

Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral

PILAR CHARRO BAENA*

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI**

1. EL PORQUÉ DE ESTE DECÁLOGO

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. Así lo expresa el art. 14 CE, configurando como un derecho singular lo que es igualmente un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)¹.

Al margen de su individualizada ubicación en el texto constitucional, el derecho a la igualdad y no discriminación posee especificidades de contenido y aplicación, al proyectarse sobre la práctica totalidad del resto de derechos (constitucionales o no) de los trabajadores; baste recordar, a este propósito, sus

constantes aplicaciones en materia retributiva o de clasificación profesional.

Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 14 CE², pudiendo extractarse ciertas ideas que ayudan a aquilatar su exacto alcance: No toda diferencia de trato está prohibida por el ordenamiento jurídico³, sino sólo aquella que viene desprovista de una justificación objetiva y razonable⁴. Por tanto, el tratamiento desigual puede existir siempre que quepa calificarlo como razonable, tanto por la causa que lo motiva como por la naturaleza de las propias medidas diferenciadoras⁵. Ahora bien, no todo trato desigual, aun injustificado, supone una discriminación: esta última existe si la diferencia de trato incide en alguna de las causas expresamente prohibidas en la Constitución o en el

* Profesora Titular (EU) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Su concepción como derecho fundamental, a pesar de encontrarse a las puertas de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, es aceptada unánimemente por la doctrina. V. en este sentido y por todos, M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER: «Igualdad y no discriminación en el empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 13, 1998, pág. 51.

² *Prontuario de doctrina social del Tribunal Constitucional (1981-2005)*, (A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir.), Aranzadi, 2005.

³ SSTC 52/1987, de 7 mayo (RTC 1987, 52); 136/1987, de 22 julio (RTC 1987, 136).

⁴ SSTC 67/1982, de 15 noviembre (RTC 1982, 67); 23/1984, de 20 febrero (RTC 1984, 23); 227/1998, de 26 noviembre (RTC 1998, 227); 47/1999, de 22 marzo (RTC 1999, 47).

⁵ STC 76/1986, de 9 junio (RTC 1986, 76). En el mismo sentido, STC 291/1994, de 27 octubre (RTC 1994, 291).

Estatuto de los Trabajadores⁶; prohibición que responde al deseo de combatir el mantenimiento de arraigadas diferencias históricas que han situado a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona⁷. En definitiva, la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano⁸. Por último, ha de tenerse en cuenta que el principio de igualdad se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones⁹. Así, si bien la dirección de la empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato, están prohibidas las distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias¹⁰.

La importancia de la incidencia del derecho a la igualdad en las relaciones laborales¹¹ viene refrendada, en primer lugar, por la desigualdad material inherente a aquéllas, que redimensiona el sentido del mencionado precepto constitucional y lo aproxima a una función reequilibradora. En efecto, la igualdad a perseguir no es la formal entre trabajador y empresario, sino la material, tal como determina el art. 9.2 CE al aludir a una igual-

dad «real y efectiva»¹². Bajo la inspiración de este valor superior, el derecho a la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos tiene una lectura más profunda, que se traslada con especial fuerza al ordenamiento laboral¹³. Lectura ésta sobre la que el Tribunal Constitucional ha llamado la atención al señalar que el mandato contenido en el art. 9.2 CE propugna una «igualdad real que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador. Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajador y empresario (...) no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del art. 14 de la CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del art. 9.2 de la Constitución»¹⁴. Se consagra constitucionalmente, de este modo, la función correctiva del valor *igualdad* –material– sobre los efectos del valor

¹² En este sentido, v. J. AROZAMENA SIERRA: «Principio de igualdad y derechos fundamentales», VV.AA.: *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 426.

¹³ «Sin que deba olvidarse, sin embargo, que el Derecho del Trabajo no sólo no consigue eliminar la desigualdad originaria entre trabajadores y empresarios, sino que, con los correctivos de detalle que se quieran, constituye con propiedad su expresión normativa más consciente» (M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, pág. 630). En igual sentido se expresa M. RODRÍGUEZ-PINERO: «Principio de igualdad y Derecho del Trabajo», VV. AA: *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1072, al declarar que «el Derecho del Trabajo es a la vez consagración y crítica del principio de igualdad».

¹⁴ STC 3/1983, de 25 de enero (RTC 1983, 3), de la que S. DEL REY GUANTER destaca su relevancia en orden al establecimiento de «las bases esenciales e imprescindibles para interpretar y aplicar adecuadamente el conjunto de los derechos laborales constitucionales» («La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales 1988-I*, pág. 372).

⁶ STC 197/2000, de 24 julio (RTC 2000, 197).

⁷ STC 166/1988, de 26 septiembre (RTC 1988, 166).

⁸ STC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173).

⁹ SSTC 108/1989, de 8 junio (RTC 1989, 108); 28/1992, de 9 marzo (RTC 1992, 28).

¹⁰ STC 128/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 128).

¹¹ Ya estudiada por A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, en «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», AA.VV. *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (A.V. Sempere Navarro, Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

libertad, como síntesis de una tensión entre ambos valores que tiene su origen en la génesis del Derecho del Trabajo.

Un segundo dato que nos alerta sobre la relevancia del principio de igualdad en las relaciones laborales es que la propia Constitución reitera una de sus manifestaciones —la prohibición de discriminación por razón de sexo— en su art. 35.1, incardinándola ya específicamente en el ámbito del contrato de trabajo. Finalmente, la promulgación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, supuso la consolidación de la vertiente laboral de este derecho, al recoger expresamente, en sus arts. 4.2.c) y 17.1, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados.

Los términos concretos en los que los citados preceptos estatutarios se expresan han experimentado modificaciones, en función de la importancia relativa que ha ido ganando la protección antidiscriminatoria de determinados colectivos, o, dicho de otro modo, la creciente repulsa hacia ciertas causas de discriminación¹⁵. Actualmente el art. 4.2.c) ET reconoce el derecho de los trabajadores 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». Por su parte, el art. 17.1 ET considera

«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 en 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».

En los últimos tiempos se observa un incremento de la preocupación por el espacio de los llamados derechos inespecíficos en las relaciones de trabajo¹⁶, y entre ellos especialmente el de igualdad y no discriminación. Tanto la práctica judicial como la doctrina vienen atendiendo con especial interés al juego de los mencionados derechos en el marco del contrato de trabajo, en muchas ocasiones espoleadas por el avance de fenómenos socia-

¹⁵ La redacción actual del art. 4.2.c) ET se debe a una reforma introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y la del art. 17.1 ET, tanto por la citada Ley como por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁶ Llama la atención sobre ello M. CARDENAL CARRO: «Patriotismo constitucional, versión laboral (con ocasión de la nueva Directiva para la igualdad de sexos)», *Aranzadi Social* núm. 22, 2001: «Nos encontramos (...) ante una 'nueva sensibilidad' por parte del Derecho del Trabajo, cuyo interés por los «derechos sociales de la ciudadanía» crece constantemente. Puede que sea algo más que eso, y que suponga una evolución del ordenamiento laboral capaz de integrar los numerosos retos que se le presentan, pues en buena medida la vertiente económica que es tan esencial en la regulación del contrato de trabajo no deja de constituir una manifestación de la preocupación del Estado por las posibilidades de 'desarrollo vital' de los ciudadanos, fundamento de esa intervención concreta en las relaciones entre particulares».

les que reavivan los tradicionales debates sobre los límites de los derechos fundamentales de los trabajadores. También la negociación colectiva se hace eco de esta creciente preocupación, e incorpora cláusulas al respecto¹⁷.

En realidad, el relevante papel que hoy se confiere al derecho a la igualdad y no discriminación en el seno de la relación laboral excede este último ámbito, enmarcándose en un interés social mucho más amplio. Muestra de ello es, por ejemplo, la promulgación de normas con perfil transversal, como la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Pues bien, en coherencia con esta inquietud, y aprovechando la ocasión que propicia el 2007 como el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades, procede hacer un repaso sobre la igualdad y no discriminación en la relación laboral. A la hora de afrontar esta tarea, se ha huido voluntariamente tanto del análisis genérico como del residenciado en una concreta causa de discriminación o en una fase específica de la relación de trabajo. En cambio, se ha pretendido conciliar el ambicioso objetivo de recorrer toda la vida de la relación laboral y todas las causas de trato desigual o discriminatorio, con los límites impuestos por una publicación de estas características, llegando a un punto intermedio: la selección y análisis de pronunciamientos judiciales que constituyen verdaderos referentes en la materia. Se han seleccionado diez sen-

tencias de Tribunales mayores especialmente significativas, en las que se analiza la incidencia de los principios de igualdad y de no discriminación en las diversas fases de la relación laboral, desde un estadio previo incluso a su propia existencia (acceso al empleo) hasta su fin (extinción del contrato de trabajo). Se compone así una suerte de decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación, que desvela no sólo la evolución del tratamiento jurisprudencial del tema, sino las coordenadas de su estado actual.

2. DECÁLOGO REFERENCIAL

2.1. Inmigrantes y acceso al empleo: una desigualdad constitucionalmente admitida

Que las conductas discriminatorias se encuentran proscritas también en el acceso al empleo está fuera de dudas. Las normas supranacionales e internacionales así lo establecen: la Directiva 76/207/CEE, relativa a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (que ha sido transpuesta por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y la Directiva 2006/54/CE, 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que sustituye, a partir de agosto de 2009 a las anteriores. Entre las normas internacionales destacan los Convenios de la OIT núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 y núm. 181, sobre las agencias privadas de empleo, 1997.

¹⁷ Comparado con otros derechos fundamentales inespecíficos, el derecho a la igualdad de trato lleva ya algún tiempo despuntando entre las principales preocupaciones de los interlocutores sociales. Las incursiones siguen siendo escasas, pero no puede negarse que es uno de los derechos que más se abordan en los convenios colectivos. No obstante, la poca costumbre reguladora de estos derechos hace que la negociación colectiva se mueva con mayor comodidad acudiendo a fórmulas abstractas y programáticas, lo que está bien como primer paso, pero es necesario avanzar un poco más y entrar en proyecciones específicas del derecho.

En el derecho interno, el principio de no discriminación, cuando de acceso al empleo se trata, ya estaba presente en el art. 38.2 de la Ley 51/1980, Básica de Empleo, y en el art. 16.2 ET, respecto a las agencias de colocación. Por su parte, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al regular las «Medidas de aplicación del principio de igualdad de trato», en su art. 34 propugna la igualdad y no discriminación, entre otras materias laborales, en el acceso al empleo y en la formación profesional. El art. 2.a) Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, declara como objetivo general de la política de empleo «garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación (...) en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo»¹⁸.

No obstante lo anterior, el principio de no discriminación en el acceso al empleo posee una particular excepción en materia de nacionalidad¹⁹.

Por su parte, la normativa comunitaria admite también la excepción. La Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico, tras disponer en su art. 3.1 que sus prescripciones son de aplicación a todas las personas en relación con «las condiciones de acceso al empleo», añade en el párrafo 2 del mismo artículo, que no afectará «a la diferencia de trato por motivos de nacio-

nalidad», dejando a salvo las «disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en territorio de los Estados miembros».

Una afirmación sin ambages como la anterior necesita explicación. Para ello hay que tomar como punto de partida el art. 13.1 CE, que dispone que los extranjeros «gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (I) en los términos que establezcan los tratados y la ley» y la interpretación que del mismo proporcionó el Tribunal Constitucional en su ya clásica Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre²⁰.

Vaya por delante que uno de los principales méritos de este pronunciamiento se encuentra en el diseño del marco constitucional de los derechos de los extranjeros en España que contiene el texto constitucional, limitándose los posteriores pronunciamientos²¹ a matizar alguna de sus afirmaciones²².

La Sentencia 107/1984 resuelve un recurso de amparo interpuesto por un trabajador extranjero, de nacionalidad uruguaya, que venía prestando sus servicios como conserje en un hostel, y al que el empleador le requirió formalmente para que se proveyera de permiso de trabajo y autorización de residencia en España. A partir de ese momento, el trabajador no volvió a comparecer a su puesto de trabajo, y presentó papeleta de conciliación ante el IMAC y, posteriormente, demanda ante la Jurisdicción laboral, solicitando que se declarase nulo, o subsidiariamente improcedente, el despido y condenase a la empresa a su readmisión. En instancia se desestimó la

¹⁸ Un análisis del mencionado precepto, en A. MONTOYA MELGAR y R. CRISTÓBAL RONCERO: *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*. Civitas, Madrid, 2004, págs. 31 y ss.

¹⁹ Con contundencia se expresa M.I. RAMOS QUINTANA («El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», en *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. T. I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. MTAS/Gobierno de Cantabria/AESTSS. Madrid, 2003, pág. 528) al calificar de «paradigma de la desigualdad» las condiciones de acceso al empleo de los extranjeros.

²⁰ RTC 1984, 107.

²¹ Fundamentalmente, SSTC 99/1985, de 30 septiembre, 94/1993, de 22 marzo, 116/1993, de 29 marzo y 95/2000, de 10 abril.

²² M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR.: *Reforma y contra-reforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. pág. 36.

demanda, declarando nulo el contrato de trabajo por carecer de la autorización administrativa de trabajo pertinente, reconociendo, no obstante, el derecho del actor al abono del salario devengado durante el tiempo de prestación de servicios²³. Interpuesto recurso de suplicación, fue desestimado por Sentencia del Tribunal Central de Trabajo. El trabajador interpone recurso de amparo contra las resoluciones judiciales recaídas por presunta vulneración de los arts. 13, 14 y 35 CE.

El Alto Tribunal declara, en primer lugar, que «cuando el art. 14 CE proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a los *españoles*», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros por lo que la desigualdad de trato entre unos y otros es admisible²⁴. Añade que del art. 13 CE se desprende que «la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades dependerá por propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado o de la Ley». Dicho de otro modo, la cuestión de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos dependerá del derecho afectado.

Las anteriores manifestaciones dan paso a la clásica y conocida clasificación tripartita²⁵,

²³ Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y ante la ausencia de pronunciamiento expreso en la normativa de extranjería, la jurisprudencia declaró casi unánimemente la nulidad del contrato de trabajo suscrito sin la preceptiva autorización de trabajo sobre la base de la falta de capacidad del extranjero –entre otras muchas, SSTs de 15 de febrero de 1983 (RJ 1983, 653), 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6379) y 30 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5246)–.

²⁴ J. GARCÍA MURCIA: «Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería», *Tribuna Social* núm. 133, 2002, pág. 19.

²⁵ E. ÁLVAREZ CONDE: «El estatus de los derechos fundamentales de los inmigrantes», en AA.VV.: *Estudios sobre Derecho de extranjería* (E. ÁLVAREZ CONDE y E. PÉREZ

en virtud de la cual, el Tribunal Constitucional mantiene que existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos²⁶; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 CE, y con la salvedad que contienen); existen, en fin, otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y la leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Es a este último grupo al que pertenece el derecho al trabajo; recordemos que art. 35.1 CE enuncia que «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo». Extractando la anterior tesis constitucional, diríamos que el derecho al trabajo no se considera como un derecho que pertenezca a la persona como tal ni imprescindible para garantizar su dignidad²⁷. Y siendo un derecho de configuración legal, su ejercicio podrá

MARTÍN, Dir.). Instituto de Derecho Público. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, pág. 63 y ss., señala que no es una lista completa, sino meramente orientativa, recogiendo las principales críticas doctrinales que se han vertido sobre ellas.

²⁶ A este primer grupo pertenecen los llamados derechos y libertades fundamentales, vinculados a la dignidad humana e inherentes a la persona (art. 10.1 CE), tales como el derecho a la vida, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, a la libertad y seguridad, al honor, a la libertad de expresión, a la tutela judicial efectiva y a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, todos ellos protegidos y reconocidos en las declaraciones sobre Derechos Humanos.

²⁷ Voces muy cualificadas en la doctrina laboral defienden la tesis de que en la actualidad el derecho al trabajo debería encontrarse entre los derechos del primer grupo de la clasificación contenida en la STC 107/1984, y tener un alcance universal, en la creencia de que existe una estrecha relación entre aquél derecho y la dignidad de la persona en tanto en cuanto sirve de vehículo para la obtención de los recursos económicos que permiten a la persona realizar una vida digna (M.I. RAMOS QUINTANA: «El trabajo de lo inmigrantes extracomunitarios...», cit., pág. 548 y ss.

atemperarse²⁸ por las normas que disciplinan la materia.

Así, respecto de los extranjeros extracomunitarios, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social (modificada por las LO 8/2000 y 14/2003), dispone en su art. 10.1 que «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollan tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena». Añade el art. 36.1 que «Los extranjeros mayores de 16 años, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar». Ambos preceptos encuentran su desarrollo reglamentario en el Capítulo II del Título IV del RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

En este sentido, la exigencia al extranjero extracomunitario de una autorización administrativa para realizar una actividad lucrativa en nuestro país constituye un elemento básico y típico del régimen jurídico tradicional en materia de extranjería²⁹, configurado como «un régimen de prohibición salvo autorización»³⁰, como expresión de una ordenación del mercado de trabajo claramente preferencial o no igualitaria con respecto a la mano de obra nacional³¹.

