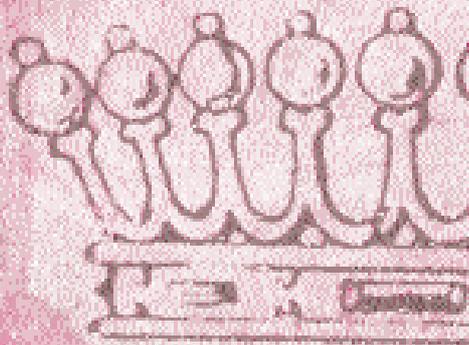


Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo

D E R E C H O E S P A Ñ O L

POR MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Salamanca.



1

Doctrina ya reiterada del TC. Vid., por todas, S. 3/2007 de 15 de enero.

2

Como ya reconocieron las SSTC 128/87 de 16 de julio; 168/88 de 26 de septiembre; 145/91 de 1 de julio; 17/2003 de 30 de enero y, más recientemente, 154/06 de 22 de mayo y 214/06 de 3 de julio.

3

Para el TC, no sería necesario aportar en estos supuestos un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, y “lo que se compara «no son las personas», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que algunos de ellos están formados mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres“. Cfr. S. 3/2007 de 15 de enero.



1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El trabajo de la mujer ha sido tradicionalmente considerado como una actividad de segundo orden, como un refuerzo suplementario que venía a añadirse a la aportación económica principal a que quedaba sujeto, moral y socialmente, el trabajador padre de familia. De ahí que la escasa presencia de las mujeres en el mundo laboral durante generaciones fuera acompañada de un nivel inferior de garantías, llegando incluso a una ausencia prácticamente generalizada de derechos que producían el efecto de una “invisibilidad” del trabajo femenino en el ámbito de las relaciones de producción.

La discriminación respecto al trabajo era, pues, evidente sin que desde instancias públicas se adoptara medida alguna en el sentido de equiparar derechos y obligaciones entre trabajadores y trabajadoras. Antes al contrario: se propiciaba el retorno de la mujer casada al hogar, en una clara segmentación de roles, asignándole tareas típicas como el cuidado, crianza y educación de los hijos y la gestión y administración de los recursos familiares.

Pero es la creciente incorporación de la mujer al trabajo en los últimos años, como fenómeno espontáneo y vinculado a una mayor formación educativa y profesional, lo que ha llevado a los poderes públicos a adoptar ciertas medidas que, de algún modo, equilibran las diferencias obvias de tratamiento que por razón de género (no tanto de sexo, que designa desigualdades biológicas) subsistían tanto en el plano legislativo como en el de funcionamiento cotidiano de las relaciones laborales.

La Constitución española de 1978 supuso un punto de inflexión frente a estos nuevos planteamientos: la exigencia de articular un nuevo modelo de estado trajo consigo también la necesidad de fomentar, desde el máximo nivel normativo, la plena igualdad entre mujeres y hombres. Este

derecho, calificado asimismo como fundamental a pesar de su exclusión de tal apartado específico (se incardina en el Capítulo II dedicado a derechos y libertades, aunque esindudable su conexión material con los derechos de la Sección 1^a de dicho capítulo), ha sido el origen de numerosas decisiones públicas cuyo objetivo final es la equiparación de derechos entre sexos. El art. 14 se bifurca, así, en un doble contenido ¹: de un lado, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, configurada como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, al que los poderes públicos quedan sujetos en cuanto a su respeto y aplicación y que requiere que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas hayan de ser idénticas, de modo que, si se pretende introducir diferencias entre ellos, debe existir una justificación suficiente, fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas.

Junto a esa cláusula general, y en segundo término, el art. 14 recoge una prohibición de asignar un trato desigual en base a una serie de motivos o razones que claramente serían constitutivas de discriminación, entre ellas el sexo. Este solo motivo ² supone una prohibición de determinadas diferencias, muy arraigadas a lo largo de la historia, atribuibles tanto a la acción de los poderes públicos como a la práctica social, y que han colocado a ciertos sectores de la población más allá de una mera desventaja, llegando incluso a afectar a su propia dignidad.

