

ISBN: 84-689-4677-X
Nº DE REGISTRO: 05/76910

CONSEJO EDITORIAL:

D. Antonio Fernández García. Consejero de Empleo
D^a Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Presidenta del CARL
D^a María Fernanda Fernández López. Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

COORDINACIÓN TÉCNICA:

D. Javier Calvo Gallego. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

AUTORA: Teresa Pérez del Río. Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de Cádiz

EDITA: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

D.L.: SE-979-2006

IMPRIME: A.L.P. Impresores S.L.

5

IGUALDAD Y GÉNERO EN EL EMPLEO

GUÍAS DE NEGOCIACIÓN

Autora: Teresa Pérez del Río.
Catedrática de Derecho del Trabajo y
la Seguridad Social. Universidad de Cádiz

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

ÍNDICE

1. La discriminación por razón de género y su regulación en el ámbito comunitario y nacional. La transversalidad como instrumento clave para la eliminación de la discriminación por razón de género. La esencial función de la negociación colectiva.....	5
2. La discriminación por razón de género en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo	33
2.1. Introducción y tratamiento normativo.....	33
2.2. Tratamiento en la negociación colectiva.....	56
2.3. Propuestas de futuro y cláusulas modelo	70
3. La discriminación retributiva por razón de género.....	83
3.1. Introducción y tratamiento normativo	83
3.2. Tratamiento en la negociación colectiva	92
3.3. Propuestas de futuro y cláusulas modelo	102
4. La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género.....	117
4.1. Introducción y tratamiento normativo.....	117
4.2. Tratamiento en la negociación colectiva.....	134
4.3. Propuestas de futuro y cláusulas modelo	141
BIBLIOGRAFÍA	151

1. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO Y NACIONAL. LA TRASVERSALIDAD DE GÉNERO COMO INSTRUMENTO CLAVE PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN. LA ESENCIAL FUNCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen derechos fundamentales reconocidos en todas las declaraciones internacionales de derechos humanos y en todas las constituciones de los Estados democráticos. En el **Art.1** de nuestra Constitución de 1978 se declara **la igualdad** como uno de los **valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico** y en su **Art.14** se coloca como frontal del listado de derechos fundamentales. El **Art.10.2** establece que *“Las normas relativas a derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad ha significado la superación, por lo menos en las democracias occidentales, de situaciones anteriores de negación absoluta de las demandas de igualdad planteadas por las mujeres. A partir del momento en que la igualdad de trato

entre hombres y mujeres pasa a constituirse como derecho fundamental, las reivindicaciones de las mujeres en orden a hacer realidad el derecho constitucionalmente reconocido han aparecido como una lista amplia y diversa, a las cuales el derecho respondía a través del principio de igualdad tal como se encontraba constitucionalmente recogido, y por tanto con sus limitaciones¹. Cada reivindicación presentada era examinada desde esta perspectiva y, si superaba el test, se consideraba constitucionalmente aceptable o si se quiere, ajustada a derecho. Sin embargo, este modelo ofrece importantes carencias, la primera que la solución del test de compatibilidad constitucional depende, en gran medida, del significado que se otorgue en un momento determinado y en determinada sociedad al principio de igualdad. Y, en segundo lugar, porque el principio de igualdad considera, de manera más o menos explícita, la situación de los hombres como el *modelo de comparación* para determinar la situación de desigualdad de las mujeres.

En cuanto a la primera de estas carencias, es preciso tener en consideración que el principio de igualdad, en un momento inicial, se configuró casi de forma exclusiva y excluyente como **igualdad formal en la ley y ante la ley**. Ello supuso en principio un importante avance respecto a una situación anterior de desigualdad en la ley, en especial en el acceso a la educación, al empleo y a los derechos de participación política, pero al poco tiempo esta configuración se mostró insuficiente, porque al no incidir sobre la desigualdad social, ésta se perpetuaba bajo una apariencia de igualdad, generando una bilateralidad en la protección legal que determina la paradójica extensión a los hombres de algunos beneficios de las mujeres, aparentando que ellos fueran los discriminados. Como ejemplo de los resultados de esta configuración parcial del principio de igualdad y sus resultados se podría citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983 de 22 de noviembre sobre la pensión de

¹ LOUSADA AROCHENA, F. "Informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa" La Ley N°6-092 23-9-2004 págs.1 ss.

viudedad que tantas críticas doctrinales suscitó en su momento².