La limitación se circunscribe a la facultad de acceder al mercado de trabajo³², y respecto a los estadios previos, porque el extranjero titular de una autorización de residencia permanente puede «trabajar en igualdad de condiciones que los españoles»³³, y esa igualdad ha de proclamarse a todos los efectos, incluso en el momento del acceso al empleo, a la búsqueda de un puesto de trabajo³⁴.

Ahora bien, una vez obtenida la autorización administrativa para el trabajo, el extranjero puede acceder al mercado de trabajo por alguno de los procedimientos establecidos al efecto³⁵ y la diferencia de trato con el trabajador español desaparece dando paso a un régimen jurídico caracterizado por la igualdad en las condiciones laborales³⁶.

La prohibición de discriminación por origen nacional es una constante en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Los llamados «grandes pactos», esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁷, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁹ y Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁰ no hacen distinción entre la condición regular o irregular del trabajador extranjero. Por el contrario, exige la regularidad administrativa del extranjero el Convenio sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en

²⁸ AA.VV.: *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. (J.M. TORRES ANDRÉS, Dir.) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 16.

²⁹ M. CARDENAL CARRO y B. FERNÁNDEZ COLLADOS: «Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España», en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales* (A. Palomar Olmeda, Coord.), pág. 344, hablan de «criterio común en el Derecho comparado».

³⁰ STS de 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10349).

³¹ J.J. PRADOS DE REYES y S. OLARTE ENCABO: «Constitución y políticas migratorias: ¿una Constitución de emigrantes para inmigrantes?», en *El modelo social en la Constitución Española de 1978 (1978-12003)*. (A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir. y R. MARTÍN JIMÉNEZ). MTAS, Madrid, 2003, pág. 1413.

³² J.A. MIQUEL CALATAYUD: *Estudios sobre extranjería*. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 135.

³³ Art. 32.1 Ley de Extranjería.

³⁴ M.I. RAMOS QUINTANA: «El trabajo de lo inmigrantes extracomunitarios...», cit., pág. 537.

³⁵ Sobre los mecanismos de acceso al mercado de trabajo, véase, en extenso, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI: «El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen general y contingente». RMTAS núm. 63, 2006, págs. 139 a 173.

³⁶ SSTSJ Cataluña de 7 de mayo de 1994 (AS 1994, 2041) y 3 de octubre de 1995 (AS 1995, 3954).

³⁷ Art. 2.1.

³⁸ Art. 2.1.

³⁹ Art. 2.2.

⁴⁰ Art. 14.

Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, que declara que «en cuanto a las condiciones de trabajo, los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales», añadiendo que «no se podrá derogar por contrato individual el principio de igualdad de trato». Más específicamente, el Convenio núm. 97 OIT (1947, revisado 1949)⁴¹ obliga a los Estados a respetar la igualdad de trato con los nacionales en cuanto a las condiciones de trabajo. Y el Convenio núm. 143 (1975), que complementa al anterior, aunque todavía no ratificado por España, amplía la igualdad hasta el momento del acceso al empleo.

En el ordenamiento interno español, los arts. 4.2. c) y 17 ET no hacen referencia expresa a la nacionalidad como factor prohibido de diferenciación. Es en la LO 4/2000, donde se prohíbe expresamente «todo acto que, directa o indirectamente conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero (art. 23 LO), y considera discriminación indirecta «todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros» (art. 23.2 e) LO).

Debe significarse, por otra parte, que entre los objetivos de la política de empleo se encuentra recogido en el art. 2 Ley 56/2003 un mandato de coordinación de dicha política con la dimensión del fenómeno migratorio interno y externo. Además, la norma impone la ejecución de políticas adecuadas para facilitar la integración al mercado de trabajo de aquellos colectivos que presentan especiales dificultades de inserción laboral, reconociendo el art. 26 como colectivos prioritarios, entre otros, «a los inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería»⁴².

⁴¹ Ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (BOE del 7 de julio).

⁴² Un estudio completo de las medidas de política de empleo a favor de los inmigrantes, en R. CRISTÓBAL

Ahora bien, si lo anterior se predica desde un plano estrictamente formal, lo cierto es que la aplicación e interpretación del referido principio pone de manifiesto que existe un «largo camino, todavía no alcanzado, hacia la igualdad real»⁴³. Es una realidad evidente que la segmentación del mercado de trabajo por nacionalidades entre los distintos sectores de actividad, las contrataciones étnicas en los trabajos poco cualificados, la realización de pruebas de selección ajenas a la cualificación profesional requerida para un concreto puesto de trabajo, colocan al aspirante extranjero en una situación claramente desventajosa con respecto a los nacionales; asimismo, el desconocimiento de las condiciones laborales reflejadas en el compromiso de trabajo u oferta de empleo que acompaña a la solicitud de autorización, son sólo algunos ejemplos de que la paridad de trato todavía constituye un ideal⁴⁴.

2.2. La discriminación indirecta como instrumento prototípico de la desigualdad por razón de sexo en el acceso al trabajo

La discriminación por razón de sexo se prohíbe expresamente en el art. 14 CE, y el art. 4.2.c) ET establece de modo específico para el ámbito laboral que los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados en el acceso al empleo ni una vez empleados, entre otros motivos, por razón de sexo.

El principio de igualdad de trato impone la ausencia de toda discriminación directa o

RONCERO: «Políticas activas de empleo de los inmigrantes». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 63, 2006, págs. 232 y ss.

⁴³ J.R. MERCADER UGUINA: «La protección social de los trabajadores extranjeros», en *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. T. II. XII Congreso Nacional, cit., pág. 1135.

⁴⁴ Véase M. PAJARES: Informe «Inmigración y mercado de trabajo- Informe 2007» (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. OPI, 2007).

indirecta, entre otras, por razón de sexo en relación, también, con las condiciones de acceso al empleo. Se diría más, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la actuación en este estadio previo es especialmente trascendente «como vehículo de superación de la situación social peyorativa del colectivo (mujeres) discriminado»⁴⁵. Y, sin embargo, esta fase previa a la relación laboral se revela como uno de los de más difícil control y aplicación de la prohibición de discriminación.

La trascendencia de proceder en el momento de la incorporación al mercado de trabajo es evidente. Uno de los mayores obstáculos para el colectivo femenino es precisamente acceder a un puesto de trabajo; las estadísticas demuestran que en todos los países del entorno europeo, el paro femenino supera, en mayor o menor medida, al desempleo masculino⁴⁶. Una vez conseguido un puesto de trabajo, la mujer también encuentra peor situación con respecto a los varones: mayor precariedad de sus empleos, menores retribuciones, bajas cualificaciones, escasas posibilidades de promoción, etc. Pero éste es otro tema.

⁴⁵ SSTC 173/1994, de 7 junio (RTC 1994, 173), 29/2002, de 11 de febrero y 214/2006, de 3 julio (RTC 2006, 214).

⁴⁶ Respecto al año 2005, la tasa de desempleo femenino se situó en un promedio del 9,8% en el conjunto de países de la UE-25, casi dos puntos porcentuales por encima de la cifra de paro masculino que ha alcanzado una media del 7,9%. Hay dos países –Polonia y Eslovaquia– que llaman la atención por sus elevados niveles de paro en general y de desempleo entre mujeres en concreto. En el caso polaco, el paro femenino supone un 19,1% y en Eslovaquia llega al 17,2%. Entre los países de la antigua UE-15, el problema del desempleo femenino afecta, ante todo, a Grecia con un 15,3%. El cuarto lugar en la clasificación corresponde a España, donde el paro entre mujeres es del 12,2%, considerablemente por encima del paro masculino que registra una cifra del 7,0%. Tres países –Francia, Alemania e Italia– se sitúan levemente por encima del 10%, al tiempo que la República Checa se queda justo en el promedio del 9,8% (Fuente: Europe in figures. Eurostat Yearbook 2006-2007, febrero de 2007. <http://www.iee-madrid.com/notaspdf2007/5mar.pdf>).

La legislación interna se hace eco de esta dificultad imponiendo expresamente en repetidas ocasiones la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo como principio básico de la política de colocación. Estaba presente en el art. 38.2 de la Ley 51/1980, Básica de Empleo, y en el art. 16.2 ET, respecto a las agencias de colocación. Por su parte, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al regular las «Medidas de aplicación del principio de igualdad de trato», en su art. 34, propugnó la igualdad y no discriminación, entre otras materias laborales, en el acceso al empleo y en la formación profesional.

Recientemente, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI), ha incorporado un nuevo artículo a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre⁴⁷, de Empleo, en cuyo art. 22 *bis* impone a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, que en la gestión de la intermediación laboral velen específicamente para evitar la *discriminación en el acceso al empleo*⁴⁸. Con la nueva norma, que va dirigida a los intermediarios laborales y no directamente a los empleados (para éstos, la prohibición de discriminación en el acceso al empleo se prescribe en los arts. 17.1 y 4.2.c ET)⁴⁹, se refuerza la tutela antidiscriminatoria, imponiendo a los agentes de la intermediación que lleven a cabo una labor inspectora sobre las ofertas de empleo presentadas por las empresas. Detec-

⁴⁷ BOE del 17 de diciembre.

⁴⁸ El precepto completa lo previsto en el artículo 5.1 LO 3/2007, que establece de forma general que las conductas discriminatorias se encuentran proscritas desde el momento del acceso al empleo hasta la finalización de la relación laboral.

⁴⁹ A efectos de responsabilidades administrativas, tanto el empleador que realice una oferta discriminatoria como el intermediario laboral que la asuma incurren en la infracción muy grave sobre las ofertas de empleo del artículo 16.2 LISOS.

tadas las ofertas discriminatorias, obliga a que lo comuniquen a quienes las hubiesen formulado. Probablemente el mandado resulte insuficiente⁵⁰, habiendo sido más oportuno que, apreciada la discriminación en la oferta de empleo, además de la comunicación a quien corresponda, se le advirtiese de que, en caso de no corregirse la exigencia injustificada, no se aceptará su tramitación.

Las normas supranacionales e internacionales insisten en la proscripción de la discriminación en el acceso al empleo. Pueden citarse, entre otras, la Directiva 76/207/CEE, relativa a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (que ha sido transpuesta por la LOI) y la Directiva 2006/54/CE, 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que sustituirá, a partir de agosto de 2009 a las anteriores. Entre las normas internacionales destacan la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que inicia el camino de la integración de la mujer al mundo laboral y los Convenios de la OIT núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 y núm. 181, sobre las agencias privadas de empleo, 1997.

Dicho lo anterior, ya adelantamos que en esta materia los atentados a la igualdad de

trato mayoritariamente revisten la forma de discriminaciones encubiertas o indirectas⁵¹, esto es, mediante prácticas o medidas que siendo formal y aparentemente neutras poseen, sin embargo, un efecto adverso sobre un determinado sexo⁵². La discriminación indirecta se encuentra prosrita en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET. Asimismo, queda vetada en la normativa comunitaria: Directivas 76/207/CEE, 2000/78/CE, 2002/73/CE y 2006/54/CE, anteriormente citadas.

De los muchos pronunciamientos jurisprudenciales que inciden en esta cuestión, destaca la STS de 4 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4266), que resuelve un recurso de casación interpuesto por el Sindicato Confederación General del Trabajo, CGT, contra la empresa Fasa-Renault.

El origen del proceso se encuentra en la demanda de conflicto colectivo formulada por aquel sindicato, para cuya resolución firme tuvo que esperar algo más de ocho años⁵³. La

⁵¹ C. SÁEZ DE LARA: *Mujer y trabajo*. Fundación Alternativas, documento de trabajo núm. 37/2003, pág. 13.

⁵² Como señalara tempranamente la STC 145/1991, la discriminación indirecta sería aquella «que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo».

⁵³ La inicial demanda de conflicto colectivo fue resuelta por una primera sentencia el 21 de abril de 1992, pero al apreciar la falta de legitimación causal, absolvió a la empresa sin entrar en el fondo del asunto. Dicha Sentencia fue casada y anulada por STS 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1061), que declara que el sindicato accionante tenía legitimación activa y acuerda devolver la actuaciones a la Sala de instancia para que, entrando en el fondo, resuelva la cuestión debatida. Así hace, desestimando la demanda en Sentencia de 15 de noviembre de 1994, que es confirmada en vía de casación por la STS de 4 octubre de 1995 (RJ 1996, 1292). El sindicato formula recurso de amparo contra esta última Sentencia, que es estimado por STC 41/1999, de 22 de marzo (RTC 1999, 41), reconociendo el derecho a la

⁵⁰ M.J. MATEU CARRUANA, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Igualdad*. (Dir. J.I. GARCÍA NINET; Coord. A. GARRIGUES GIMÉNEZ). CISS, Valencia, 2007, pág. 807.

demanda pretendía que se declarase desigual y discriminatoria por razón de sexo la conducta de la empresa consistente en que en un período de nueve meses no había contratado a ninguna mujer en las categorías de especialista en talleres y cadenas de producción de las factorías de Valladolid y Palencia, cuando en ese período se habían producido ciento veinte ingresos con contrato eventual, todos ellos del sexo masculino.

El criterio aparentemente neutro utilizado por la empresa no era otro que requerir como perfil profesional para acceder a la contratación en talleres y cadenas de producción la titulación de «Formación Profesional de 2º grado, Especialidad Ramas Técnicas (Metal, Automoción, Electricidad, Electrónica), excediéndose de las previsiones del Convenio Colectivo de aplicación, que dada la mínima cualificación de esa categoría, no exigía ninguna titulación»⁵⁴.

Asumiendo la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵⁵ y del Tribunal Constitucional⁵⁶, declara el Tribunal Supremo que la actual concepción del principio de no discriminación supe-

tela judicial efectiva del sindicato, anulando las Sentencias anteriores e imponiendo retrotraer las actuaciones para que, por la Sala de instancia se adoptasen las medidas necesarias para la práctica de la prueba acordada en su día para que el Sindicato pudiese acreditar unos indicios suficientes para invertir el *onus probandi*.

⁵⁴ La STSJ Cantabria de 14 de noviembre 2005 (AS 2005, 3000), conoce de un asunto similar, en el que la empresa requiere, sin que así lo establezca el convenio colectivo, el perfil de la especialidad de formación profesional grado II de rama técnica, para ocupar un determinado puesto de trabajo.

⁵⁵ STJCE de 30 de junio de 1988 [TJCE 1988, 184]. Véanse, además de las citadas en la Sentencia comentada, SSTJCE de 17 de octubre de 1995 (TJCE 1995, 72), 11 de noviembre de 1997 (TJCE 1997 marzo de 2000 (TJCE 2000, 56) y 6 de julio de 2000 (TJCE 2000, 166), relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a empleos en la Administración Pública.

⁵⁶ SSTC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173) y 41/1999, de 22 de marzo (RTC 1999, 41).

ra la prohibición de tratamientos diferentes no justificados (art. 14.1 CE) para contemplar la necesidad de atender la situación de determinados individuos o colectivos con el fin de hacer posible la igualdad de los mismos en la sociedad (art. 9.2 CE) mediante la remoción de los obstáculos que la han venido impidiendo. Y la exigencia de la titulación en formación profesional de 2º grado, rama técnica, aunque afecta formalmente por igual a hombres y mujeres, resulta desproporcionada —cuando además, la empresa no aporta ninguna prueba objetiva y razonable de la misma— y perjudicial para el colectivo femenino que por razones socio-económicas no suele poseer tal título⁵⁷. En consecuencia, se estaba en presencia de una discriminación indirecta entendida como decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasiona una desventaja particular a una persona respecto de las otras y no responde a finalidad legítima alguna.

Para finalizar este comentario, diremos que aunque afortunadamente en el acceso al empleo cada vez son menos frecuentes las discriminaciones directas a la mujer⁵⁸ —a salvo de las referidas al embarazo, cuestión sobre la que se volverá en el epígrafe posterior—, es bienvenida la norma contenida en el número 2 del nuevo art. 22 *bis* de la Ley de Empleo, en la que el legislador parte de una declaración general considerando que las ofertas de empleo dirigidas a un solo sexo son

⁵⁷ En los hechos probados de la Sentencia se recoge que en ese momento, según los datos facilitados por el Instituto Nacional de Empleo de Valladolid, había 475 mujeres demandantes de empleo en la profesión de Auxiliar Administrativo con la titulación de Formación Profesional 1, y las escasas que se encontraban en posesión del de Formación Profesional 2 lo eran para la rama administrativa, informática y técnico de laboratorio.

