

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN NORMAS LABORALES CON REFERENCIA PARTICULAR AL SEXO COMO RAZÓN DE DISTINCIÓN

TAMARA CECILIA BURGOS SÁNCHEZ*

Abogada

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto documentar al lector respecto del contenido de los principios de igualdad y de prohibición de discriminación reconocidos en la Constitución española, su aplicabilidad en el ámbito laboral dependiendo de cuál de los principios se trate (la *drittwirkung*), las normas que los realizan, la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional respecto de ellos y las principales expresiones de la discriminación por razón de sexo en esta materia así como las excepciones a la misma.

Palabras clave: *Principios, igualdad, discriminación, sexo, drittwirkung.*

ABSTRACT: The present work intends to document the reader respect to the content of the principles of equality and of recognized prohibition of discrimination in the Spanish Constitution, its applicability in the labor scope depending on which the principles are (*drittwirkung*), the norms that make them, the doctrine developed by the Constitutional Court respect to them and the main expressions of the discrimination because of sex as well as its exceptions.

Key words: *Principles, equality, discrimination, sex, drittwirkung.*

1. INTRODUCCIÓN

Nadie puede poner en duda que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación son derechos básicos que deben estar presentes en toda sociedad que se califique de democrática. Se trata de principios universales que siguen siendo necesarios para la erradicación de formas de discriminación muy arraigadas en las sociedades contemporáneas, incluso en países con un desarrollo económico y social importante como es el caso de España, donde la discriminación por razón de sexo se vive tanto a nivel social como laboral. Por ser el ámbito de las relaciones laborales un reflejo de las particularidades de nuestra sociedad, también puede ser este ámbito el que contribuya a cambiar los defectos de nuestras prácticas y asista a mejorar y hacer más democrática la vida en ellas.

La legislación española está haciendo una fuerte apuesta en este sentido, dotando a los agentes que gozan de autonomía colectiva de facultades para llevar a la negociación colectiva normas que favorezcan en la mujer su inserción laboral, su promoción, el acceso a categorías predominantemente masculinas y a remuneraciones justas. A pesar de los esfuerzos por avanzar en este sentido, en las siguientes páginas veremos que aún son insuficientes y que se necesita no solo progresar en una legislación más igualitaria sino también tiempo para que

* Experta Universitaria en Derecho del Trabajo y Gestión Laboral por la Universidad Internacional de Andalucía, España. Licenciada en Derecho por la Universidad de Málaga, España. Abogada por la Universidad de Chile

la sociedad pueda adaptarse y principalmente para que las mujeres lleven sus demandas a las negociaciones, pues si durante ellas no hay representación femenina es difícil que se traten los principales problemas que aquejan a las trabajadoras, entre ellos: la discriminación salarial y en el acceso al empleo que aún sufre la mujer cuando desarrolla o quiere desarrollar una actividad laboral.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: JUNTOS PERO NO REVUELTOS

El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación se encuentran reconocidos en la Constitución española, en adelante CE, en los arts. 14 y 35 CE y recepcionados en la legislación laboral a través de los arts. 4.2.c), 12.4.d), 15.6, 17, 28 y 68 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, entre los más importantes¹.

El art 35 CE se refiere en particular a la prohibición de discriminación por razón de sexo en el trabajo, mientras que el art 14 CE trata del principio general de igualdad y prohibición de discriminación.

De estos preceptos es el art 14 CE el que merece nuestra especial atención. En efecto, dicho artículo señala 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”.

A pesar de que el art. 14 CE trata de forma conjunta el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, haciendo pensar que ambos derechos son una misma cosa, estamos hablando de conceptos jurídicos diferentes, con características propias, que se complementan el uno al otro pero que se distinguen en aspectos fundamentales², cuestión que no ha sido siempre clara, lo que ha traído grandes confusiones en lo que respecta a las resoluciones judiciales de nuestros tribunales³.

Con el fin de aclarar estos conceptos, partiremos diciendo que desde el punto de vista lógico todas las personas son distintas unas de otras, no existen las identidades entre personas distintas, sino solo la identidad de uno consigo mismo. Como bien destaca Pérez

¹ Asimismo, cuenta con el complemento de leyes generales como la LO 3/2007, sobre Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres, la Ley 51/2003, para la Igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, o la Ley 62/2003, sobre Igualdad y no discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, edad u orientación sexual.

² “La prohibición de discriminación presenta rasgos jurídicos propios lo suficientemente nítidos como para percibir un tratamiento diferenciado respecto al principio general de igualdad. Las causas típicas de diferenciación vedadas no son solo límites o acotaciones respecto al legislador ordinario por parte del constituyente, sino que constituyen un diagnóstico de éste sobre la realidad o peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deben evitarse y erradicarse, que ‘no deben prevalecer’”. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda. *Igualdad y Discriminación*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1986, p. 72.

³ En efecto, tras la incorporación de España a la Unión Europea, la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en esta materia se adapta a los conceptos que tanto en Europa como en EE.UU. se seguían en este tema. De forma que se pasa de una doctrina en la que se entendía que la igualdad y la no discriminación eran términos dependientes a la doctrina actual que entiende que se trata de conceptos autónomos e independientes. Es a partir de la STC 128/1987, de 16 de julio, que se comienzan a ver como términos independientes. En este sentido, FABREGAT MONFORT, Gemma. *La Discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, pp. 27-29.

Luño⁴, la regla de la igualdad es más bien un ideal normativo que constituye una contrarregla a la regla empírica de la desigualdad entre los hombres que opera en la vida social. De esta forma la igualdad de trato para poder definir a dos situaciones como iguales, a pesar de que estrictamente no lo sean, solo prestará atención a ciertas características reputadas para esta como relevantes, haciendo abstracción de las demás que van a considerarse como irrelevantes para la relación de igualdad que se establece, otorgándoles a los supuestos de hecho reputados iguales un mismo tratamiento jurídico⁵.

La igualdad de trato es un principio de carácter relativo⁶ y relacional⁷ además de complejo, pues engloba tanto al concepto de igualdad formal como material, tiene como finalidad no ya la parificación, puesto que la igualdad llevada a ultranza puede ser igual de perjudicial que la propia discriminación, sino la razonabilidad del trato⁸, y es por ello que lo que busca es que a supuestos de hecho iguales les sean aplicadas iguales consecuencias jurídicas y que a supuestos de hecho diferentes también les sean aplicados distintas consecuencias jurídicas⁹, teniendo presente que ciertas circunstancias personales o sociales no podrán ser jamás tomadas en cuenta para distinguir una situación de otra ya que su inobservancia acarrearía graves perjuicios a grupos o sectores vulnerables que por encontrarse en la sociedad en circunstancias menos favorables que los demás merecen una protección especial que les asegure la igualdad de trato, buscándose en sí en estos casos, a diferencia del principio de igualdad, la parificación a través de la prohibición de discriminación.

La regla de no discriminación establecida a partir de la segunda parte del art. 14 CE es una norma prohibitiva que busca evitar diferencias de trato de acuerdo con las circunstancias establecidas en el mismo artículo, por entender que la distinción en base a ellas afectan a derechos o bienes básicos de la persona y que por tanto resultan especialmente repudiables en atención a los valores sobre los que se construye nuestro modelo social. Esta

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2005, p. 79.

⁵ “El verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales son equiparables; cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, (...)”. RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, *op. cit.* (n. 2), p. 47.

⁶ Pues su alcance dependerá del contexto histórico y social donde sea utilizado.

⁷ Necesita un término de comparación, un *tertium comparationis*.

⁸ De acuerdo a la STC 205/2011 de 15 de diciembre, FJ 3: “(...) desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas).

⁹ La igualdad ante la ley como principio de igualdad de trato implica no solo la exigencia de igualdad de tratamiento y la prohibición de trato desigual a igualdad de condiciones, sino también que lo que no es igual debe ser tratado desigualmente.

regla viene a complementar el principio de igualdad actuando como un instrumento técnico determinando aquellos rasgos distintivos irrelevantes en el tratamiento normativo. La prohibición de discriminación, podríamos decir que es la expresión más específica del mandato establecido en el art 9.2 CE¹⁰ pues a través de esta prohibición se remueven los obstáculos que impiden o dificultan el goce de los derechos de igualdad y libertad de un determinado sector de individuos que se encuentran en situación de inferioridad respecto a los demás producto de la discriminación, actuando como puente entre la igualdad formal y la igualdad material.

