomas. También es cierto que este descenso está registrando un ritmo cada vez más lento. Este hecho obedece a que a medida que factores objetivos como el nivel de estudios, la edad, la experiencia laboral, han ido haciéndose similares para hombres y mujeres a la hora de participar en el mercado de trabajo, la persistencia de la brecha salarial por razón de género sólo encuentra justificación cada vez más en la persistencia de prejuicios sociales.

El actual contexto de crisis económica financiera y las consecuencias que la misma está teniendo sobre el mercado de trabajo español, están también desplegando sus efectos en este ámbito. Así, parte de la reducción de la brecha salarial experimentada en nuestro país, encuentra su explicación no tanto en una

²⁰ Encuesta Anual de Estructura Salarial.

²¹ Precisamente las diferencias salariales que afectan a mujeres que desempeñan puestos de alta cualificación ha sido objeto de estudio específico en el que se destaca que si bien este sector presenta una presencia equilibrada por razón de sexo, en el que las mujeres representan el 43% de los puestos y los hombres el 57% restante, sin embargo la brecha salarial en este sector se sitúa en el 31,8%, muy por encima por tanto, de la media española. Martínez Martín M.ªI. (dir.), *Trayectorias laborales de las mujeres que ocupan puestos de alta cualificación*. Secretaría de Estado para la Igualdad. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid, 2011.

mejora convencional de las condiciones laborales y salariales de las trabajadoras como sería deseable, sino que más bien obedece al empeoramiento de las condiciones económicas de los trabajadores que esta crisis ha traído consigo, lo que acaba provocando que los parámetros de medición se acerquen unos a otros, reduciendo con ello las diferencias en cuanto a las percepciones que cobran trabajadores y trabajadoras por un trabajo de igual valor.

En este sentido, las regulaciones que en esta materia salarial contiene nuestra negociación colectiva no suelen incurrir de forma directa en el establecimiento de criterios discriminatorios para la determinación del salario basados en el sexo. No obstante, en ocasiones sí encontramos determinadas cláusulas que indirectamente pueden dar lugar a estos mismos tratamientos discriminatorios. Así ocurre en los casos en que se establecen pluses o complementos salariales específicos, vinculados a especiales condiciones de trabajo, como son las relativas a esfuerzo, penosidad, disponibilidad, responsabilidad, condiciones todas ellas que tradicionalmente han estado vinculadas a actividades u ocupaciones masculinizadas, por lo que el reconocimiento de estos pluses viene a beneficiar en una mayor proporción, a los trabajadores varones incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo en cuestión²².

Otro elemento de desigualdad y discriminación indirecta se aprecia en la regulación que determinados convenios hacen del «plus de asistencia» o del llamado «complemento de absentismo», cuyo reconocimiento se vincula al hecho de que el trabajador o trabajadora no haya incurrido en ninguna falta de asistencia al trabajo «por cualquier causa»²³, sin que de las mismas, aparezcan exceptuadas aquellas faltas de asistencia que puedan estar ocasionadas por el ejercicio de derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, o bien la exclusión que contiene el convenio colectivo en tal sentido no sea completa, ya que en ocasiones, los convenios se limitan a excluir de este cómputo aquellas ausencias motivadas por situaciones de accidente, dejando fuera otro tipo de situaciones que puedan estar vinculadas al sexo, tales como las ausencias motivadas por situaciones de maternidad o riesgo durante el embarazo, o durante la lactancia, o bien otras vinculadas con el ejercicio de los derechos derivados del ámbito de la conciliación, como pueden ser las situaciones de paternidad²⁴. De esta forma, este tipo de incentivo económico acaba convirtiéndose en la práctica en un desincentivo para el ejercicio efectivo de estos derechos

²² El art. 28 CC industria de la Madera, al regular los criterios para la determinación de incentivos por el trabajo, hace referencia al esfuerzo físico, la dureza del trabajo, etc. características éstas que tradicionalmente se han venido atribuyendo a trabajos masculinizados.

²³ Art. 40 CC Lavanderías Industriales de Sevilla; art. 14 CC Club Náutico de Sevilla (*BOP* de 21 de octubre de 2011); art. 12 CC Hoteles Arrendados; art. 15 CC Transportes Urbanos de Huelva (*BOP* de 2 de agosto de 2011); arts. 32 y 36 CC Mercasevilla; art. 13 CC Cruz Roja Española en Almería (*BOP* de 16 de septiembre de 2011).

²⁴ Art. 15 CC Transportes urbanos de Huelva; art. 28 CC Industria Química.

reconocidos legalmente a los trabajadores y trabajadoras. A ello además hay que unir el hecho de que en la práctica, las ausencias al trabajo motivadas por causas que tienen su origen en el ámbito de la conciliación, siguen recayendo en la mayor parte de las ocasiones sobre las mujeres, con los consiguientes efectos perversos que este tipo de incentivos económicos conllevan para aquellas trabajadoras que ejercitan estos derechos.

Valoración positiva merece por el contrario, el reconocimiento que algunos convenios colectivos realizan del «complemento salarial personal» con el cual tratan de compensar en parte, la pérdida de salario sufrida por los trabajadores y trabajadoras que ejerciten su derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares en el ámbito de aplicación del convenio colectivo²⁵.

En esta misma línea de tratamiento económico diferenciado encontramos el denominado complemento «de dedicación plena» o figuras similares, tales como «gratificaciones para incentivar el celo en el trabajo», que aparecen en algunos de nuestros convenios colectivos y con las que se trata de retribuir la realización de jornadas superiores a las fijadas en el mismo con alcance general. Evidentemente se trata de complementos que suponen una clara injerencia en el ámbito familiar y personal y que en la práctica pueden introducir un factor de desigualdad en el tratamiento económico dispensado a trabajadores y trabajadoras, puesto que estas últimas estarán en peores condiciones para acceder al reconocimiento de este complemento, por las mayores responsabilidades que con carácter general, deben asumir derivadas de su ámbito familiar. Además, estos complementos o gratificaciones no quedan sujetos en ocasiones a ningún criterio de determinación previamente fijado en el propio convenio colectivo que lo establece, por lo que su reconocimiento resulta en la práctica totalmente discrecional por parte de la empresa, con la consiguiente posibilidad de que se originen situaciones discriminatorias y totalmente arbitrarias en cuanto a su reconocimiento y posterior percepción²⁶.

También en esta línea de tratamiento diferenciado de la materia salarial en función del sexo, debemos denunciar la existencia de algunas expresiones de nuestra negociación colectiva en las que todas las categorías profesionales que componen su clasificación profesional, tienen su retribución compuesta de salario base más complementos personales, excepto la única categoría feminizada que aparece en esa clasificación profesional, formulada como «limpiadora», a la cual, sólo se le reconoce salario base, o bien en otros casos, tienen fijada su retribución por cada hora de trabajo²⁷.

²⁵ Art. 53.d) CC Aqualia Gestión Integral del Agua S.A., para los centros de trabajo de Almería capital (BOP de 12 de enero de 2012).

²⁶ Art. 35.d) CC de la Empresa Aguas de Huesna (BOP de 9 de marzo de 2011).

²⁷ Vid. Tabla Salarial CC Automoción de Huelva (BOP de 1 de diciembre de 2011).

Por lo que respecta al tratamiento que los derechos sociales y asistenciales reciben en negociación colectiva, en términos generales podemos afirmar que suelen establecerse con un alcance general para el grueso de la plantilla afectada por dicho convenio. No obstante, todavía es posible apreciar convenios colectivos que restringen el acceso a estas ayudas al personal vinculado con contratos indefinidos o a aquellos que cuenten con determinada antigüedad en la empresa²⁸, exigencias estas que acaban provocando un impacto negativo desde el punto de vista del análisis de género, puesto que son las mujeres en una amplia proporción las que se verán afectadas por situaciones de temporalidad en estos ámbitos, restringiéndose con ello su acceso a este tipo de prestaciones sociales y de carácter asistencial acordadas en sede convencional.

En cambio merece una valoración positiva aquellos convenios colectivos que llevan a la práctica el tratamiento de esta materia desde un enfoque adecuado de género, mediante el reconocimiento de complementos de este carácter a las trabajadoras que se vean afectadas por situaciones de riesgo durante el embarazo, durante la lactancia natural o por maternidad, evitando de este modo, la minoración de sus percepciones económicas²⁹.

VII. Tratamiento de la prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de género

En materia de seguridad y salud laboral nuestra negociación colectiva adolece con carácter general, de un importante déficit en la adecuada implementación de la perspectiva de género. La misma no está presente como regla general, ni en la evaluación de riesgo a los que se pueden quedar expuestos los trabajadores y trabajadoras en el desarrollo de su actividad laboral, y como consecuencia de ello, tampoco lo estará en el posterior plan de prevención que habrá de implementarse en la empresa para evitar esta exposición al riesgo. Ello conduce como consecuencia a que en los convenios colectivos no quede claramente identificados los riesgos específicos a que las personas puedan quedar expuestas en el transcurso de su relación laboral, tanto más necesarias cuando se trata de situaciones que se consideran merecedoras de una especial protección, como son casos de trabajadoras embarazadas o en situaciones de lactancia natural y, consecuentemente, tampoco se articulan las medidas de

²⁸ Esto resulta especialmente palpable en el caso del acceso a planes de pensiones, a seguros colectivos de vida y de anticipos de nómina.

²⁹ Ésta es la línea seguida por aquellos convenios que reconocen la Cantidad equivalente al 100% de la Base Reguladora del Salario de la trabajadora que se vea afectada por situaciones de riesgo durante el embarazo. Anexo III CC estatal para las empresas de publicidad (*BOE* de 24 de febrero de 2010).

protección adecuadas frente a estas situaciones de riesgo que pueden afectarles de manera particular, bien sea por las propias circunstancias físicas en las que se encuentran, o bien por su presencia mayoritaria en determinados sectores u ocupaciones.

El único ámbito en el que, si bien no de manera generalizada, algunos convenios incluyen un tratamiento específico de los riesgos que afectan a las trabajadoras en el transcurso de la relación laboral es el de la salud reproductiva³⁰. El tratamiento de las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, aunque este último es obviado en ocasiones, es abordado por nuestros convenios colectivos en la mayoría de los casos, limitándose bien a reproducir la regulación legal o bien remitiendo directamente a la normativa vigente.