⁵⁸ M.A. PURCALLA BONILLA: «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminación (en especial, por razón de sexo). *Aranzadi Social* núm. 10/2004, www.westlaw, BIB 2004, 1522, afirma que en la realidad jurídica, la situación de la mujer ha conseguido, con un grado considerable de acierto, una fuerte equiparación laboral con el hombre «en» el acceso al empleo, no así «ante» el empleo.

discriminatorias, desde el convencimiento de que en la mayoría de las ocasiones la reserva de determinadas actividades laborales a uno de los sexos encierra exclusiones sociales o meros estereotipos sobre el papel que corresponde a cada uno de ellos. La anterior declaración general, no obstante, se excepciona⁵⁹ en limitados supuestos cuando el sexo *se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar*, o, como cierto sector doctrinal ha denominado, contiene la *excepción de la buena fe ocupacional*⁶⁰. El Tribunal Europeo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de supuestos en los que el sexo puede ser una condición determinante para ciertos trabajos, con un criterio restrictivo, y exigiendo que el objeto sea legítimo y el requisito proporcionado⁶¹. Así, los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones, en la STJCE de 30 junio 1988⁶², para determinadas actividades como las de policía, ejercidas en una

situación de graves disturbios internos, en la STJCE de 15 de mayo de 1986⁶³. En la STJCE de 26 octubre 1999, asunto C-273/97, asunto Sirdar, declaró que, aunque por regla general no quedan excluidas del principio de no discriminación en el acceso al empleo las normas relativas al trabajo en las Fuerzas Armadas, con objeto de garantizar la eficacia en combate, es procedente la negativa a la contratación de una mujer como cocinera en los Royal Marines, porque se trata de una fuerza de efectivos especiales, reducidos, cuyos integrantes deben estar preparados para intervenir en primera línea de combate. Por otra parte, la exclusión debe referirse a actividades concretas; precisamente por tratarse de una prohibición de acceso al empleo de las mujeres de carácter general, la STJCE de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, Kreil⁶⁴, consideró contrario a las normas comunitarias que se prohibiera el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, a excepción de las unidades de asistencia sanitaria y formaciones de música militar.

En suma, las posibilidades de que la oferta de empleo vaya dirigida a uno solo de los sexos quedan así muy restringidas, pudiendo referirse a, por ejemplo, artistas, deportistas, maniqués, etc., y actividades relacionadas con la seguridad pública. Fuera de estos supuestos surge la duda de qué diferencias sexuales pueden ser relevantes para la realización de un trabajo concreto; seguramente, también podrá limitarse a algunas actividades en hospitales, centros penitenciarios, o similares, en las que haya que preservar la intimidad personal. Por descontado, habrán de reputarse discriminatorias todas aquellas ofertas limitativas en las que la pertenencia a un determinado género sea meramente conveniente para un más eficaz cumplimiento de las tareas propias del trabajo. En cualquier caso, habrá que determinar en cada supuesto cuáles son los criterios a utilizar para valorar

⁵⁹ Al establecer la referida excepción, el legislador hace uso de la autorización contenida en el artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE, 5 de julio («Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado»), en la línea de lo que disponía el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre que, a su vez, retoma la excepción general introducida en la Directiva 76/207, relativa a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres, aunque más matizada gracias a las aportaciones que desde su aprobación realizara el TJCE. Véase, E. REVILLA ESTEVE: «Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres». *Justicia Laboral* núm. 14, 2003, pág. 43.

⁶⁰ J.F. LOUSADA AROCHENA, en AA.VV.: *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2007, pág. 36.

⁶¹ STJCE de 19 marzo 2002, asunto C-476/99, Lommers.

⁶² TJCE 1988, 184.

⁶³ TJCE 1986, 86.

⁶⁴ TJCE 2000, 2.

la posibilidad de excluir ciertas actividades profesionales del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, concretando en este ámbito lo que nuestro TC considera criterios fundados y razonables que justifiquen un tratamiento diferenciado⁶⁵.

El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 22 *bis* de la Ley de Empleo determina que se considerará discriminatoria la oferta referida a uno sólo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico⁶⁶. Aunque la utilización de este criterio podría dar lugar a la existencia de una discriminación indirecta, con la nueva redacción, que no admite excepción alguna, parece que desde ahora el perfil de un puesto de trabajo vinculado al esfuerzo físico constituirá siempre una discriminación directa.

2.3. Discriminación por razón de sexo y suspensión de la demanda de empleo por baja de maternidad

El Tribunal Constitucional ha aclarado que los tratos peyorativos motivados por una

situación de embarazo constituyen una discriminación directa por razón de sexo, ya que es la población femenina la única que es susceptible de encontrarse en dicho estado⁶⁷. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁸, y es el criterio generalizado en los ordenamientos de nuestro entorno⁶⁹. Y la protección antidiscriminatoria de la mujer «condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario» durante el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral⁷⁰, lo que implica el rechazo a cualquier trato peyorativo motivado por el sexo, tanto en el acceso al empleo, como una vez en éste, comprendiendo las condiciones de trabajo⁷¹ y la extinción de la rela-

⁶⁷ SSTC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173) y 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996, 136). El primero de estos dos pronunciamientos mantiene que la discriminación por razón de sexo comprende las decisiones fundadas «en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan en el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres». Véase también STC 17/2003, de 30 enero 2003 (RTC 2003, 17).

⁶⁸ STJCE de 8 de noviembre de 1990, Asunto 177/88, Dekker (TJCE 1991, 73); de 5 de mayo de 1994, Asunto 421/92, Habermann-Beltermann (TJCE 1994, 69); de 14 de julio de 1994, Asunto 32/93, Webb (TJCE 1994, 133); de 3 de febrero de 2000, Asunto 207/98, Mahlburg (TJCE 2000, 14). Igualmente, un despido basado en una incapacidad laboral derivada del embarazo también constituye discriminación directa por razón de sexo, al poder afectar sólo a las mujeres [STJCE de 30 de junio 1998, Asunto C-394/96, Brown (TJCE 1998, 159)].

⁶⁹ F. CAVAS MARTÍNEZ, «Despido de una mujer embarazada y discriminación por razón de sexo», *Aranzadi Social* 1998, vol. III.

⁷⁰ SSTC 17/2003, de 30 de enero 2003 (RTC 2003, 17); 161/2004, de 4 de octubre 2004 (RTC 2004, 161); 17/2007, de 12 de febrero 2007 (RTC 2007, 17).

⁷¹ Aquí se integra la protección antidiscriminatoria en materia de seguridad y salud en el trabajo. En la STC 161/2004, de 4 de octubre 2004 (RTC 2004, 161), se conoce el caso de una mujer que presta servicios para una línea aérea como piloto, que al quedarse embarazada recibe comunicación de la empresa de que su contrato quedaba en suspenso por «falta de aptitud para el vuelo a consecuencia del embarazo». El «título» de la

⁶⁵ C. SÁEZ LARA: *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas o indirectas*. CES. Madrid, 1994, pág. 91.

⁶⁶ Existe consolidada jurisprudencia constitucional que declara discriminatoria la utilización exclusiva e irrazonable del criterio del esfuerzo físico, cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto a la hora de fijar la retribución. Así, la STC 145/1991, de 1 de julio, respecto al diferente tratamiento económico entre peones y limpiadoras (RTC 1991, 145). La misma doctrina se reitera en las SSTC 58/1994, de 28 febrero [RTC 1994, 58] y 147/1995, de 16 octubre [RTC 1995, 147]. Resulta sumamente interesante la STC 250/2000, de 30 octubre (RTC 2000, 250), en la que se afirma el carácter sospechoso del factor esfuerzo, por lo que tiene de cualidad predominantemente masculina, como único criterio de valoración retributiva, e implica una ventaja injustificada para los varones.

ción laboral, como se tendrá ocasión de comprobar posteriormente⁷².

Un supuesto muy específico de discriminación en el acceso al trabajo por razón de sexo derivado de la maternidad es el que resuelve la STC 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214). Lo novedoso del caso reside en el organismo del que procede la discriminación. Se trata de determinar si la suspensión por parte del INEM de la demanda de empleo de una trabajadora a causa de su situación de baja por maternidad es incompatible con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Los hechos son de una sencillez extrema. Una trabajadora se encontraba en situación de desempleo, habiéndole sido reconocida la prestación correspondiente por un período de ocho meses. Transcurridos cinco meses en esa situación presenta en la Oficina de Empleo en la que estaba inscrita el parte de baja por maternidad. Cuando prácticamente le restaban tres meses de cobro de la prestación, a través de unos compañeros de trabajo tiene conocimiento de que la Delegación de la Junta de Andalucía había ofertado quince plazas de monitores de educación especial para su contratación temporal, y había solicitado al INEM la remisión de dos candidatos por puesto. La solicitud incluía el siguiente perfil profesional: posesión del título de FP II en la especialidad de educación de disminuidos psíquicos y experiencia profesional acredita-

da de seis meses. En la lista de candidatos que el INEM envía a la Delegación solicitante no incluye a la trabajadora, que poseía la titulación requerida y contaba con una experiencia profesional de setenta meses. El INEM mantiene que la exclusión obedece al hecho de haber quedado suspendida la demanda de empleo como consecuencia de su maternidad, que determina una situación de incapacidad para realizar la actividad laboral, configurándose el permiso de maternidad como un derecho irrenunciable. El Tribunal Constitucional contraargumenta minuciosamente las alegaciones vertidas por el organismo público:

2.3.1. Extensión de la figura de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad

Al omitir la demanda de empleo, el INEM aplica la suspensión del contrato de trabajo por maternidad regulada en el art. 48.3 ET. Rotundamente se califica de errónea la extensión de esta figura a un supuesto de hecho no contemplado en el precepto estatutario, que presupone la existencia de una relación laboral y no la administrativa que media entre el INEM y los demandantes de empleo. Dicho esto, el Tribunal Constitucional pone el énfasis en una lectura en clave finalista del art. 48.3 ET. En este sentido, advierte que si la suspensión de la relación laboral por maternidad persigue favorecer la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y evitar la pérdida de empleo en los casos de maternidad, la suspensión de la demanda de empleo de las trabajadoras desempleadas en baja maternal perjudica *definitiva e irreversible* el acceso al mercado de trabajo de la mujer, en la medida en que le impide ser tomada en consideración para la cobertura de las ofertas de empleo gestionadas por el organismo público. En suma, la aplicación de la institución jurídico-laboral de la suspensión contractual a estos supuestos desvirtúa la finalidad perseguida.

trabajadora permitía el desarrollo de tareas en tierra, donde hubiera podido existir la posibilidad de un puesto de trabajo adecuado a su situación, por lo que la decisión empresarial se considera carente de una justificación razonable y, por ello, discriminatoria por razón de sexo. Puede consultarse un comentario a esta sentencia en MONTOYA MELGAR, A., «Suspensión del contrato de una piloto de líneas aéreas a causa de embarazo, con omisión de la evaluación de riesgos y la oferta de puesto de trabajo alternativo», ALONSO OLEA, M., y MONTOYA MELGAR, A. (Dirs.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXII (2004), Civitas, 2005.

⁷² Véase, *infra*, epígrafes II 6.y 8.

2.3.2. *Errónea asimilación de la baja maternal a la incapacidad temporal*

El INEM interpretó la situación de baja de maternidad como incapacidad para trabajar, lo que le permitió defender que su decisión no se basaba en un factor directamente relacionado con el sexo sino que se fundamentaba en el dato objetivo de imposibilidad legal de ocupar un puesto de trabajo, como ocurre con la incapacidad temporal. Lo cierto es que el hecho de que las normas de Seguridad Social hayan asimilado, a efectos de protección económica, a la maternidad con la enfermedad, ha propiciado esta errónea asimilación⁷³. Acertadamente contesta el Tribunal que la maternidad no puede explicarse sin más como una imposibilidad para el trabajo; quizá pudiera cuestionarse que hay un primer momento de precaución sanitaria en los supuestos de maternidad biológica, pero desde luego no se extiende a todo el período de descanso maternal. Es la tutela del recién nacido la que justifica que el contrato de trabajo se suspenda⁷⁴. La anterior afirmación resulta mucho más evidente cuando se trata de suspensión del contrato de trabajo por adopción o acogimiento. En fin, para el Tribunal Constitucional la suspensión del contrato de trabajo por maternidad es un instrumento dirigido a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar y, en consecuencia, a promover la inserción de la mujer en el mercado de trabajo y a favorecer la conservación del empleo.

⁷³ No es hasta la Ley 42/1994, de 31 diciembre, sobre medidas administrativas y de orden social, cuando se separa la regulación de la prestación de la maternidad de la de la incapacidad temporal.

⁷⁴ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*. Aranzadi, Elcano, 1999, págs. 68 y 69. J. GORELLI HERNÁNDEZ: *La protección por maternidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 40, afirma que estamos ante un mecanismo que cubre varios objetivos, uno de ellos se relaciona con la recuperación física de la mujer trabajadora tras el parto. Pero junto a esta protección hay algo más, pues si se limitara a esa finalidad sería suficiente con la suspensión

2.3.3. *Falta de disponibilidad para la incorporación inmediata al puesto de trabajo*⁷⁵

La medida de la suspensión de la oferta de empleo de las mujeres que disfrutan la baja maternal tiene en cuenta la imposibilidad de incorporación inmediata en el hipotético supuesto de que el empresario procediera a su contratación, por lo que con ella se pretende evitar las eventuales dificultades derivadas del hecho de la maternidad para el cumplimiento de las obligaciones laborales. Además, previene los efectos negativos que, respecto de la propia pervivencia de la prestación por desempleo, pudiera acarrear el mantenimiento de la condición de demandante de empleo (aceptación de ofertas de empleo adecuadas, participación en cursos de formación o en programas de empleo, etc.⁷⁶). Para el Alto Tribunal ninguna de las dos consideraciones anteriores es de recibo. En primer lugar, y respecto a la incapacidad real para cumplir uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo, cual es la disponibilidad inmediata de la trabajadora para el empresario, considera que la protección que el derecho interno y el derecho comunitario garantizan a la mujer

por incapacidad temporal; ese algo más alcanza al neonato y a la familia en su conjunto.

⁷⁵ En el caso planteado se da la circunstancia de que en la incorporación de los nuevos contratados, la firma de sus contratos se produjo tan sólo dos días antes de la finalización de las seis semanas obligatorias.

⁷⁶ Véase art. 231 RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de la prestación por desempleo. Véase, A.V. SEMPERE NAVARRO, Y. CANO GALÁN, P. CHARRO BAENA y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI: *Políticas Sociolaborales*. 3ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 107 y ss., sobre la nueva configuración de la prestación por desempleo como piedra angular de la política pasiva de empleo que en los últimos tiempos se ha ido convirtiendo cada vez más en un instrumento al servicio de la política activa de empleo, tal como se observa en que exija el compromiso formal de los desempleados de buscar activamente empleo y aceptar ofertas de colocación adecuadas.

embarazada o que ha dado a luz no puede depender de si la presencia de la interesada es indispensable para la buena marcha de la empresa. En segundo lugar, y en relación a la pérdida de la condición de demandante de empleo, entiende que precisamente la incompatibilidad de las acciones inherentes a la prestación por desempleo es lo que permitirá a la trabajadora justificar su no participación o el rechazo de una oferta de empleo.

2.3.4. Protección de la salud de la mujer embarazada

Se argumentaba que las seis primeras semanas de baja maternal se conectan directamente con la tutela de la salud la mujer en relación al embarazo y a la maternidad y, por tanto, resultan de obligatorio cumplimiento para la trabajadora. Tratándose del período voluntario de baja maternal, la desempleada, en palabras del INEM, debería manifestar su voluntad de continuar recibiendo ofertas de empleo (nótese que en este caso, la mujer debería renunciar al derecho a percibir las prestaciones correspondientes a tal situación que le reconoce la legislación vigente, no solicitando la baja al efecto o presentando el parte de alta, para evitar la suspensión de demanda⁷⁷). El Tribunal Constitucional considera que no le corresponde examinar si ese período tiene carácter voluntario u obligatorio, pues se trata de una cuestión de estricta legalidad. Por ello, incide en la posible exigencia de una declaración de voluntad expresa al efecto. Y

esta pretensión le resulta desproporcionada; además entiende que ya hubo una manifestación de voluntad por parte de la trabajadora al presentar su demanda de empleo e inscribirse como desempleada, y no tiene por qué retirarla con ocasión de su baja por maternidad. Mucho menos habría de exigirse que renunciara a la percepción de una prestación económica superior, que precisamente es mayor por la protección constitucional de la maternidad.

En conclusión, el Tribunal Constitucional considera que ni el descanso de dieciséis semanas de maternidad, ni tan siquiera el de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, pueden conllevar la suspensión de la demanda de empleo. La práctica del INEM ha producido un efecto peyorativo en la mujer demandante de empleo, contrario al perseguido por la institución cuya aplicación se pretende. En cualquier caso, ante una situación así deberían ser las empresas, también vinculadas por el principio de no discriminación, quienes decidieran sobre la contratación de demandantes de empleo en baja maternal, tras las pruebas oportunas y valoración de la idoneidad de aquellas⁷⁸. Con esta actuación se condiciona de antemano la decisión empresarial y «el organismo público hace suya, por esta vía, la hipotética conducta discriminatoria en que pudiera haber incurrido el ofertante de empleo de no haber contratado a la trabajadora por encontrarse disfrutando de la baja maternal».

2.4. La naturaleza del descanso semanal y la discriminación por motivos religiosos

El art. 14 CE prohíbe la discriminación por razón de religión, y el art. 16 CE garantiza la

⁷⁷ El art. 222.3 RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone en su párrafo 3 que «cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda», añadiendo en el párrafo 5 que si el trabajador pasa a la situación de maternidad o paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y pasará a percibir la prestación por maternidad o por paternidad (redacción dada por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

⁷⁸ La jurisprudencia del TJCE ha declarado que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre 1990 [TJCE 1991, 73]), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 febrero 2000 [TJCE 2000, 14]).

libertad religiosa y de culto. El art. 17.1 CE declara nulos y sin efecto 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 religión o convicciones.