Así, “mientras que el concepto de igualdad de trato tiene una incidencia relativa (pues no busca la parificación a todo alcance) y se aplica en términos “relacionales” o comparativos (pues toma como referencia lo que sucede en otras situaciones comparables), el concepto de discriminación parece concebirse como una exigencia de carácter absoluto, totalmente refractaria a las diferencias de trato”¹¹.

El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación se van a diferenciar en los siguientes aspectos:

a) *Sujetos activos:*

- El principio de igualdad de trato se impone solo a los poderes públicos¹².
- La prohibición de discriminación se impone a todos los poderes, incluidos los sujetos públicos y privados.

b) *Sujetos pasivos:*

- El principio de igualdad de trato protege a todos los sujetos y todos los ámbitos en los que pueda surgir una diferencia de trato, abarcando no solo las desigualdades entre personas, sino también entre productos, marcas, empresas, etc.
- La prohibición de discriminación en cambio protegerá solo a las personas individualmente o agrupadas en organizaciones con personalidad jurídica siempre que sean discriminadas por el rasgo común en torno al cual se agrupan, ya sea una condición o circunstancia personal o social, por ejemplo: iglesias, partidos políticos, asociaciones de inmigrantes, asociaciones de gays, etc.

c) *Efectos:*

- Mientras el principio de igualdad de trato solo invalidaría los actos o acciones que fueran contrarias al principio de igualdad de trato.

¹⁰ Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹¹ GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”. En: CASAS BAAMONDE, M^a Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico y CRUZ VILLALÓN, Jesús, (coordinadores). *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2006, p. 393.

¹² Las excepciones que hay en materia laboral a este respecto las veremos al tratar el principio de igualdad de trato en particular.

- La prohibición de discriminación no solo invalidaría los actos discriminatorios, sino que además va a exigir remediar y suprimir dichos actos mediante medidas que promuevan la integración y la igualdad del grupo(s) marginado(s) con los demás miembros de la sociedad.
- d) *Fin:*
- El principio de igualdad no tiene como meta la parificación ni prohíbe las distinciones, sino que busca la razonabilidad de la medida cuando se ha efectuado una diferencia de trato, lo que prohíbe es la arbitrariedad y lo que busca es la razonabilidad.
 - La prohibición de discriminación en cambio sí busca la parificación de los individuos que poseen alguna de las características respecto a las cuales está prohibida la discriminación. Sí prohíbe toda distinción realizada de acuerdo a alguna de las razones vedadas¹³.
- e) *Examen de la vulneración:*
- El principio de igualdad de trato se limita a examinar la arbitrariedad o no de los motivos, utilizados para efectuar una diferenciación entre los supuestos de hecho comparados.
 - A la prohibición de discriminación, en cambio, no le basta con analizar los motivos sino que además debe comprobar si el resultado de la diferencia realizada produce objetivamente una situación discriminatoria, ya sea mediante la discriminación directa o a través de la discriminación indirecta, caso este último donde es indispensable analizar el resultado de la diferenciación realizada.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

De acuerdo con una conocida doctrina constitucional, el principio de igualdad es

“un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”¹⁴.

Son manifestaciones de este derecho el derecho a la igualdad en la ley y en la aplicación de la misma que, como bien sintetiza la STC 125/2003, de 19 de junio, actuarán como

¹³ Hay algunas excepciones que analizaremos al tratar en particular la excepción a la prohibición de discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo.

¹⁴ STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 3, citando a la STC 119/2002, de 20 de mayo.

límites frente a los poderes públicos, prohibiendo al legislador, al igual que a la autonomía colectiva:

“Configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”¹⁵.

“Asimismo limitarán los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas”¹⁶ impidiendo que un mismo órgano judicial se aparte del criterio mantenido de forma regular en sus decisiones anteriores y frente a supuestos de hecho sustancialmente iguales, sin que haya mediado una justificación suficiente y razonable de tal cambio de criterio.

Como hemos advertido con anterioridad, el principio de igualdad de trato se impone solo a los sujetos públicos pero no a los privados, quienes solo están limitados por la prohibición de incurrir en discriminaciones. En el ámbito de las relaciones laborales el principio de igualdad no tiene una eficacia directa como ha sido afirmado en numerosas ocasiones tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷ como por la del Tribunal Supremo¹⁸. Su eficacia en este ámbito se ha visto limitada por el juego con otros valores o principios reconocidos por el ordenamiento jurídico, como son la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, que supone el reconocimiento por parte del constituyente de un espacio irreductible de autonomía de organización al empresario, pues es impensable otorgar un derecho a la libre creación de la empresa sin otorgar, conjuntamente, el poder necesario para dirigirla. Como ha indicado en muchas ocasiones el Tribunal Constitucional:

“La legislación laboral, desarrollando y aplicando el art. 14 de la Constitución, ha establecido en el art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita,

¹⁵ La jurisprudencia de nuestros tribunales sigue confundiendo la vulneración de principio de igualdad con la discriminación, situación esta última a la que solo nos veremos enfrentados cuando dicha vulneración tenga lugar por alguna de las razones establecidas en la Constitución o en otra disposición legal tales como el sexo, la orientación sexual, la raza, la lengua, opinión, religión, entre otras; en los demás casos, cuando la diferencia de trato venga fundada en otras razones que, aun cuando no sean discriminatorias no tengan relación lógica con la situación donde pretenden justificarse, esta violación del principio de igualdad no será discriminatoria, sino arbitraria y, al igual que en la discriminación, tutelada por nuestro ordenamiento.

¹⁶ STC 307/2006, de 23 de octubre.

¹⁷ Doctrina del Tribunal Constitucional fundada en la STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2. En idénticos términos: STC 108/1989, de 8 de junio, STC 171/1989, de 19 de octubre, entre otras muchas.

¹⁸ Entre otras STS de 17 de mayo de 2000 (p. 347 del modelo social en la CE de 1978)

pero, según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto”¹⁹.

“Los preceptos legales que desarrollan el art. 14 CE no introducen el mandato general de trato igual o principio general de igualdad; únicamente se refieren a la prohibición de discriminaciones”²⁰.

Mas en un Estado social y democrático de derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), no pueden cerrarse las puertas de forma absoluta a la aplicación del derecho fundamental a la igualdad en las relaciones laborales, es por ello que, por regla general, para poder desenvolverse en el ámbito de las relaciones entre particulares requerirá de norma expresa que autorice su aplicabilidad a la materia normada en ella²¹: “(...) las actuaciones singulares de los empresarios privados que corresponden al marco de la autonomía privada (...) no están vinculadas al cumplimiento del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, aunque puedan estarlo en función de otras normas que impongan la necesidad de trato igual (...)”²².

Por tanto desde la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 34/1984, para la aplicación del principio de igualdad a las relaciones laborales el trabajador deberá demostrar la relevancia jurídica de la desigualdad a través de la identificación en el ordenamiento jurídico de la norma que imponga el trato igual para ese supuesto, y en caso de no demostrarlo, se presumirá la legitimidad de la desigualdad, es decir, la legitimidad de la decisión empresarial discrecional.

En definitiva, el empleador que respeta los mínimos legales y convencionales puede otorgar un tratamiento distinto a trabajadores que se encuentran en situaciones homogéneas o similares siempre y cuando la situación de desigualdad de hecho (no imputable directamente a la norma) no tenga relevancia jurídica por no existir un principio jurídico del que se derive la necesidad de igualdad de trato, no teniendo necesidad de justificar objetivamente su decisión siempre y cuando esta no obedezca a móviles discriminatorios.

Distinta es la situación cuando el empleador sea la Administración Pública, pues en tal caso, se estima que como poder público que es, está sujeto al principio de igualdad ante la ley y por tanto “no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”²³,

¹⁹ STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2.