Pues bien, de esta construcción doctrinal se deriva en la actualidad la interdicción de conferir un tratamiento peyorativo, degradante y de menor intensidad a las trabajadoras fundándose no sólo en la simple constatación de cuál es su género, sino en la apreciación de razones vinculadas directamente a este factor, como pudiera ser, a modo de ejemplo, el hecho biológico de la

maternidad y las repercusiones que a partir de esta circunstancia, se desencadenan, como la suspensión del contrato por descanso de la trabajadora y por lactancia del menor, permisos, reducción de jornada, excedencias, etc., derechos todos ellos que de forma gradual han quedado reconocidos en las sucesivas reformas laborales abordadas en nuestro país sobre todo en la última década.

Como primer punto de reflexión, la distinción entre discriminación directa y discriminación indirecta actúa en este sentido como código de conducta a la hora de evitar comportamientos no deseados y que han de ser eliminados de forma radical. La discriminación directa se manifiesta en modo palpable, con un trato menos favorable reconocido a una persona que se encuentra en situación comparable, fundado todo ello en el factor de género. La discriminación indirecta, por su parte, es mucho más sutil, pues se enmascara en una disposición o un comportamiento aparentemente neutro, que terminan colocando a una persona en posición desventajosa respecto a otra por razón también de género. A nadie se le oculta la escasa frecuencia con la que saldrá a la luz un comportamiento discriminatorio directo apoyado en algún sustrato legal, al ser una etapa ya superada en nuestro ordenamiento jurídico; en cambio, la discriminación indirecta sigue aún presente en nuestros días, pues se parte en ocasiones de una fase inicial de desigualdad todavía no resuelta, que un precepto neutro no haría sino intensificar ³. Tal constatación requiere seguir avanzando en la consecución de una igualdad no tanto formal o legal (empeño ya previsto en el Texto Constitucional), sino de una auténtica igualdad real en todos los ámbitos de la vida social.

Como es evidente, el art. 14 CE ha actuado en tanto que origen de todas las medidas puestas en marcha en este sentido, pero también fue máxima la influencia del acervo comunitario una vez que España ingresó en las Comunidades Europeas



en 1986. Ya por entonces se había desarrollado un primer Programa Comunitario (1982-1985), sobre promoción de la igualdad⁴, que sirvió de sustento para la elaboración de sucesivos Planes de igualdad de oportunidades a nivel interno⁵, auspiciados por el Instituto de la Mujer⁶.

2. LA LENTA EVOLUCIÓN HACIA LA IGUALDAD

Este proceso hacia la consecución de la igualdad ha sido lento y con frecuencia se ha revelado como insuficiente, lo que ha determinado la combinación de políticas de igualdad con acciones positivas, dirigidas de manera frontal a luchar contra las discriminaciones a que han dado lugar decisiones adoptadas sin la suficiente reflexión y madurez⁷.

Se ha hablado, así, de discriminación inversa o discriminación positiva, como una postura tendente a favorecer a un colectivo que se encuentra infra-representado en una esfera concreta o que presenta especiales dificultades para acceder a determinados bienes. De este modo, lo que en apariencia sería una conducta antidiscriminatoria, recibe otra valoración completamente diferente, otorgando un trato de favor a quienes padezcan esa postergación. Este tipo de medidas actúan, por tanto, más allá de lo que sería el mero principio de igualdad de oportunidades, el cual implica que todos los individuos, independientemente de su género, han de tener las mismas facilidades, y que una desigualdad sólo podría justificarse en función de un nivel de méritos dispar, pero sería una desigualdad admitida y objetiva, ya que el punto de partida habría sido el de garantizar las mismas oportunidades para todos. Si el principio de igualdad no garantiza por sí solo los objetivos planificados, habrá que completarlo, aun a costa de que genere un cierto rechazo social, con el recurso a medidas de acción positiva, dirigidas fundamentalmente a la eliminación de obstáculos que impiden esa igualdad entre mujeres y hombres, es decir, y trasladando esta tesis al entorno de las rela-

ciones laborales, si el acceso al mercado laboral está abierto a todos, mujeres y hombres, pero en su funcionamiento diario se detectan fallos que, en último término, postergan la posición de la mujer, tanto en el momento inicial de la contratación como en el disfrute de condiciones laborales (de modo señalado, salariales) o en la prestación de la propia actividad, que requiere una coordinación con las responsabilidades familiares, legítimo será arbitrar las medidas precisas para que esa desigualdad de partida llegue a un equilibrio donde las mujeres no se posicionen en una situación de desventaja permanente.