En materia de discriminación motivada por la religión profesada por el trabajador, el Tribunal Constitucional dictó hace años un pronunciamiento ciertamente significativo: la STC 19/1985, de 13 de febrero (RTC 1985, 19). En él se conocía del caso de una empleada que, ya vigente la relación laboral, se convirtió en miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. Su nueva religión le impedía trabajar desde la puesta de sol del viernes a la del sábado y, dado que su jornada laboral comprendía dichos días, pidió el cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario con compensación en otras horas. La empresa le denegó el cambio por motivos de organización del trabajo, y la trabajadora abandonó su puesto, por lo que fue despedida.

La controversia a dirimir por el Tribunal Constitucional se centra en la incompatibilidad entre la práctica religiosa y el cumplimiento de las obligaciones laborales.

El art. 6.3 del Convenio 106 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al descanso semanal en el comercio y en las oficinas (y el art. 2.3 del Convenio 14, sobre descanso semanal en las empresas industriales), indica que «el período de descanso semanal coincidirá siempre que sea posible, con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres del país o de la región». El apartado 4 del mismo precepto añade que «las tradiciones y costumbres de las minorías religiosas serán respetadas, siempre que sea posible». Por su parte, el art. 37.1 ET regula el descanso semanal mínimo, estableciendo una regla general en cuanto al momento de su disfrute (el domingo y la tarde del sábado o la mañana del lunes); regla que es dispositiva, de modo que en convenio

colectivo o contrato de trabajo puede pactarse una regulación distinta, de acuerdo con los intereses de las partes⁷⁹. En especial para quienes profesan las religiones judía, protestante o musulmana, resultan de aplicación acuerdos firmados con cada una de estas confesiones⁸⁰, en virtud de los cuales pueden negociar con la empresa la inclusión en sus contratos de trabajo de una cláusula que les permita un descanso laboral acorde con sus creencias y el reconocimiento de unas fechas determinadas como festividades religiosas, siempre que ello resulte compatible con la organización del trabajo en la organización productiva.

En la empresa rige el régimen general previsto en la norma estatutaria, y resultaría posible su modificación para la trabajadora

⁷⁹ En la STSJ Comunidad Valenciana de 24 de junio 1997 (AS 1997, 2078) se conoce un caso parecido: trabajador que, una vez iniciada la relación laboral, comunica que es miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día y que no puede prestar servicios desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. De acuerdo con su superior jerárquico, consigue organizar sus descansos conciliándolos con sus creencias, hasta que reclama la consolidación contractual de dicha situación. La negativa de la empresa determina que el trabajador demande por vulneración de derechos fundamentales. El pronunciamiento citado aplica la doctrina del Tribunal Constitucional que se expone en el texto.

⁸⁰ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. En concreto, el primero de estos acuerdos establece, en su art. 12.1, que «el descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias adventistas del séptimo día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general».

siempre que el empresario estuviera de acuerdo. Pero la cuestión es si ese régimen general que contempla la Ley persigue ajustarse a unas determinadas creencias religiosas, estableciendo así unas condiciones más favorables para unos creyentes y desfavorables para otros, que sólo pueden ver adaptado el descanso semanal a sus creencias si consiguen alterar por convenio o contrato lo dispuesto en la Ley. Si ello fuera así, no habría un tratamiento igualitario de las distintas confesiones, vulnerándose el art. 14 CE.

Desde luego, no hay duda de que el origen de la identificación del domingo como día de descanso responde a un mandato cristiano. Sin embargo, mantiene el Tribunal Constitucional que «esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco en el Estatuto de los Trabajadores, y en la precedente (Ley de Relaciones Laborales) y las más anteriores, con la excepción de la Ley de Descanso Dominical de 1940, que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición»; lo que además no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta la aconfesionalidad que proclama el art. 16 CE.

Además, ha de rechazarse que la invocación de los derechos o libertades públicas pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas⁸¹. Recuérdese que la empresa con-

trató a la trabajadora cuando ésta aún no profesaba la religión que ahora le impide trabajar durante parte de su jornada laboral. Las condiciones inicialmente pactadas y cumplidas sin inconveniente durante un cierto tiempo, de pronto quieren modificarse por lo que el Alto Tribunal denomina «un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas)»; el cumplimiento de las obligaciones preexistentes libremente pactadas queda al arbitrio de la trabajadora. Así, cobran sentido las alegaciones de la empresa, que no discute la libertad religiosa de la actora, pero que niega haberla discriminado dándole un trato diferente por razón de su conversión a la Iglesia Adventista.

Por otro lado, argumenta el Tribunal que no se está en presencia de un supuesto en el que la empresa niegue a la trabajadora su libertad religiosa, o la exteriorización de sus creencias o convicciones. La posible «incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto impongan la inactividad laboral, y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales», no es igual a «una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en esta materia, la conducta del empresario». Con esta reflexión, parece que sólo sería contraria a la libertad religiosa la actitud coercitiva del empresario para impedir el ejercicio del derecho, no en cambio si sencillamente no se posibilita. Impedir o no posibilitar: la frontera es ciertamente difusa en casos como el analizado, y por ello este razonamiento ha recibido críticas⁸².

bajo, hasta que la empresa suprimió la autorización previa. El despido del trabajador por ausencias injustificadas los sábados no llegó a ser calificado de discriminatorio, pero sí de improcedente.

⁸² CONTRERAS MAZARÍO, J.M., La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo, Documentación Laboral, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 431 y ss.; GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, 1986, pág. 118.

⁸¹ Un caso diferente es el conocido en STS de 20 de abril 1988 (RJ 1988, 2999). Al trabajador, adventista, se le había concedido una autorización para cambiar su actividad laboral de los sábados por los domingos. Durante más de tres meses mantuvo tal régimen de tra-

Frente a supuestos como el comentado, que cuentan ya con una solución consolidada, hay que estar prevenidos para el surgimiento de otros casos en los que también estén en juego los límites de la libertad religiosa en el centro de trabajo. El crecimiento exponencial del fenómeno migratorio sugiere que es sólo cuestión de tiempo para que empiecen a proliferar conflictos en este terreno. Así, puede citarse el caso conocido en la STSJ de Baleares de 9 de septiembre 2002 (AS 2003, 467)⁸³, en el que se trata de un conductor de autobuses practicante de la religión judía, que, alegando motivos religiosos, prestaba servicios con la cabeza cubierta, alterando así las exigencias de uniformidad pactadas en el convenio colectivo de aplicación. El Tribunal asume que este tipo de conflictos requieren soluciones ajustadas a las circunstancias concretas que lo rodean, «ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos». En el caso de autos, no se aprecia que la conducta del trabajador haya causado daños a la imagen de la empresa, o cualquier otra clase de trastorno durante la ejecución del servicio; es más, se señala que durante años se había venido consintiendo sin problemas que el trabajador llevara la cabeza cubierta, «sin que haya explicado, ni siquiera mínimamente, a qué responde su reciente y brusco cambio de actitud y su actual intolerancia. Luego si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hierre, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados».

⁸³ Comentada por ROSSELL GRANADOS, J., «Improcedencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa. Comentario a la STSJ de Baleares de 9 de septiembre de 2002 (AS 2003, 2)», *Aranzadi Social* núm. 1, 2003 (westlaw BIB 2003, 467).

2.5. Período de vacaciones y suspensión del contrato de trabajo por causa de la maternidad

El artículo 38.3 ET impone la obligación de elaborar un calendario de vacaciones en cada empresa, a cuyo efecto, el artículo 38.2 ET, tras la modificación operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, indica que el período o períodos de vacaciones se fijará de común acuerdo entre empresario y trabajador teniendo en cuenta lo previsto en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. Además, el trabajador ha de conocer las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del inicio del comienzo del disfrute⁸⁴. Regla fundamental en la configuración jurídica del derecho vacacional es que una vez concertado el período de vacaciones y atribuida al trabajador una fecha para su disfrute, no es posible ni su modificación ni su interrupción. Durante años, la doctrina judicial mayoritaria venía negando, en términos generales, la posibilidad de interrumpir o posponer el disfrute de las vacaciones cuando éste coincidía con cualquier situación de incapacidad temporal o con el descanso maternal⁸⁵. Y ello porque consideraba que ni el artículo 5.4 del Convenio núm. 132 de la OIT ni el 6.2 del mismo texto internacional, al que el mutismo legal en relación a esta cuestión llamaba a aplicar, amparaban de forma clara y directa la autorización a un nuevo señalamiento de vaca-

⁸⁴ Más en extenso, A.V. SEMPÉRRE NAVARRO y P. CHARRO BAENA: *Las vacaciones laborales*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 137 y ss.

⁸⁵ Tratándose de la superposición temporal de las situaciones de baja por maternidad y vacaciones, extendían los argumentos esgrimidos para negar el derecho a disfrutar las vacaciones en un momento posterior al inicialmente asignado cuando sobrevenía una incapacidad temporal como consecuencia de enfermedad o accidente, asumiendo una obsoleta identificación entre el estado de maternidad y el de enfermedad o incapacidad para el desarrollo de las actividades derivadas del puesto de trabajo.

ciones individual⁸⁶. Básicamente eran tres los argumentos que ofrecían nuestros Tribunales para negar tal posibilidad.

a) *Doctrina del caso fortuito*. Declaraban los distintos Tribunales Superiores de Justicia, siguiendo antigua y reiterada doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, que fijado previamente el período de disfrute no es legítimo un nuevo señalamiento individual para personas determinadas que por causa de enfermedad, accidente o maternidad sobrevenida no pueden disfrutarlo en ese momento, ya que dichas circunstancias no son más que manifestaciones del caso fortuito (artículo 1105 CC), deduciéndose que todo trabajador que sufra perjuicio por tal causa, normalmente habrá de soportar él sólo las consecuencias dañosas que ese evento hubiese producido.

b) *Exorbitante obligación empresarial*. Se afirmaba, intentando reforzar la tesis del caso fortuito, que al reconocer el derecho a vacaciones se establece a cargo del empresario una obligación de medios y no de resultado, y «sin poder pretenderse que recaigan sobre el empresario los efectos negativos de la imposibilidad de disfrute de vacaciones de modo que venga obligado no sólo a reconocer un período de disfrute determinado, sino también a garantizarlo con buena salud, cuestión que rebasa el ámbito y alcance propio de las obligaciones empresariales»⁸⁷.

⁸⁶ Bien es cierto que del artículo 6.2 del Convenio núm. 132 OIT parecía extraerse la obligación de garantizar un nuevo período vacacional igual al de los días no disfrutados cuando la IT que padezca el trabajador coincida en todo o en parte con el período de vacaciones o cuando sobrevenga con posterioridad al inicio de su disfrute; sin embargo tal posibilidad queda supeditada a «las condiciones que en cada país se determinen», y hasta el momento ninguna norma interna lo había desarrollado.

⁸⁷ Véanse, SAN 22 marzo 2000 (AS 2000, 2400) y SSTSJ Murcia 9 julio 1992 (AS 1992, 3594), Andalucía/Málaga 9 septiembre 1992 (AS 1992, 4287), Cataluña 15 junio 1993 (AS 1993, 2980), Cantabria 10 febrero 1994 (AS 1994, 527), País Vasco 14 febrero

c) *Respeto al pacto colectivo*. Se consideraba inviable el traslado de las vacaciones a un momento posterior al predeterminado por acuerdo colectivo, porque la regulación colectiva de ese derecho prevalece sobre el interés individual⁸⁸.

No obstante lo anterior, se excepcionaba la aplicación de la doctrina anteriormente reseñada en el supuesto de que existiera una norma sectorial, convencional o contractual que admitiese expresamente un nuevo señalamiento⁸⁹, normalmente antes de que finalizase el año natural. Asimismo, algunos Tribunales Superiores de Justicia, en contadas ocasiones, se apartaron del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, acudiendo al principio de condición más beneficiosa adquirida, siempre y cuando la empresa viniese permitiendo el disfrute del período vacacional en fecha distinta de la del resto de la plantilla a los trabajadores que se encontrasen en situación de incapacidad temporal o de maternidad⁹⁰.

Y si el trabajador no tiene derecho a la fijación de otras fechas de vacaciones, tampoco procedía la compensación económica, pues aun admitiendo que la imposibilidad de disfrute vacacional se debía a causa ajena a la voluntad del trabajador, no era fruto de un incumplimiento empresarial que generase un deber de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por tal causa⁹¹ y, sobre todo, por ser

1995 (AS 1995, 521), Asturias 16 junio 2000 (AS 2000, 1901), entre otras.

⁸⁸ SSTS ud 30 noviembre 1995/RJ 1995, 8771) y 27 junio 1996 (AS 1996, 5389). Siguen esta doctrina, entre otras, SSTSJ Asturias 16 junio 2000 (AS 2000, 1901), y Castilla y León/Valladolid 29 noviembre 1999 (AS 1999, 4688).

⁸⁹ STSJ Cataluña 19 mayo 2000 (AS 2000, 5150).

⁹⁰ Así, la STSJ Cataluña 3 diciembre 2003 (AS 2004, 169), siguiendo el criterio que ya habían defendido las SSTSJ Galicia de 12 junio 1992 (AS 1992, 3048) y 15 abril 1993 (AS 1993, 1918), Extremadura de 23 junio 1994 (AS 1994, 2457) y Andalucía/Málaga de 22 mayo 1995 (AS 1995, 2107), entre otras.

⁹¹ STSJ País Vasco de 5 de abril de 2005 (AS 2005, 811).

contrario a la naturaleza de la institución vacacional.

La STJCE de 18 marzo 2004⁹², que procede de una cuestión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia por el Juzgado núm. 33 de los de Madrid vino a alterar sustancialmente el panorama descrito, otorgando a la coincidencia de la baja por maternidad y del disfrute vacacional un régimen peculiar. En este caso, se trataba de una trabajadora, la señora Merino, que prestaba servicios en la empresa «Continental Industrias» desde el 12 de septiembre de 1994, con la categoría de operaria. En el año 2000 había podido elegir turno de vacaciones, por lo que en aplicación de las reglas establecidas en el acuerdo colectivo de 7 de mayo de 2001, no habría podido acceder en el año 2001 al turno excepcional del mes de septiembre para disfrutar sus vacaciones. No obstante lo anterior, como la actora había disfrutado de baja maternal desde el día 5 de mayo al 24 de agosto de 2001, solicitó las vacaciones a continuación del término del permiso por maternidad, esto es, desde el día 25 de agosto al 21 de septiembre de 2001 o, subsidiariamente, desde el día 1 al 27 de septiembre del mismo año. Tras el examen de preceptos de diversas Directivas comunitarias –Directivas 93/104 (artículo 7.1)⁹³, 92/85 (artículo 11.2.a)⁹⁴ y

76/207 (artículo 5.1)⁹⁵– el Tribunal de Luxemburgo manifestó con claridad que aquellas normas imponen el respeto del disfrute íntegro del permiso de maternidad cuando coincide temporalmente con el período de vacaciones anuales de toda la plantilla, sobre la base de las siguientes consideraciones: 1) El derecho a vacaciones es un principio de Derecho social comunitario de especial importancia, respecto del que no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de los Estados miembros puede efectuarse respetando los límites establecidos por la Directiva 93/104; 2) La finalidad de las vacaciones es distinta a la perseguida con el reconocimiento del descanso maternal; 3) El solapamiento de ambas situaciones –período vacacional y permiso por maternidad– desconoce la garantía del mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo para las trabajadoras que se encuentran en las situaciones de embarazo, parto, puerperio y lactancia. Ante el razonamiento utilizado con mayor frecuencia por nuestros Tribunales, en el sentido de que cuando la fecha de las vacaciones hubiese sido fijada por convenio o acuerdo colectivo es imposible modificar esta norma por la autonomía individual, la STJCE de 18 marzo 2004 lo plantea como un problema de derecho sustantivo y no formal de fuentes.

⁹² TJCE 2004, 69. Un comentario a dicha sentencia puede consultarse en MARTÍNEZ MORENO, C.: «Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular, sobre la coincidencia del mismo con el permiso de maternidad», *Aranzadi Social* núm. 3, 2004.

⁹³ El artículo 7.1 de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales».

⁹⁴ El artículo 11.2 a) de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 octubre 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que

haya dado a luz o en período de lactancia, señala que «En el caso citado en el artículo 8 –permiso de maternidad–, deberán garantizarse: a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2 –trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia–, distintos de los indicados en la siguiente letra b) –remuneración y/o beneficio de una prestación adecuada»–.

⁹⁵ El artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, dispone que la «aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo (...) implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo».

Casi de modo inmediato esta doctrina fue asumida por nuestros jueces, y así, la SJS núm. 5 de Zaragoza, de 24 de noviembre de 2004⁹⁶ declaró el derecho de la trabajadora a disfrutar las vacaciones devengadas y no disfrutadas por encontrarse en situación de baja maternal en la fecha inicialmente asignada para el descanso semanal, incluso –y este dato sobre el que luego se volverá es importante– en el año natural posterior al que corresponde. Acoge también el criterio del Tribunal comunitario la STS, unificación de doctrina, de 10 noviembre 2005⁹⁷, aunque incluye enigmáticas equiparaciones entre maternidad e IT⁹⁸ que provocaron que, desde ciertas instancias, se defendiera que la misma solución debería alcanzarse en los supuestos de superposición de vacaciones y suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal. La cuestión quedó aclarada en las SSTs de 11 julio 2006⁹⁹ y 21 marzo 2006¹⁰⁰, declarando la primera de ellas que la doctrina del TJCE no puede extenderse al supuesto en el que el permiso de vacaciones se superpone una situación de IT que impide su disfrute en tiempo previamente establecido en la empresa.