²⁰ MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis. *Decisiones empresariales y principio de Igualdad*. Barcelona, España: Editorial Cedecs, 1998, p. 126.

²¹ Se impone la necesidad de tratamiento igual en materia laboral en los arts 12.4.d), 15.6 y 28 ET que imponen la necesidad de otorgar igualdad de derechos: a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo de manera proporcional al tiempo trabajado; a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida; a los trabajadores y trabajadoras en materia retributiva, obligando al empresario a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo.

²² STS de 17 de mayo de 2000 (Art. 5513).

²³ STC 2/1998, de 12 de enero, citada por la STC 161/1991.

quedando sujeto a la interdicción de la arbitrariedad²⁴ y aceptándose excepcionalmente “la diferencia de trato, pero siempre que se apoye en algún otro pilar imprescindible para el sostenimiento de la cosa pública, como pueden ser el mérito o la capacidad de las personas (art. 103.3 CE²⁵)”²⁶.

Otro aspecto importante a tratar es lo que ocurre con el principio de igualdad en los convenios colectivos ya que bien se trate de un convenio de carácter estatutario o bien de carácter extraestatutario, lo cierto es que el convenio colectivo es una norma con capacidad reconocida en la Constitución y en las leyes para crear derechos y obligaciones, inserta en el sistema de fuentes del derecho del trabajo²⁷ y, por su carácter de norma, la autonomía colectiva se encuentra limitada por el principio de igualdad ante la ley, principio que va a tener aquí un mayor alcance, aunque ciertamente no será el mismo que el aplicable a los poderes públicos²⁸.

El principio de igualdad en su manifestación como igualdad ante la ley o en la ley limita a la autonomía colectiva que en su ejercicio no podrá establecer diferencias entre trabajadores en circunstancias homogéneas o equiparables que resulten arbitrarias y, ciertamente, discriminatorias. Aunque en los convenios colectivos la aplicabilidad del principio de igualdad resultará mayor que en el ámbito de las decisiones unilaterales del empresario privado, hay que tener presente que aunque aquellos tengan carácter normativo igualmente son expresión de la autonomía privada y por tanto esta actuará como límite frente al principio de igualdad al mismo tiempo que el hecho de que los convenios colectivos tengan que enmarcarse en un ámbito restringido, en un “sector” determinado, hace que las diferencias entre sectores productivos sea inherente a la negociación colectiva, encontrándose el principio de igualdad en un sector intermedio entre la plena aplicabilidad del sector público y la casi nula del sector privado²⁹.

²⁴ El art. 9.3 CE señala que “La Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

²⁵ Art 103.3 CE “La ley regulará (...) el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (...)”.

²⁶ GARCÍA MURCIA, Joaquín, *op. cit.* (n.11), p. 401. Por su parte el art. 23.2 CE establece el derecho de los ciudadanos “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”.

²⁷ Art. 3.1.b) ET.

²⁸ De acuerdo a la STC 27/2004, de 4 de marzo: “El sistema normal de fijación del salario y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE. Mas un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su Ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del salario asegurando los valores de justicia e igualdad que den efectividad al mandato constitucional contenido en el art. 35.1 CE (SSTC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 9, y 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6)”.

²⁹ De acuerdo a la STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4: “El Convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución (ATC 643/1986, de 23 de julio) y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación”.

Ahora bien, el principio reconocido en el art. 14 de la Constitución, reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que,

“En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles”³⁰.

En resumen, el derecho a la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales y con excepción de la administración pública implica:

a) El derecho de los sujetos laborales a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos: a) en la ley, limitando la actuación normativa del Estado y de la autonomía colectiva, esta última con las particularidades propias de desarrollarse en un ámbito privado; y b) en la aplicación de la ley, limitando la actuación jurisdiccional y administrativa del Estado.

b) El derecho de los trabajadores a un trato igual por parte de su empleador en aquellos casos en que una norma jurídica así lo disponga³¹ y a no ser discriminados por su empresario en la relación de trabajo e incluso antes de la misma³².

sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica.

El principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación, global y genérica, del principio de igualdad, en la medida en que da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo. El Convenio colectivo es por definición una norma «sectorial», por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio).

Pero, además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues solo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular las condiciones de trabajo y productividad, y solo de esa forma podrá decirse que el Convenio es «expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva» (art. 82 del Estatuto de los Trabajadores). No puede decirse, por lo tanto, que la distinción dentro del Convenio colectivo sea *per se* contraria al principio de igualdad. Habrá que examinar si la diferencia es o no razonable y si es o no aceptable para el ordenamiento, todo ello a la luz de las consideraciones generales que este Tribunal ha hecho sobre el contenido y el alcance del principio de igualdad (STC 67/1988, de 18 de abril, entre otras)”

³⁰ STC 27/2004, de 4 de marzo.

³¹ En este sentido el art.12.4.d) ET impone un trato igual a los trabajadores a tiempo parcial en relación a los trabajadores a tiempo completo; el art 15.6 ET dispone que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán igualdad de tratamiento que los trabajadores con contratos de duración indefinida y finalmente el art. 28 ET que impone la igualdad de remuneración por razón de sexo.

³² La autonomía de la voluntad y la libertad de contratar otorgan al empresario absoluta discrecionalidad en la elección de los trabajadores que contrata. Como límite a esa libertad aparece la prohibición de no discriminación, que no quiere eximir al empresario de esa libertad sino evitar un abuso de la misma.

3.1 LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE SEXO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Una de las manifestaciones más frecuentes de discriminación entre trabajadores y trabajadoras, consecuencia de los convenios colectivos, es el que se circunscribe al ámbito salarial. En numerosas ocasiones estas diferencias salariales son el resultado de una configuración del sistema de clasificación profesional hecho a partir de trabajos supuestamente “femeninos” o “masculinos” que a su vez suele venir predeterminada por un método de valoración de los puestos de trabajo que no toma en consideración todas las destrezas necesarias para su desarrollo, sino que se basa en características medias presumibles mayoritariamente en trabajadores masculinos³³:

“Es característica la concentración en un mismo grupo profesional, categoría laboral o determinados puestos de trabajo de un importante número de trabajadores de un mismo sexo y resulta sorprendente que incluso en los convenios de sector nacional, sigan apareciendo denominaciones de puestos en femenino prohibidas expresamente por el art. 22.4 del ET. Además, los puestos denominados en femenino suelen ser casi siempre los más bajos de las clasificaciones profesionales y por tanto peor valorados y peor remunerados. Este tipo de ilegalidades es también frecuente en los restantes niveles convencionales”³⁴.

En el derecho comunitario es el art. 4 de la Directiva 2006/54/CEE, que derogó la Directiva 75/117/CEE relativa al principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, el que establece el principio de igualdad de retribución, asumiendo los problemas señalados a raíz de la definición de categorías profesionales, estableciendo que:

“Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa³⁵ e indirecta³⁶ por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución³⁷.”

³³ “La discriminación salarial que soportan las mujeres se estima en torno al 18%, es decir, las mujeres cobran aproximadamente un 18% menos que los hombres, sin que suela exceder del 30% ni bajar del 4%”. “Todos los estudios coinciden en señalar lo preocupante de esta situación en cuanto genera rigidez en el mercado laboral e ineficiencia económica, menoscaba la condición social y económica de la mujer y perpetúa las desigualdades de una generación a otra”. INSTITUTO DE LA MUJER. *Diferencia y discriminación salarial por razón de sexo*. Madrid, España: Instituto de la mujer (MTAS), 2007, pp. 219 y 50, respectivamente.

³⁴ PÉREZ DEL RÍO, Teresa. *Igualdad y Género en el empleo*. Sevilla, España: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 98.

³⁵ De acuerdo al artículo 2.1.a) de la misma Directiva, la discriminación directa es 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.

³⁶ De acuerdo al artículo 2.1.b) la discriminación indirecta es 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;

³⁷ De acuerdo al artículo 2.1. e) se entiende por retribución 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.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”.