A tal fin, se exige la colaboración imprescindible de otro de los protagonistas en el marco de las relaciones de trabajo: el empresario o empresaria. La aprobación de disposiciones progresistas que coloquen en el centro de atención a la mujer no será en modo alguno efectiva si las personas directamente responsables de conferir un trato digno e igualitario a las trabajadoras mantienen su preferencia por los trabajadores varones. De ahí que medidas tan directas como la concesión de subvenciones económicas o de bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, orientadas a la contratación de trabajadoras en aquellos sectores en los que se encuentran menos representadas, se revele como una de las mejores prácticas para el logro de la igualdad de oportunidades, o la obligación dirigida al empresario o empresaria de contratar de modo exclusivo mujeres hasta alcanzar la paridad y que la presencia en esa actividad esté compensada, si bien sería ésta una medida, hasta cierto punto, de “presión”, en donde podría cuestionarse la libertad de actuación empresarial.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En la actualidad, la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de género en el acceso al empleo



4 Al que dieron paso, a continuación, el 2º Programa (1986-1990) sobre acceso de la mujer a puestos de responsabilidad en las empresas; el 3º (1991-1995) sobre igualdad en la participación política, el 4º (1996-2000) sobre conciliación de la vida familiar y laboral y entrada de la mujer en la dirección de las organizaciones sindicales, y el 5º (2001-2005) para promover y difundir valores y políticas en los que se basa la igualdad y potenciar la capacidad de los agentes sociales para promover eficazmente la igualdad entre mujeres y hombres.

5 Con vigencia, respectivamente, de 1988 a 1990; 1993-1995; 1997-2000 y 2003-2006, y con objetivos claramente diferenciados, a medida que se fueron consolidando los avances propuestos: modificaciones legislativas internas, para adaptar la normativa española a las Directivas europeas, actuando de modo prioritario en el logro de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación, promoción profesional y condiciones de trabajo, concesión de permisos de maternidad y paternidad, etc., para evolucionar más tarde hacia la defensa del empleo de las mujeres y el desempeño de puestos de responsabilidad, y de un impulso de políticas de igualdad de oportunidades favoreciendo la participación femenina en todos los ámbitos de la vida social y en la toma de decisiones, finalizando, por último, con la aplicación del principio de *mainstreaming*, introduciendo la igualdad de oportunidades en todas las políticas y acciones emprendidas a nivel comunitario y en cada estado miembro.

6 Creado por Ley 16/83 24 de octubre, con el fin de actuar de enlace entre los distintos departamentos ministeriales en cuanto a la creación de políticas antidiscriminatorias.

7 El concepto de discriminación indirecta fue elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a raíz del enjuiciamiento de varios casos sobre trabajo a tiempo parcial de trabajadoras, o de corta vinculación con la empresa, en donde se valora negativamente la aplicación de una medida nacional que, aunque formulada de manera neutra, perjudica a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, salvo que concurran factores objetivos externos a cualquier voluntad



o una vez empleado se recoge en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET ⁸, tras la reforma operada por ley 62/2003 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. El ET reconoce, no en tanto que derecho básico de los trabajadores y trabajadoras del apartado 4.1, sino como derecho que surge de la relación de trabajo, el de no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, por distintos motivos, entre ellos el sexo ⁹. Tal derecho, que actúa como obligación para el empresario o empresaria, al ser la contraparte en la relación de trabajo, se extiende también a las agencias de colocación sin fines lucrativos (art. 16.2 ET), que deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso a un puesto de trabajo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de sexo.

Como cláusula genérica de salvaguarda, además, el ET efectúa un reconocimiento amplio y excesivamente diversificado, pero eficaz en sus resultados, al declarar la nulidad de cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio colectivo, pacto individual entre empresario o empresaria y trabajador o trabajadora, o decisión unilateral impuesta a criterio del empresario o empresaria que contengan discriminaciones directas o indirectas favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo. Nótese que una discriminación favorable podría ser constitutiva de una acción positiva dirigida a eliminar una diferencia de trato por razón de género no justificable. Pero parece que este art. 17 sólo ampara aquellas decisiones integradas dentro de una política global de igualdad, y no dentro de la capacidad autoorganizativa o de autonomía de la voluntad que se viene reconociendo al empresario o empresaria, en cuanto titular del centro de trabajo. Ello viene corroborado en el párrafo 3 cuando, en tanto que excepción al criterio general, se admite que el gobierno regule medidas de