Cuestión distinta es que la enfermedad, o mejor dicho, la IT, estuviera causada por el embarazo; en este caso, la respuesta hubiese sido distinta, como apuntaba el TJCE en la Sentencia de 30 de junio de 1998¹⁰¹ respecto a un despido basado en las ausencias debidas a dicha circunstancia.

Que la normativa española se modificase era cuestión de tiempo. Así, recientemente y

con ocasión de la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI), se ha introducido un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 38 ET. Para el legislador nacional la incompatibilidad de las vacaciones con períodos de suspensión del contrato de trabajo se aplica no sólo con el período de suspensión por maternidad sino también de suspensión por incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, como era previsible.

Se trata de una norma de tutela antidiscriminatoria, y, en consecuencia, contempla aquellas situaciones que afectan en exclusiva a la mujer¹⁰², esto es, la incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural (ha de incluirse también el aborto) y el permiso por maternidad en los términos regulados en el artículo 48.4 ET, lo que puede llevar a que el padre se beneficie de la nueva regla cuando sea titular del permiso de maternidad (por fallecimiento o por cesión de la madre en el supuesto de progenitor de hijo de madre sin derecho a suspensión de su actividad con derecho a prestaciones en atención a su estatuto profesional, o en el supuesto de adopción o acogimiento)¹⁰³. Obviamente, habrá de concluirse que el derecho al disfrute posterior de las vacaciones procederá tan sólo cuando el permiso maternal se disfrute en régimen de jornada completa.

¹⁰² P. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS y A. GARRIGUES GIMÉNEZ, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Igualdad*. (Dir. J.I. GARCÍA NINET; Coord. A. GARRIGUES GIMÉNEZ). CISS, Valencia, 2007, pág. 659, consideran que ha de entenderse el término maternidad en su dimensión más fisiológica.

¹⁰³ AA.VV.: *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 113; A. DE LA PUEBLA PINILLA: «Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres», en AA.VV.: *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. (Coord. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA). Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 169.

⁹⁶ AS 2004, 3874. Véase, asimismo, STSJ Madrid de 29 septiembre 2005 (AS 2005, 2783).

⁹⁷ Rec. núm. 4291/2004.

⁹⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Superposición de baja por IT y vacaciones: diferencia con la maternidad. Comentario a la STS de 11 de julio de 2006». Repertorio de Jurisprudencia núm. 18, 2006, www.westlaw.es, BIB 2006, 1270, pág. 8.

⁹⁹ RJ 2006, 6311.

¹⁰⁰ RJ 2006, 2312.

¹⁰¹ TJCE 1998, 159.

Por el mismo motivo, el precepto no comprende el permiso de paternidad regulado en el artículo 48 *bis* ET¹⁰⁴. Existe, además, una justificación práctica evidente para esta omisión, y es que la libertad de que el padre goza para determinar el momento de disfrute de este permiso¹⁰⁵ evita la simultaneidad de su disfrute con el período vacacional.

Entre los presupuestos de aplicación del precepto se excluye la suspensión por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, lo que tiene su razón de ser en que durante ese tiempo la trabajadora no tiene la necesidad de reposo y recuperación que concurre en la maternidad o incapacidad temporal vinculada con ella, lo que le permite la finalidad originaria del derecho a las vacaciones, esto es, posibilitar el período de ocio y descanso que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso¹⁰⁶.

Por otra parte, al referirse a la *coincidencia* del período de vacaciones fijado en el calendario con el tiempo suspensivo por razón de la maternidad, el término empleado permite que queden incluidos tanto el supuesto en el que al inicio de las vacaciones la trabajadora se encuentre en esta situación, como en el que, comenzado el descanso anual, concurra la otra causa suspensiva.

¹⁰⁴ Sí se incluye, por el contrario, entre las medidas de igualdad en el empleo para la Administración General del Estado para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, al disponer el artículo 59 LOI que «Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad».

¹⁰⁵ Durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

¹⁰⁶ A. DE LA PUEBLA PINILLA: «Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Relaciones Laborales* núm. 8, 2007, pág. 81.

En fin, la superposición de ambas situaciones provoca el reconocimiento al disfrute posterior *al finalizar el período de suspensión*, lo que en puridad no exige que sea sin solución de continuidad. Por otra parte, dispone el nuevo párrafo 2 del artículo 38.2 ET que se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta «aunque haya terminado el año natural a que correspondan»¹⁰⁷. Con esta previsión se excepciona una de las garantías encaminadas a preservar el cumplimiento de los fines perseguidos por el descanso anual, la caducidad anual de las vacaciones, defendida de manera pertinaz por nuestros tribunales¹⁰⁸ y que deriva del carácter anual de las vacaciones entendido en un doble sentido, como módulo necesario para el cálculo del período vacacional y como referencia temporal del ejercicio del derecho. La anualidad, por otra parte, se anuda al año natural¹⁰⁹, esto es, el lapso de tiempo comprendido desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre¹¹⁰. Ya se defendió en otro momento¹¹¹ que este tradicional enfoque resultaba excesivamente rígido, pues pueden existir supuestos excepcionales en los que sea legítimo defender el aplazamiento del disfrute de la vacación y su

¹⁰⁷ Ha de llamarse la atención sobre el dato de que algún convenio colectivo publicado con posterioridad a la entrada en vigor de la LOI, por ejemplo el Convenio Colectivo de Crosseling, S.A. (BOE 28 de mayo de 2007) limita el disfrute posterior de las vacaciones por coincidencia con el permiso de maternidad al 31 de diciembre del año de que se trate.

¹⁰⁸ La STSJ País Vasco de 23 febrero 1998 (AS 1998, 5408) llama la atención acerca de que la doctrina que considera que el derecho a disfrutar vacaciones perece con el año se ha mantenido sin vacilaciones en más de veinte años de «repertorios».

¹⁰⁹ Se afirma que «va caducando irremisiblemente cada año el derecho a las (vacaciones) que no se hayan disfrutado dentro del año natural», así, entre otras muchas, STSJ Cataluña 26 septiembre 2001 (JUR 2001, 318200); en parecidos términos, Andalucía/Granada 4 octubre 2000 (JUR 2001, 42305) y Cantabria 27 septiembre 2001 (AS 2001, 4067).

¹¹⁰ STS ud de 17 septiembre 2002 (RJ 2002, 10551).

¹¹¹ A.V. SEMPERE NAVARRO, y P. CHARRO BAENA: *Las vacaciones laborales*, cit., págs. 167 y ss.

eventual acumulación a la anualidad siguiente como una de las vías, junto a la compensación económica, para solucionar la imposibilidad de ejercicio de vacaciones (por enfermedad o maternidad, por ejemplo) o de incumplimiento por parte del empresario¹¹². Además, tal interpretación judicial no tiene apoyo legal claro; el artículo 38 ET no lo impone expresamente y el Convenio núm. 132 OIT, ratificado por el Estado español, contiene en su artículo 9 una reglamentación que permite, aunque con limitaciones, la transferencia de días de vacaciones a la anualidad sucesiva. Así ha sido autorizado por el Tribunal europeo en la STJCE de 6 abril 2006 (FNV-Staat der Nederlanden), asunto C-124/05¹¹³, quien en el entendimiento de que —aunque el efecto positivo que las vacaciones tienen para la seguridad y salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año en curso—, dicho efecto positivo no se pierde si el descanso efectivo se lleva a cabo en un período posterior.

Con acierto, ya el Tribunal Constitucional en su sentencia 324/2006, de 20 de noviembre¹¹⁴, en un supuesto en que una trabajadora no había podido disfrutar sus vacaciones por causa de sucesivas suspensiones del contrato motivadas por su maternidad, declara

¹¹² La STSJ Canarias/Las Palmas de 19 abril 2002 (AS 2002, 3623) afirma que «aunque el derecho a vacaciones debe ser ejercido dentro del año natural, cuando el empresario no permite el disfrute pese a la reclamación del trabajador, éste se hace acreedor a la correspondiente compensación en descanso, incluso cuando el año natural ha concluido».

¹¹³ A.V. SEMPERE NAVARRO, y P. CHARRO BAENA: «El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó, pero no compensable económicamente. Comentario a la STJCE de 6 abril 2006 (FNV-Staat der Nederlanden), asunto C-124/05». *Aranzadi Social* 4/2006, , BIB. 2006, 699.

¹¹⁴ RTC 2006, 324. Un comentario sobre la misma, en R. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA: «Maternidad y derecho al disfrute de vacaciones anuales. Doctrina Constitucional. Sentencia comentada: STC 324/2006, de 20 de noviembre». *Aranzadi Social* núm. 22/2006, , BIB 2006, 2832.

el derecho a disfrutarlas durante el año siguiente a su devengo. Parte de que las vacaciones anuales retribuidas se configuran como un derecho sometido a plazos de ejercicio y caducidad, de modo tal que, en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debidas a una incapacidad laboral, no puede disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas, pero si esta restricción de derechos puede resultar legítima si trae origen en causas de fuerza mayor, resulta vetada si se anuda a una causa tan íntimamente unida con el sexo como es la maternidad.

2.6. La conciliación de la vida familiar y laboral como instrumento de la igualdad por razón de sexo

En el ordenamiento jurídico laboral se contemplan numerosas figuras cuyo cometido, más o menos directo, es facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Es esta una materia estrechamente relacionada con la igualdad y no discriminación por razón de género, ya que, de lo que se trata, en definitiva, es del reparto de tareas familiares entre hombres y mujeres y de la incidencia que el mismo ha de tener en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo¹¹⁵.

¹¹⁵ El día, todavía lejano, en que ese reparto sea realmente equitativo entre ambos géneros, los derechos de conciliación de vida familiar y laboral dejarán de estar vinculados a la no discriminación por razón de sexo y comenzarán a estarlo a la no discriminación por razón de condiciones personales y sociales. En este sentido, ya hay quienes creen que toda discriminación relacionada con la situación familiar del trabajador se ampara también en esa cláusula del art. 14 CE, más amplia que la específica relativa al género. Véanse: RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1997, pág. 27; ALONSO BRAVO, M., «La organización del trabajo en la empresa y el principio de no discriminación», AA.VV. *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Son muchos los casos conocidos por los Tribunales en los que se alega una discriminación por razón de sexo fundada en la imposibilidad de ejercitar derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. En esta materia, ha dado un paso significativo la STC 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3), en la que se conoce del caso de una cajera-dependienta de hipermercado que solicita reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años. El conflicto se suscita porque la trabajadora prestaba servicios en régimen de turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado, de 10.00 a 16.00 horas y de 16.00 a 22.15 horas, y pretende pasar a prestar servicios de lunes a miércoles en horario de 16.00 a 21.15 horas, a lo que la empresa se niega. La trabajadora demanda bajo la modalidad procesal de concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal, y el juzgado que aborda el asunto desestima su pretensión, razonando que «la jornada reducida solicitada debe estar comprendida dentro de los límites de la jornada ordinaria realizada, mientras que en la solicitud presentada se excluyen, por una parte, varios de los días laborables de trabajo (desde el jueves al sábado) y de otra se suprime por completo el turno de mañana, de manera que lo que se plantea no es meramente una reducción de la jornada sino una modificación de la misma». Contra esta resolución, la trabajadora demanda el amparo del Tribunal Constitucional, por discriminación indirecta motivada en el sexo (dado que la reducción de jornada por razones familiares es una figura mayoritariamente utilizada por mujeres).

El Tribunal reconoce que no le compete «la determinación de qué interpretación haya de darse a la expresión «dentro de su jornada ordinaria» utilizada en el primer párrafo del apartado 6 del art. 37 ET para definir los límites dentro de los cuales debe operar la

concreción horaria de la reducción de jornada a aplicar». Sin embargo, sí asume la competencia para valorar si se ha respetado o no el contenido del art. 14 CE, y, tras reiterar doctrina consolidada sobre el principio de igualdad, el de no discriminación, y el concepto y alcance de la discriminación indirecta por razón de sexo, da la clave para la solución del caso en el cuarto párrafo de su fundamento jurídico sexto: «La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 ET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego». La interpretación del art. 37.6 ET ha de efectuarse teniendo en consideración la finalidad que en dicho precepto se pretende, que es facilitar la participación de los trabajadores en la vida familiar sin que ello tenga repercusiones negativas en el ámbito laboral. Por tanto, en caso de colisión de intereses entre trabajador y empresario, tiene preeminencia la posición más idónea para la atención del menor, dentro de los límites de la buena fe y sin que ello conlleve un perjuicio extremo para la empresa¹¹⁶. En definitiva, el margen interpretativo

Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 82.

¹¹⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R., CRISTÓBAL RONCERO, R., GARCÍA PIÑEIRO, N., «La conciliación de la vida familiar y laboral: cuestiones polémicas en la reciente doctrina jurisprudencial», BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Nueva Socie-*

que deja el art. 37.6 ET ha de ser resuelto por el órgano judicial atendiendo a las circunstancias concurrentes, y a «la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma».

El Tribunal Constitucional viene así a afirmar que, en este caso, lo discriminatorio por razón de sexo no es, necesariamente, el haberle denegado a la trabajadora la reducción en los términos solicitados, sino haberlo hecho sin ponderar la situación de la empleada y de la empresa en el caso concreto. «Reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la Ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego (...). Los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde»¹¹⁷.

dad y Derecho del Trabajo, La Ley, 2004, págs. 592 y sigs. Véanse SSTSJ Cataluña de 8 de marzo 1999 (AS 1999, 1721) y de 26 de octubre 2000 (AS 2000, 4544).

¹¹⁷ En cierta medida, se encuentra un razonamiento parecido en STC 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182). Alegada por la trabajadora una paralización en su derecho a la promoción profesional, debida a su triple

2.7. La edad como criterio modulador de la cuantía salarial no es discriminatorio

La edad no es una de las circunstancias enumeradas en el repetido art. 14 CE. Sin embargo, es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de que el referido precepto no encierra una lista cerrada¹¹⁸, sino que tan sólo contiene una explícita interdicción hacia determinadas condiciones que, por muy arraigadas históricamente, han situado a lo largo de los años a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE¹¹⁹.

La ausencia de mención expresa en el precepto constitucional no obsta a que en determinadas ocasiones la atención a la circunstancia de la edad del trabajador pueda provocar una quiebra al principio de igualdad y no discriminación. La edad se incluye en la cláusula general con la que finaliza el art. 14 CE, esto es, queda amparada por la referencia a una *circunstancia personal*, y como tal, no puede ser razón para discriminación alguna¹²⁰.

Algo similar sucede en la normativa internacional, que utiliza fórmulas genéricas de no discriminación por circunstancias personales; ni el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 diciembre de 1948, ni el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

maternidad, el TC aclara que no puede mantenerse la ausencia de discriminación «por el hecho de que el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral».

¹¹⁸ Entre otras, SSTC 75/1983, de 3 agosto (RTC 1983, 75) y 200/2001, de 4 octubre (RTC 2001, 200).

¹¹⁹ SSTC 128/1987, de 16 (RTC 1987, 128), 166/1988, de 26 septiembre (RTC 1988, 166) y 145/1991, de 1 julio).

¹²⁰ SSTC 75/1983, de 3 agosto (RTC 1983, 75), 31/1984, de 7 marzo (RTC 1984, 31), 69/1991, de 31 mayo (RTC 1993, 69), 184/1993, de 31 mayo (RTC 1993, 184) y 37/2004, de 11 marzo (RTC 2004, 37).

de 16 de diciembre de 1966, ni el art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 aluden específicamente a la edad como circunstancia impositiva de un trato desigual. Tan sólo en la Recomendación de la OIT núm. 162 (1980)¹²¹, sobre los trabajadores de edad, se alude de modo expreso a la «discriminación por razón de edad» (recomendación núm. 5). También esa fórmula genérica –*circunstancias personales*– tuvo una respuesta positiva y específica en la redacción primigenia del ET, en sus arts. 4.2.c) y 17.1 ET, seguramente influenciada por la coetánea Recomendación de la OIT¹²².

A estas alturas del estudio, no es necesario insistir en que el Tribunal Constitucional viene admitiendo que alguno de los motivos recogidos en el art. 14 CE pueda, no obstante, ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica¹²³, pero si así ocurre, el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, es mucho más estricto. En la normativa comunitaria, el art. 6 de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, rotulado *Justificación de diferencias de trato por motivos de edad* considera que no existe discriminación por razón de edad cuando el distinto trato esté justificado objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, como pudiera ser la política de empleo, el mercado de trabajo y la formación profesional.

¹²¹ En cambio, el Convenio de la OIT núm. 111 (1958), utiliza la fórmula genérica de las circunstancias personales.