Con el fin de introducir estos criterios y de erradicar las prácticas salariales discriminatorias, el Estatuto de los Trabajadores recoge en los artículos 17.4, 22.4, 24.2 y 28 de ese cuerpo legal las más importantes expresiones del principio de igualdad de trato. Por su parte la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en adelante LOI, hace también lo suyo cuando establece en su art. 43 que mediante la negociación colectiva se “podrán” establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de Igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres. De igual manera en su art. 46 al referirse al concepto y contenido de los planes de igualdad en las empresas que, para la consecución de los objetivos fijados (la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la empresa), “podrán” contemplar, entre otras, las materias de clasificación profesional, promoción y formación y retribuciones, (...) entre otras.

Los artículos 22.4 y 24.2 ET exigen, respectivamente, que los criterios de definición de las categorías y grupos profesionales así como los criterios de ascenso en la empresa se acomoden a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo.

Por su parte el artículo 17.4 ET³⁸ introduce en esta materia el criterio de las medidas de acción positiva que tienen por objeto facilitar el acceso de las mujeres a todas las profesiones. Sin embargo, estas medidas no son obligatorias sino facultativas para la negociación colectiva. A tal efecto, la negociación colectiva “podrá” establecer reservas y preferencias en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.

Finalmente el art. 28 ET introduce el principio de igualdad de remuneración por igual trabajo o trabajo de igual valor:

“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 aquella”.

“La discriminación salarial no solo existe cuando hombre y mujer perciben remuneraciones distintas por desempeñar igual trabajo, sino cuando cobran salarios diferentes por realizar un trabajo de igual valor o un trabajo equivalente.

³⁸ Número 4 del artículo 17 introducido por el apartado dos de la disposición adicional décimo primera de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 de marzo).

En este sentido, se consideran de igual valor o equivalentes los trabajos que exigen a los/as trabajadores/as un conjunto similar de requerimientos relativos a:

- Capacidades (conocimientos, aptitudes, iniciativa).
- Esfuerzo (físico, mental y emocional).
- Responsabilidades (de mando o supervisión de personas, sobre seguridad de los recursos materiales y de la información, y sobre seguridad y bienestar de las personas).
- Condiciones de trabajo”³⁹.

Las discriminaciones que se observan en esta materia pueden ser:

- Discriminación retributiva directa cuando la retribución es diferente para trabajos iguales⁴⁰.
- Discriminación retributiva indirecta cuando hay una distinta retribución para trabajos diferentes pero de igual valor⁴¹.

En materia de clasificación profesional:

- Discriminación directa cuando se definen categorías profesionales en masculino y femenino.
- Discriminación indirecta cuando, sin tomar en cuenta la forma como se define la categoría profesional, si de forma sexual o no, se trata de esconder la discriminación a través de la incorporación de la mujer en una categoría distinta a la ocupada por los hombres, justificando así la diferencia de salario menor en la mujer a pesar de desarrollar trabajos idénticos o de igual valor⁴².

De la interrelación o del juego de estos cuatro tipos de discriminación se puede apreciar lo siguiente:

- En muchos casos hay una doble discriminación, económica y por denominación de categoría, puesto que no solamente a las mujeres se les paga una remuneración menor por el mismo trabajo, sino que además se denomina el trabajo que realizan de otra forma.
- Hay una infravaloración del trabajo realizado por las mujeres. Se cree que las mujeres tienen “facultades innatas” para labores domésticas o cuidado de menores y por tanto el esfuerzo que realizan en estas tareas es menor, recibiendo por ello una menor retribución.

³⁹ INSTITUTO DE LA MUJER, *op. cit.* (n. 33), p. 27.

⁴⁰ STC 145/1991, de 1 de julio.

⁴¹ STC 58/1994, de 28 de febrero.

⁴² STC 145/1991, de 1 de julio. Se clasificaban a los trabajadores de “limpiadoras y peones” y ambos realizaban trabajos de limpieza. STC 58/1994, de 28 de febrero, STC 145/1992, de 13 de octubre.

Sentencia de 8 de marzo de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

- Se valoran más capacidades o aptitudes de las que gozan mayoritariamente los hombres⁴³ sin tomar en consideración otras en las que las mujeres tienen una mayor ventaja⁴⁴.
- La diferencia por sexo de categorías profesionales entre quienes realizan un mismo trabajo o de igual valor, no puede considerarse como la justificación, sino, antes bien, como el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza esa discriminación vedada. Se intenta disimular la realidad de la identidad de funciones o el trabajo de igual valor y el consiguiente derecho de las mujeres a la misma clasificación y retribución.
- La prueba estadística constituye el criterio que ayuda a desenmascarar tanto discriminación indirecta como la discriminación retributiva indirecta y consiste en que cuando una categoría está constituida por entre un 80% y un 100% de mujeres que reciben un tratamiento salarial peyorativo en comparación con sus compañeros hombres adscritos a otra categoría profesional por un trabajo de igual valor, nos encontramos frente a una discriminación salarial encubierta.

Frente a la discriminación retributiva indirecta, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 58/1994, de 28 de febrero, ha establecido una serie de criterios que han de ser utilizados conjuntamente para poder valorar si estamos frente a una discriminación de este tipo o no, para lo que ha de contarse con las reglas que al respecto ha elaborado el Tribunal de Justicia Comunitario:

“Partiendo de ellas, es posible sintetizar tres grupos de reglas, que integran las diversas facetas de este complejo juicio de igualdad:

- a) En los supuestos en que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios, para excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia (Sentencia del T.J.CC.EE.) caso ENDERBY, de 27 de octubre de 1993).
- b) Para entender cumplida la exigencia a que se acaba de hacer referencia, no basta con poner de manifiesto la desigualdad de las tareas realizadas. El parámetro de igualdad en este punto no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo, único elemento que es relevante a estos efectos para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva.
- c) En la valoración del trabajo, además, ha de garantizarse y exigirse, por tanto, que los propios criterios de evaluación del trabajo no sean, por sí mismos, discriminatorios. De este modo, deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos,

⁴³ Esfuerzo físico, flexibilidad horaria, disponibilidad para viajar.

⁴⁴ Aptitudes para la comunicación, esfuerzo emocional, depositadora de confianza.

salvo que en circunstancias excepcionales y por razón de la específica naturaleza del trabajo, se requieran criterios diversos para la referida evaluación. Todo ello porque la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que solo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro (STC 145/1991; Directiva CEE 75/117 cit. art. 1, párrafo 2).

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

Es doctrina constante del Tribunal Constitucional el carácter sospechoso del factor de esfuerzo como criterio único de valoración, por lo que tiene de cualidad predominante masculina, que determina, en principio, que no se trate de un criterio de valoración sexualmente neutral, sino que implica una ventaja injustificada para los varones, admitiendo, no obstante, aunque con carácter muy restrictivo, su posible operabilidad, supeditada a la doble condición de que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate, y de que en la valoración de esta no se tenga en cuenta el esfuerzo como criterio único de valoración, sino que se combine con otras características más neutras en cuanto a impacto en cada uno de los sexos⁴⁵.

Con la sentencia dictada por el TJCE de 1 de julio de 1986 (caso Rummels c. Dato-Druck GmbH) y seguida por la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 250/2000, se ha flexibilizado la idea del criterio neutro. En esta sentencia se afirma en su FJ 5 “Sobre el particular la exigencia jurisprudencial de la aplicación de «criterios de evaluación neutros», unida a la de la exclusión de la aplicación del de esfuerzo físico como criterio único y a la de la necesidad de que éste, favorecedor en principio de los varones, se utilice en conjunción con otros sexualmente neutros, no excluye que cuando, en efecto, se toman en consideración plurales criterios para la valoración del puesto, dentro de ese conjunto de factores, neutralmente establecido, pueda, a la postre, derivarse la diferencia de valor del factor esfuerzo físico. Aunque en tal caso pueda operar éste como elemento de diferenciación, no puede decirse que sea como único elemento de valoración, ni que por sí solo la determine, que es lo que debemos considerar constitucionalmente inaceptable”. La sentencia se basa en que ha quedado demostrado que el permanente manejo por quien realiza funciones de carga y descarga de camiones y apilado de cargas de 20 kilos de peso, está sujeto al riesgo dorsolumbar que la constante exigencia física de esa actividad entraña.