Posteriormente, el principio de igualdad pasó a interpretarse como **igualdad de oportunidades, igualdad esencial o real**, apareciendo y perfilándose conceptos jurídicos tan esenciales como la **acción positiva** o la **discriminación indirecta**³.

La acción positiva, nacida históricamente en las décadas de los cincuenta y los sesenta en los Estados Unidos de América, consiste en medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres⁴. El Art.III.214.4 TCE lo recoge en los siguientes términos “4. *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*”.

De su parte, la discriminación indirecta, nacida históricamente a inicios de la década de los setenta asimismo en los Estados Unidos de América, supone la ampliación de la prohibición de discriminación a aquellos actos neutros, cuya aplicación práctica, produce un impacto adverso sobre el colectivo femenino, carentes de justificación suficiente, probada y proporcional, ajena al sexo. El Art.2.2.2º D/2002/73/CEE define este concepto en los siguientes términos: “*Se entenderá por discriminación indirecta....la situa-*

² Una crítica a esta sentencia en LÓPEZ TARRUELLA, VIQUIERA PÉREZ “La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional” Relaciones Laborales 1990 V.II pags.458 ss.

³ Una explicación detallada de la evolución conceptual en RODRIGUEZ-PIÑERO, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁴ SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

ción en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Sin embargo, si el principio de igualdad, interpretado y configurado como igualdad formal en la ley, se mostró insuficiente, el principio de igualdad, entendido como igualdad de oportunidades en la sociedad, no se acaba de mostrar como suficiente a causa de la difícil aplicación de las nuevas instituciones antidiscriminatorias. Como ha sido reiteradamente señalado y ejemplificado, el principio de igualdad entendido como igualdad formal en la ley no solo es insuficiente para conseguir la igualdad real entre los géneros, sino que incluso en ocasiones es susceptible de beneficiar a los hombres a consecuencia de su bilateralidad, e interpretado o configurado como exigencia de garantía de igualdad de oportunidades en la sociedad plantea serias dificultades de aplicación por lo que resulta relativamente insuficiente para terminar con la situación de discriminación por razón de género. Mas aún, el principio de igualdad formal que también beneficia a los hombres está jurídicamente más acabado y, por ello, es más eficaz que el de igualdad real, que mayoritariamente beneficia a las mujeres.

La segunda carencia a la que se hacía referencia, se deriva de considerar, de manera más o menos explícita, la situación de los hombres como el modelo objeto de comparación, es decir, como modelo con el que comparar la situación de las mujeres, lo que origina un tratamiento excepcional de lo no masculino⁵, que pasa a considerarse una excepción al prin-

⁵ Por ejemplo, respecto de la maternidad, el artículo 4 de la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, o el originario artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 sobre prohibición de discriminación en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.

cipio de igualdad. Sería mucho más correcto y coherente con la realidad que demuestra que más de la mitad de la población está constituida por mujeres, la creación de un nuevo modelo en donde participen ambos sexos⁶.

La acción positiva depende de la voluntad política del legislador y, en sus formas más incisivas denominadas discriminación positiva, que garantiza la consecución de los resultados prefijados, por ejemplo el régimen de cuotas, está sometida a un continuo debate doctrinal. De su parte, la discriminación indirecta exige, de un lado, la acreditación y prueba del impacto adverso lo que no resulta ni mucho menos fácil, y de otro, la determinación de la suficiencia de la justificación alegada para salvar el carácter no discriminatorio de la norma o medida que lo produce, ha estado sometida a vaivenes interpretativos.

Aunque las evidentes dificultades que ha planteado la aplicación de estas instituciones han tratado de ser resueltas mediante las últimas aportaciones normativas en el ámbito comunitario, con el objetivo de hacerlas más efectivas para la tutela antidiscriminatoria⁷, la realidad estadística muestra que los instrumentos adoptados hasta el momento para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres siguen siendo insuficientemente eficaces.