¹²² Así lo sugiere P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La edad máxima como límite de acceso a la función pública. Comentario a la STC 37/2004», *Aranzadi Social* núm. 13, 2005, westlaw.es, BIB 2005, 2009, citando a J. APARICIO TOVAR, «Discriminación por razón de edad», en AA.VV. *Derechos fundamentales y contrato de trabajo* (F. Lousada Arochena y M. Movilla García, Coords.).

¹²³ STC 69/1991, de 31 mayo (RTC 1993, 69).

Eso es precisamente de lo que se ocupó, y en relación a la edad, hace ya tiempo, la STC 31/1984, de 7 marzo (RTC 1984, 31). Más concretamente, se trataba de valorar si era constitucionalmente admisible que la edad jugase como criterio diferenciador en la fijación de la cuantía del salario mínimo interprofesional (en adelante SMI) o si, por el contrario, tal consideración constituía un factor de discriminación proscrita desde los postulados constitucionales.

El art. 27 ET encomienda al Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, la determinación anual del SMI, atendiendo ciertos parámetros. Hasta 1990, los correspondientes Decretos anuales fijaban hasta tres cuantías diferentes de SMI, una para los trabajadores de dieciséis años, otra para los de diecisiete, y otra para los mayores de dieciocho.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en la Sentencia referenciada resuelve un recurso de amparo promovido por la UGT por entender que el establecimiento de unos salarios para los trabajadores diferenciados por la edad vulneraba la CE.

Parte el Tribunal de que aunque el principio de igualdad de remuneraciones, comúnmente expresado mediante la fórmula de «a igual trabajo, salario igual» sólo esté explícito en el art. 35.1 CE, ello no debe llevar al equívoco de entender que en este ámbito particular de las relaciones laborales el art. 14 CE sufra «una tan rotunda reducción». Finaliza, sin embargo, apreciando la existencia de una estrecha relación entre el factor edad y ciertas modulaciones del régimen jurídico del contrato de trabajo legal o convencionalmente establecidas que justifican la determinación del SMI con correcciones por razón de la edad y la diversidad de escalas. Para alcanzar la anterior conclusión, el Tribunal valora positivamente las alegaciones formuladas por el Gobierno en respuesta a las sucesivas argumentaciones vertidas por la organiza-

ción sindical en el recurso de amparo presentado y que giraban en torno a las siguientes ideas básicas:

1. *Responsabilidades familiares:* Alega la UGT en el recurso presentado que el SMI tiene por finalidad procurar que el trabajador atienda a sus necesidades y las de su familia, y las responsabilidades familiares de los mayores y menores de dieciocho años no tienen por qué ser distintas. A ello responde el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, que la atención de las necesidades familiares no se alcanza sólo a través de una política de salarios mínimos, sino también mediante medidas de Seguridad Social o tributarias.

2. *Formación, titulación o rendimiento:* Las circunstancias anteriores podrían ser determinantes a la hora de fijar la cuantía del salario de convenio o contrato, afirma la organización sindical demandante, pero no la del SMI, que atiende tan sólo al desempeño de la jornada normal. Se objeta, partiendo de que el salario mínimo retribuye el esfuerzo y el rendimiento mínimo legal, que la minoría de edad origina una serie de especialidades, entre ellas, la menor capacidad física que conlleva una menor exigibilidad de rendimiento en el trabajo.

3. *Política de Empleo:* Entiende el Gobierno que un salario inferior para los jóvenes de dieciséis y diecisiete años se justifica como medida de política de empleo útil para posibilitarles el acceso a un primer trabajo, mientras que la opción por un salario único, independientemente de la edad, determinaría la opción empresarial a favor de un trabajador de más edad.

La respuesta del Tribunal Constitucional no convenció a muchos¹²⁴, y a partir de 1990 (Real Decreto 170/1990, de 9 febrero), sin mayores explicaciones, tan sólo se establecen

dos cuantías (distinguiendo entre trabajadores menores y mayores de dieciocho años). Desde que el Real Decreto 2015/1997, de 26 diciembre, fijara la cuantía para 1997, ésta es única, culminando así «el proceso iniciado en el año 1996 de progresivo acercamiento de los salarios mínimos de los menores de dieciocho años a los de los mayores de dicha edad», como confiesa su propia Exposición de Motivos.

2.8. Discriminación por razón de sexo y extinción del contrato de trabajo: el despido de trabajadora embarazada

El despido de trabajadoras embarazadas ha dado lugar a un interesante y rico recorrido judicial y jurisprudencial, en el que se han venido observando con total claridad dos posiciones interpretativas absolutamente opuestas, y a un Tribunal Supremo, inicialmente temeroso de dirimir las dudas, pero que por fin acabó fijando doctrina en un polémico pronunciamiento.

La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿es nulo el despido de una trabajadora embarazada, aunque el empresario desconociera su estado de gravidez en el momento de adoptar la decisión extintiva? Este interrogante forma parte de un debate bastante más amplio, que pivota en torno al carácter discriminatorio del despido que tiene su causa en el embarazo de la trabajadora, y a un eventual blindaje de esta última más allá incluso de las motivaciones empresariales.

Lamentablemente, y con independencia de las medidas que se adoptan por los poderes públicos para fomentar el reparto de cargas familiares y su conciliación con las laborales, las mujeres siguen siendo en gran medida las protagonistas en la asunción de responsabilidades vinculadas a la familia; y a ello se suma el embarazo, como situación exclusivamente femenina y en la que no cabe reparto alguno. Todo este panorama determina que algunas

¹²⁴ A.V. SEMPERE NAVARRO: «El SMI para 2003». *Aranzadi Social* núm. 1, 2003, westlaw BIB 2003, 464.

empresas puedan sentirse más proclives a extinguir un contrato de trabajo al conocer la inminente maternidad de una de sus empleadas¹²⁵.

Buena parte de las herramientas para luchar contra estas deplorables prácticas

¹²⁵ Es un hecho que el reparto equilibrado de cargas familiares entre hombres y mujeres es una batalla que está aún por ganar. Mientras subsista esta situación, conviene adoptar las máximas cautelas a la hora de poner en marcha medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, evitando aquellas que pudieran suponer, a medio plazo, la consolidación del mencionado desequilibrio. En este sentido, debe extremarse la precaución respecto de las denominadas medidas de acción positiva, consideradas respetuosas con el art. 14 CE por el Tribunal Constitucional [STC 128/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 128)], pero que podrían llegar a causar, en algunos casos, el efecto perverso de expulsar a los hombres de ciertas tareas familiares, e incrementar las dificultades femeninas para el acceso y la permanencia en el mercado de trabajo. Así, puede consultarse la STC 109/1993, de 25 de marzo (RTC 1993, 109), que niega carácter discriminatorio a la redacción previamente vigente del art. 37.4 ET, en virtud del cual se atribuía sólo a la madre el derecho de reducción de jornada por lactancia de menor nueve meses, pero, al mismo tiempo, reconoce que el cambio de redacción del precepto, extendiendo el derecho al padre si ambos progenitores trabajan, responde a la intención de evitar «la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares». Un comentario a esta doctrina puede verse en MONTAÑA MELGAR, A., «Discriminación del varón o acción positiva en favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado. Sobre la constitucionalidad del originario art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores», ALONSO OLEA, M. (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI (1993), Civitas, 1994. Sobre la ausencia de discriminación en la atribución de una ayuda económica por guardería sólo a las trabajadoras y a los viudos, véase STS de 15 de abril 1997 (RJ 1997, 3200), y consúltese una reflexión sobre esta doctrina en HIERRO HIERRO, F.J., «La doctrina reciente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en materia de no discriminación: acerca del abono del importe de la ayuda por guardería al personal sanitario no facultativo de instituciones sanitarias de la Seguridad Social», AA.VV. *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

están a nuestra disposición desde hace mucho tiempo, enmarcadas en unas normas internacionales y comunitarias preocupadas por este tema: ya en la Convención de la OIT sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)¹²⁶ se impuso a los Estados la obligación de adoptar medidas para prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad¹²⁷. En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, estableció la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de sexo, incluidas las discriminaciones por embarazo¹²⁸. A partir de esta norma comunitaria muchas otras mantuvieron el mismo principio de protección de la trabajadora embarazada.

La discriminación por razón de sexo se prohíbe expresamente en el art. 14 CE, y el art. 4.2.c) ET establece de modo específico para el ámbito laboral que los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados en el acceso al empleo ni una vez empleados, entre otros motivos, por razón de sexo. Por otro lado, un despido cuya causa sea la gravedad de una trabajadora es claramente discriminatorio, y como tal le corresponde la calificación de nulidad. Así se desprende de lo señalado en los arts. 53.4, párrafo primero, y 55.5, párrafo primero ET, que contemplan la calificación de nulidad de las decisiones extintivas que tengan por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley. Además, indican estos preceptos que «será también nula la decisión extintiva (...) de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo (...) salvo que (...) se declare la procedencia de la

¹²⁶ Nueva York, 18 de diciembre de 1979.

¹²⁷ Art. 11.2.a).

¹²⁸ Arts. 1, 2 y 5.

decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo (...)»¹²⁹. Esta última previsión fue incorporada a los artículos citados por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en transposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, cuyo art. 10 conminaba a los Estados a prohibir el despido de la trabajadora embarazada (que es quien comunica su gravidez al empresario), salvo que la decisión extintiva no tuviera nada que ver con su estado de embarazo.

El legislador nacional traspuso la disposición comunitaria sin hacer alusión en momento alguno a la necesidad de comunicar la situación de embarazo al empresario, de modo que la protección no sería sólo para las trabajadoras que hubieran comunicado su estado a la empresa, sino para todas las que se encuentren encinta con independencia de dicha comunicación. En otras palabras, parece que no resulta necesaria la comunicación del embarazo para que opere de todas formas la protección por despido que conduce a su nulidad salvo que se declare procedente.

Ahora bien, a partir de aquí las interpretaciones se dividieron, pudiendo citarse pronunciamientos judiciales divergentes¹³⁰. Unos consideraban que, para que operara la

protección especial, no era necesaria la comunicación del embarazo al empresario, pero sí que éste lo conociera, «porque no puede imputarse al empresario una nulidad (u otras responsabilidades) motivada por el incumplimiento de una prohibición (o de unos deberes) que no tenía por qué observar»¹³¹. De este modo, se presumía la intencionalidad discriminatoria siempre que el empresario despidiera sabiendo que la trabajadora estaba embarazada¹³². Otros pronunciamientos, por el contrario, se acogían a la letra de los preceptos citados para quitar toda relevancia a si la empresa conocía o no la situación de embarazo. Operaría, entonces, la nulidad objetiva de la decisión extintiva, siempre que existiera coincidencia temporal entre despido y embarazo¹³³. El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema, pero prefirió esquivar la cuestión principal¹³⁴. Nos dejó claro que el conocimiento del embarazo por el superior jerárquico equivalía al conocimiento «del empresario», pero evitó fijar doctrina sobre si la nulidad habría operado en

¹³¹ Por todas, véase STSJ Madrid de 28 enero 2003 (AS 2003, 1515).

¹³² Recuérdese que hasta la reforma operada por la Ley 39/1999, el conocimiento del embarazo por la empresa había venido siendo considerado por los Tribunales como indicio suficiente de discriminación, provocando la inversión de la carga de la prueba [STC 41/2002, de 25 febrero (RTC 2002, 41), comentada por RIVAS VALLEJO, P., «Conocimiento por la empresa del embarazo de la trabajadora como presupuesto del móvil discriminatorio en caso de despido», ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XX (2002), Civitas, 2003; STSJ Cantabria, de 8 marzo 1999 (AS 1999, 5337); STSJ Cataluña de 6 octubre 1999 (AS 1999, 4204)]. Pues bien, de lo que se trata es de convertir ese mero indicio en un dato determinante para que, si la empresa no ha cumplido la totalidad de requisitos materiales y formales que exige el despido, este último sea declarado nulo.

¹³³ Entre otras, véanse SSTSJ Cataluña de 18 junio 2001 (AS 2001, 3220); de 21 junio 2001 (AS 2001, 3511); de 29 junio 2001 (AS 2001, 3238); STSJ Galicia de 28 septiembre 2001 (AS 2001, 3000).

¹³⁴ STS de 26 febrero 2004 (RJ 2004, 1013).

¹²⁹ «La protección frente a la extinción del contrato de trabajo por razón de embarazo tiene, así pues, fundamento constitucional, reflejo en las normas legales y sustento, ex art. 10.2 CE, en las fuentes interpretativas del art. 14 CE» [STC 17/2003, de 30 de enero 2003 (RTC 2003, 17)].

¹³⁰ Un análisis detenido de las diversas posiciones judiciales a este respecto puede verse en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, «Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego», C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Dir.: *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Aranzadi, 2006, págs. 247 y ss.

cualquier caso, aun desconociendo la empresa el embarazo de su empleada.

De todos modos, en esta misma sentencia hay un dato que suele pasarse por alto en los análisis de la misma y que resulta clave a estos efectos. El Tribunal Supremo sugiere que la finalidad de la norma es poner a la mujer «a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo». De esta frase puede extraerse una conclusión importantísima: la motivación no carece de relevancia. Y si la motivación debe tenerse en cuenta, habría que descartar la nulidad objetiva.

No obstante lo anterior, la doctrina judicial dictada con posterioridad a este pronunciamiento, optó mayoritariamente por la tesis de la nulidad objetiva¹³⁵, lo que es lógico teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo no se había decantado claramente por la exigencia del conocimiento por parte de la empresa, sino que apenas lo había dejado entrever, en los términos expuestos. Pero lo que sí resulta extraño es que la opción por la tesis de la nulidad se sostuviera, por algunos de estos mismos pronunciamientos, en la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia citada, ya que en ningún momento ésta contiene nada parecido a un fundamento a favor de la nulidad objetiva.

No sorprende que, con este panorama, la cuestión llegara nuevamente al Tribunal Supremo, y en esta ocasión sí fijó su criterio en STS de 19 de julio de 2006 (RJ 2006, 6653), con voto particular de siete magistrados¹³⁶.

¹³⁵ Por ejemplo, véanse STSJ Cataluña de 20 abril 2004 (JUR 2004, 195104); STSJ Burgos, Castilla y León, de 10 marzo 2004 (AS 2004, 2033); STSJ Madrid de 29 junio 2004 (AS 2004, 2402); STSJ País Vasco de 21 septiembre 2004 (AS 2004, 3536). Por el contrario, en la STSJ Galicia de 4 febrero 2005 (AS 2005, 649) se apunta expresamente que la empresa conocía el embarazo, con lo que parece inclinarse hacia el criterio de la presunción de discriminación.

¹³⁶ Los mismos razonamientos, tanto de los fundamentos jurídicos que sustentan el fallo, como del voto

La trabajadora, que prestaba servicios como gerocultora en una residencia, recibió notificación de despido arguyendo motivos disciplinarios. En la misma carta la empresa reconoció la improcedencia del despido. Dos días más tarde, la empleada supo que estaba embarazada. La impugnación del despido dio lugar a su declaración de nulidad en la instancia, confirmada en suplicación. La empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, aportando como sentencia de contraste una en la que se mantiene la improcedencia del despido en similares circunstancias, por falta de conocimiento del empresario del hecho del embarazo.

El Tribunal Supremo realiza una lectura del art. 55.5.b) ET en clave finalista; no se trata sólo de lo que la norma dice literalmente, sino de lo que quiere decir. A tal fin, se vale de la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que alude al inciso añadido como aquél que contempla la nulidad de «la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo». La clave estaría en la motivación, que desdibuja la idea de nulidad objetiva.

Por otro lado, se acude al argumento sustentado en el principio de seguridad jurídica, que ya había sido esbozado por algunos tribunales superiores. Se explica que «la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada». Aunque el Tribunal Supremo no se alarga en este punto, conviene que aquí sí se haga un poco más. Téngase en cuenta que, según la tesis de la nulidad objetiva, de una situación

particular, se encuentran en STS UD de 19 de julio 2006 (RJ 2006, 8040).

que no tiene por qué conocer el empresario se desprenden consecuencias que le afectan directamente (lo que en otro despido –disciplinario– sería un simple error formal generador de improcedencia, aquí se convierte en causa de nulidad; lo que en otro despido supondría su opción entre readmisión o extinción, aquí se reconduce necesariamente a la readmisión), y lo amenazante para las empresas no son estas consecuencias, que en realidad no son ni mejores ni peores que otras análogas que prevé la Ley, sino que operen a sus espaldas. En el momento de tomar la decisión de despedir, *no sabe cuáles son las exactas consecuencias jurídicas de sus propios actos*. En definitiva, es un cambio de las reglas del juego que no se avisa.

Finalmente, el Tribunal Supremo incorpora otro criterio interpretativo más, basado en el Derecho Comunitario. Cuando la ya citada Directiva 92/85/CEE manda a los Estados que prohíban el despido de las trabajadoras embarazadas (art. 10), persigue el propósito de evitar que se atente contra la «igualdad de trato entre hombres y mujeres» (Exposición de Motivos), elevando así el móvil discriminatorio a la condición de «ingrediente necesario de la norma comunitaria de prohibición del despido de la mujer embarazada». Además, su art. 2 indica que «se entenderá por trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su Estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». Si la trabajadora no comunica su estado no queda protegida¹³⁷.