En este mismo sentido ya se pronunciaba Montoya Melgar y Cámara Botía en el año 1993 al comentar una sentencia del TJCE que consideraba discriminatorio el valorar el esfuerzo físico o la fatiga del trabajo atendiendo a valores correspondientes a “trabajadores de un solo sexo”⁴⁶. Ellos expresan que:

⁴⁵ STC 250/2000, de 30 de octubre.

⁴⁶ La misma sentencia del TJCE de 1 de julio de 1986 (caso Rummels c. Dato-Druck GmbH) me parece discriminatoria al pretender que la fuerza es un valor o cualidad que corresponde de manera exclusiva a los individuos del sexo masculino.

“Aunque es loable el esfuerzo de la sentencia por “desmasculinizar” (si se permite la expresión) la operación de valoración o calificación de un puesto de trabajo, no se ve, sinceramente, cómo en actividades en las que el factor definidor es la fuerza física –piénsese en el trabajo de carga y descarga– pueden entrar a computarse otras cualidades más compartidas por los individuos de uno y otro sexos”⁴⁷.

Lo que es inaceptable es el establecimiento de categorías profesionales femeninas y masculinas pues con ello estás impidiendo que una trabajadora ocupe puesto de trabajo “masculinos” y al mismo tiempo impides que hombres desarrollen trabajos “femeninos” perpetuando los estereotipos ligados a lo que es masculino y femenino, negándose a priori la posibilidad de que una mujer pueda desarrollar trabajos de esta naturaleza a través de una discriminación directa. Es por ello, porque la discriminación se funda no lisa y llanamente en la pertenencia a un determinado sexo, por ser hombre o mujer, sino por las múltiples características que se asocian a un sexo como son el conjunto de comportamientos y de roles sociales que se han convertido en característicos del género femenino, aun cuando no sean inherentes al sexo mismo, es que parece más recomendable hablar de discriminación salarial por razón de género que de sexo.

A pesar de los esfuerzos por trasponer tanto la Directiva 75/117/CEE⁴⁸ como la actual Directiva 2006/54/CEE a la legislación laboral española en materia de igualdad de remuneración por razón de sexo, el art. 28 ET sigue siendo insuficiente pues no concreta cuándo se entiende que dos trabajos son de igual valor o cuáles son los criterios para identificar cuándo dos trabajos distintos deben valorarse igual, siendo, de acuerdo al TJCE, la determinación del valor de los trabajos un elemento esencial de la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo.

Por su parte los artículos 22.4 y 24.2 ET así como el art 17.4 del mismo cuerpo legal y la LOI siguen siendo insuficientes para lograr tanto la igualdad retributiva como el acceso de la mujer a puestos de mayor responsabilidad. Sobre todo porque la LOI 3/2007 todavía deja a la facultad de los agentes negociadores la posibilidad de crear medidas de acción positiva, sin que haya una línea efectiva de trabajo por parte del legislador en ese sentido que haga real la inclusión de la mujer en el ámbito laboral en igualdad de condiciones, en especial en un aspecto tan básico y tan desequilibrador como son las diferencias salariales que, a pesar de esta extensa legislación aún subsisten y la mayoría de las veces encubiertas a través de los propios convenios colectivos. Y es que la negociación colectiva puede efectivamente ser un arma eficaz en el logro de la igualdad en estas materias, pero para ello se requieren no solo normas que faculten a los negociadores a trabajar en ese ámbito, puesto que las facultades ya las tienen, sino la obligación de actuar en ese sentido⁴⁹.

⁴⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo y CÁMARA BOTÍA, Alberto. *Igualdad salarial por razón de sexo*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1993, p. 25.

⁴⁸ Actualmente derogada por la Directiva 2006/54/CEE, pero que de acuerdo a su artículo 34 dicha derogación se hará sin perjuicio de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en lo relativo a las fechas de incorporación a su Derecho interno.

⁴⁹ “Pese a que los sucesivos Acuerdos Interfederales sobre negociación colectiva se han preocupado incesantemente –desde el año 2002 hasta el último suscrito el 9 de febrero de 2010– en poner de relieve que la negociación colectiva constituye

4. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

De acuerdo al Convenio Nº 111 de la OIT, relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958, discriminación es: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

“La discriminación es, como se sabe, un tratamiento peyorativo del que son víctimas categorías de sujetos caracterizadas por la concurrencia en ellos de rasgos expresamente rechazados por el legislador internacional o interno, dada su naturaleza atentatoria a la dignidad de la persona humana”⁵⁰.

Siendo la discriminación, sustancialmente, un fenómeno jurídico, “(...) solo en la medida en que las diferencias existentes en el plano social, originadas por alguna de las causas vedadas superen ese plano social, y pasen a afectar el reconocimiento de derechos tales como la educación, el trabajo, la salud, etc., estaremos dentro del área de los fenómenos discriminatorios”⁵¹.

El contenido del art 14 CE relativo a la prohibición de discriminación ha tenido un reflejo propio en el ámbito laboral que ha trasladado dichos principios y ampliado las causas de discriminación a través de los artículos 4.2.c)⁵² y 17.1⁵³ ET, ahorrándonos la tarea de discutir sobre el complejo problema de la *drittwirkung* directa en esta materia, sirviendo dichas normas de intermediación entre el texto fundamental y los particulares.

De esta forma la legislación laboral otorga a los trabajadores el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados por las razones que el art. 4.2.c) ET señala, de forma que se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones

un cauce adecuado para la plasmación de criterios que puedan contribuir a hacer efectiva la igualdad de oportunidades en cada sector o empresa, los avances reales en este sentido, por regla general y salvo especiales excepciones, son muy lentos”. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina y SEMPERE NAVARRO, Antonio (Directores). *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2011, p. 35.

⁵⁰ STC 153/1994, de 23 de mayo.

⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, *op. cit.* (n. 2), p. 171.

⁵² Artículo 4.2.c) ET: “2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

⁵³ Artículo 17.1 ET: “1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por los motivos expresados en el art. 17 ET. Actuando dicha prescripción desde el momento del acceso al empleo hasta la finalización del contrato de trabajo y en todo su contenido, involucrando a todos los actores del ámbito de las relaciones laborales, tanto a entes públicos como privados así como también a las organizaciones sindicales y empresariales, o las representaciones colectivas de los trabajadores (unitarias, sindicales o especiales), quienes no podrán utilizar como elementos de diferenciación:

“El nacimiento, la raza y el origen racial o étnico, el sexo o género, la lengua dentro del estado español, la edad, la discapacidad⁵⁴, el estado civil, la condición social, los vínculos de parentesco con otros trabajadores de la misma empresa, la opinión, las ideas políticas y la religión o convicciones, la orientación sexual, la afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, así como también la reclamación del trabajador efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación, y en general “cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE)”.

Por tanto, a pesar de que los artículos 4.2.c) y 17 ET establezcan un número determinado de factores de discriminación prohibidos, el art 14 CE deja la ventana abierta a otras posibilidades no señaladas en él.

Sus elementos definidores son:

- a) un término de comparación: La discriminación “presupone un elemento comparativo de referencia respecto al cual se predica la diferenciación, y que se toma como modelo estándar de referencia”⁵⁵, una diferencia de trato respecto de alguien que siempre va a implicar al sujeto víctima de la discriminación y a otro sujeto (o grupo) a quien la discriminación le resulta favorable. Este término de comparación sirve además para diferenciar el supuesto de discriminación del supuesto más genérico de vulneración de un derecho fundamental⁵⁶.
- b) una causa de discriminación: La causa de discriminación debe de ser alguna de las prohibidas ya sea en la Constitución o en las leyes, en este caso, en el Estatuto de los Trabajadores. No siendo necesaria la existencia de una “intención discriminatoria”. La discriminación es un hecho objetivo que no requiere ningún elemento interno para su configuración.