En ocasiones, los negociadores y negociadoras atribuyen de manera expresa al Comité de Seguridad e Higiene el estudio sobre si el trabajo desempeñado por la trabajadora embarazada puede afectar a su estado y la posibilidad de que pueda ser adscrita a otro puesto, cuando se constate la existencia de peligrosidad, contagio o penosidad derivada del puesto que desempeña. En este sentido, es posible encontrar expresiones de nuestra negociación colectiva que limitan el derecho de estas trabajadoras a cambiar a otro puesto de trabajo exento de riesgos, sólo a partir del cuarto³¹, o quinto³² mes de gestación, lo cual resulta totalmente contrario con el deber de protección de la trabajadora embarazada y del feto, que se hace derivar para el empresariado del art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En este mismo sentido, resulta necesario denunciar la persistencia aún en nuestros días de prohibiciones convencionales para la «utilización de trabajo femenino» en determinadas actividades, bajo el pretexto de contribuir a la protección de las mujeres trabajadoras, prohibiciones que resultan totalmente contrarias al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, formulado en el art. 14 de nuestra Constitución, y que encuentran su razón de ser en un concepto erróneo y paternalista de la protección de la mujer, como sujeto débil e incapaz, que mantienen los negociadores en estos ámbitos³³.

Sólo en algún caso excepcional encontramos convenios que mejoran la regulación legal en esta materia, al contemplar el compromiso de la empresa de procurar el cambio de servicio donde no se requiera un excesivo esfuerzo físico

³⁰ Art. 64 CC Contratas ferroviarias contiene un protocolo de protección de las situaciones de embarazo.

³¹ Art. 41 CC Ayuntamiento de Torredelcampo (Jaén) (*BOP* de 17 de agosto de 2011).

³² Art. 30 CC de Industria Hotelera de Huelva (*BOP* de 23 de septiembre de 2011).

³³ Art. 16 CC para el sector de Conservas y Salazones de la Provincia de Huelva (*BOP* de 9 de mayo de 2011).

para la seguridad, tanto de la madre como del feto, así como la posibilidad de excluir a la mujer embarazada del turno de noche o de la realización del sistema de trabajo a turnos³⁴, a petición de la trabajadora y sin que esa posibilidad aparezca vinculada a la constatación de riesgo para el embarazo o la lactancia.

Dentro de este bloque relativo a la política preventiva de riesgos laborales que trazan nuestros convenios colectivos, conviene referirse también al tratamiento que nuestra negociación viene prestando a las situaciones de acoso tanto sexual, como por razón de sexo.

En este sentido, lo primero que llama la atención es que sigue siendo minoritario el número de convenios colectivos que prestan atención directa a estas situaciones, quizás inspirados en la ingenua creencia de que silenciando estas conductas logran desterrarlas de su ámbito de aplicación.

En otras ocasiones, lo más que hacen los convenios es limitarse simplemente a incluir dentro del régimen sancionador «el abuso de autoridad por quien ejerce funciones de mando, las faltas de respeto muy graves hacia los compañeros (terceros o público) de contenido sexista, racista y xenófobo» o «los malos tratos y excesos de palabra y obra a jefes y/o compañeros/as», conductas éstas en las que podrían integrarse las situaciones de acoso, pero que tratan de omitir cualquier referencia expresa a las mismas.

Así pues, pese a las previsiones que en esta materia contiene la LO 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la atención que a la misma dedican nuestros negociadores y negociadoras dista aún mucho de ser generalizada y siguen siendo puntuales las ocasiones en que algún convenio colectivo incluye un protocolo, medidas específicas o buenas prácticas frente al acoso³⁵. En ocasiones a lo más que llegan es a incorporar en el articulado convencional, una definición de las citadas conductas, principalmente en el caso del acoso sexual, aunque esas definiciones a veces son incompletas, aludiendo exclusivamente a la exigencia del carácter no deseado por quien las recibe y a la creación de «un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante».

En correspondencia con este limitado tratamiento que las indeseables conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo reciben en sede convencional, en el régimen disciplinario que incorporan nuestros convenios, es minoritaria la tipificación de infracciones que podemos encontrar de éstas. Cuando sí aparecen tipificadas, suelen merecer a nuestros negociadores la calificación de fal-

³⁴ Art. 58 CC estatal para las empresas de publicidad (*BOE* de 24 de febrero de 2010).

³⁵ En este sentido destacan por el adecuado tratamiento que brindan a esta materia, Convenios colectivos como el de la Empresa Mercasevilla (Anexo II) donde incorpora un protocolo de actuación frente a situaciones de acoso tanto moral como sexual; CC Limpieza de Locales de Sevilla (*BOJA*); art. 71 CC de las empresas de Transporte por carretera de Almería (*BOP* de 4 de julio de 2011).

tas graves o muy graves, según las circunstancias concurrentes en cada caso, imponiéndole sanciones que oscilan entre la suspensión de empleo y sueldo, hasta llegar al posible despido de la persona que ejerce el acoso. Para ello, suele considerarse una agravante el hecho de que el acoso sexual sea realizado prevaliéndose de una posición jerárquica.

VIII. Tratamiento de la formación profesional desde un enfoque —prepositivo— de género

Para concluir el análisis desde un enfoque de género, de las distintas materias que aborda nuestra negociación colectiva, le tocaría el turno ahora a la materia relativa a la formación profesional. El abordar el tratamiento de esta materia en un trabajo de estas características, persigue un objetivo que podríamos denominar prepositivo, es decir, se tratar de abordar la materia de formación profesional, no ya desde el limitado tratamiento que hoy está recibiendo por parte de nuestra negociación colectiva desde un enfoque de género, sino tratando de resaltar el amplio potencial que la misma presenta desde este enfoque de género, a tenor de la creciente importancia que esta materia está llamada a desarrollar en los próximos años.

En este sentido, son muchas las posibilidades de actuación que nuestros negociadores y negociadoras pueden desarrollar en este ámbito, incorporando por ejemplo, previsiones que vayan dirigidas a ofrecer un tratamiento preferente en el acceso a esta formación profesional a aquellos colectivos de trabajadores y trabajadoras que se enfrentan a peores condiciones de empleo, dentro del ámbito específico de aplicación del convenio colectivo, como pueden ser el personal vinculado con contratos de carácter temporal, con contratos a tiempo parcial, aquellos que se enfrenten a un mayor riesgo de perder su empleo, personal de mayor edad y escasa cualificación, mujeres y personas con discapacidad³⁶.

Otra posible vía para la incorporación del enfoque de género para el tratamiento convencional que se realice de esta materia, podría consistir en diseñar una formación profesional específicamente dirigida a propiciar el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres, facilitando su ascenso a través de las distintas categorías profesionales y garantizando las condiciones adecuadas para que puedan tener las mismas oportunidades para acceder a aquellos niveles su-

³⁶ En este sentido podemos mencionar el art. 81 CC de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Almería donde se prevé la posibilidad de establecer acciones positivas para el acceso a la formación a favor de determinados colectivos, entre ellos, mujeres y víctimas de violencia de género.

periores de la clasificación profesional, en los que existe una baja presencia femenina.

Asimismo, sería conveniente que en el tratamiento convencional que viene recibiendo esta materia, sea tomada en cuenta la necesidad por parte del personal afectado por el convenio colectivo, de atender las responsabilidades derivadas de su ámbito familiar, para hacerlas compatibles con su formación profesional. Para ello, podrían establecerse preferencias para la elección de horarios a favor de las personas destinatarias de esta formación profesional que tengan a su cargo hijos/as menores o familiares dependientes.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL EMPLEO COMO VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA Y SU PREVENCIÓN. LA FUNCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

ABSTRACT

■ *La violencia de género en el empleo en sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el sexista, constituyen fenómenos complejos cuya aprehensión completa en términos jurídicos presenta una grave dificultad. Desde el punto de vista de cómo acometer y evitar esta lacra, la normativa de prevención de riesgos laborales es aplicable con carácter general a estos fenómenos, de tal manera que el empresario está obligado a establecer medidas preventivas frente a la violencia de género. En consecuencia, a lo largo de las siguientes páginas se va a estudiar la prevención de esta tipología de violencia laboral y muy particularmente a través del papel que en este sentido deben jugar los interlocutores sociales.*

Palabras clave: Violencia de Género, Acoso sexual, Acoso sexista, Salud laboral, prevención de riesgos, protocolos.

■ *Genero-indarkeriaren bi adierazpenak, sexu-jazarpena eta jazarpen sexista, fenomeno konplexuak dira, eta oso zaila da haiek termino juridikoetan erabat atzematzea. Gaitz horri aurre egiteko eta hura ekiditeko moduari dagokionez, laneko arriskuak prebenitzeko araudia modu orokorrean aplikatu dakieke halako fenome-*

noei; beraz, enpresaburuek nahitaez ezarri behar dituzte genero-indarkeriari aurre hartzeko neurriak. Ondorioz, hurrengo orrialdeetan, laneko indarkeria mota horren prebentzioa aztertuko dugu, eta arreta berezia eskainiko diogu lan-munduko ordezkariak bete beharreko eginkizunari.

Gako-hitzak: genero-indarkeria, sexu-jazarpena, jazarpen sexista, laneko osasuna, arriskuen prebentzioa, protokoloak.

■ *Gender-based violence in its two manifestations —sexual harassment and sexism— constitute complex phenomena whose complete understanding in legal terms encounters a major difficulty. From the point of view of how to commit and avoid this blot on society, regulations governing risks at work are generally applicable to these phenomena to the extent that the businessperson is duty bound to establish preventive measures against gender-based violence. Consequently, the prevention of this type of violence at work is going to be studied over the following pages, in particular via the role that needs to be played in this respect by social interlocutors.*

Key words: gender-based violence, sexual harassment, sexism health at work, prevention of risks, protocols.

1. Introducción: La violencia de género como violación del derecho a la salud laboral

La violencia de género en el empleo en sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el sexista, constituyen fenómenos complejos cuya aprehensión completa en términos jurídicos presenta una grave dificultad¹. Ha de tenerse en consideración, en primer lugar, que constituye una conducta pluriofensiva, susceptible de violar al tiempo diversos derechos constitucionales de carácter fundamental (igualdad, no discriminación, dignidad, intimidad, integridad física y moral), puede tener diversos sujetos tanto activos como pasivos (empresario/a, superiores jerárquicos, compañeros/as, incluso clientes o proveedores), se manifiesta en varios subtipos (descendente, ascendente, horizontal, chantaje sexual, acoso ambiental sexual y acoso sexista). Precisamente en base a esta complejidad se ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el legislador realice el esfuerzo de crear normas suficientemente adecuadas para su tipificación, prevención y sanción, ya que de una adecuada plasmación jurídica dependerá la comprensión y el conocimiento de sus derechos por parte de sus titulares, es decir, el reconocimiento de su situación por parte de las víctimas, sus posibilidades de defensa y la sanción adecuada a sus infractores.

Los intentos de juridificar el acoso, prevenirlo y sancionarlo, son numerosos en el ámbito de la Unión Europea. Por lo que se refiere al acoso sexual, a partir de 1986, año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema y se realizó un estudio sobre su incidencia real y las posibilidades de actuación comunitaria, han sido adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990, la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, siendo la norma mas conocida, completa y útil hasta el momento, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el Código de Conducta para combatir el acoso sexual que la acompaña. Respecto del acoso sexista, la preocupación comunitaria es posterior. Se podría decir que la primera referencia a este tipo de acoso se contiene en la Resolución del Parlamento Europeo 2001 de 20/09 sobre el acoso moral en el lugar de trabajo.