Aunque este último argumento resulta algo endeble teniendo en cuenta que el legislador nacional siempre puede mejorar los

mínimos de protección establecidos en la norma comunitaria, la confluencia de los tres criterios apuntados forma un entramado lo suficientemente firme como para mantener, como hace el Tribunal Supremo, que el despido nulo de la trabajadora embarazada se configura como un supuesto especial de despido discriminatorio, dentro del art. 55.5 ET, dedicado por entero a la nulidad por lesión de derechos fundamentales. Así, «el párrafo inicial contiene la regla general en la materia, mientras que los párrafos incluidos en las letras a) y b) especifican o modalizan la regla general en supuestos de despidos discriminatorios en los que se establece un régimen de prueba de la discriminación particularmente favorable a la trabajadora». En concreto, se presume *iuris et de iure* el móvil discriminatorio siempre que exista coincidencia temporal entre despido y embarazo, si este último fuera conocido por el empresario¹³⁸.

Siguiendo esta reflexión, diríamos que la presunción de discriminación *iuris et de iure* tiene una excepción: que se reúnan las condiciones materiales y formales para que el despido sea declarado procedente. Piénsese, por ejemplo, en un despido disciplinario con defectos de forma, que aunque la empresa acredite que los motivos del despido no tienen absolutamente nada que ver con la situación de embarazo de la trabajadora, al no caber la improcedencia sería igualmente nulo. En tal caso, las pruebas en contrario de discriminación no conseguirían quebrar la presunción. Sólo cuando el despido se ha llevado a cabo de un modo impecable tanto en cuanto a la forma como al fondo, se evita la nulidad.

¹³⁷ El vínculo entre comunicación del embarazo y activación de la garantía no es exclusivo de la norma comunitaria, sino que la Recomendación núm. 95 OIT, de 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad, sitúa igualmente el momento inicial de la tutela de la trabajadora embarazada frente al despido en la notificación de su estado mediante certificado médico prestado al empresario (art. 4.1).

¹³⁸ Antes de la reforma operada por la Ley 39/1999 sobre los arts. 53.4 y 55.5 ET, el Tribunal Constitucional mantenía que «el mero dato del conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la recurrente y el posterior despido, no puede constituir, por sí solo, un indicio de discriminación por razón de sexo» [STC 342/2006, de 11 de diciembre 2006 (RTC 2006, 342)].

En el voto particular de la sentencia comentada, los magistrados disidentes hacen valer la interpretación literal del art. 55.5 ET para mantener la tesis de la nulidad objetiva y automática. Según ellos, «lo que pretende la norma es proporcionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria dispensándola de la carga de acreditar los indicios de discriminación y singularmente el conocimiento por el empresario del embarazo, prueba muy difícil y posiblemente atentatoria a la dignidad de la mujer que no tiene por qué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo». Por otra parte, se aclara que las Exposiciones de Motivos no tienen valor normativo, sino sólo como elemento de interpretación, y que es justamente aquélla la que afirma que la Ley 39/1999 buscaba mejorar la protección comunitaria. Si el legislador nacional hubiera querido que sólo se activara la garantía del art. 55.5 ET si se comunica el embarazo, lo habría incorporado expresamente.

Para terminar este comentario, diremos que es verdad que el argumento literal es contundente. El legislador ha dicho lo que ha dicho y no otra cosa. También está claro que el Derecho comunitario es un mínimo mejorable por el nacional, y que las exposiciones de motivos no son normas. Pero es igualmente relevante el respeto al principio de seguridad jurídica, y no ha de quitarse valor a la interpretación finalista sustentada en una Exposición de Motivos, porque justamente tal es uno de los principales cometidos de esta última.

Seguramente el legislador debería haber aprovechado la oportunidad de las reformas operadas por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, para introducir elementos de claridad en este debate. Sin embargo, no lo ha hecho, y con independencia de que se pretenda sacar conclusiones de este silencio, la doctrina fijada por el Tribunal Supremo es la que debe ser aplicada.

2.9. Despido del trabajador enfermo y discriminación por razón de discapacidad

La extinción del contrato de trabajo basada en una situación de enfermedad está recogida en nuestro ordenamiento en distintos preceptos del Estatuto de los Trabajadores. Así, el art. 52.d) contempla el despido objetivo por ausencias al trabajo de carácter intermitente, debidas a enfermedades comunes; y el art. 49.1.e) señala como causa extintiva la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, siempre que no se aprecie como previsible una revisión por mejoría (art. 48.2).

Por otra parte, el art. 14 CE proscribía las discriminaciones por razón de circunstancias personales, y el art. 17.1 ET determina que serán nulas las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad.

Sobre todos estos preceptos planea la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo art. 1 alude, en concreto, a la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad. La transposición de esta norma a nuestro ordenamiento —a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre— supuso la modificación del art. 17 ET para darle su redacción actual.

Con este panorama, encontramos el siguiente caso, planteado ante el Juzgado núm. 33 de Madrid: una trabajadora es dada de baja médica por enfermedad, sin que sea previsible su alta a corto plazo. Casi ocho meses más tarde, recibe carta de su empresa en la que se le notifica el despido, reconociendo simultáneamente la improcedencia de este último. La trabajadora impugna la decisión extintiva por considerarla discriminatoria y, por tanto, nula. En el acto del juicio, la empresa no alega hechos que acrediten un

motivo justificado para el despido, por lo que se concluye que la trabajadora había sido despedida exclusivamente por la circunstancia de que se encontraba de baja laboral por enfermedad.

Situaciones similares dieron lugar a pronunciamientos dispares que, finalmente, permitieron que el Tribunal Supremo unificara doctrina. Lo hizo en STS de 29 enero 2001 (RJ 2001, 2069)¹³⁹, en la que sentó el criterio de que se trata de despidos improcedentes y no nulos. El Tribunal razona que «la referencia del inciso final del art. 14 CE no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5513), el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que ese tér-

mino tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación».

En definitiva, por tanto, la enfermedad no es causa de discriminación por sí misma, si bien es posible que sí lo sea siempre que se observe un elemento adicional de segregación. El ejemplo paradigmático de esto último es el que se obtiene de la SJS núm. 3 de Castellón, de 7 de junio 2005 (AS 2005, 2559), en la que se declara la nulidad del despido basado en el hecho de que el trabajador era portador del VIH, «una enfermedad que actualmente ni social ni laboralmente ha sido aceptada».

Dado entonces que las bajas por enfermedad no constituyen causa de despido, ni este último se convierte en discriminatorio por fundarse en ellas, este tipo de extinciones han de declararse improcedentes.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional mantiene una visión algo más flexible de las causas de discriminación previstas en el art. 14 CE, ya que admite que el precepto no contiene una lista cerrada de motivos¹⁴⁰. Por ello, el criterio unificado del Supremo no termina de convencer al magistrado de nuestro caso, que sigue viendo la posibilidad de incluir la enfermedad dentro de las circunstancias personales genéricamente aludidas en el inciso final del precepto constitucional. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta la prohibición de discriminación por discapacidad contenida en la Directiva 2000/78, se dicta auto¹⁴¹ acordando plantear en trámite de cuestión prejudicial al TJCE las siguientes preguntas:

- ¿Incluye la Directiva, dentro de su ámbito de protección, a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclu-

¹³⁹ Seguida de otras: SSTS UD de 2 de octubre 2001 (RJ 2002, 1273); 23 de septiembre 2002 (RJ 2006, 1923); 12 de julio 2004 (RJ 2004, 7075); 23 de mayo 2005 (RJ 2005, 9656).

¹⁴⁰ SSTC 75/1983, de 3 de agosto (RTC 1983, 75), 161/2004, de 4 de octubre (RTC 2004, 161).

¹⁴¹ AJS núm. 33, de 7 enero 2005 (AS 2005, 240).

sivamente por razón de encontrarse enferma? En otras palabras, ¿la prohibición de discriminación por discapacidad comprende las situaciones de enfermedad?

El magistrado argumenta que la enfermedad es una de las condiciones de salud capaz de causar deficiencias que discapaciten al individuo. No toda enfermedad deriva en una discapacidad, pero algunas sí lo hacen. Por tanto, cabe dudar sobre el momento a partir de cual se activa la protección contra la discriminación de los discapacitados. El juez nacional se decanta por estimar esta protección sin esperar a que la deficiencia sea irreversible, sino desde que «esta condición de salud resulta relevante», lo que ocurre en cuanto aparece la enfermedad. «El enfermo está discapacitado para trabajar».

- En caso de respuesta negativa al interrogante precedente, ¿puede considerarse que la enfermedad es un motivo adicional de discriminación?

En STJCE de 11 de julio 2006 (TJCE 2006, 192), se respondió a ambas cuestiones en sentido negativo. Ni puede entenderse que la enfermedad quede comprendida en la discapacidad contemplada en la Directiva, ni que constituya por sí misma motivo de discriminación.

En relación con la primera cuestión, el Tribunal se apoya fundamentalmente en dos argumentos:

a) *Concepto de discapacidad*: asumiendo que la Directiva no ofrece una definición de lo que deba entenderse por discapacidad, ni tampoco se remite a tal efecto a los ordenamientos nacionales, el Tribunal decide ofrecer una serie de pautas básicas que ayudan a perfilar la figura, y a distinguirla de la enfermedad. Así, señala que «el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y

que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional». Además, dado que en la norma comunitaria se confiere mucha importancia a las medidas que el empresario debe adoptar para adaptar los puestos de trabajo en función de la discapacidad que pueda presentar un trabajador, se concluye que se está pensando en «supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de discapacidad, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración». En la Directiva no se contiene indicación alguna que sugiera que la protección frente a discriminaciones por motivos de discapacidad comienza en cuanto aparece cualquier enfermedad.

Podría decirse, entonces, que el concepto de discapacidad es más cercano al de minusvalía que al de enfermedad¹⁴². En nuestro ordenamiento, se identifica con la definición suministrada por el art. 1.2 de la Ley 51/2003, según el cual es discapacitado quien tenga reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33% o sea pensionista de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o de clases pasivas¹⁴³.

b) *Literalidad de la norma*: el legislador comunitario «escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad», por

¹⁴² DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006 (TJCE 2006, 192)», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 719, 2006 (westlaw BIB 2006, 1726).

¹⁴³ CORDERO GORDILLO, V., «El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Comentario de Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de junio de 2006», *Aranzadi Social* núm. 16, 2006 (westlaw BIB 2006, 1624); ESTEBAN LEGARRETA, R., «Cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad. Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 7 de enero de 2005 (AS 2005, 240)», *Aranzadi Social* núm. 5, 2005 (westlaw BIB 2005, 1146).

lo que debe excluirse la equiparación pura y simple de ambos conceptos.

Respecto de la segunda cuestión planteada por el juez nacional, el TJCE rechaza que el ámbito de aplicación de la Directiva «deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva». Por tanto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse una causa más de discriminación.

Ahora bien, esto último resulta plenamente compatible con los matices introducidos en nuestro país por el Tribunal Supremo, al afirmar que en ciertos casos, debido al cariz segregacionista del supuesto, es posible que un trato desigual motivado por una enfermedad constituya una discriminación.

Llegados a este punto, contamos con doctrina unificada del Tribunal Supremo y doctrina del TJCE en el mismo sentido, y se esté o no de acuerdo con el criterio asumido, deberían haberse despejado las dudas sobre cómo ha de declararse el despido por enfermedad: improcedente y no nulo. Sin embargo, ello no es así. Algunos Tribunales reconocen que se ha cerrado la puerta a la nulidad de este despido por vulneración del art. 14 CE¹⁴⁴, pero eso no significa que respete otros derechos fundamentales. Así, empieza a asomar en Madrid¹⁴⁵ una corriente judicial que considera que el despido motivado por enfermedad atenta contra el derecho a la salud y la integridad física recogido en el art. 15 CE, y desde tal perspectiva, procede su nulidad.

¹⁴⁴ Un caso en el que se sigue manteniendo la nulidad del despido por enfermedad, por considerarlo discriminatorio según el art. 14 CE, puede verse en STSJ Cataluña de 28 julio 2007 (AS 2007, 903).

¹⁴⁵ En Cataluña también hay signos de esta tendencia, pero sólo en votos particulares de SSTSJ. Así, pueden consultarse SSTSJ Cataluña de 15 de octubre 2004 (AS 2004, 3516), 22 de marzo 2006 (2) (AS 2006, 2780 y 2821).

Con absoluta franqueza —lo que es de agradecer— en las SSTSJ Madrid de 18 de julio 2006 (JUR 2006, 279688 y AS 2006, 2985), se indica que «se hace necesario reconducir nuestro razonamiento ante el carácter inviable de la pretendida lesión del art. 14 CE y de los que de él traen causa (...); específicamente nos referimos al derecho fundamental que ha de ser objeto de nuestra consideración, que no será, como hemos expuesto, el art. 14 CE, sino el art. 15 CE en relación con el 10 CE»¹⁴⁶.

Interesa conocer los nuevos argumentos: se parte de la doctrina constitucional sobre el derecho a la salud, que, considerado como un derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal¹⁴⁷. Pues bien, el Tribunal considera que este derecho queda afectado cuando «del ejercicio del derecho a recibir asistencia sanitaria manifestada en la exoneración de trabajar por prescripción médica, por imposibilidad, y con el objeto de recuperar la salud, se deriva algún perjuicio». En este sentido, «cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar un impacto adverso (...). Mal podría ser efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa». Y, desde luego, la declaración de improcedencia no resulta suficientemente protectora, ya que el trabajador puede acabar perdiendo su puesto de trabajo.

Como se admite expresamente, se trataría de aplicar «la lógica del principio de garantía

¹⁴⁶ De «apego hacia la nulidad» hablan PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La gestión y el control de la incapacidad temporal», *Aranzadi Social* núm. 22, 2006 (westlaw BIB 2006, 2829).

¹⁴⁷ SSTC 35/1996, 207/1996, 25/2000, 5/2002, 220/2005.

de indemnidad entendida en sentido lato». Teniendo en cuenta que toda medida pública o privada sancionadora del ejercicio de un derecho fundamental se considera nula *ex tunc*, los despidos lesivos de derechos fundamentales deben ser declarados nulos y sin efecto.

En suma, parece que en un plazo no demasiado lejano será necesaria una nueva incursión en esta materia por parte del Tribunal Supremo, y, más tarde o más temprano, del Tribunal Constitucional.

2.10. La extinción del contrato por jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: la especialidad de la edad como causa de discriminación

El debate que se plantea en este epígrafe gira en torno a la edad del trabajador como referente para la extinción forzosa del contrato de trabajo, suscitando el interrogante de si ello supone un atentado al principio de igualdad y no discriminación por razón de edad, en el ejercicio del derecho al trabajo.

El *iter* evolutivo de la cuestión lo conocemos de sobra, pero conviene repasar sus trazos básicos:

1º) Una Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953, contemplaba la jubilación como un derecho subjetivo del trabajador, que, según la STS de 30 de junio de 1966 (RJ 1966, 3636), constituía un mínimo de derecho necesario absoluto, indisponible por convenio colectivo. De este modo, la negociación colectiva tenía vedado el establecimiento de edades de jubilación forzosa.

2º) Con la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, se incorporó una Disposición Adicional 5ª según la cual el límite máximo de edad para el trabajo se situaba en los sesenta y nueve años (sin perjuicio de que pudieran completarse los períodos de

carencia para la jubilación). La norma habilitaba al Gobierno para fijar límites inferiores en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y el mercado de trabajo, y también reconocía potestad limitadora a la negociación colectiva.

3º) La STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22), resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esta Disposición Adicional. En la misma se declaró su carácter inconstitucional siempre que se interpretara «como norma que establecía la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años» y que determinaba «de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral». Más tarde, la STC 58/1985, de 30 de abril (RTC 1985, 58) admitió que la jubilación forzosa podía pactarse en la negociación colectiva, si bien enmarcada en una política de empleo empresarial. La STS de 14 de julio 2000 (RJ 2000, 6630) precisó que «la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios» y «necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dado la unilateralidad de la que deriva».

4º) El Real Decreto Legislativo 1/1995, que aprobó el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, recogió el contenido de la antigua Disposición Adicional 5ª de la Ley 8/1980, convirtiéndolo en la Disposición Adicional 10ª, con los evidentes cambios de contenido derivados de los pronunciamientos que acaban de mencionarse: en concreto, suprimió la referencia declarada inconstitucional sobre la edad máxima para el trabajo situada en los sesenta y nueve años, e incorporó una alusión a la política de empleo como condicionante de la jubilación forzosa. Hasta aquí, entonces, el texto de la norma seguía contando con un inciso final, nunca alterado, según el cual «en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubila-

ción sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social», lo que ahora debía conectarse con un inciso inicial: «dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo».

5º) El Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad (posteriormente convertido en la Ley 12/2001, de 9 de julio) procedió a la derogación de la Disposición Adicional 10ª ET, eliminando así la alusión a la negociación colectiva como fuente de cláusulas de jubilación forzosa.