⁵⁴ En relación a la edad y la discapacidad, se prohíben tanto las diferencias directas como indirectas desfavorables siempre que se detente la edad legal para trabajar y que, en el caso de los discapacitados, se encuentren en condiciones de aptitud o capacidad para desarrollar el trabajo encomendado. En el resto de las causas en cambio se prohíben tanto las diferencias directas o indirectas favorables como desfavorables por entender que unas y otras causan perjuicio, por acción u omisión (art. 17 ET).

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, *op. cit.* (n. 2), p. 169.

⁵⁶ Aquí no hay unanimidad pues mientras algunos doctrinarios piensan que es un requisito necesario, otros creen que no es necesario y lo mismo sucede con la jurisprudencia de los tribunales. En este sentido MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis, *op. cit.* (n. 20), pp. 166-167.

- c) un resultado perjudicial para el sujeto o grupo discriminado: Que va a consistir en la privación o quebranto del goce de derechos reconocidos a ese individuo: “La diferencia de trato debe tener un específico resultado, del que ha sido medio esa diferenciación, y que consiste en la creación de una situación discriminatoria objetiva, que anule o menoscabe para el discriminado el goce de determinados derechos, ventajas o beneficios, que perjudique sus intereses o agrave las cargas”⁵⁷. Dicho perjuicio no solo puede tener lugar en el momento de la distinción⁵⁸, sino también en el momento del resultado de la diferenciación⁵⁹, abarcando tanto a la discriminación directa como indirecta.

Para que un sujeto que ha sido objeto de discriminación obtenga una tutela satisfactoria de sus intereses a través del sistema judicial, requiere no solo la mera denuncia de esta situación ante los tribunales de justicia, sino además de un indicio que dé lugar a sospechas fundadas de que efectivamente la discriminación puede ser la causa de diferenciación que el actor denuncia y que describe como discriminatoria. Corresponderá al trabajador que alega la diferencia de trato por causa de discriminación probar tanto la existencia real y efectiva de una diferencia de trato, *tertium comparationis*, como la causa de discriminación. Debe probar la existencia de hechos que generen en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido discriminación, debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse, provocando así una presunción de discriminación que altera la carga de la prueba y que hace que a partir de ese momento sea el empresario quien deba acreditar que la razón que impulsó a la diferencia de trato obedece a motivos razonables entendiéndose que carece de justa causa cuando no logra acreditar otra razón o justificación lícita de la medida diferenciadora o ante el silencio del empleador.

En cuanto a la prohibición de discriminación por razón de sexo el Tribunal Constitucional ha establecido que:

“La prohibición de discriminación contenida en el art.14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no solo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, *op. cit.* (n. 2), pp. 172-173.

⁵⁸ Piénsese por ejemplo en una entrevista de trabajo en la que la mujer es descartada por el solo hecho de pertenecer a un determinado sexo o género, sin valorar su experiencia ni aptitudes profesionales (discriminación directa).

⁵⁹ En este caso piénsese en los ya comentados casos en los que una medida aparentemente neutra (otorgar una mejora salarial por mayor actividad laboral a los trabajadores con jornada laboral completa y no a los trabajadores a tiempo parcial) provoca un resultado perjudicial sobre un determinado colectivo (siendo los trabajadores contratados a tiempo parcial casi exclusivamente mujeres y los trabajadores a tiempo completo casi exclusivamente hombres). En el momento de la distinción no se ve la discriminación, es el resultado de la medida el que evidencia la discriminación, pues en la práctica dicha mejora se da a los hombres y no a las mujeres (discriminación indirecta).

de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos solo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo (STC 229/1992, de 14 de diciembre)⁶⁰, “situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4)”.

De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no solo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; y 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (SSTC 128/1987, FFJJ 7 y ss.; 19/1989, FJ 4; 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 3/1993, de 14 de enero, FJ 3; y 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5, por todas)⁶¹.

Dentro del desarrollo de la relación laboral, donde las mujeres sufren mayor discriminación y el que mayor dificultad probatoria presenta es en el momento del acceso al empleo, la fase precontractual, donde podemos distinguir 3 momentos distintos que conforman esta fase previa, cuales son: las ofertas de empleo, el proceso de selección y el propio acto de contratación.

En numerosas ocasiones es fácil apreciar en los anuncios públicos o avisos clasificados ofertas de empleo que encierran una preferencia sexual en su redacción o que directamente van dirigidas a un determinado sexo sin importar los antecedentes curriculares, experiencia y demás requisitos objetivos necesarios para realizar una buena contratación.

⁶⁰ STC 17/2003 de 30 de enero FJ 3.

⁶¹ STC 26/2011, de 15 de marzo.

El art. 16.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en adelante LISOS, sanciona estas actuaciones como infracción muy grave cuando se establezcan condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo.

“En cualquier caso, quede claro que estas ofertas únicamente podrán ser tachadas de discriminatorias cuando la elección del sexo como criterio delimitador no constituya condición determinante en razón de la naturaleza o condiciones en las que se va a ejercer la prestación laboral”⁶².

Si bien en muchos casos será fácil advertir la discriminación por lo abierta y evidente que esta es, en otras oportunidades será arduo distinguir si efectivamente esa oferta es discriminatoria, pues tendremos que hacer relación con la naturaleza y las condiciones en las que se desarrollará la actividad laboral, cosa difícil de hacer si en la misma oferta no se dan antecedentes sobre estas materias.

En los procesos de selección, por su parte, estos se pueden desarrollar de numerosas formas: a través de entrevistas personales, procesos selectivos desarrollados de forma conjunta, tests o pruebas de conocimientos, test psicotécnicos, pruebas físicas, o simplemente a través de la constatación de criterios subjetivos que pueden ser susceptibles de valoración tanto objetiva⁶³ como subjetiva⁶⁴.

Todos estos procesos de selección han de respetar una triple limitación para cumplir con la prohibición de discriminación en el acceso al empleo que se concretan de acuerdo a Fabregat Monfort en las siguientes:

- “a) Imposibilidad de utilizar, como criterio de selección, el sexo de los candidatos, salvo que se trate de una de las actividades profesionales respecto de las que las Directivas permiten a los Estados miembros exceptuarlas del principio de igualdad de trato. Posibilidad esta última que, tal y como mencionaba al tratar las ofertas de empleo, queda limitada en la actualidad a profesiones tales como la de actores, modelos o similares.
- b) Imposibilidad de recurrir a distintos criterios, requisitos o condiciones de selección para hombres y mujeres, salvo que se trate de una diferencia sexual relevante en el aspecto físico de la persona.
- c) Imposibilidad de utilizar, en general, procedimientos de selección que excluyan a un número mayor de mujeres o de hombres, salvo que se justifiquen bajo los juicios de necesidad e idoneidad para la empresa”⁶⁵.

⁶² FABREGAT MONFORT, Gemma, *op. cit.* (n. 3), p. 89.

⁶³ Como pueden ser la estatura, peso y constitución física, la apariencia física, como la exigencia de cursos, seminarios o determinadas titulaciones que deben ser necesarias para el desarrollo del puesto de trabajo.

⁶⁴ Como pueden ser la exigencia de capacidad de liderazgo, rudeza, agresividad, entre otros.

⁶⁵ FABREGAT MONFORT, Gemma, *op. cit.* (n. 3), p. 96.

Finalmente, la prohibición de discriminación en el momento de la contratación comprende asimismo otras dos situaciones cuales son la prórroga o renovación de los contratos de trabajo. Nos encontramos aquí frente al caso de un contrato de duración determinada que se extingue por el cumplimiento del plazo convenido pero sin agotar la duración máxima del contrato a través de la prórroga. Aun cuando el fin del contrato no queda sujeto a la voluntad unilateral del empresario, sino que finaliza por el cumplimiento del término pactado de común acuerdo⁶⁶, las razones para no prorrogar el contrato de trabajo serán las mismas que para no contratar. Si bien los efectos en uno u otro caso son distintos, no lo son las razones que incitan la discriminación, prohibición que afecta a ambos momentos de igual forma.