¹ Pérez del Río, T. (2009). Ibañez González, M., Lezaun Barreras, Z., Serrano Argüeso, M.; Tomás Martínez (2007). Vallejo Dacosta, R. (2007), pp. 15 y ss. Vicente Pachés, F. (2007), pp. 63 y ss.

Tras algún tiempo de debates con los interlocutores sociales europeos (UNICE, CEP y CES), se optó por incluir los conceptos de *acoso sexual y por razón de sexo* en la D/2002/73/CEE de 23 de septiembre, de modificación de la D/76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Posteriormente la D/76/207/CEE en su reforma por la 2002/73 se ha refundido en la D/2006/54/CEE.

En el número 6 de la Exposición de Motivos y fundamentos de la Directiva 2006/54 se señala: *«El acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva. Dichas formas de discriminación se producen no solo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo a la formación profesional y a la promoción. Por tanto se deben prohibir y estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas proporcionales y disuasorias»*

La nueva Directiva define el acoso por razón de sexo en su art. 2.1.c como *«la situación en que se produce un comportamiento no deseado, relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»*.

En el art. 2.1.d se señala que constituye acoso sexual en el trabajo *«...aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, con el propósito o el efecto atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»*.

En el mismo precepto párrafo 2.a) se establece que *« A efectos de la presente Directiva el concepto de discriminación incluiráEl acoso y el acoso sexual así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por una persona o su sumisión al mismo»*

Conviene añadir que el Código de Conducta para combatir el acoso sexual en el trabajo, anexo a la Recomendación de la Comisión de la CE de 27 de noviembre de 1991, resulta perfectamente compatible con el contenido de la Directiva 2006/54/CE, y por tanto sigue vigente cumpliendo una función de concreción y desarrollo, así como de fuente interpretativa de la misma. De otro lado, como podremos demostrar, la inmensa mayoría de las medidas sugeridas en esta norma para la prevención del acoso sexual, serían también adecuadas para la del acoso sexista.

El hecho de que la violencia de género en sus dos manifestaciones se considere normativamente como una actuación discriminatoria y se regule en la Directiva D/2006/54/CE, no significa que para el legislador comunitario el acoso viole exclusivamente el derecho a la igualdad; del concepto comunitariamente

plasmado se puede deducir que la violencia de género en el trabajo se considera una actuación pluriofensiva, que viola al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente el derecho a la *dignidad* ya que califica la conducta acosadora como *ofensiva*, también de forma indirecta el *derecho a la salud a la integridad física y psíquica en el trabajo*, en tanto se señala que crea *un entorno laboral intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo* para la persona que es objeto de la misma.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico interno, nuestra Constitución consagra en su art. 15 el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el art. 40.2 señala que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. El desarrollo normativo de los derechos constitucionalmente reconocidos se realiza en nuestro ordenamiento jurídico mediante el art. 4.2.d) ET que reconoce el derecho de todo trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, por el art. 19 ET según el cual, los trabajadores tendrán derecho a una protección eficaz en esta materia, y por el texto refundido de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que no contiene normas específicas relativas al acoso pero según reitera la doctrina laboralista resulta incontestable que la prevención del acoso entra de lleno en la obligación de protección del empresario como riesgo susceptible de provocar daño en la salud de los trabajadores. Al igual que ocurre con el acoso sexual y sexista, el tratamiento en óptica preventiva del acoso moral es esencial y de hecho muchos de los países que han tratado el tema en sus ordenamientos jurídicos, lo han hecho desde esta óptica.

Ante la carencia de normas específicas en la LPRL, los criterios a tomar en cuenta son los generales frente a cualquier tipo de conducta de cualquier naturaleza que puede crear un riesgo para el trabajador o trabajadora en el ámbito de la empresa, constituyendo lo previsto en los arts. 14 y 15 de la LPRL cobertura suficiente desde la perspectiva legal para entender existente la obligación empresarial de adoptar medidas organizativas suficientes y eficaces para prevenir el acoso en los lugares de trabajo enmarcados en su ámbito de organización y dirección.

El art. 14.1 de la LPRL establece: *«Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio...»*.

En su n.º 2 modificado por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, señala: *«En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la pre-*

vención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores...».

La obligación de prevención y seguridad establecida en LPRL, consecuencia de la transposición a nuestra normativa interna de la D/89/391/CEE marco comunitario en la materia, es muy exigente; cuando se señala que el empleador debe adoptar «*cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud*» esta obligándole a adoptar no solo las previstas ya en los textos legales sino cualquier otra posible, razonable y necesaria para evitar y prevenir cualquier situación de riesgo, de tal forma que la ausencia de una normativa específica que aborde el riesgo de acoso, ofreciendo pautas concretas de detección, prevención y tratamiento, no exonera en absoluto de responsabilidad al empresario en razón del carácter genérico de su deuda de seguridad establecida normativamente y que por consiguiente será exigible ante los tribunales. Esta responsabilidad existirá tanto si es él mismo o son sus representantes los sujetos activos del acoso (acoso descendente), como si lo son compañeros no ligados mediante relación de superioridad jerárquica con la víctima (acoso horizontal) siempre que no haya adoptado las medidas preventivas suficientes y eficaces para prevenirlo y erradicarlo.

En este sentido insisten tanto la jurisprudencia en materia de prevención de nuestro Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo. En S 62/2007, de 27 de marzo, en la línea de vincular el deber de protección a los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional hace derivar la obligación de evaluar y prevenir los riesgos relacionados con el género, del propio art. 15 CE. Señala que «*en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física, lo mismo que el derecho a la salud (art. 43) y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2)*» añade que «*...la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995...permite conocer la prevención legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esta tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos, de los consagrados en el art. 15 CE...*» y finalmente establece que «*... esa normativa protectora que la LPRL representa es desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora...*» derivada del art. 15 CE.

Mas concretamente relacionado con la evaluación y prevención de la violencia de género en el trabajo, el Tribunal Supremo en S. 20-9-2007 (N.º Recurso 3326/2006) afirma tajantemente la obligación de prevención de este tipo de riesgo laboral, que hace derivar del art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Señala el TS que la parte demanda «*...omitió la debida evalua-*

ción de riesgos y la correlativa implantación de medios para proteger a la trabajadora. Con ello resulta claro que la empresa incumplió el deber de seguridad que le impone el art. 14.2 LPRL y desconoció algunas específicas obligaciones de la propia normativa... Esa pasividad o escasa diligencia empresarial vulneró, no solo el derecho de naturaleza laboral ordinaria a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2.d) ET) y a una protección eficaz en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo (arts. 19 ET y 14.1 LPRL) sino también, lo que resulta decisivo a los efectos que tratamos, su fundamental derecho a la vida e integridad física (art. 15 CE) y a la salud (art. 43 CE) que no han sido salvaguardados por el empresario, cuya diligencia como deudor de seguridad... para amplio sector doctrinal no se agota con el cumplimiento de las prevenciones legales en la materia, sino que requiere la prueba cumplida de la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso...». Sigue señalando el TS que resulta incuestionable que esa infracción al deber de protección que incumbe a la empresa y del derecho a la integridad que corresponde a la trabajadora, han producido un acreditado daño psicológico, determinante de una situación de Incapacidad Temporal.

En la contemplación de la violencia de género en óptica de salud laboral, incide forma terminante la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres que trata en diversos preceptos y desde diversas ópticas el tema de la violencia de género en el trabajo. Se podría afirmar que es uno de sus temas recurrentes en materia social.

En primer lugar, establece una definición jurídica de ambos conceptos en el art. 7 «Acoso sexual y acoso por razón de sexo» en los siguientes términos:

1. Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
3. Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

La Ley Orgánica 3/2007 modifica la óptica en la que el Estatuto de los Trabajadores había venido enfocando la violencia de género, preferentemente como vulneración del derecho a la dignidad (cierto que este es base del de igualdad) y la intimidad; en la LOIEMH tanto el acoso sexual como el acoso por razón de

género se califican expresamente como actuaciones discriminatorias, con todas las repercusiones de esta calificación en materia de procedimientos jurisdiccionales de tutela mucho más desarrollados y adecuados en este caso que el de violación de la dignidad. El tratamiento de la violencia de género en el trabajo en óptica preventiva, es decir, desde la salud laboral, se puede observar en diversos preceptos.

En su art. 27 que se refiere a la integración del principio de igualdad en las políticas de salud, se establece entre las actuaciones a realizar por las Administraciones Públicas a través de sus Servicios de Salud *«La consideración dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral del acoso sexual y del acoso por razón de sexo»*.

En su Disposición Adicional Octava por la que se introducen una serie de reformas en la Ley General de Sanidad, se modifica el art. 18 de dicha Ley introduciendo un nuevo apartado que señala como objetivo de la política de salud *«9. La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»*.

Esta óptica se manifiesta esencialmente en su art. 48 que señala: *«1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esa finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. 2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de las empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos»*.

En otras palabras, parece claro que de este precepto se deriva la obligación jurídica de garantizar ambientes de trabajo exentos de riesgo de violencia de género y de adoptar medidas y procedimientos para su prevención y para la reclamación de las víctimas.

En el ámbito del empleo público la Ley hace referencia a la violencia de género en su art. 51 *«Criterios para la actuación de las Administraciones públicas»* en cuyo apartado e) se establece como uno de los deberes de las mismas *«Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* y en cuyo art. 62 *«Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* se establece *«Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en la Administración General del Estado se aprobará, reglamentariamente, un protocolo de actuación que comprenderá al menos los siguientes principios: a) El compro-*

miso de la Administración General del estado de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como a la igualdad entre mujeres y hombres; c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario; d) La identificación de los responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia».

El efecto preventivo de cualquier sistema de tutela de derechos, en otras palabras, su nivel de disuasoriedad, depende no solo de la adecuación del procedimiento de denuncia y queja sino también y en mucho, del sistema sancionador. La normativa comunitaria exige de los Estados miembros la previsión de un aparato sancionador frente a la violación del derecho a la igualdad y específicamente, frente a la violencia de género en el trabajo, que debe responder a una serie de principios: debe ser *adecuado, proporcional y suficientemente disuasorio*.