6º) El silencio del legislador respecto de los objetivos e implicaciones de semejante derogación, dio lugar a un interesante debate doctrinal y judicial, en el que se aportaron contundentes argumentos tanto a favor de considerar que la norma derogada constituía una habilitación legal para que los convenios colectivos pudieran fijar edades de jubilación forzosa (y por tanto su derogación suponía cerrar la puerta a este tipo de cláusulas), como en sentido contrario, alegando que la Disposición Adicional 10ª ET no suponía más que el reconocimiento de una potestad siempre presente para la negociación colectiva (derivada directamente del art. 37 CE y del art. 85 ET), y por tanto su derogación no había supuesto cambio alguno, como mucho el cese en una voluntad legal de potenciar este tipo de cláusulas¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Véanse las distintas posiciones doctrinales y sus argumentos en: SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y GÓMEZ CABALLERO, P., *Apuntes sobre jubilación forzosa*, Aranzadi, 2006. Consúltense también MARTÍNEZ BARROSO, M.R., «Principio de no discriminación y prohibición de trato desigual injustificado. A propósito de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo», AA.VV. *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

7º) La controversia judicial permitió que el Tribunal Supremo unificara doctrina, lo que hizo en STS de 9 de marzo 2004 (RJ 2004, 841). Es éste un pronunciamiento muy interesante por tres razones: porque contiene un repaso a la evolución del tratamiento legal y judicial de la jubilación forzosa; porque recoge y desgrana los argumentos esgrimidos para mantener cada una de las dos posiciones interpretativas abiertas tras la derogación de la Disposición Adicional 10ª ET; y porque, además de los fundamentos jurídicos en los que se sustenta el fallo, aporta un voto particular igualmente sólido y sugerente. En síntesis, la sentencia defiende que la norma estatutaria contenía una habilitación legal para que los convenios colectivos fijaran edades de jubilación forzosa, y su derogación suponía entonces la ilicitud de las cláusulas convencionales en tal sentido. Ahora bien, si estas últimas se contenían en convenios vigentes desde antes de la derogación citada, entonces podían mantenerse.

8º) Con la sentencia del Tribunal Supremo, parecía haberse cerrado el debate, pero el legislador decidió corregir este rumbo interpretativo a través de la Ley 14/2005. Esta norma modificó la Disposición Adicional 10ª ET para introducir expresamente la posibilidad de que los convenios siguieran fijando edades máximas de jubilación, siempre que se cumplan dos requisitos: a) que la medida se vincule «a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»¹⁴⁹; y b)

¹⁴⁹ Señala MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., que, «para que la vinculación a la que se refiere la Ley 14/2005 adquiera sentido, debe existir un cierto equilibrio o proporcionalidad entre lo que supone, en términos de empleo, la cláusula de jubilación obligatoria y lo que supone el conjunto de objetivos en materia de empleo

que el trabajador cumpla los requisitos exigidos para tener derecho a pensión de jubilación en su modalidad contributiva, y en particular «tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo». Por otra parte, asumiendo que entre el Real Decreto-Ley 4/2001 y la Ley 14/2005 había tenido lugar un período de cierta inseguridad jurídica en esta materia, que había dado lugar a que una inmensa mayoría de convenios celebrados en este tramo temporal incluyeran cláusulas de jubilación forzosa, el legislador optó por reconocerles validez. Así, la Ley 14/2005 incorporó una Disposición Transitoria convalidando las citadas cláusulas, con el único requisito de que el trabajador tuviera derecho a pensión de jubilación contributiva, y, en especial, hubiera completado el período de mínimo de cotización a tal efecto¹⁵⁰. Es evidente, en fin, que las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en los convenios celebrados antes y después de la entrada en vigor de la Ley 14/2005 reciben diferente tratamiento, ya que sólo las segundas vinculan su validez a medidas de política de empleo.

que se puedan pactar en convenio» [«La vinculación de la jubilación forzosa a objetivos coherentes con la política de empleo tras la Ley 14/2005. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Valladolid, de 5 de junio de 2006 (AS 2006, 2777)», *Aranzadi Social* núm. 17, 2006 (westlaw BIB 2006, 1824)].

¹⁵⁰ Sin embargo, se precisó que este régimen transitorio no afectaría a «las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor [de la Ley 14/2005]». La STS de 29 de junio 2006 (RJ 2006, 7957) señala que un proceso iniciado en el año 2002 (es decir, en el momento en que estaba derogada la Disposición Adicional 10ª ET) y que se encuentra en fase de recurso para la unificación de doctrina cuando se promulga la Ley 14/2005, debe resolverse de conformidad con la legislación vigente en el año 2002. Por tanto, no existiendo entonces la Disposición Adicional 10ª ET, y constando el criterio unificado del Tribunal Supremo que negaba validez a las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en convenios celebrados tras dicha derogación y antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, ha de mantenerse la declaración de nulidad del despido.

9º) Esa diferencia de tratamiento es lo que ha dado lugar a que el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, en relación con el posible choque entre la Disposición Transitoria de la Ley 14/2005 y la Directiva 2000/78/CE¹⁵¹, cuyo art. 6 establece que las diferencias de trato por razón de edad no son discriminatorias «si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». En concreto, se elevan dos interrogantes: en primer lugar, si el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad se opone a una ley nacional sobre cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos, que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y con las condiciones establecidas en la normativa del Estado español en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación en su modalidad contributiva. En segundo lugar, y en caso de que la Disposición Transitoria controvertida se considere contraria al Derecho Comunitario, se cuestiona si el juez nacional queda obligado a no aplicarla. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió el asunto en su sentencia de 16 de octubre de 2007¹⁵², contestando que, con independencia de los términos en los que fue redactada la Disposición Transitoria de la Ley 14/2005, de la evolución normativa se deduce que la misma «tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo», de modo que no puede decirse que no se encuentre vinculada a medidas de política de empleo, tal como exige el art. 6 de la norma comunitaria.

¹⁵¹ Del Consejo, de 27 de noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁵² Asunto C-411/05.

Por otro lado, observa el TJCE la adecuación y equilibrio de estas cláusulas de jubilación forzosa «para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo». Además, estas medidas se integran en la negociación colectiva, «de tal modo que pueden tenerse debidamente en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo en cuestión, sino también las características propias de los puestos de que se trate». En definitiva, pues, la convalidación de las cláusulas de jubilación forzosa adoptadas antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, resulta acorde con el Derecho Comunitario porque se observa en ellas una fuerte impronta de política de empleo, tanto por el espíritu que guía las diferentes incursiones legales sobre las mismas, como por albergarse en instrumentos de negociación colectiva. Para el Tribunal de Luxemburgo, con esto es suficiente para descartar la discriminación por razón de edad. Otra cosa es que la Ley 14/2004 sea más exigente con las cláusulas negociadas durante su vigencia, requiriendo la presencia expresa de medidas concretas de política de empleo en el instrumento colectivo.

A lo largo del camino así señalado a grandes trazos, late el argumento de la discriminación por razón de edad en la extinción del contrato de trabajo, que asoma de vez en cuando con mayor o menor intensidad en los diversos pronunciamientos que han ido marcando la evolución de la materia. Entre ellos, centraremos el análisis en la STS de 9 de marzo 2004 (RJ 2004, 841), que unificó doctrina señalando los efectos de la derogación de la Disposición Adicional 10ª ET por el Real Decreto-Ley 5/2001.

El caso tiene lugar en el controvertido intervalo entre la derogación de la Disposición Adicional 10ª ET y la promulgación de la Ley 14/2005; es decir, en el momento en que el legislador guardaba silencio respecto de la jubilación forzosa pactada en convenio colec-

tivo. Una trabajadora, cumplidos los sesenta y cinco años, recibe notificación de su empresa en la que se le anuncia su jubilación obligatoria, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación (celebrado antes de la derogación normativa citada). La trabajadora considera que esa medida constituye un despido y en tal sentido la impugna, alegando vulneración de sus derechos fundamentales, y entre ellos el recogido en el art. 14 CE. En instancia se dio la razón a la empresa, lo que fue revocado en suplicación por STSJ Madrid de 5 de febrero 2003 (AS 2003, 1925), declarando el despido nulo por discriminatorio. La empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina, y al Tribunal Supremo correspondió dirimir si la derogación de la Disposición Adicional 10ª ET suponía la prohibición de que los convenios colectivos contuvieran cláusulas de jubilación forzosa, o bien se trataba de una simple deslegalización de la materia. Dejando de lado los múltiples argumentos que se manejan en uno y otro sentido, a los efectos de este estudio conviene detenerse exclusivamente en la alegación de que este tipo de cláusulas, tras la derogación normativa, supondrían una discriminación por razón de edad para los trabajadores.

Recuérdese que el art. 14 CE prohíbe las discriminaciones por razón de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» distinta de las que cita expresamente, habiendo precisado el Tribunal Constitucional que aquí ha de entenderse incluida la motivada en la edad¹⁵³. Con este marco, el art. 4.1.c) ET reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de edad «dentro de los límites marcados por esta Ley», y el art. 17 ET declara la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones directas o indirectas por razón de edad. Los límites legales a los que se hace referencia, son los previstos,

¹⁵³ Véase *supra*, epígrafe 2.5.

actualmente, en el art. 17.3 ET («el Gobierno podrá regular medidas de (...) duración (...) en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo») y en la Disposición Adicional 10ª ET (la ya analizada alusión a las condiciones en las que los convenios colectivos pueden prever jubilaciones forzosas). Por su parte, la Directiva 78/2000/CE proclama en su art. 1 el objetivo de luchar contra la discriminación por motivos de edad, y en el art. 6 contempla supuestos que, sin embargo, autorizan diferencias de trato fundadas en la edad del trabajador. En concreto, vimos antes que cabe un trato desigual siempre que se motive objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, entre las que se citan las propias de la política de empleo y el mercado de trabajo. Está claro que el legislador comunitario está pensando en extinciones contractuales por razón de edad, como medida de política de empleo.

Entonces, ¿es discriminatoria la extinción del contrato de trabajo por el mero cumplimiento de una edad, sin vincularla a medidas de política de empleo, o siquiera a cualquier otro motivo objetivo razonable? El Tribunal Supremo mantiene la siguiente reflexión: aquí lo que está en juego es el derecho al trabajo (art. 35 CE), que, según lo dispuesto en el art. 53.1 CE, sólo puede limitarse por Ley. «En la actualidad (2004) no existe norma con rango legal que autorice por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad. En definitiva, desaparecida la norma legal autorizante –la Adicional 10ª– queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos a los que aludió el Tribunal Constitucional en las sentencias 22/1981 y 58/1985 (...). Porque los convenios colectivos están obligados a respetar no sólo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de Ley que impone la Constitución, en la que tiene su fundamento la propia negociación colectiva». Ahora

bien, los convenios celebrados con anterioridad a la derogación de la Disposición Adicional 10ª ET tenían amparo legal en dicha norma, por lo que sus cláusulas de jubilación forzosa siguen vigentes tras la mencionada derogación.

A esta sentencia se opone un voto particular de tres magistrados, en el que se mantiene, básicamente, que al no estar prohibido que la negociación colectiva establezca edades de jubilación obligatoria, ello sigue siendo posible a pesar de la derogación de la Disposición Adicional. Esta conclusión se fundamenta en múltiples argumentos, tan interesantes y bien trabados como los de la sentencia. Por lo que respecta a la tacha de discriminación que este tipo de cláusulas podría conllevar, se mantiene que, en realidad, de lo que se trata es más bien de un trato desigual por razón de edad. Siendo ello así, «la solución ya no puede ser la de una antijuridicidad absoluta sino condicionada al concurso o no de causas justificativas del trato desigual». Antes bien, «seguirán pudiendo pactarse edades de jubilación en la negociación colectiva siempre que se trate de previsiones basadas en políticas de empleo expresa o tácitamente deducibles de los términos del pacto, y siempre que los afectados por tal sacrificio reúnan las exigencias que la LGSS establece para causar derecho a prestaciones de jubilación». Se razona que, si estuviera en juego una posible discriminación, la propia Disposición Adicional 10ª habría sido inconstitucional, al igual que la regulación de la jubilación forzosa de los funcionarios.

La clave para valorar adecuadamente el parecer mayoritario de la sala y el del voto particular, reside en el propio tratamiento que a la edad, como causa de discriminación, otorgan el legislador constitucional, el comunitario, y el intérprete máximo de la Constitución. Se adelantó más arriba que la lista de causas de discriminación contenida en el art. 14 CE no es cerrada, y que la edad se incluye en la referencia a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Sentado este

criterio por el Tribunal Constitucional, está claro que un tratamiento diferente por razón de la edad se enmarca en una conducta discriminatoria, y no de mero trato desigual, de modo que quedaría vedado a los particulares todo comportamiento que suponga un trato diferenciado por razón de edad.

Ahora bien, realmente para el Tribunal Constitucional no es lo mismo que la discriminación se base en una de las causas expresamente contempladas en el art. 14 CE, que en la edad, ya que para ésta maneja un criterio bastante más flexible a la hora de aplicar el control de constitucionalidad. Enfrentado a normas que se basan en la edad como factor diferenciador, el Tribunal opta por una posición intermedia entre el «juicio estricto» propio de los motivos de discriminación, y el «juicio de mínimos» propio del canon general de igualdad¹⁵⁴. En este sentido, ha expresado que «la prohibición contenida en el art. 14 CE no puede ser entendida de modo tan rígido que las circunstancias personales no puedan ser tomadas nunca en consideración por el autor de la norma o por quien la interpreta, cuando tales circunstancias son relevantes para la finalidad legítima, y en sí misma no discriminatoria, que la norma persigue»¹⁵⁵. Probablemente esta mayor flexibilidad en relación con la edad como causa de discriminación tenga su explicación en que, hasta ahora, no ha identificado a un colectivo históricamente relegado, ni que padezca perjuicios sociales como tal¹⁵⁶.

¹⁵⁴ El razonamiento pertenece a MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: comentario a las SSTs 9 marzo 2004 (RJ 2004, 841 y RJ 2004, 873)», *Aranzadi Social* núm. 12, 2004 (westlaw BIB 2004, 1620).

¹⁵⁵ SSTC 69/1991, de 8 de abril (RTC 1991, 69), 37/2004, de 11 de marzo (RTC 2004, 37).

¹⁵⁶ En este sentido, MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: comentario a las SSTs 9 marzo 2004 (RJ 2004, 841 y RJ 2004, 873)», *Aranzadi Social* núm. 12, 2004 (westlaw BIB 2004, 1620), citando

Por su parte, hemos visto que la Directiva 2000/78 acoge igualmente este criterio flexible respecto de la diferenciación de trato por edad, configurándola como causa de discriminación pero al mismo tiempo admitiendo que determinadas circunstancias pueden justificar tratamientos desiguales, señaladamente la política de empleo. La transposición de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento, a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, supuso incorporar semejante relajación del juicio estricto, al condicionarlo a «los límites marcados por esta ley» (art. 4.2.e ET).

En definitiva, parece que la edad, aun siendo causa de discriminación, puede servir como criterio de diferenciación en la ley y en el convenio colectivo, siempre que pueda apreciarse una justificación objetiva y razonable para ello, y que la medida guarde la necesaria proporcionalidad¹⁵⁷. Llevado esto al caso que nos ocupa, un convenio colectivo sólo respetará el art. 14 CE si, al regular la jubilación forzosa, la vincula a medidas concretas y suficientes de política de empleo.

Otra cosa es si se coincide o no con el Tribunal Supremo respecto de la reserva de Ley

a JIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, 2004, pág. 239. Los primeros autores empiezan a cuestionarse hasta qué punto puede seguir manteniéndose esta consideración, ya que es evidente la tendencia del colectivo mencionado a reunir los rasgos grupales propios del rechazo moral tradicional inherente a las causas expresamente contempladas en el art. 14 CE.

¹⁵⁷ MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: comentario a las SSTs 9 marzo 2004 (RJ 2004, 841 y RJ 2004, 873)», *Aranzadi Social* núm. 12, 2004 (westlaw BIB 2004, 1620). Aplicando esta doctrina, puede citarse la STS de 30 de diciembre 1998 (RJ 1999, 454) en la que, respecto de la fijación en convenio de una edad inferior a sesenta años para acceder a una ayuda escolar, se examinó primero si esa desigualdad tenía una razón justificativa, pero al concluir que se basaba exclusivamente en la edad de los empleados, se la consideró discriminatoria.

que operaría en esta materia, y por la cual bajo ningún concepto la negociación colectiva podría contemplar la extinción del contrato

por edad si la Ley no la habilitara expresamente para ello; habilitación que actualmente vuelve a estar vigente.

RESUMEN En los últimos tiempos se observa un incremento de la preocupación por el espacio de los llamados derechos inespecíficos en las relaciones de trabajo, y entre ellos, especialmente, el de igualdad y no discriminación. En coherencia con esta inquietud, y aprovechando la ocasión que propicia el 2007 como el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades, se aborda el estudio del derecho a la igualdad y no discriminación en la relación laboral. El análisis se hace al hilo de diez pronunciamientos especialmente significativos y referenciales, emanados de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas, Constitucional y Supremo, que permiten observar el juego de estos derechos en las distintas fases de la relación de trabajo: desde un estadio previo incluso a su propia existencia (acceso al empleo) hasta su fin (extinción del contrato de trabajo). El resultado es una radiografía jurídica esencial sobre las coordenadas actuales del tratamiento jurisprudencial de la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.