En estos supuestos los tribunales de justicia, de acuerdo a la doctrina acuñada por el TC en su sentencia de 7 de junio, STC 173/1994, asimilan la no renovación del contrato al despido:

“La cuestión radicará en discernir si el cese constituyó realmente una extinción consensual (por vencimiento del término pactado) o si respondió a una vulneración del derecho fundamental aducido (aquí la prohibición de discriminación), debiendo realizarse nuestro control superando los meros planos de la legalidad para confrontar en el caso concreto el acto extintivo de la empresa con el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y cuyo predominio debe quedar garantizado, pues, incluso si concurriera causa legal para proceder a la extinción, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre, o 173/1994, de 7 de junio)”⁶⁷.

En la mayoría de estas situaciones el principal motivo de discriminación tiene que ver con un elemento que tiene una relación directa y natural con la mujer, cual es el hecho de su embarazo o la posibilidad de embarazo en un futuro cercano⁶⁸.

El art. 14.1.a) de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 establece que:

“1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:
a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción”.

⁶⁶ Y por tanto desde ese momento el trabajador se encuentra en situación de búsqueda de empleo, encontrándonos en una situación que participa tanto de la prohibición de discriminación en el empleo como de la prohibición de discriminación en el acceso al empleo.

⁶⁷ STC 17/2003, de 30 de enero.

⁶⁸ En este sentido STSJ Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 1998 (AS 4513); STSJ Comunidad Valenciana de 18 de junio de 1997 (AS 2077); STSJ Galicia de 27 de septiembre de 2002 (AS 2695); STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 1998, entre otras.

Por su parte el art. 10 de la LOI establece las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y *darán lugar* a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

Recordemos que el art 17.1 ET establece que se entenderán nulos y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas favorables o adversas por razón de sexo.

Finalmente el art. 180.1 de la ley de Procedimiento laboral, en adelante LPL, dispone que una vez que la sentencia declara la existencia de la vulneración denunciada, declarará la nulidad radical de la conducta del empleador ordenando el cese inmediato del comportamiento y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, *así como* la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera.

De estos artículos podemos sacar varias conclusiones:

- a) Las decisiones discriminatorias se entenderán nulas y sin efecto, restituyendo a la persona discriminada al momento anterior a la discriminación.
- b) Procederá una indemnización precontractual por el perjuicio sufrido.
- c) Corresponderá, en su caso, una sanción administrativa de la conducta discriminatoria.

El efecto propio de la nulidad es restituir a las partes al momento anterior a la discriminación como si este no hubiese existido. ¿Ello llevará a que el empresario esté obligado a contratar a quien ha discriminado y también ha de indemnizarla? En la legislación alemana solo se permite la indemnización por el daño sufrido al trabajador objeto de discriminación y se excluye la obligación de contratación del postulante discriminado, al contrario de lo que ocurre en la legislación de los Estados Unidos que:

“autoriza al tribunal a ordenar la readmisión o contratación del trabajador discriminado con o sin derecho a los salarios dejados de percibir, así como cualquier otro remedio equitativo que el tribunal estime apropiado. Haciendo uso de estas facultades, si el tribunal no puede determinar la aptitud del discriminado para el empleo, puede ordenar al empresario que reconsidere la solicitud del trabajador. Por el contrario, si el tribunal puede determinar la aptitud del trabajador, puede ordenar al empresario que lo contrate cuando se produzca la primera vacante en la empresa, teniendo el trabajador derecho al salario mientras se produce su efectiva colocación”⁶⁹.

⁶⁹ CÁMARA BOTÍA, Alberto y GALIANA MORENO, Jesús M^a. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Las decisiones discriminatorias del empresario”. En: SEMPERE NAVARRO, Antonio (director). *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 358-359.

De lectura de los artículos 10 LOI y 180 LPL deduzco que las frases “y darán lugar” y “así como”, puestas en cursiva, vienen a decirnos que por una parte se restituirá al afectado a la situación anterior a la discriminación, en este caso al momento de acceso al empleo, y que también dará lugar a una responsabilidad precontractual por el daño sufrido. Por su parte una vez que el trabajador es repuesto nuevamente al momento de acceso al empleo, se determinará si de acuerdo a sus características tanto académicas como curriculares resulta apto para el puesto de trabajo ofertado en cuyo caso debería ser admitido.

Aun cuando estas conclusiones tienen fundamento y pudiera ser posible llegar a una solución parecida a lo que ocurre en el derecho de los Estados Unidos en esta materia, aquí chocamos con las disposiciones legales, en particular el art 17 apartados 2 y 4 ET que si bien permiten que puedan establecerse exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente como límites al derecho a la libre contratación que tiene el empresario de acuerdo al art. 38 CE, estas facultades solo pueden establecerse por ley o a través de los convenios colectivos pero no se otorga esta facultad al juez que ha resuelto un caso de discriminación en el acceso al empleo, por lo que finalmente en la legislación española solo se aceptaría la indemnización de los perjuicios ocasionados por la decisión discriminatoria⁷⁰.

5. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO POR RAZÓN DE SEXO

Hasta ahora hemos analizado la prohibición de discriminación en términos generales y en particular respecto de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, pero ¿qué pasa cuando quien discrimina no es el empresario sino su clientela y este se ve forzado a dar en el gusto a sus clientes con el fin de satisfacer sus gustos, preferencias o demandas? Para responder a esta pregunta resulta imprescindible recordar la sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, en la que un empresario belga (proveedor de sistemas de seguridad) declara en un programa de televisión que, si bien él no es racista, sus clientes no quieren ser atendidos por inmigrantes, pues muchas veces los trabajadores tienen que hacer visitas a domicilio y sus clientes tienen miedo de abrirles la puerta por creer que pueden ser asaltados, por tanto declara que debe atender a las exigencias de sus clientes y no contratar a inmigrantes, sino a trabajadores belgas, ya que de no hacerlo perderá su clientela y el negocio no podrá funcionar. El tribunal resolvió el caso estableciendo que “el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación”, pero no analiza el fondo de la situación, pues se refiere a las declaraciones pero no a las razones en las que este empresario justifica su actuar.

La solución de estos casos en los que sea el cliente quien discrimine y el empresario quien satisfaga sus gustos, pasa por la ponderación de los derechos en oposición, por un lado el derecho del empresario a organizar y gestionar su actividad empresarial adecuándose

⁷⁰ Aun cuando CÁMARA BOTÍA opina que se pudiese llegar a una solución similar a la que se da en Estados Unidos. *Ibid.*, p. 359.

a las exigencias de sus clientes (art. 38 CE) y el derecho de los trabajadores a no ser discriminados (art. 14 CE).

Tanto en el art. 4.2 c) como en el 17 ET no se hace mención a casos de excepción en los que se permita la discriminación, sin embargo en el art 5 de la LOI sí se hace mención a esta excepción al establecer que:

“No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

Tanto “un requisito profesional esencial y determinante” como un “objetivo legítimo” y “requisito proporcionado” son conceptos que tal como dice Cámara Botía, “se trata de problemas sobre los que la jurisprudencia española no se ha pronunciado todavía claramente”⁷¹, por ello parece adecuado fijarnos en el derecho de los Estados Unidos donde este tema ha sido tratado ampliamente, y en particular centrándonos en la jurisprudencia y su conceptualización respecto de la *bona fide occupational qualifications* (BFOQ) como excepción a la regla general de prohibición de discriminación en particular por razón de sexo, por ser en esta materia en la única en la que encontramos una regla similar en el derecho español.

Tal como señala Cámara Botía, en el Título VII de la Civil Rights Act (1964), se establece una regla general de prohibición de discriminación en materia laboral que luego admite la excepción: “No obstante lo previsto en este título (...) no se considerará una práctica laboral ilegal que un patrón contrate trabajadores con base en la religión, sexo u origen nacional cuando éstas características sean de buena fe, y razonablemente necesarias para la operación normal de un determinado negocio o empresa (...)”⁷². Esta excepción es lo que en Estados Unidos se conceptualiza con el término de *las cualificaciones profesionales de buena fe razonablemente necesarias para la operación normal de un determinado negocio o empresa (bona fide occupational qualifications reasonably necessary to the normal operation of that particular business or Enterprise)*, en adelante BFOQ, que la analizaremos como excepción a la regla general que prohíbe la discriminación por razón de sexo. A este respecto lo más importante será establecer qué implica la expresión “cualificaciones profesionales de buena fe razonablemente necesarias para la operación normal de un determinado negocio o empresa” y cuándo entonces nos estará permitido discriminar en función del sexo y cuándo no.