En cumplimiento de esta obligación comunitaria, la Ley de Igualdad mejora el sistema sancionador y los procedimientos de tutela frente a la violencia de género, mediante la modificación operada en el art. 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, cuyo apartado 13 calificaba de infracción muy grave del ordenamiento laboral «*El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*», introduciendo un nuevo 13.bis que pasa a calificar, así mismo como infracción muy grave del ordenamiento laboral, «*...el acoso por razón de sexo cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las necesarias medidas para impedirlo*». En mi opinión habría sido más adecuado tratar las dos manifestaciones de la violencia de género en el trabajo en el mismo apartado del art. 8 LISOS, el apartado 13, calificándolas de la misma forma como infracciones muy graves del ordenamiento y tratándolas en los mismos términos, es decir, sin el condicionamiento final de que haya sido conocido por el empleador y este no haya adoptado las medidas necesarias para impedirlo, ya que lo que hubiera debido hacer no es actuar a posteriori sino a priori, adoptando las medidas adecuadas y eficaces para prevenir estas actuaciones infractoras y sancionables.

Respecto de la sanción, los efectos disuasorios de la prevista en la LISOS resultan suficientes si se considerase el acoso como infracción muy grave de las normas de prevención, caso en el que a tenor del art. 40 de la LISOS la multa correspondiente podría, en casos excepcionales, llegar hasta los 819.780 € pero no tanto si se entiende como infracción en materia de relaciones laborales, supuesto en el que la multa ascendería, así mismo en casos muy excepcionales, a 187.515 €.

Finalmente, respecto del derecho a la tutela indemnizatoria, resarcitoria o reparadora, también denominada sustitutoria o por equivalente, se ha señalado reiteradamente por la normativa y la jurisprudencia comunitaria y por la doctrina española la necesidad de que las indemnizaciones establecidas respondan a los principios de efectividad y proporcionalidad y posean una suficiente fuerza disuasoria. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a ser indemnizado por el daño sufrido, se encuentra normativamente previsto en el art. 180.1 LPL que establece que la sentencia que declare la existencia de la vulneración denunciada y previa declaración de nulidad de la conducta combatida, ordenará el cese inmediato del comportamiento «...*así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera*». Se encuentra pues fuera de toda duda la posibilidad de reclamar al juez social el reconocimiento del derecho al resarcimiento pleno de los daños derivados de la violencia de género. Los problemas más importantes que se planteaban en este ámbito eran, de un lado, el de la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios y las indemnizaciones tasadas legalmente, y de otro, el de la suficiencia de las cuantías indemnizatorias.

El primero había sido solucionado mediante el cambio de doctrina jurisprudencial que significó la STS de 15-05-2006 que declaraba la compatibilidad de ambos tipos de indemnización, solución que ha resultado ratificada por la Ley de Igualdad mediante la modificación introducida por la Disposición adicional décimo tercera en el art. 181 de la LPL que pasa a señalar «*Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.*»

Respecto del segundo problema la Ley guarda silencio a pesar de que existe alguna experiencia comparada que trata de aproximar y objetivar en la medida de lo posible las cuantías indemnizatorias fijadas por los tribunales sociales; en el caso español se puede señalar su diversidad y su escasa cuantía, si se comparan con la fijadas en otros órdenes jurisdiccionales por causas similares, no digamos ya con las fijadas en otros países europeos y sobre todo EE.UU. Al respecto la STS que se viene comentando (S 20-9-2007 Recurso 3326/2006) señala lo siguiente: «*1. Ante determinadas secuelas o daños, la falta de toda previsión legal específica en la materia y la factible aplicación analógica de otra normativa (ex art. 4.1 CC) han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en la LRCSCVM (Decreto 632/1968, de 21 de marzo), (Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor) cuyos módulos, cuantitativamente actualizados... pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados... —de la viola-*

ción de un derecho fundamental—². Esta sentencia confirma, en base a las razones antes expuestas, la cuantía indemnizatoria fijada en instancia en un supuesto de daño psíquico (estrés postraumático) y moral derivado de acoso sexual, en el que el empleador (que además era un ayuntamiento) no había adoptado medidas suficientes para su prevención ni siendo conocedor de la situación había realizado actuación alguna para evitarla, que determinaron 131 días de baja, en la cantidad 6.194 €. Resulta obvia la escasa cuantía de la indemnización fijada en caso tan reconocidamente grave de forma expresa en la propia sentencia. Esta cuantía, en mi opinión no responde al principio de proporcionalidad ni resulta en absoluto disuasoria como exige tanto el art. 10 de la LOI 3/2007 como la normativa y la jurisprudencia comunitarias.

En conclusión, resulta evidente que no basta con que la norma jurídica sea técnicamente buena y pretenda cumplir de forma adecuada su función tutelar, resulta además necesario que los operadores jurídicos encargados de su interpretación y aplicación presenten una suficiente sensibilidad ante un fenómeno tan repugnante y devastador como la violencia de género, y asuman de forma efectiva la voluntad política de garantizar su prevención y erradicación.

2. La prevención de la violencia de género en el empleo. El Código de Conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el empleo como modelo

Es obvio que planificar la prevención del acoso no es una cuestión fácil ya que se deben tener en cuenta los sistemas de organización, las relaciones sociales y la influencia de factores psicosociales y ambientales en el trabajo, sin embargo ha de señalarse que no es necesario en absoluto partir de cero. Las medidas propuestas por el *Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo* de 1992, aunque pensadas para la prevención del acoso sexual en el trabajo, resultan de hecho muy útiles también para la prevención del acoso sexista.

Este Código está concebido precisamente con el objetivo de prevenir las situaciones de acoso. El objetivo es que no se produzca el acoso y, si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos adecuados para tratar el problema y evitar que se repita. Por consiguiente el Código pretende fomentar la elaboración y la puesta en práctica de políticas y prácticas que establezcan unos entornos laborales libres de acoso y en los que se respete la integridad física y psíquica y la dignidad de todos/as los/as trabajadores/as.

² En concreto para la responsabilidad privada derivada del accidente de trabajo se han manifestado las SSTs 2-2-1998 (Rec.124/97), 17-2-1997 (Rec. 2085/98) y 7-2-2003 (Rec. 1663/02).

En primer lugar, resulta claro que el acoso, cualquiera que sea su manifestación, constituye un obstáculo para la adecuada integración de la mujer en el mercado de trabajo y las políticas destinadas a tratar este problema tienen más posibilidades de resultar eficaces cuando se unen a una política más amplia de fomento de la igualdad de oportunidades y de mejora de la situación de la mujer en las empresas.

El Código de Conducta se refiere especialmente a la prevención y sanción del acoso sexual y sexista realizado por personas diferentes al propio empresario que, tengan o no superioridad jerárquica respecto de la víctima, se encuentren sometidos al poder disciplinario del empleador/a. La mayoría de las recomendaciones incluidas en el Código se refieren a las acciones que deben emprender los/as empleadores/as, ya que estos tienen el deber de garantizar la protección de la dignidad y la salud de su personal en los lugares de trabajo. Sin embargo, se sugiere que las medidas que se detallarán a continuación, se adopten tras consulta a los órganos de representación del personal o incluso mediante la negociación colectiva ya que la experiencia indica que las estrategias para crear y mantener un entorno laboral exento de acoso, tienen más probabilidades de ser eficaces cuando se acuerdan conjuntamente.

Se hace hincapié en el Código en que es necesario tener en cuenta de partida que la ausencia de quejas o denuncias de acoso en una empresa no es en absoluto prueba determinante de su inexistencia pues se ha constatado la renuencia de las víctimas de este tipo de actuaciones a presentar denuncia formal, sobre todo si no tienen seguridad absoluta de ser comprendidas y escuchadas e incluso, de no ser represaliadas.

Por lo que respecta a las medidas de prevención sugeridas, serían las siguientes:

Declaración de principios

Como primer paso para mostrar la intención de construir unos ambientes de trabajo exentos de acoso, debe ser elaborada una Declaración de Principios en la que se establezca expresamente que todos los miembros de la empresa, sea cual sea su rango jerárquico, deben ser respetados en su dignidad, que no se permitirán ni tolerarán las actuaciones de acoso moral ni sexual y que todo/a trabajador/a tiene derecho a presentar denuncias si este se produce. Se recomienda que en la declaración de principios se precise de la forma más exacta qué se ha de entender por acoso y se explique que dichos comportamientos son ilegales, significan un incumplimiento contractual y se advierta de que serán sancionados en todo caso en función de su gravedad. Se aconseja que la declaración imponga al personal de dirección la obligación de aplicar estos principios y de emprender las acciones correctoras para garantizar su cumplimiento. También debe imponer explícitamente a todos los integrantes de la organización, la obli-

gación de cumplir la declaración y de velar por que todos ellos sean tratados con respeto de su dignidad.

A continuación, deberá explicarse el procedimiento que habrán de seguir las víctimas de acoso para recibir ayuda y a quién habrán de dirigir su denuncia, que debe incluir el compromiso de un tratamiento serio, rápido y confidencial de todo tipo de queja, la protección frente a las represalias y la garantía de que el procedimiento terminará en la aplicación de las medidas disciplinarias adecuadas, es decir, proporcionales y disuasorias, contra los culpables.

Una vez elaborada la Declaración en los términos anteriormente señalados, es importante garantizar su conocimiento efectivo por todos los integrantes de la empresa por lo que deberá publicarse en lugares accesibles y bien visibles de la empresa. Dicha comunicación deberá subrayar el compromiso de la dirección de garantizar ambientes de trabajo en los que se respeta la dignidad y la libertad de todo el personal.

Responsabilidad

Todos los integrantes de la organización tienen la responsabilidad de ayudar a garantizar un entorno laboral en que se respete la dignidad y en general los derechos fundamentales y el personal de dirección deberá tener especialmente encomendada la labor de garantizar que no se produzca acoso de tipo alguno en los sectores bajo su poder de organización por ello la formación de la dirección constituye un medio esencial para garantizar que no se produzca acoso en el trabajo y que si se produce sea resuelto con rapidez y eficacia. Esta formación debería tener por objeto la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de acoso y a que los/as participantes sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política empresarial contra el mismo. Además, toda persona que tenga alguna función o cometido oficial en el procedimiento de tutela frente al acoso debería recibir una formación específica.

Procedimientos de tutela prejudicial

Reviste una crucial importancia la adopción de procedimientos adecuados para tratar las denuncias de acoso en el trabajo, así como la puesta en conocimiento de todo el personal sobre cómo y cuando utilizarlos en su defensa y sobre sus consecuencias. En la medida en que las víctimas del acoso prioritariamente desean que este cese, se trataría de que la negociación colectiva intentara una solución de la situación mediante un procedimiento no judicial simplificado y sin formalidades excesivas a través de procedimientos como la mediación especializada. Si a pesar de ella el sujeto acosador continúa en su comportamiento o si el acto de acoso es tan grave que parece inadecuada o insuficiente la solución informal extraoficial, deberá preverse un procedimiento oficial o formal de carácter interno, a iniciar mediante la presentación de una denuncia.