preferencia en el empleo a fin de facilitar la colocación de personas trabajadoras desempleadas. Del mismo modo, se prevé la concesión de subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores y trabajadoras que encuentren dificultades especiales para acceder a un puesto de trabajo. Es aquí donde el recurso a las medidas de acción positiva adquiere una dimensión legal expresa, si las circunstancias del momento así lo aconsejan, y contando para ello con el previo parecer de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, bajo la forma de consulta. Como un paso más, el actual art. 17.4 ¹⁰ permite a la negociación colectiva establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de la mujer a todas las profesiones, reconociendo un trato de favor a la hora de articular reservas y preferencias en las condiciones de contratación tendentes a favorecer la presencia de trabajadoras en aquellas categorías profesionales con menor representación.

La protección a las trabajadoras se extiende, asimismo, al plano del ejercicio de acciones dirigidas a obtener la satisfacción de su derecho. Si la trabajadora ha reclamado ante el empresario el reconocimiento de alguno de los derechos que estima le corresponden en materia de igualdad de trato o no discriminación o ha hecho uso de la vía judicial en tal sentido, cualquier trato desfavorable que a partir de ahí pudiera derivarse, bajo la forma de represalia o reacción contraria del empresario, caería en sanción de nulidad ¹¹. Es una garantía de indemnidad que actúa siempre a favor de cualquier persona trabajadora que decide exigir el cumplimiento de los compromisos contractuales y que, en el caso de las trabajadoras, adquiere una dimensión mayor, por cuanto el factor de género puede erigirse como elemento prevalente de decisiones empresariales contrarias al principio de igualdad de trato y no discriminación, a veces encubiertas, incluso, bajo la apariencia de no respeto por parte de la trabaja-

discriminadora. Vid., entre otras, STJCE 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez, en que el Tribunal declara la inexigibilidad de “aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta... que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas”. Con posterioridad, las Directivas 2000/43/CE 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco legal para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, recogen ya ambas definiciones, plasmándose su transposición en las Leyes 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad y 62/2003 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Como última fase, las Directivas 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002 y 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 siguen manteniendo la misma concepción sobre estas dos vertientes de la discriminación.

8

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

9

Obsérvese que el ET utiliza sistemáticamente el término “sexo” como criterio biológico, en consonancia con el art. 14 CE, en lugar del más adecuado de “género”, incluido a partir de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

10

Apartado introducido por la LO 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

11

Este art. 17.2 incluye, tras la LO 3/2007 de 22 de marzo, la extensión de la nulidad a cualquier orden de discriminar al/la trabajador/a y el recurso a instancias no sólo judiciales, sino también administrativas.



dora a los principios que informan el vínculo contractual.

En cuanto a las condiciones de trabajo, varios son los preceptos del ET en los que se insiste especialmente en el igual trato que ha de reconocerse a trabajadores y trabajadoras. Tal es el caso del art. 22.4, en el que, a la hora de fijar los criterios definitorios de las categorías y grupos profesionales, se contienen las reglas sin distinción de sexos; o el art. 24.2, sobre establecimiento de principios a los que han de acomodarse los ascensos, que se regirán por reglas comunes para trabajadores de uno y otro sexo o, finalmente, el art. 28, que contempla la igualdad de remuneración por razón de sexo, atribuyendo al empresario o empresaria la obligación de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, sin discriminación por razón de sexo en ninguno de sus componentes ¹².

Por lo que se refiere al papel que cumple la autonomía colectiva en este punto, es cierto que existen variados ejemplos de cómo los convenios colectivos tanto sectoriales como de ámbito empresarial ¹³ incluyen cláusulas antidiscriminatorias ¹⁴, pero su resultado no ha sido uniforme, pues es frecuente que se traduzcan en una mera declaración de principios ¹⁵ y que a lo largo de su contenido aparezcan discriminaciones de distinto tipo no percibidas por las partes negociadoras ¹⁶. Es de destacar la presencia en algunos convenios de una comisión de igualdad de oportunidades, encargada de vigilar el cumplimiento de cualquier compromiso al que se haya llegado sobre la base de la no discriminación y que cumpliría el fundamental cometido de alertar sobre la existencia de cualquier conducta discriminatoria, al objeto de que se puedan articular los instrumentos pertinentes para su eliminación ¹⁷. En otros casos, la ausencia de esa comisión es suplida por la propia comisión paritaria del convenio, encargada de velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes negociadoras y de interpretar cualquier discrepancia en cuanto al