De acuerdo a Cámara Botía, la jurisprudencia en esta materia admite como excepción la BFOQ sobre esta cuestión en dos circunstancias: por una parte aquellos casos en los que se ha afirmado el *essence of the business test* y, por otra, el grupo de casos en los que la dis-

⁷¹ CÁMARA BOTÍA, Alberto. “Límites al poder empresarial de fijación de la política de contratación de recursos humanos”. En: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (directores). *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2011, p. 77.

⁷² *Ibid.*, p. 77.

crimination del trabajador se justificaba como medida de protección de la intimidad de los clientes.

a) *Essence of the business*: “De acuerdo con el criterio de la *essence of the business* la discriminación por razón de sexo solo es válida si la esencia de la actividad empresarial pudiera quedar socavada en caso de no contratar exclusivamente a personas de determinado sexo”⁷³. Este criterio tiene que ver con las necesidades esenciales del negocio y no con lo que resulte conveniente para el mismo, si es meramente útil para atraer clientes el contratar a personas de un determinado sexo, pero la contratación de personas de otro sexo no impide la realización de la función principal del negocio, no constituye una BFOQ que permita lícitamente discriminar en función del sexo.

Los gustos o preferencias de los clientes no pueden ser tomados en cuenta si estos se justifican en preservar prejuicios que justamente se quieren eliminar. Estos en cambio serán considerados cuando la preferencia por uno u otro sexo tenga relación con la función principal de la empresa, aun cuando esa función no nos guste, así por ejemplo no se tomará en cuenta la preferencia por un determinado sexo cuando se trate de una línea aérea, pues la función principal de esta es el transporte de pasajeros, pero sí se tendrá en cuenta en una revista pornográfica que se dedique a fotografiar y publicar fotografías de mujeres desnudas, pues la función principal de la empresa es justamente esa y las tareas de este empleo solo pueden ser desempeñadas por mujeres.

De acuerdo a la función principal de la empresa tendríamos negocios con esencia “*no sexual*”, en los que sería ilícito discriminar por razón de sexo, y otros con “*esencia sexual*” en los que dicha discriminación sería lícita. Ahora bien, estos últimos negocios tendrán esencia sexual ya sea porque *se desprenda de su propia naturaleza*, como en los casos de revistas pornográficas o establecimientos de facilitación del sexo, o porque, si bien no sea esa su naturaleza, *se les quiera impregnar de esa esencia sexual*, como podría ser un restaurante en el que las camareras estuvieran vestidas de manera exageradamente provocadora o lo que ocurre en Chile con los denominados vulgarmente “café con piernas” que no son otra cosa que cafeterías donde las camareras están vestidas con prendas mínimas y donde en algunos de ellos transcurre lo que se llama el “*minuto feliz*”, donde alguna de estas camareras termina de desvestirse. En estos establecimientos el negocio principal no es la comida o el café que se sirve, que pasa a ser un elemento secundario, sino el proveer de *entretenimiento sexual indirecto a la clientela masculina*⁷⁴.

El *essence of the business test* ha de resolver las siguientes preguntas:

“1) ¿Requiere el empleo correspondiente que el trabajador sea exclusivamente de un sexo?, ¿es el sexo del trabajador tan esencial para el cumplimiento de la prestación de trabajo que una persona del sexo opuesto sería inepta?

⁷³ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁴ No es tema de este trabajo el referirnos a si es correcto o no el desarrollo de actividades que pueden entenderse como denigrantes para las mujeres, sino analizar desde la realidad de estas actividades la licitud o no de la discriminación.

2) ¿Es ese requerimiento razonablemente necesario para la realización de la “esencia del negocio”? ¿Se hundiría la empresa si se contratara a trabajadores del sexo “erróneo”?⁷⁵.

Solo respondiendo a estas preguntas podemos saber si el sexo es de la esencia del negocio que justifica una BFOQ que constituya una excepción lícita a la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo.

b) Protección de la intimidad de los clientes: “El sexo del trabajador puede constituir un requisito razonablemente necesario para el desarrollo de la actividad empresarial en determinadas situaciones en las que la intimidad de los clientes puede quedar comprometida y en las que, por tanto, estos exigen que el servicio sea prestado por personas de su mismo sexo, forzando al empresario a actuar laboralmente en consecuencia”⁷⁶.

En estos casos, a diferencia de los anteriores en los que veíamos en pugna el derecho a la libertad de empresa y la prohibición de discriminación, vemos en pugna no directamente los derechos del empresario con los de los trabajadores, sino más bien el derecho a la intimidad de los clientes *versus* el derecho a la no discriminación por razón de sexo de los trabajadores.

De esta forma se permitirá la discriminación en función del sexo cuando las actividades a realizar por los trabajadores o trabajadoras traten el cuidado personal e íntimo de la clientela e impliquen tratar con la desnudez de estas. Siendo esto así, resulta absolutamente comprensible que en función al respeto de la intimidad y dignidad estas personas prefieran ser atendidas por personas de su mismo sexo, lo que no supone la exclusión de un determinado sexo, puesto que algunas veces los discriminados serán los varones y en otras las mujeres. De no ser atendidas por personas de su mismo sexo la clientela se marcharía y ello traería como resultado el fracaso de la empresa por no satisfacer las exigencias de la clientela, resultando el sexo de los trabajadores de la esencia del negocio, pues este no se puede lograr lesionando los derechos fundamentales de los clientes, justificando así una BFOQ. “La essence of the business se centra no en si varones y mujeres son aptos para desarrollar las tareas empresariales fundamentales, sino en si el cumplimiento de esas tareas lesiona la intimidad de personas del sexo opuesto”⁷⁷.

BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA BOTÍA, Alberto. “Límites al poder empresarial de fijación de la política de contratación de recursos humanos”. En: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (directores). *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2011, pp. 73-93.

CÁMARA BOTÍA, Alberto y GALIANA MORENO, Jesús M^a. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Las decisiones discriminatorias del empresario”. En: SEMPERE NAVARRO, Antonio (director).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 84.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 86

⁷⁷ *Ibid.*, p. 86.

- El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 329-360.
- CERDA MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen. “Los principios constitucionales de Igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, en: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº 50/51, Valencia, España, 2005, pp 193-218.
- FABREGAT MONFORT, Gemma. *La Discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2008.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”. En: CASAS BAAMONDE, M^a Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico y CRUZ VILLALÓN, Jesús (coordinadores). *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2006, pp. 383- 409.
- GARCÍA ORTEGA, Jesús. *Las desigualdades salariales*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 1994.
- INSTITUTO DE LA MUJER. *Diferencia y discriminación salarial por razón de sexo*. Madrid, España: Instituto de la mujer (MTAS), 2007.
- LOUSADA AROCHENA, José (coordinador). *El Principio de Igualdad en la negociación colectiva*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis. *Decisiones empresariales y principio de Igualdad*. Barcelona, España: Editorial Cedecs, 1998.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo y CÁMARA BOTÍA, Alberto. *Igualdad salarial por razón de sexo*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1993.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo –17^a edición–*. Madrid, España: Editorial Ramón Areces, 2009.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa. *Igualdad y Género en el empleo*. Sevilla, España: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2005.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda. *Igualdad y Discriminación*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1986.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina y SEMPERE NAVARRO, Antonio (directores). *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2011.

DOCUMENTOS:

- Convenio Nº 111 OIT sobre Discriminación en el empleo y ocupación, 1958.
- Directiva 75/117 CEE relativa al Principio de Igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos, de 10 de febrero de 1975.
- Directiva 2006/54 CEE relativa a la aplicación del Principio de Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), de 5 de julio de 2006.