Se debe garantizar que las investigaciones pertinentes se realizan con absoluto respeto de los derechos fundamentales de denunciado y denunciante, deben responder a principios de tales como la *sumariedad*, en tanto que habrá de ser lo más breve posible; la *confidencialidad* en cuanto se aboga por la máxima discreción; y la *inmunidad* al señalar que no podrán ser adoptadas *ningún tipo de represalias* contra la persona denunciante. Debe además garantizarse que las personas encargadas de la investigación sean independientes y objetivas y cuenten con conocimientos y sensibilidad suficiente en materia de violencia de género.

Respecto de la presentación de denuncias, la solución más adecuada quizá sería que se realizara ante órganos internos en la empresa por ejemplo la Dirección de Recursos Humanos, o bien ante organismos específicos como, en caso de que exista la Comisión de Igualdad o ad hoc como el que se propone a continuación.

Asesoramiento y asistencia. La Asesoría confidencial

Es recomendable que, bien mediante decisión del empleador, bien mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, se nombre a una persona encargada de proporcionar asesoramiento y asistencia a las víctimas de acoso y se le dote de competencia para resolver cualquier problema ya sea por la vía oficial o por la extraoficial. Sobre esta figura ya existe experiencia en otros países en los que se denominan *asesores/as confidenciales*. Pueden formar parte de los órganos de representación en la empresa o de los específicos en materia de salud laboral, y su actuación suele resultar más eficaz cuando esta persona es elegida de común acuerdo entre el empleador y la representación del personal.

Se recomienda que, en caso de existir, se proporcione al/la asesor/a la formación adecuada sobre la mejor manera de resolver los problemas y sobre la política de la empresa en materia de acoso, del funcionamiento del procedimiento de tutela establecido, así como que se le provea de recursos adecuados para desempeñar su función con eficacia; es importante que se establezcan instrumentos de protección contra las represalias de que podría ser objeto por ayudar a las víctimas.

Finalmente se pone de manifiesto que el papel de los sindicatos y la sensibilización de los propios trabajadores resultan esenciales en la erradicación del acoso.

3. La prevención de la violencia de género en el trabajo en los convenios colectivos

Es necesario comenzar señalando la esencial función de los interlocutores sociales y la negociación colectiva en la prevención y erradicación de la violencia de género en los ambientes de trabajo y en general para la consecución del la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En todos los Estados miembros de

la UE, la negociación colectiva constituye el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales y, desde hace tiempo, se afirma, cada vez más, como instrumento de garantía de los Derechos Fundamentales en el seno de la empresa. Por ello, debería constituir un instrumento importante para la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el empleo y las condiciones de trabajo, en tanto que este derecho forma parte indiscutiblemente del elenco de derechos fundamentales o mejor, es su frontal porque no solo es que el de igualdad sea un derecho autónomo sino que, entendido relacionadamente, obliga a garantizar en condiciones de igualdad el resto de los derechos constitucionalmente reconocidos.

La normativa comunitaria ha intentado desde sus orígenes conseguir la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de género en las empresas. En toda la normativa de Derecho comunitario derivado, se resalta la importancia de la implicación de los interlocutores sociales en la implementación efectiva de este principio a través, entre otros instrumentos, de la negociación colectiva, que debería constituir uno de los instrumentos esenciales para la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo. Así lo reconocía la Directiva 76/2007 y su reformadora la Directiva 2002/73/CEE que se propone expresamente como uno de sus objetivos esenciales, conseguir la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad y en la eliminación discriminación por razón de género en las empresas. En su art. 8 ter exigía de los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre el empresariado y la representación de los/las trabajadores/as sobre la igualdad de trato a fin de promover su aplicación mediante, entre otros medios, la negociación colectiva, exigía de los Estados miembros que alentasen al empresariado a que aplique y fomente la aplicación del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en las empresas de forma planificada, sistemática y transversal.

De su parte el art. 21 de la D/2006/54/CE, recoge estas disposiciones y añade que

1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato, incluido, por ejemplo, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de promoción, así como mediante el seguimiento de los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas.
2. Siempre que ello sea coherente con sus tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros alentarán a los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres, a fomentar normativas laborales flexibles con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y a cele-

brar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 1 que entren en el marco de la negociación colectiva. Dichos convenios respetarán las disposiciones de la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo.

3. Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios a que fomenten la igualdad de trato de hombres y mujeres de forma planificada y sistemática en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, en la formación profesional y la promoción.

4. A tal fin, deberá alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa. Esta información podrá incluir un inventario sobre la proporción de hombres y mujeres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales entre hombres y mujeres, así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores».

Finalmente y como se ha señalado, el Código de conducta para la protección frente al acoso sexual en el trabajo insiste en la esencial función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la erradicación de la violencia de género en los lugares de trabajo.

En España, la Constitución española de 1978 y en concreto sus arts. 7, 28 y 37, otorgan a la negociación colectiva una esencial función en la regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales. Desde ella, los convenios colectivos se conciben como instrumento adecuado para la introducción en la empresa de garantías de los derechos sociales que la propia Constitución reconoce, entre ellos el de igualdad de trato y la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres y, sin duda alguna, el derecho a la integridad física y psíquica y a la protección frente a la violencia de género en el empleo como manifestación mas devastadora de la discriminación por razón de género. Como vimos mas arriba, el art. 48 de la LOIEMH insiste en que las medidas preventivas que se adopten en la empresa frente a la violencia de género, deberían negociarse con la representación del personal. Así lo reconocen además los propios interlocutores sociales en los sucesivos ANCs firmados hasta el momento, sobre todo en el firmado en el año 2008 en el que se reconoce expresamente que *«La negociación colectiva es una valiosa vía de actuación contra la discriminación por razón de sexo y un importante medio para mejorar la concreción de algunos principios y derechos, reconocidos en la legislación»*.

Es importante señalar que, en cumplimiento tanto de la normativa como de los compromisos asumidos por los interlocutores sociales, los estudios realizados hasta el momento³ muestran una mejora notable en el tratamiento convencio-

³ CES, 2003, p. 60. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (2008), pp. 356 y ss. Defensoría para la igualdad del Gobierno Vasco (2009), pp. 30 y ss. Pérez del Río (2006 y 2009). Pérez del Río T. (2010), pp. 187-220.

nal de la igualdad entre hombres y mujeres en general y en particular, por lo que aquí interesa, de la violencia de género en el empleo, siendo relativamente escasos los convenios colectivos que no hacen referencia alguna al acoso sexual aunque no tanto al acoso sexista, y aunque algunos de ellos la realizan muy escueta o de forma técnicamente incorrecta, los que tradicionalmente han prestado alguna atención al tema del acoso han mejorado en los últimos años la calidad técnica de su regulación.

De un lado, el lamentablemente insuficiente conocimiento tanto por parte de las víctimas como, al parecer, de los interlocutores sociales, sobre el significado del concepto de violencia de género y de otro, la posibilidad de que multitud de situaciones sean calificables tanto de acoso sexual como de acoso sexista, hacen imprescindible, como se ha señalado anteriormente, definir con claridad y amplitud suficiente tanto el concepto de acoso sexual como el de acoso moral e incluso, en la medida de lo posible, poner ejemplos que faciliten su comprensión por parte de los/las destinatarios/as de la norma, tanto los o las posibles acosadores/as como las posibles víctimas, por ello resulta totalmente insuficiente la regulación que contienen una parte importante de los convenios colectivos que se refieren a estas situaciones limitándose a introducir entre el listado de incumplimientos contractuales sancionables el acoso sexual y sexista sin definirlo.

En algunos casos, la definición convencional resulta excesivamente restrictiva lo que conduce a que solo sean calificables de acoso determinadas conductas producidas en circunstancias particulares. Por ejemplo, en algunos convenios se establece que existirá acoso sexual solo cuando la conducta se lleve a cabo prevaliéndose de una situación de superioridad del acosador o cuando esta conducta sea ejercida sobre personas especialmente vulnerables, ya sea por su situación personal —tener responsabilidades familiares, ser madre soltera— o por su situación laboral —trabajador/a temporal—; obviamente, este tipo de definición deja fuera del ámbito de protección múltiples situaciones en las que existirá acoso según la normativa vigente que no exige tales requisitos para configurar el tipo. Si que resulta correcto sin embargo utilizar la relación de superioridad jerárquica del/la acosador/a respecto de la víctima así como su especial situación de vulnerabilidad como circunstancia agravante.

Con referencia a la calificación y sanción del acoso, no resulta correcto y sin embargo es frecuente, que los convenios colectivos califiquen en todo caso al acoso como falta muy grave ya que ello significa un incumplimiento del principio de proporcionalidad en la graduación de faltas y en la previsión de sanciones que, en último caso, conduce a que muchas actuaciones acosadoras sin ese carácter de muy graves queden impunes. Esta forma errónea de calificación aparece en todos los niveles convencionales. En particular los convenios que diferencian entre chantaje sexual y acoso ambiental suelen calificar de muy grave el primero y de grave el segundo lo cual no es, en principio, rechazable.

La sanción establecida suele coincidir en la mayor parte de los convenios y frecuentemente consiste en la suspensión de empleo y sueldo durante un periodo que puede ir entre 10 y 60 días o el despido; no parece frecuente que se sancione al acosador con el traslado, que sería, de otro lado, lo más lógico y coherente, ya que implicaría la separación definitiva entre este y su víctima y además es lo que sugiere al Código de Conducta comunitario.

Tanto la aplicación de una sanción como la elección de la sanción a imponer suele corresponder a la empresa como titular del poder disciplinario y en ningún caso se reconoce la posibilidad de intervención en esta función a otros sujetos diferentes; entendemos que la facultad de selección de la sanción podría ser compartida ya sea con la representación del personal o, en el caso de que exista procedimiento especial para la prevención, control y sanción del acoso, con la persona o personas encargadas de aplicarlo. El reconocimiento de esta posibilidad evitaría que se pudiera aprovechar una denuncia de acoso para despedir a un trabajador o trabajadora *non grato*, sin que la conducta denunciada tuviese la gravedad suficiente para justificar esta decisión o, por el contrario, se decidiese arbitrariamente aplicar una sanción inferior a la que correspondería en función del principio de proporcionalidad.

Es sorprendentemente en el nivel provincial donde se han encontrado las mejores y más completas definiciones del acoso sexual, que en algunos casos, más bien se podrían calificar de *Declaraciones de Principios* propuestas por el Código de Conducta Comunitario, al que a veces se realiza referencia específica. Este tipo de cláusulas, al menos muestran la voluntad de los interlocutores sociales firmantes del convenio en la erradicación de la violencia de género, pero en óptica preventiva resultan insuficientes si no se acompañan de procedimientos específicos de denuncia, constatación de la veracidad de la misma y sanción del/la acosador/a, es decir, resultan insuficientes para dar por cumplida la obligación establecida en el art. 48 LOIEMH que especial hincapié en la obligación de su evaluación como riesgo laboral y a su prevención.