Sobre esta base se ha intentado superar las carencias apreciadas respecto del principio de igualdad entendido tanto en su significación formal como en su significado real,

⁶ Aplicado al mismo ejemplo, este cambio de modelo conduciría a un cambio de la óptica en que se fundamenta el régimen jurídico de protección de la maternidad que, de constituir una excepción al principio de igualdad, pasaría a ser un derecho de la mitad de la población, como la paternidad es un derecho de la otra mitad, lo que llevaría a profundizar en estrategias de actuación tales como la socialización de la maternidad o el reparto con el padre de las cargas parentales. Ver este concepto más desarrollado en LOUSADA AROCHENA, F. *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Serie Estudios, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002.

⁷ Por ejemplo en la D/2002/73/CEE de 23 de setiembre de 2002 que analizaremos más adelante.

mediante la acuñación de un nuevo concepto, el de **traversalidad de género**, que a partir de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995) deviene esencial en la lucha contra la discriminación de las mujeres. La Plataforma para la Acción contra la discriminación de las mujeres elaborada en esa conferencia⁸ enumera, entre “*los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres.....la integración de la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*”. En otras palabras, se exige de los poderes públicos que se comprometan en la integración de la dimensión de género en la totalidad de sus ámbitos de actuación.

La relativa novedad de este concepto, exige dos aclaraciones previas: en primer lugar, el significado del término **género**, en segundo el significado del término **traversalidad**.

Por lo que respecta al primero, este término hace referencia al conjunto de atributos, actitudes y conductas culturalmente asignados, que definen el rol social de cada sujeto desde hace siglos en función de su sexo y que de modo explícito e implícito son transmitidos a las nuevas generaciones a través de diferentes agentes y medios entre ellos, y en absoluto desdeñable, el lenguaje.

Los roles asignados en función del sexo son diferentes y tienen distinta valoración social. El valor otorgado por la sociedad al rol social femenino, ha sido, y es actualmente, inferior al del rol masculino, y ello ha determinado una posición socio-económica discriminatoria de las mujeres y una situación asimétrica de poder respecto de los hombres que se manifiesta en los datos estadísticos publicados por instituciones y organismos tanto internacionales como europeos y españoles.

⁸ La “Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción”, elaboradas en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), se han publicado en la Serie Documentos del Instituto de la Mujer, Madrid, 1996.

El término género tiene por objetivo hacer visible la realidad de la posición asimétrica de poder entre hombres y mujeres, realidad invisible en el término sexo, de connotaciones mucho más biológicas que culturales.

Por lo que se refiere al segundo, la transversalidad constituye el concepto esencial de las políticas comunitarias de igualdad de oportunidades. Es el enfoque esencial adoptado por la Comisión CE en su Comunicación de 21 de febrero de 1996 “*Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*”⁹ y se reitera en la “*Estrategia marco comunitaria sobre igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005*” presentada por la Comisión CE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, cuyo Programa de acción se aprueba por medio de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

La Comisión pone de relieve en ambas comunicaciones que la finalidad que se persigue es establecer un marco de acción en el que todas las actividades comunitarias puedan contribuir a alcanzar el objetivo de eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres. Basándose en el principio de que la democracia constituye uno de los valores fundamentales de la Unión Europea, afirma que su plena realización requiere que toda la ciudadanía, mujeres y hombres, participe y esté representada de forma igualitaria en la economía, en la toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil. Reconoce que se han hecho progresos considerables en cuanto a la situación de la mujer en los países miembros de la UE, si bien, en la vida cotidiana, dicha igualdad sigue viéndose mermada porque hombres y mujeres no gozan, en la práctica, de los mismos derechos. La subrepresentación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, entre otros aspectos, pone de manifiesto que continua existiendo una discriminación estructural por

⁹ COM (96) 67 final.

razones de género. Entiende que la única forma eficaz de hacer frente a esta situación es la integración del objetivo de la igualdad de género en todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas sobre la ciudadanía. Señala que en el diseño y en la aplicación de todas las políticas, hay que tener en cuenta las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres. El Programa de Acción 2001-2005 propone como objetivo “*Fomentar la integración de la igualdad en todas las políticas*” y pone como ejemplo, la política fiscal, financiera, económica, educativa, de transporte, de investigación y social. Señala que es necesario supervisar la integración de la perspectiva de género al concebir, aplicar y evaluar las políticas y actividades comunitarias que tienen repercusión sobre la vida diaria de la ciudadanía como la salud pública y las relaciones exteriores incluidas las políticas de derechos humanos.