sentido de sus cláusulas, a quien le tendrán que ser expresamente encomendadas. Como alternativa, y sin olvidar nunca la competencia genérica que se atribuye a las personas representantes de los trabajadores y trabajadoras en cuanto a la defensa de derechos que a éstos les corresponde, en materia de negociación colectiva puede conferirse específicamente mediante cláusula convencional dicha función al comité de empresa o delegados de personal, e incluso a las representaciones sindicales, que actuarán con especial dedicación sobre los trabajadores y trabajadoras que se encuentren afiliados a ese sindicato. A tal objeto, la empresa podrá mantener reuniones periódicas con los representantes del colectivo laboral, con una frecuencia similar a la que marca el art. 64 ET, es decir, trimestral, para examinar el grado de cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el marco de la empresa ¹⁸.

4. LA LEY DE IGUALDAD: UN HITO HISTÓRICO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS

La aprobación de la LO 3/2007 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIE), ha abierto nuevas expectativas en la carrera de fondo en pro de la consecución de una auténtica igualdad de género. Como toda ley, en su Exposición de Motivos justifica las razones de por qué se ha elaborado una norma de estas características y ofrece una argumentación sobre las metas que se propone alcanzar. Con fundamento en el art. 14 CE, piedra angular sobre la que se sustenta, y haciendo referencia a la órbita comunitaria e internacional en la que nuestro país se inserta, haciéndose partícipe de ello a través de la aplicación de la normativa específica sobre la materia, la Ley hace balance de lo actuado hasta ahora en materia de lucha por la igualdad y propone cuáles habrán de ser los objetivos perseguidos: sobre la base de una igualdad formal, reconocida ya de plano a nivel legislativo,



12

La Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 insiste en su art. 4 en esta prohibición de discriminación, garantizando la igualdad de retribución y los criterios comunes en la utilización de un sistema de clasificación profesional.

13

Son, precisamente los convenios sectoriales de ámbito estatal los que mayores oportunidades ofrecen para incluir en su seno algunas de estas menciones; en cambio, y hasta ahora, los convenios de empresa o ámbito inferior han encontrado más obstáculos para hacer efectivo dicho principio, al ser más reducido su espacio de actuación.

14

Incluso abarcando de forma global a la totalidad de condiciones de trabajo, que se aplicarán en la misma medida a trabajadores de uno y otro sexo sin lugar para la discriminación. Vid. Res. 9 de mayo de 2006 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del XVI Convenio colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. y su personal de tierra, art. 14.1 (BOE 6 de junio).

15

Así lo recoge expresamente la Res. 26 de julio de 2006 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del I Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentos, S.A., en su art. 61.

16

A pesar de que en muchos de ellos el respeto a la dignidad humana y el principio de igualdad y no discriminación se erigen como base de la convivencia social que ha de estar presente en todo momento en el ámbito laboral. Vid. Res. 4 de mayo de 2006 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del III Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las Administraciones de loterías.



17

Estas comisiones no se limitan a una pura tarea de vigilancia y control del cumplimiento de los acuerdos a los que se ha llegado, sino que desempeñan un activo papel en cuanto a la propuesta y promoción de medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades, conciliación de la vida laboral y familiar y protección de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras que puedan redundar en una mejora de las condiciones de trabajo del colectivo femenino, así como recibir información sobre el grado de cumplimiento de las iniciativas aplicadas, emitiendo informes sobre el alcance de las cláusulas del convenio referentes a igualdad de oportunidades.