Una excepción a esta regla, estaría constituido por el recientemente acordado XVI Convenio Nacional para las Industrias Químicas, cuyo Capítulo XVI, en el que se parte de la afirmación de que el de las industrias químicas, «*es un sector comprometido y avanzado en el desarrollo de políticas de igualdad*» y que está dedicado en su totalidad a la igualdad de oportunidades, diseña las líneas generales de los Planes de Igualdad que las empresas de más de 250 trabajadores/as sometidas a su ámbito de aplicación deberán adoptar, así como las líneas generales de un Protocolo modelo para la prevención y tratamiento de situaciones de acoso, común para todas sus manifestaciones: acoso moral sea o no discriminatorio, acoso sexual y acoso sexista. Siguiendo el modelo propuesto por el Código de conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992, consta de las siguientes partes:

- *Declaración de Principios* en la que se afirma el compromiso de tolerancia cero que las empresas incluidas al ámbito de aplicación del convenio asumen respecto de cualquier manifestación de acoso en sus ámbitos de dirección y organización.
- El *ámbito de aplicación* del Protocolo, aplicable a todo el personal de las empresas concernidas pero que no incluye expresamente al personal sometido a contrata o subcontratas y que presta servicio en los locales de las mismas.
- Las *definiciones* tanto del acoso sexual como el acoso sexista son las contenidas en la LOIEMH, por tanto correctas, y ambas se definen expresamente como actuaciones discriminatorias. Se echa en falta un listado ejemplificativo de este tipo de actuaciones, que la doctrina declara muy útiles para clarificar los conceptos y dotar de efectividad a la prohibición de su realización.
- *Sensibilización y formación* de la plantilla, así como el compromiso firme por parte de la empresa de aplicar sanciones disciplinarias a los acosadores.
- *Procedimiento de actuación* que se guiará por los siguientes principios:

Garantía de confidencialidad y protección de la intimidad y la dignidad de las personas implicadas, garantizando en todo caso la preservación de la identidad y circunstancias personales de quien denuncie.

Prioridad y tramitación urgente.

Investigación exhaustiva de los hechos, y si es preciso, dirigida por profesionales especializados.

Garantía de actuación adoptando las medidas necesarias, incluidas, en su caso, las de carácter disciplinario, contra la persona o personas cuyas conductas de acoso sexual o acoso por razón de sexo resulten probadas, así como también con relación a quien formule imputación o denuncia falsa, mediando mala fe.

Indemnidad frente a represalias, garantizando que no se producirá trato adverso o efecto negativo en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de denuncia o manifestación en cualquier sentido dirigida a impedir la situación de acoso y a iniciar el presente procedimiento, (sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pudieran arbitrarse en situaciones de denuncia manifestamente falsas).

Garantía de que la persona acosada pueda seguir en su puesto de trabajo en las mismas condiciones si esa es su voluntad.

- Se prevé la *adopción de medidas cautelares* pero no se hace referencia concreta a que una de ellas pueda ser la separación de víctima y acosador, de forma inmediata a la presentación de una denuncia formal. Toda la doctrina que ha estudiado este tema pone de manifiesto la ne-

cesidad de adoptar este tipo de medidas para garantizar la integridad física y psíquica de la víctima durante el tiempo de tramitación de las denuncias.

- Presentación de *denuncias*, posible tanto para la propia víctima como por la representación del personal o incluso por terceros que conozcan la situación y que se realizará ante el departamento de Recursos Humanos. Podría haberse previsto un órgano especializado, que en el Código de Conducta europeo se denomina «asesoría confidencial» o agente de igualdad o, en algunos casos el de carácter colegiado, Comisión de Violencia o podría haberse pensado en la actuación de la Comisión de Igualdad regulada en el propio convenio.
- La *Instrucción del procedimiento* que correrá a cargo del mismo departamento de RRHH que recibe las denuncias y lo cierra. La intervención de la representación de personal está prevista siempre que la víctima de su consentimiento para ello.

Se regulan dos procedimientos, uno **previo o informal**, cuyo objetivo es llegar a un acuerdo con la intervención de un mediador, facultativo para la víctima y, entendemos, siempre que el acoso no haya sido muy grave, y otro **formal** cuyo objetivo es dilucidar la veracidad de la denuncia, en el que resulta necesario dar audiencia a ambas partes y que acabaría en la imposición de la sanción prevista en el régimen disciplinario del convenio. También se recoge la precaución de que en todo el proceso, la víctima esté acompañada de una persona de su confianza, que podría ser una persona experta en violencia. Una medida de importante efecto disuasorio es que en todo caso los representantes de los trabajadores tendrán conocimiento del resultado final de todos los expedientes que puedan tramitarse, así como de las medidas adoptadas, excepción hecha de la identidad y circunstancias personales de la presunta víctima del acoso, (si ésta solicitó que los hechos no fuesen puestos en conocimiento de la misma).

El de la Industria Química constituye sin duda una buena práctica en el ámbito convencional de sector, al que la LOIEMH atribuye la función de diseñar las líneas fundamentales de los procedimientos de prevención del acoso en las empresas incluidas en su ámbito de aplicación. También debe citarse como ejemplo de buena práctica convencional el CC de Seguros 10-12-2008 que en su Disposición Adicional Séptima diseña asimismo el que denomina *Protocolo de actuación ante situaciones de acoso sexual, o acoso por razón de sexo, o de acoso moral* aplicable a las empresas incluidas en su ámbito con un contenido similar al anteriormente expuesto respecto de la industria química.

4. Los Protocolos para la prevención y sanción del acoso sexual y sexista en el empleo. Su relación con los Planes de Igualdad

El conjunto de medidas que de forma sistemática y tomando como modelo el Código de Conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992, tienen por objetivo prevenir y sancionar la violencia de género en el empleo, se suelen denominar Protocolos para la prevención y sanción del acoso sexual y sexista en el empleo. Son numerosos los Protocolos adoptados utilizando la posibilidad que ofrece el art. 46.2 de la Ley de Igualdad, que establece como uno de los posibles contenidos de los Planes de Igualdad «*la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo*» y son muchas más las empresas que, como parte del contenido de sus Planes de Igualdad hacen referencia de alguna u otra forma, a la violencia de género. De hecho, resultan verdaderamente escasos los Planes de Igualdad que no realizan alguna referencia a esta materia aunque, en óptica cualitativa, esta referencia sea muy diversa.

Las diferentes formas de tratamiento del tema que aparecen en los Planes de Igualdad, pueden incluirse en los siguientes grupos en función de la mayor o menor importancia que le reconocen al tema: un primer grupo de Planes no escaso y en algunos supuestos adoptados en empresas pertenecientes a sectores muy feminizados y en los que el riesgo de acoso se ha mostrado especialmente alto, señalan la importancia del tema y asumen como objetivo a medio o corto plazo la elaboración de un Protocolo que será negociado o no con la representación del personal. En algunos casos, este compromiso de futuro se acompaña de la definición de las líneas generales que han de guiar su elaboración, que en muchos casos coinciden con las propuestas del Código Comunitario para la protección de la dignidad de mujeres y hombres en el trabajo citado más arriba. Un segundo grupo de Planes hacen referencia a la existencia de un Protocolo de prevención vigente y adoptado previamente a la adopción del Plan de Igualdad que en la mayoría de los casos no se adjunta al Plan y por tanto se hace necesario rastrear su existencia real en Internet, lo cual algunas veces se consigue fácilmente pero otras se hace imposible dado que su texto consta exclusivamente en la intranet de la empresa en cuestión. Es obvio que esta práctica de un lado dificulta y retrasa la investigación y análisis, pero de otro, no constituye, en mi opinión una buena práctica porque la unión de ambos textos facilitaría mucho el conocimiento de sus derechos por parte de las personas destinatarias tanto del Plan como del Protocolo. Algunos de estos Protocolos adoptados antes del Plan son incluso anteriores a la adopción de la Ley 3/2007 de Igualdad (algunos han sido adoptados en los años 2005, 2006) y el objetivo que se propone en el Plan es adaptarlos a las exigencias de la Ley de Igualdad. La causa más generalizada que se alega para la necesaria actualización es la carencia del concepto de *acoso por razón de sexo* común en este tipo de protocolos antiguos.

También se suele alegar la necesidad de establecer un procedimiento de relación entre el sistema de aplicación del Protocolo y el resto del Plan de Igualdad (por ejemplo relacionar la Comisión de Igualdad del Plan con la Asesoría confidencial del Protocolo). El tercer grupo estaría integrado por aquellos Planes que bien en forma de medidas de igualdad o en forma de anexo, incluyen el texto del Protocolo lo que, como se señaló, de un lado facilita enormemente el análisis y de otro constituye una buena práctica ya que, en aras del principio de seguridad jurídica, facilita a todos los destinatarios el conocimiento completo de las normas de igualdad aplicables en la empresa.

En óptica cualitativa, es de señalar que la adecuación y calidad de los mismos no está en función del sector económico a que afectan, o si se quiere, a su ámbito de aplicación sectorial. Más bien parece responder al nivel de formación en materia de igualdad de género de sus negociadores y a la intención real y no meramente formal, de contar con medidas preventivas adecuadas y eficaces en cuanto a procedimiento y efectos del tratamiento de las denuncias presentadas. Bastantes de ellos parecen responder a modelos comunes en bastantes aspectos de su contenido, a la guía de buenas prácticas que se recogen en el Código de Conducta comunitario.

Resulta además necesario señalar que a pesar de que los Protocolos frecuentemente suelen formar parte de los Planes de Igualdad (que no se olvide, tratan de conseguir la eliminación de las situaciones de discriminación constatadas en los diagnósticos realizados previamente), en la inmensa mayoría de los casos, tratan conjuntamente las tres formas de manifestación de la violencia en el empleo: el acoso moral, el acoso sexual y el acoso sexista y en mi opinión ello no resulta recomendable por diversas razones. Jean Jacquemain, ya en el año 2001⁴ alertaba sobre los peligros que se cernían sobre la tutela efectiva frente a la violencia de género en el empleo en el caso de que se pretendiera un tratamiento unitario con otras formas de acoso. Este autor señala, que «...el *aparataje jurídico desarrollado especialmente para la tutela frente al acoso sexual, íntimamente relacionado con la igualdad de género, puede ser utilizado, y de hecho lo ha sido, como precursor de los procedimientos de tutela frente al acoso moral, pero el mayor avance y desarrollo alcanzado en materia de tutela frente al acoso sexual no debe verse amenazado por tentativas imprudentes de globalización que pretendan su aplicación al acoso moral en general y que pongan en peligro su efectividad actual*». Señala además que cuando se pretenden aplicar los instrumentos jurídicos elaborados sobre el acoso sexual y, en menor medida, sobre el acoso sexista, a otras causas de acoso discriminatorio o al acoso genérico, se corre el peligro de incurrir en contradicciones e incoherencias difíciles de salvar en todos los ámbitos: desde los elemen-

⁴ «Le Droit du Travail comme insecticide: Le harcèlement professionnel» en *Le contrat de travail et la nouvelle économie*. Ed. du Jeune Barreau, Bruselas, 2001.

tos configuradores del concepto, hasta las fuentes de su recepción jurídica; desde su prevención hasta su sanción.