Sin embargo, la persistencia de desigualdades sigue exigiendo la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres. La citada “*Estrategia marco comunitaria 2001-2005 sobre igualdad entre hombres y mujeres*”, se basa en este enfoque dual: de un lado la integración de la óptica de género en todas las políticas, de otro la adopción de medidas específicas de acción positiva.

El principio de transversalidad de género, ha sido recogido en el Tratado de Amsterdam, y de ahí ha pasado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCUE 2004). Al definir los fines de la Comunidad, el Art.I.2 incluye, entre otros, la “*igualdad de trato entre el hombre y la mujer*”. Para alcanzar esos fines, en el Art.III.116 se dice que “*en todas las acciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*”.

Finalmente la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modi-

ficación de 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, establece en su nuevo Art.1.3 que *“los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1”*

Esta nueva óptica obliga a realizar modificaciones de varios tipos en el proceso normativo, es decir el proceso de adopción de las medidas y normas que tengan por objetivo el desarrollo de las políticas públicas.

En primer lugar, modificaciones funcionales al variar la forma de actuar en todas las fases de adopción de decisiones: al transversalidad exige en la fase previa a la adopción de cualquier decisión, la realización de un estudio previo sobre su impacto previsto respecto de hombres y mujeres, en su fase ejecutiva deberá evitarse la exclusión de las mujeres y finalmente, en la fase de evaluación se exigirá un reexamen periódico de los efectos de cada decisión sobre el colectivo femenino.

Cuando se hace referencia a la adopción de decisiones, se quiere aludir tanto a los actos normativos, como a los ejecutivos, y, en cuanto los fiscalizan, a los actos judiciales. En definitiva, se incluye todo y cualquier acto tanto del poder legislativo, como del ejecutivo o del judicial. Pero también a cualquier acto o decisión de todo y cualquier poder social con potestad normativa creadora como, en nuestro sistema de relaciones laborales, los interlocutores sociales, en tanto de su actividad negocial resultan los convenios colectivos, que posteriormente pasarán a incluirse en el marco de las fuentes del Derecho del Trabajo con eficacia normativa.

En segundo lugar, la aplicación del principio de transversalidad exige la introducción de modificaciones orgánicas al obligar a los poderes públicos a actuar coordinadamente, entre sí y con los sujetos privados, surgiendo aquí las dificultades más importantes: en primer lugar, no siempre es fácil la coordinación dentro de cada ente administrativo y de estos entre sí; en segundo lugar, ello puede conducir a una excesiva fragmentación en la gestión administrativa de las políticas de igualdad; en tercer lugar, dificultades adicionales se pueden derivar de la ausencia de comunicación fluida entre los poderes públicos y en nuestro caso, los interlocutores sociales.

Parece interesante destacar los ámbitos de intervención a los cuales debe aplicarse el principio de transversalidad, contenidos en la normativa comunitaria:

- 1º. El ámbito económico y social, concibiendo estrategias para fomentar la integración de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones sobre la mujer en la economía, como la política fiscal, financiera, económica, educativa, de transporte, de investigación y social; reforzando la dimensión de la igualdad en la estrategia europea de empleo; mejorando la utilización de los fondos estructurales para promover la igualdad.
- 2º. El de la participación y representación en los órganos de decisión mejorando el equilibrio entre hombres y mujeres en la toma de decisiones políticas y socioeconómicas.
- 3º. El del acceso y el pleno disfrute de los derechos sociales para las mujeres y los hombres, mejorando el conocimiento y vigilando la aplicación de la legislación existente en el ámbito social en materia de contratos atípicos, condiciones de trabajo y conciliación (como contratos a tiempo parcial y de duración determinada, tiempo de trabajo, permisos parentales y por razones familiares, protección del embarazo y la maternidad).