18

El actual art. 64.1 apartado 2, a pesar de su novedad, resulta claramente insuficiente pues sólo reconoce a los representantes el derecho a recibir información, al menos anualmente, sobre la aplicación en la empresa del principio de igualdad de trato y de oportunidades y sobre las medidas que se hayan adoptado para fomentar su cumplimiento, entre ellas la eventual existencia de un plan de igualdad. Por eso, y ante la falta de una previsión convencional expresa, únicamente cabría acudir al art. 64.9 a) ET, que encarga a los representantes legales la labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, así como de los pactos, condiciones y usos de empresa, aspecto de entre los cuales destacaría, como es lógico, la observancia del principio de no discriminación por razón de sexo, y que les habilitaría para emprender las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

19

Por el contrario, una oferta de trabajo dirigida a uno de los sexos será, en principio, discriminatoria si se basa en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico. En los demás casos, si constituye un requisito profesional esencial y determinante en la actividad a desarrollar, podría admitirse esa preferencia de sexo (art. 22 bis párrafo 2 Ley 56/2003 de 16 de diciembre de Empleo, incluido por Disp. Adicional 17ª LOIE).

constata el fracaso de políticas anteriores que no han sido capaces de lograr una auténtica igualdad material entre mujeres y hombres. Temas pendientes como la violencia de género, la desigualdad salarial, la alta tasa de paro femenino, el “techo de cristal”, que ha impedido hasta ahora a las mujeres alcanzar cotas relevantes de responsabilidad en la vida política, social, cultural y económica, los problemas no resueltos sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la doble discriminación que afecta a ciertos colectivos de mujeres, se erigen como objetivo al que esta Ley habrá de dirigir su acción prioritaria.

Las buenas intenciones que en ella se contienen chocan con la realidad: es cierto que no se ha avanzado tanto, pero tampoco se pueden reclamar grandes logros en espacios relativamente breves de tiempo. En los intentos normativos anteriores no se incorporaron metas inmediatas; por eso, ante esta nueva etapa que se inicia debemos ser realistas y reconocer que no nos hallamos ante propuestas a corto plazo, sino que es preciso ir fijando etapas y prioridades, y corrigiendo deficiencias a medida que se vayan observando. De ahí que en una ley con unos planteamientos tan amplios como los recogidos en la LOIE, haya que extraer esa misma conclusión: será más conveniente establecer diferentes velocidades en su articulado y ser conscientes de que no todo su contenido podrá ser alcanzado de forma inmediata y apresurada, sino que las medidas a adoptar han de articularse con la suficiente reflexión para que sean realmente efectivas. Desde luego, hay un primer aspecto positivo, y es que se tienen claros los objetivos finales a cumplir: prevenir las conductas discriminatorias e implementar políticas activas para alcanzar el principio de igualdad, todo ello combinado con un elemento que ya desde hace años se viene reclamando por parte de las instituciones comunitarias europeas, como es la dimensión transversal de la igualdad o *mainstreaming*, de manera que todas las políticas públicas en España, tanto a

nivel central como autonómico o local, queden sometidas a este principio.

Siguiendo con la línea de medidas anteriores, la ley marca como objetivo básico de su regulación el hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades, eliminando cualquier forma de discriminación sobre la mujer (art. 1.1). Para conseguirlo, se establecerán criterios de actuación dirigidos tanto a los poderes públicos como a sujetos privados, responsables también de que la desaparición de todo trato discriminatorio sobre la mujer sea una realidad.

El acceso al empleo viene garantizado en condiciones de igualdad (“se garantizará en los términos previstos en la normativa aplicable”, art. 5), con lo que está dando por hecho que esa regulación insuficiente deberá adaptarse a la mayor amplitud de miras de esta Ley, delimitando con claridad lo que constituye y lo que no constituye discriminación en la entrada al mercado de trabajo. Así, como diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo, entendida ésta como un requisito esencial y determinante, no habrá de ser valorada como un peor trato en el acceso al empleo, siempre que tal acto persiga un objeto legítimo y ese requisito exigido sea proporcionado (art. 5 párrafo 2) ¹⁴.

Es destacable el interés que afronta la Ley por aumentar la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo, como una de las premisas del principio de igualdad. Para su consecución será factor decisivo emprender acciones de mejora de la ocupabilidad y prolongar la permanencia en el empleo de las mujeres (art. 42.1). Sólo a través de una cualificación profesional y una adecuación a los perfiles requeridos por el mercado se podrá garantizar la efectividad de esas políticas de empleo. Los Programas de Inserción Laboral Activa, encaminados a tal fin, se extenderán a todos los niveles educativos, incluyendo Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, y no tendrán en cuenta la edad de las mujeres a las que vayan dirigidos, aunque prioritariamente



tendrán como destinatarias a desempleadas que formen parte de colectivos específicos, o bien reservando para ello una determinada proporción de mujeres (art. 42.2).