Por lo que se refiere a las fuentes normativas, la violencia de género está regulada en normas distintas tanto en el ámbito comunitario como en el interno y ello no se ha producido gratuitamente. En términos generales, el reconocimiento de la existencia de una situación de subordinación social de las mujeres, supone la asunción de la estructura de la sociedad en base al sistema sexo/género conduce a una regulación normativa específica si se pretende su eliminación, ya que lo contrario significaría, en términos de Ferrajoli «*la homologación jurídica de las diferencias*» que implicaría un posicionamiento neutral de la norma respecto del sujeto de derechos del que se derivaría un marco jurídico general y abstracto para todas las personas, desconocedor de las diferentes situaciones sociales en las que estas personas se encuentran, que en definitiva restaría eficacia al sistema de tutela⁵. Creo que el legislativo ha entendido que la violencia de género en el empleo, al igual que la que se produce en el ámbito doméstico o de la pareja, necesita un tratamiento específico, diferente e integral, respecto de otras manifestaciones de violencia en la sociedad y por ello se han adoptado Leyes especiales e integrales contra la violencia en dichos ámbitos. La necesidad de realizar un tratamiento diferenciado de la violencia de género en el trabajo se acentúa a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Del análisis de los Protocolos que tratan conjuntamente ambos fenómenos se deriva además de forma clara que se otorga una mayor relevancia al acoso moral cuando se ha demostrado estadísticamente una mayor incidencia de la violencia de género que del acoso moral. Además, cuando el acoso es leve (presión verbal o gestual) las mujeres siguen sin percibir que están siendo víctimas de acoso, lo que significa que siguen percibiendo la violencia (al menos leve) como un precio que deben pagar por integrarse en un lugar social no apropiado/ no asignado históricamente a o para ellas.

En conclusión, estimamos que no constituye una buena práctica tratar conjuntamente las tres las formas de violencia en el empleo: el acoso moral debe ser tratado en protocolo separado y con sistemas de aplicación y seguimiento diferentes.

Por lo que se refiere a los **sujetos destinatarios y protegidos** por los Protocolos, estos no suelen hacer referencia más que al personal, o a la plantilla, o a los trabajadores/as de la empresa. Esta referencia se hace insuficiente ante una realidad económico/empresarial que demuestra la frecuencia de situaciones de contrata y subcontrata, y resulta necesario aclarar en el Protocolo que todas las

⁵ Ferrajoli, L. (2002).

personas que presten servicios en el ámbito de obligación de prevención de la empresa a la que resulta aplicable el protocolo, también entran en su ámbito de protección. Por lo que hace al personal directivo fuera de convenio algunos de los Protocolos analizados (en concreto algunos pertenecientes al sector bancario) señalan expresamente que el personal de dirección o que tenga a su cargo la organización del personal tienen una especial obligación de respetar y hacer respetar el protocolo.

Todos los Protocolos consultados cuentan con una **declaración de principios** más o menos amplia y terminante, pero es de señalar que en algunos de ellos esta constituye su único contenido, es decir, el Protocolo no contiene nada más en absoluto: ni definiciones, ni procedimientos ni sanciones, solo expresan la voluntad de la empresa de no permitir y sancionar a los infractores de la política de empresa en materia de violencia en el trabajo. De los Protocolos consultados, las declaraciones de principios de los aplicables al sector público suelen ser más terminantes que las que aparecen en los que afectan al sector privado, aunque resulta lamentable que algunos de los Planes pertenecientes al sector público ni cuenten con protocolo alguno ni hagan referencia alguna a la temática de la violencia de género en su ámbito de aplicación.

Por lo que hace a las **definiciones** de las actuaciones prohibidas, el acoso sexual y el sexista pueden detectarse hasta tres grupos de Protocolos: un primer grupo que recoge exactamente la definición de la Ley de Igualdad; un segundo grupo que recoge, con mayor o menor acierto, alguno de los conceptos acuñados por la doctrina por tanto más amplios, con la intención de aclarar y delimitar sus elementos esenciales. Los pertenecientes al tercer grupo, son los Protocolos que además de recoger las definiciones, aplican la buena práctica de ejemplificar las actitudes y conductas susceptibles de constituir acoso (tanto sexual como sexista o por razón de sexo).

Respecto a la **presentación de denuncias y quejas**, gran parte de los Protocolos consultados hacen referencia a la forma en que han de presentarse, es decir, al procedimiento de denuncia, pero solo una parte de ellos analiza la posibilidad de que no sea la propia víctima la que la presente sino que otra persona lo haga en su nombre (como ejemplo algún miembro de la representación del personal), o «motu proprio» en caso de que conozca alguna situación de acoso, aplicando al respecto lo señalado en la propia Recomendación en el sentido de que *«Todos los empleados tienen la responsabilidad de ayudar a garantizar un ambiente de trabajo en el que se respete la dignidad de los empleados y los directivos (incluidos los supervisores) tienen el deber particular de asegurar que el acoso sexual no se da en las áreas de trabajo para los que son responsables»*. Un ejemplo de buena práctica entre los Protocolos analizados sería la que en la materia se manifiesta en los siguientes términos: *«Cualquier persona que tenga conocimiento de algún acto de acoso, deberá denunciar dicha situación»*. Sería posible, pero no se ha encontrado

esta previsión en ninguno de los Protocolos analizados, la actuación *de oficio* si es que existe un órgano creado *ad hoc* para recibir e investigar las denuncias.

Respecto de la **forma de presentación de la denuncia**, un grupo minoritario de los protocolos analizados admiten la posibilidad de presentación oral pero la mayoría exige que sea escrita, algunos incluso determinan los requisitos y el contenido mínimo de la misma, entre los que se encuentran la identificación completa de denunciante y denunciado, hechos que se denuncian, fecha de su comisión y en algunos casos «*indicios suficientes de veracidad de lo denunciado*».

Todos los Protocolos analizados admiten la posibilidad de presentación de lo que suelen denominar **denuncias falsas**, señalando que serán sancionadas disciplinariamente, sin embargo, no en todos ellos se define exactamente qué se ha de entender por tales y ello plantea problemas ya que si se entiende por falsa aquella denuncia respecto de la cual ha resultado imposible acumular pruebas suficientes para confirmar su veracidad, la afirmación de que la persona denunciante será sancionada ejercerá sin duda un efecto disuasorio cara a la presentación de quejas, dada la generalizadamente admitida dificultad de probar ciertos tipos de acoso, por ello constituye una buena práctica la definición del significado de estos términos como «*Las denuncias, alegaciones o declaraciones, que se demuestren como intencionadamente fraudulentas y dolosas, y realizadas con el objetivo de causar un mal injustificado a la persona denunciada...*».

El Código de Conducta comunitario entiende conveniente que exista un órgano especializado, que cara a su mayor eficacia se recomienda sea designada previo acuerdo con la representación de personal, encargado de la **recepción de las denuncias y del asesoramiento y ayuda a las víctimas**, que puede o no ser al tiempo el encargado de realizar las investigaciones necesarias para **esclarecer la veracidad** de las quejas presentadas, recabando las pruebas necesarias e interviniendo como mediador en los procedimientos informales. Sin embargo, la mayoría de los protocolos analizados carecen de este tipo de órgano. En su mayor parte señalan a la Dirección de Recursos Humanos o a la Dirección de Relaciones Laborales como órgano encargado de la recepción de las denuncias así como de la investigación de la veracidad de las mismas, algunas veces con la ayuda de expertos externos. En los casos en los que el protocolo analizado, se anexa a un Plan de Igualdad que cuente con Comisión de Igualdad encargada de su seguimiento, se suele señalar que las denuncias de acoso se presentarán ante este órgano que además se encargará de la investigación. Un grupo no muy numeroso pero significativo de protocolos crea órganos ad hoc como «Comisiones antia-coso» encargados tanto de la recepción de denuncias como de la investigación, y en otros casos aunque se prevea que la denuncia haya de ser presentada ante RRHH, se señala que recibida esta se creará una «Comisión informativa» encargada de la investigación. Este tipo de comisiones, cuando existen, pueden ser también auxiliadas por expertos externos.

En lo que respecta a la conformación de este tipo de órganos, resulta necesario tener en consideración dos recomendaciones recogidas en la norma europea: en primer lugar que *«es aconsejable ofrecer a los trabajadores la posibilidad de presentar la denuncia en primera instancia a una persona de su mismo sexo, si así lo desean»* sobre todo en supuestos de acoso sexual y, en segundo lugar, que *«Quienquiera que sea la persona designada en el establecimiento, se recomienda que se le proporcione la formación adecuada sobre la mejor manera de resolver los problemas y sobre los pormenores de la política y los procedimientos del establecimiento, de manera que pueda desempeñar su tarea con eficacia. También es importante que se le provea de recursos adecuados para desempeñar su función, así como de protección contra las represalias de que podría ser objeto por ayudar a cualquier persona víctima de acoso»*.

Respecto de la primera de las recomendaciones no hemos encontrado ningún protocolo que haga referencia a que este tipo de órganos de recepción e investigación de denuncias deba **contar entre sus miembros con mujeres**. Sin embargo respecto del segundo sí que la mayor parte de los analizados hace referencia a la formación específica con que deben contar los miembros de estos órganos o, al menos, que deben de formar parte de los mismos, personas expertas en la materia, sean estos internos o externos.

Como se señaló mas arriba, los Protocolos deben regular **el/los procedimientos de investigación de la veracidad de las denuncias presentadas**. A este respecto el Código estima conveniente la previsión de dos tipos de procedimientos: uno previo de carácter informal que consistiría en una mediación para los casos menos graves y otro de carácter formal para aquellas situaciones en las que el informal resulte fallido o la actuación denunciada sea de especial gravedad.

Salvo excepciones, en las que el protocolo regula la existencia de un único procedimiento formal, situación en las que este suele resultar excesivamente formalista y por ello poco eficaz, todos los protocolos analizados siguen esta recomendación y cuentan con un primer **procedimiento informal**, en el que previa sucinta investigación sobre la veracidad de la denuncia o partiendo de la verosimilitud de la presentada, se procede a una mediación entre las partes denunciante y denunciada. En algunos se señala, lo que parece una buena práctica, que solo se aplicará este procedimiento si la parte denunciante da su consentimiento y en otros se exige la presencia en el acto de alguien de confianza de esta, que puede ser un miembro de la representación del personal o de un experto/a. En algunos de los analizados incluso este tipo de procedimiento es el único existente, es decir, no se regula procedimiento formal alguno. Resulta interesante que en algún supuesto se nombren dos mediadores, de los que uno ha de ser necesariamente mujer y se exige que ambos demuestren formación suficiente en materia de violencia de género.