- 4º. El de la concepción aplicación y evaluación de las políticas y actividades que tienen una repercusión en la vida diaria de mujeres y de hombres, como la política de transporte, la salud pública, las relaciones exteriores, incluidas las políticas de derechos humanos y el programa comunitario de lucha contra la discriminación por causas diferentes al género¹⁰.
- 5º. En general la vida civil procediendo al seguimiento difusión y control de aplicación de la legislación y la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres; reconociendo y promoviendo el reconocimiento de los derechos específicos de la mujer como derechos humanos universales; luchando contra la violencia sexista y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

Como se ha tratado de demostrar, el derecho comunitario reconoce, en su más elevado rango normativo, el principio de transversalidad y exige su aplicación en todos los ámbitos de la vida económica, social y política.

Sin embargo, hasta hace poco tiempo, el derecho español, como otros ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, han demostrado frecuentemente su desconocimiento tanto en su formulación como en sus aplicaciones¹¹. Nuestro ordenamiento jurídico no solo ha carecido hasta hace bien poco tiempo de una definición normativa de los conceptos de discriminación indirecta y de acción positiva, sino también del concepto de transversalidad, hasta la adopción de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del

¹⁰ Al respecto la recientemente adoptada D/2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a los bienes y servicios y su suministro (DOC 21-12-2004 373/37)

¹¹ LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social*, REDT, número 106, 2001.

impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Esta Ley alude, en su Exposición de Motivos, al “*principio de transversalidad*”, y, tanto en esta como en su contenido dispositivo, utiliza, en vez del concepto “*sexo*” (término, como ya se señaló con connotaciones de carácter físico-biológico que incide más en las diferencias físicas entre hombres y mujeres), el de “*género*” (con connotaciones de carácter cultural, que hace referencia a las diferencias sociales asociadas al sexo).

Además de un correcto uso del lenguaje técnico, la Ley regula una aplicación fundamental del principio de transversalidad, como es la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa, tanto legal como reglamentaria, mediante, en primer lugar, la modificación introducida en el Art.22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que “*el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley ... se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por ... un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo*” y, en segundo lugar, añadiendo un segundo párrafo al apartado 1.b) al Art. 24 de la referida Ley en el sentido de que “*en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo*”.

Tal normativización de la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa se fundamenta expresamente, en la Exposición de Motivos, en diversas fuentes, muchas comunitarias, a las cuales se ha aludido: la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, el Tratado de Ámsterdam, la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad de hombres y mujeres (2001-2005). Sin embargo, llama la atención la ausencia de referencia alguna a la Directiva 2002/73/CE.

Por lo que se refiere al ámbito andaluz, la Ley 18/2003 de 31 de diciembre del Parlamento de Andalucía, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, Capítulo VIII denominado Medidas en materia de género, Art.139 señala que “...*Todos los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, deberán tener en cuenta de forma efectiva el objetivo de la igualdad por razón de género.....A tal fin, en la tramitación de las citadas disposiciones, deberá emitirse un informe de evaluación del impacto de género del contenido de las mismas*”.

Añade que “*A los efectos de garantizar que el Presupuesto de la Comunidad Autónoma sea elemento activo de lo establecido en el punto 1, se constituirá una Comisión dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda con participación de Instituto Andaluz de la Mujer, que emitirá un informe de evaluación sobre el citado proyecto. Dicha Comisión impulsará y fomentará la presentación de anteproyectos con perspectiva de género en las diversas consejerías y la realización de auditorías de género en las Consejerías, empresas y organismos de la Junta de Andalucía*”.

En su Art.140, la citada Ley dispone que “*En la creación de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía, deberá contemplarse una composición con participación paritaria de hombres y mujeres. Este mismo criterio de composición deberá observarse con motivo de la modificación o renovación de dichos órganos..... A tal efecto, ambos sexos estarán representados en, al menos, un 40% de los miembros en cada caso designados. De este cómputo se excluirán aquellos miembros que formen parte en función del cargo específico que representen..... Cada una de las instituciones, organizaciones y entidades que designen o propongan representantes deberán tener en cuenta el porcentaje señalado en el apartado anterior*”.

La siguiente cuestión a analizar sería la metodología y la forma de realización de los **informes sobre impacto de**

género, aplicable a cualquier tipo de norma, incluidos los convenios colectivos. A solucionar esa cuestión ayuda una “*Guía para la evaluación del impacto en función del género*”¹² elaborada por la Comisión de la Unión Europea, cuyo ámbito formal de aplicación es la propia Comisión pero que puede actuar como punto de referencia o si se quiere como modelo para la realización de este tipo de informes.