En realidad, la igualdad de oportunidades no se limita únicamente a la incorporación al trabajo, sino que se extiende asimismo a la formación profesional, promoción profesional, condiciones de trabajo (incluyendo las salariales), causas de despido y el derecho de afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales (art. 5 párrafo 1). Para hacer efectivo este principio, se legitima el recurso por parte de los poderes públicos a la adopción de acciones positivas, meramente transitorias si fuera necesario, que se estimen razonables y proporcionadas en función del objetivo buscado en cada supuesto (art. 11.1). De forma complementaria, los Servicios Públicos de Empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos en la gestión de la intermediación laboral habrán de velar para evitar cualquier discriminación en el acceso al empleo. Si las personas que gestionan la intermediación hallaran algún elemento discriminatorio en una oferta de colocación, lo harán saber a quien la hubiera presentado para que se proceda a su corrección²⁰.

En orden a delimitar lo que sería discriminación directa o indirecta a la

que podría quedar expuesta una trabajadora, no se observa novedad alguna respecto a la definición contenida en el marco comunitario ya examinada con anterioridad (art. 6), si bien se recoge expresamente como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8).

Por último, y en línea con lo que viene siendo el contenido del art. 17.1 ET en cuanto a la nulidad de cualquier acto de contenido discriminatorio dirigido, en este caso, contra la trabajadora, se fija un sistema de reparaciones e indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio que se haya ocasionado e incluso un conjunto de sanciones, disuasorio y que evite, con tintes preventivos, cualquier conducta discriminatoria (art. 10). Para hacer efectivo su derecho, toda trabajadora gozará del principio de indemnidad, ya previsto, como vimos, en el art. 17.1 párrafo 2 ET²¹, frente a cualquier trato adverso o efecto negativo al que pudiera quedar sometida por haber presentado queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso dirigido a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, recordando también, a estos efectos, que se aplica el principio de inversión de la carga de la prueba (art.

20

Art. 22 bis Ley 56/2003 de 16 de diciembre de Empleo, en versión introducida por la DA 17^a LOIE.

21

Y que la DA 13^a LOIE extiende a cualquier orden de discriminar surgida del empresario.

22

Norma que en su DA 11^a. Dos añade un nuevo párrafo 4 al art. 17 ET.

23

Aun no alcanzándose la cifra de 250 trabajadores o trabajadoras, el plan de igualdad deberá también elaborarse si así se ha previsto en convenio colectivo o como medida alternativa a una sanción impuesta por la autoridad laboral, si es que ésta se pronuncia favorablemente a dicha sustitución (art. 45 párrafos 3 y 4). Para el resto de empresas en las que no concorra alguno de estos supuestos, la articulación y aprobación del plan será voluntaria, siempre que se haya procedido previamente a consultar con los representantes legales (art. 45.5), pudiendo contar para ello, una vez que el gobierno proceda a su implantación, con el apoyo técnico necesario (art. 49).

24

Nueva redacción conferida al art. 85.2 ET por la DA 11^a. Dieciocho LOIE.

25

El incumplimiento de las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el ET o el convenio colectivo constituye infracción grave del empresario (art. 7 en su nuevo párrafo 13 RDLeg 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social, LISOS), pero la no elaboración o la falta de aplicación del plan o su aplicación no respetando de modo manifiesto sus términos constituiría ya falta muy grave (art. 8 en su nuevo apartado 17 LISOS)

26

Nuevo apartado 6 del art. 90 ET, establecido por DA 11^a. Diecinueve LOIE.

27

Art. 95.3 RDLeg 2/1995 de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

28

No obstante, algún centro de trabajo de la empresa puede beneficiarse de acciones especiales distintas a las que sean de aplicación genérica, si concurre causa justificada para ello (art. 46.3)



13), siendo el demandado el que deberá acreditar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

En lo que se refiere al papel complementario de la negociación colectiva, las carencias ya señaladas se intentarán colmar a partir de la LOIE²², con la inclusión de cláusulas en las que se incorporarán medidas de acción positiva que favorezcan el acceso de las mujeres a todas las profesiones. Decisiones como un porcentaje de reserva de puestos o la preferencia a la hora de contratar mujeres podrán ser acordadas en el ámbito de la autonomía colectiva para, partiendo de una misma idoneidad de candidatos, decantarse de modo prioritario por personas del sexo menos representado en una determinada categoría o grupo profesional. De manera extensiva, este mismo criterio podría aplicarse a las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, manteniendo esa preferencia hacia el colectivo más desfavorecido.

5. LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS

Mención aparte merece la previsión que contempla la LOIE sobre los planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad. Atendiendo a la obligación que recae sobre las empresas de fomentar ese principio de igualdad de oportunidades y de conferir un trato de igualdad a trabajadores y trabajadoras, consecuencia derivada de ello es la adopción de medidas de protección, que eviten cualquier forma de discriminación laboral por motivos de género y que deberán ser acordadas a través de la negociación colectiva o, en su caso, a través de un pacto con las personas representantes del colectivo laboral. El convenio colectivo se convierte, en este sentido, en un soporte sobre el cual se podrán acordar medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y en vehículo para que, directamente y a través de

la negociación, los interlocutores e interlocutoras sociales adopten de mutuo acuerdo pactos para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo por razón de género (art. 43). Pero también el convenio será la cobertura jurídica que ampare los futuros planes de igualdad, contemplados como un “plus igualitario”, en aquellas empresas de más de 250 trabajadores, en las que, por su propia dimensión, podrían surgir, en teoría, mayores incumplimientos en la prohibición de discriminar y en las cuales, al mismo tiempo, se dispone de medios solventes para actuar preventivamente evitando su aparición²³.

La adopción de estos planes será diferente atendiendo al ámbito funcional del convenio²⁴: si es un convenio de empresa, el deber de negociar el plan se formalizará en el propio marco de negociación de ese convenio; en cambio, y tratándose de un convenio supraempresarial, el deber de concertar el plan se someterá a la acción negociadora desarrollada en cada empresa, siguiendo a tal fin las indicaciones que marque el convenio, que actuará como norma complementaria respecto del acuerdo de empresa²⁵. Es de destacar el peso específico que se atribuye a partir de ahora a la autoridad laboral, que velará siempre por el respeto al principio de igualdad contenido en los convenios colectivos en los que pudieran encontrarse discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. Para su verificación, podrá requerirse el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los organismos de igualdad de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito territorial correspondiente. En el supuesto de que la autoridad laboral hubiera acudido ante el orden jurisdiccional por entender la presencia en el convenio de cláusulas discriminatorias, lo pondrá, asimismo, en conocimiento de dichos organismos²⁶, sin perjuicio de que el propio órgano jurisdiccional pueda recabar dic-

tamen de los organismos públicos competentes²⁷. La autoridad laboral intervendría, así, con antelación respecto al juez o jueza o tribunal actuante, de manera que, si éste solicita informe razonado a los citados organismos, éstos dispondrían ya de los suficientes elementos de juicio para elaborar el pertinente dictamen.

Para diseñar un plan que, en principio, es de aplicación en la totalidad de la empresa²⁸, se debe haber efectuado una valoración previa de cuál es el nivel de aplicación del principio de igualdad (“diagnosis” lo denomina el art. 46.1 LOIE) y, a partir de ahí, se habrán de mencionar de forma específica los objetivos de igualdad a alcanzar, cuál será la estrategia a seguir y qué sistema de evaluación y seguimiento se pondrá en marcha. Entre las medidas a incluir dentro del plan, el art. 46.2, entendemos que de modo ejemplificativo y nunca como cláusula cerrada, recoge el acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y prevención del acoso, tanto sexual como por razón de sexo. A este plan tendrán acceso, en tanto que reconocimiento específico, además de los representantes legales, los propios trabajadores y trabajadoras interesados, que podrán requerir información sobre su contenido y sobre la consecución de sus objetivos (art. 47). Lo que se pretende es, sin duda, que la igualdad esté presente en la vida cotidiana de las empresas, que los más interesados en su consecución, como son los trabajadores y trabajadoras, conozcan los pasos que se propone dar la empresa y que posean un nivel de conocimientos adecuados acerca de los derechos que en el ámbito de la igualdad les vienen reconocidos en la LOIE. Todos ellos tendrán su cuota de responsabilidad en la tarea de lograr el cumplimiento de una ley que constituye un avance indudable en la sociedad española.