Todos los protocolos analizados que cuentan con regulación del **procedimiento formal** parten de una declaración de los principios que han de infor-

marlo, mayoritariamente basados en el Código comunitario y muy parecidos: «*confidencialidad, agilidad, objetividad y neutralidad, contradicción y garantía de las posibilidades de defensa de las partes*», a los que algunos añaden garantía de seriedad en el tratamiento de las denuncias. Sin embargo difieren en torno a un principio importante: la presunción de verosimilitud de la parte denunciante versus presunción de inocencia de la parte denunciada, inclinándose mayoritariamente por la segunda. Respecto del principio de *agilidad* en la aplicación, su significado varía notablemente de unos protocolos a otros: se prevén plazos máximos de 10 a 60 días en diferentes protocolos siendo emplazo más generalizado entre 15 y 30 días.

Una cuestión de esencial importancia es la posibilidad de adopción de **medidas cautelares** durante la instrucción del procedimiento, como la separación entre las partes implicadas, medida recomendada por el Código y por la doctrina que reiteradamente ha señalado la necesidad, no la mera conveniencia, de adoptar esta medida cautelar con el objetivo de garantizar la salud y la integridad física y psíquica de la víctima durante la investigación. De hecho se trata una medida prevista en bastantes protocolos, especialmente los calificables como de mejor calidad técnica.

En cuanto a la investigación, una buena práctica encontrada en alguno de los protocolos analizados, que siguen casi literalmente lo señalado en la norma comunitaria, sería la siguiente:

La Asesoría Confidencial utilizará los procedimientos de investigación que considere convenientes para la confirmación de la veracidad de la denuncia, respetando en todo caso los derechos fundamentales de las personas implicadas, sobre todo el derecho a la intimidad y a la dignidad de ambas.

Deberá dar notificación de la presentación de la denuncia lo más rápidamente posible a la persona denunciada.

Deberá además darle audiencia en presencia o no de la víctima a elección de esta última.

Tanto una como otra podrán solicitar la presencia de otra u otras personas integrantes de los órganos de representación, o si se considera conveniente de otros u otras trabajadoras a efectos de configurar la prueba testifical.

Se intentará recabar toda la información con una única explicación de los hechos por parte de la víctima (salvo que resultase imprescindible establecer posteriores entrevistas para la resolución del caso), garantizando la confidencialidad y la agilidad en el trámite.

También sería una buena práctica, asimismo encontrada en alguno de los Protocolos analizados, la que recomienda que la investigación «*Deberá ser ágil y rápida y confidencial, respetando la intimidad y dignidad de las personas afectadas.*

Asimismo, procurará la protección suficiente de la víctima en cuanto a su seguridad y su salud, teniendo en cuenta las posibles consecuencias tanto físicas como psicológicas que se deriven de esta situación. La empresa pondrá a disposición del o la Asesor/a Confidencial, así como de la Comisión frente a la Violencia de Género en el Trabajo, los medios necesarios y garantizará el acceso a toda la información y documentación que pudiera tener relación con el caso. Ambos órganos tendrán libre acceso a todas las dependencias de la empresa, siempre en cumplimiento de la normativa de seguridad vigente, debiendo todos los empleados prestarles la debida colaboración. Efectuarán las entrevistas con las personas afectadas, podrán recabar la intervención de personas expertas (en psicología, derecho, medicina, etc.) y mantendrán las reuniones que estimen oportunas con las partes interesadas y en su caso los testigos, pudiendo para ello entrevistarse con cualquier persona que preste servicios en la empresa o con cualquiera otra persona de la que puedan recabar información. La investigación se realizará con respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de las personas implicadas y especialmente del derecho a la intimidad».

Respecto de la **finalización y las consecuencias** del expediente investigador, el Código señala «*Se recomienda que las infracciones de la política del establecimiento para la protección de la dignidad de los trabajadores en el trabajo sean consideradas como faltas contra la disciplina y que las normas de disciplina establezcan claramente qué comportamiento se considera como conducta indebida en el trabajo. Constituye también una buena práctica indicar claramente —en el propio Protocolo— la gama de sanciones que pueden imponerse a las personas que violen la norma...».*

En la mayoría de los Protocolos consultados, se establece que finalizada la investigación, el órgano competente realizará un informe en el que se harán constar las actuaciones llevadas a cabo, las pruebas acumuladas tanto de carácter documental (por ejemplo las realizadas por expertos/as) como de tipo testifical, la suficiencia o insuficiencia de las mismas para determinar la veracidad de la denuncia y, en base a estas conclusiones, se propondrá la adopción de las medidas correspondientes. Sin embargo, solo en una parte de los Protocolos se establece que las propuestas realizadas por el órgano investigador serán vinculantes para la empresa y mayoritariamente, reenvían en esta materia al régimen disciplinario del convenio colectivo de aplicación. En algún caso se señala que, demostrada la existencia de acoso, la Dirección de RRHH será la competente para aplicar la sanción correspondiente a infracción grave o muy grave en el régimen disciplinario del convenio.

Se ha señalado reiteradamente y así se pone expresamente de manifiesto en la Recomendación, que una de las causas de mayor eficacia disuasoria tanto para la presentación de denuncias, como para la colaboración en su investigación por parte de los testigos del acoso, es el miedo a las **represalias** por ello una de las recomendaciones en las que insiste el Código es la necesidad de garantizar una protección suficiente y eficaz frente a las actuaciones de este tipo que

puedan ser adoptadas frente a las personas denunciantes, las que les hayan prestado ayuda o colaboración, los testigos e incluso frente a las personas que forman parte de los órganos de investigación. A este respecto es de señalar que gran parte de los Protocolos analizados recogen esta recomendación y garantizan que la adopción de represalias frente a las personas denunciantes será sancionada disciplinariamente, sin embargo, no son muchos los que amplían el sistema de protección a testigos y personas pertenecientes a los órganos de investigación lo que constituye una carencia notable.

Resulta evidente que de poco serviría la adopción del protocolo mas perfecto desde el punto de vista técnico si este es desconocido por sus destinatarios, por ello el Código comunitario señala que una vez elaborado el sistema de prevención y sanción del acoso *«es importante que ésta sea comunicada efectivamente a todos los trabajadores, de manera que sean conscientes de que tienen derecho a quejarse y sepan a quién deben quejarse, sean conscientes de que sus denuncias serán tratadas con prontitud e imparcialidad, y de las posibles consecuencias de todo comportamiento de acoso sexual»*. Ciertamente, la mayor parte de los Protocolos analizados insisten en el compromiso de la empresa de **garantizar el máximo conocimiento** posible de su existencia y contenido. Algunos hacen referencia a su publicación en tablones e intranet e incluso en su entrega individualizada a toda persona que sea contratada por la empresa.

Por lo que respecta al **seguimiento** de su aplicación, en aquellos supuestos en los que los Protocolos acompañan o forman parte de los Planes de Igualdad, esta función suele asignarse al mismo órgano que realiza el control de la aplicación del Plan que suele denominarse «Comisión de Igualdad» y en los caso de que exista órgano específico para la investigación, se suele asignar a este la función de seguimiento.

En lo que respecta a la **formación**, el Código señala que

Un importante medio para garantizar que no se produzca el acoso y que, si se produce, el problema sea resuelto con eficacia lo constituye la formación de los directores y supervisores. Dicha formación debería tener por objeto la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de todo acoso sexual y permitir que los participantes sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política fijada por el empresario y de cualquier problema que pueda surgir.

Además, las personas que tengan algún cometido oficial en el marco del procedimiento formal de examen de la denuncia de acoso sexual deberían recibir una formación especial... También es aconsejable incluir en los correspondientes programas de iniciación y de formación, información relativa a la política del establecimiento sobre el acoso sexual y procedimientos para tratar esta cuestión.

Algunos de los protocolos analizados (no la mayoría) realizan alguna referencia a la necesidad de formación especialmente dirigida a directivos y mandos;

en los supuestos en los que el protocolo acompaña al Plan de Igualdad, la formación se suele referir a todo el conjunto normativo.

Finalmente, respecto de la esencial **función de los sindicatos en la prevención, formación, información y sensibilización** sobre la necesidad de erradicar la violencia de género en el empleo el Código señala:

El acoso sexual es una cuestión tanto sindical como empresarial. Se recomienda como práctica adecuada que los sindicatos formulen y presenten unas declaraciones claras de política sobre el acoso sexual y que tomen medidas para aumentar la sensibilización ante el problema del acoso sexual en el lugar de trabajo, a fin de ayudar a crear un ambiente en el que ni se tolere ni se pase por alto. Por ejemplo, los sindicatos podrían intentar ofrecer a todos sus directivos y representantes formación sobre temas relacionados con la igualdad de trato, incluida la manera de abordar el acoso sexual, e incluir esta información en cursos de formación patrocinados o aprobados por el sindicato, así como información sobre la política del sindicato al respecto. Los sindicatos deberían estudiar la posibilidad de declarar que el acoso sexual constituye un comportamiento indebido, y se recomienda como buena práctica que informen a sus afiliados y dirigentes sobre sus consecuencias.

Se aconseja a los sindicatos que informen a sus afiliados de su derecho a no ser acosados sexualmente en el trabajo y les proporcionen una orientación clara sobre qué hacer en caso de ser objeto de acoso sexual, incluido el asesoramiento sobre los derechos legales pertinentes.

En caso de denuncia, es importante que los sindicatos la traten con seriedad y comprensión, y que se aseguren de que la persona que la ha presentado tiene la oportunidad de ser representada si se atiende la denuncia. Es importante crear un ambiente en el que los afiliados sientan que pueden presentar dichas denuncias sabiendo que van a contar con la comprensión y el apoyo de los representantes sindicales locales. Los sindicatos podrían estudiar la posibilidad de nombrar a personas formadas al efecto para asesorar y aconsejar a los afiliados que presenten denuncias de acoso sexual y actuar en nombre de los mismos si es necesario. Esto constituirá un punto de apoyo fundamental. También es buena idea asegurarse de que haya suficientes representantes femeninos para apoyar a las mujeres objeto de acoso sexual.

Asimismo se recomienda que cuando el sindicato esté representando tanto a la persona que ha presentado la denuncia como a la persona objeto de la misma se deje claro que el sindicato no está tolerando el acoso sexual al proporcionar la representación. En cualquier caso, las dos partes no deberían estar representadas por la misma persona.

Es práctica adecuada aconsejar a los afiliados que el trabajador acosado lleve un registro de los incidentes, ya que esto le ayudará a llevar a feliz término cualquier recurso formal o informal, que el sindicato desea que se le informe de cualquier incidente de acoso sexual y que dicha información tendrá carácter confidencial. Convendría también que el sindicato controlara y revisara sus registros para contestar a las denuncias y para representar a las personas objeto de las mismas, a fin de que su respuesta sea eficaz».