Sin perjuicio de recomendar la lectura íntegra de la Guía, parece conveniente centrarse en los dos subepígrafes incluidos en los apartados III y IV, donde se resumen las fases a realizar en la evaluación del impacto de género.

En primer lugar, resulta necesario comprobar si es necesaria su realización en un caso concreto (lo que en la Guía se denomina pertinencia de la evaluación) respecto a lo cual la Guía señala que en un proceso de integración de la perspectiva de género en una determinada medida, norma o decisión, es necesario disponer previamente de datos desagregados por sexo, estudiarlos y plantearse si existen en el ámbito de aplicación de la medida a analizar diferencias entre las mujeres y los hombres por lo que se refiere a los derechos, el acceso a los recursos y la participación en las decisiones. Si la respuesta es positiva, se hace necesario evaluar el impacto potencial de la propuesta en los hombres y en las mujeres en función de las diferencias constatadas. En otras palabras, se hace necesario el informe de impacto de género. Por el contrario, si de los datos estadísticos desagregados por sexos no se deduce la existencia de diferencias en la situación de hombres y mujeres en el ámbito de aplicación de la norma, medida o decisión, el informe no será necesario.

Según la guía, el análisis estadístico debe referirse a determinadas cuestiones. En primer lugar las diferencias entre hom-

¹² http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/gender/gender_es.pdf.

También Institut Català de la Dona *Informe respecto de la valoración del impacto de género de las normas previsto en la Ley Catalana 4/2001 de 9 de abril*. http://www.unidadgenero.com/documentos/ponencia_Angels_Gensana.pdf.

bres y mujeres en el acceso a los recursos; debe analizarse la distribución de recursos cruciales como tiempo, espacio, información, ingresos, poder político y económico, educación y formación, trabajo y carrera profesional, nuevas tecnologías, servicios de asistencia sanitaria, vivienda, medios de transporte, ocio. En segundo lugar, debe analizarse el nivel de participación y de representación de mujeres y hombres en los puestos de toma de decisiones. En tercer lugar deben analizarse las normas y los valores que influyen sobre la división del trabajo en función del sexo, las actitudes y comportamiento de las mujeres y hombres, respectivamente, así como la desigualdad en el valor que se concede a los roles asignados a hombres y a las mujeres o a las características masculinas y femeninas en el ámbito en cuestión. Finalmente debe considerarse la suficiencia del nivel de reconocimiento de derechos para hacer frente a la discriminación directa o indirecta, el nivel de respeto de los derechos humanos (incluida la libertad frente a toda violencia de naturaleza sexual o de connotaciones sexistas que afectan a la dignidad) y los obstáculos en el acceso a la justicia y a los procedimientos de tutela y garantía antidiscriminatoria.

En segundo lugar es necesario elaborar los criterios de actuación, que responderían al interrogante de cómo pueden las políticas, las normas o las medidas que desarrollan los objetivos establecidos políticamente, contribuir a eliminar las desigualdades constatadas entre hombres y mujeres y promover su igualdad en cuanto a las tasas de participación, la distribución de los recursos, las prestaciones, tareas y responsabilidades en la vida pública y privada, la consideración y la atención que se prestan al hombre y a la mujer, a las características masculinas y femeninas, en cuanto al comportamiento y las prioridades.

Por lo que se refiere a ejemplos, en la Guía se alude a tres. El primero referido al sector de los transportes, un sector aparentemente neutro, respecto del que un examen más atento pone de manifiesto diferencias sustanciales entre mujeres y

hombres en cuanto a las modalidades de utilización y acceso a los medios de transporte públicos y privados ya que está demostrado que las mujeres tienen acceso a un coche particular con menos frecuencia que los hombres, y utilizan más los transportes públicos; esta consideración en materia presupuestaria debería influir en la decisión sobre invertir más en carreteras o autopistas o en mejorar los transportes públicos.

El segundo ejemplo hace referencia al trabajo a tiempo parcial¹³ respecto de cuya incentivación como medida de fomento del empleo, deben tenerse en consideración las diferencias entre hombres y mujeres por lo que respecta al tiempo consagrado a un trabajo remunerado y a otro no remunerado, el número de mujeres y de hombres que trabajan a tiempo parcial, sus razones, la voluntariedad de su decisión y su régimen jurídico.

El último se refiere también a la política de empleo, en concreto a la necesidad de tener en cuenta la situación de segregación tanto horizontal como vertical del mercado de trabajo, fomentando la contratación de mujeres en los sectores masculinizados y la de hombres en los feminizados y promoviendo la ruptura del denominado techo de cristal y también suelo pegajoso que impide el acceso de las mujeres a los puestos de dirección.

La integración de la dimensión de género en la elaboración normativa produce algunas importantes consecuencias sobre la aplicación de las normas. La primera de ellas es que el informe sobre el impacto de género de las medidas establecidas en la norma legal o reglamentaria, (en su caso convencional) se incorpora al expediente normativo y, en consecuencia, se configura como uno de “*motivos*” de adopción de la norma que pasa a constituir un elemento esencial para la interpretación de la misma.

¹³ Sobre las conexiones entre el trabajo a tiempo parcial y la discriminación por razón de género ver LOUSADA AROCHENA, F. CABEZA PEREIRO, J. “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Editorial Comares, Granada, 1999.

Conviene matizar que el valor como fuente interpretativa del informe sobre el impacto de género depende, en primer lugar, de si se ha realizado previamente una correcta evaluación del mismo o simplemente con la intención de cubrir un trámite formal, a veces con el objetivo de negar la existencia de impacto alguno. En segundo lugar dependerá de si, aún supuesta la corrección del informe, éste ha influido en el texto final de la norma, ya que se trata de un trámite preceptivo pero no vinculante.

Una segunda y más profunda consecuencia sobre la aplicación de las normas derivada de la integración por el legislativo de la dimensión de género como elemento a tener en cuenta en la elaboración normativa, llevaría a la conclusión de que éste está asumiendo la transversalidad como una finalidad buscada por todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico (incluidos los convenios colectivos), que, sin distinción alguna, se aplicarán desde la perspectiva de género. Mediante el reconocimiento normativo del principio de transversalidad de género, la totalidad del ordenamiento jurídico aparece impregnado del objetivo de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, de modo que, cada norma jurídica, ostentará la finalidad adicional de conseguir ese objetivo, o, dicho más sencillamente, todas y cada una de las normas jurídicas han de convertirse en mecanismo de consecución de la igualdad entre hombres y mujeres¹⁴.

En resumen, la adopción de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, significa que el objetivo de la igualdad de los sexos se convierte en “*espíritu y finalidad*” de todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico; este principio debe tenerse en consideración en todo momento, examinando no sólo lo asépticamente jurídico, sino, y como elemento básico de la interpretación, el resultado de la aplicación sobre la realidad del género, y esta voluntad del legislador que como establece el artículo 3, apartado 1, del Código

¹⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F. “Informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa” cit. pág. 3

Civil, constituye uno de los elementos de la hermenéutica jurídica.

Merece la pena poner finalmente de manifiesto que una correcta realización de los informes sobre impacto de género, constituiría una medida de esencial importancia preventiva en términos de tutela antidiscriminatoria ya que garantizaría que la norma, medida o decisión analizada, carecería de impacto adverso sobre un colectivo integrado esencialmente por personas de un mismo sexo, carente de justificación razonable, suficiente, objetiva y proporcional, ajena al sexo, es decir, que no sería una norma, decisión o medida indirectamente discriminatoria y por tanto, impugnabile.

Por lo que se refiere concretamente a **la función de la negociación colectiva como instrumento de tutela antidiscriminatoria**, es preciso comenzar señalando que en todos los Estados miembros de la UE, la negociación colectiva constituye el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales y, desde hace tiempo, se afirma, cada vez mas, como instrumento de garantía de los Derechos Fundamentales en el seno de la empresa¹⁵. Por ello, debería constituir un instrumento importante para la eliminación de la discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo, en tanto que este forma parte indiscutiblemente del elenco de derechos fundamentales.

La normativa comunitaria, en concreto la Directiva 2002/73/CEE (sobre igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo) que se analizará posteriormente, intenta conseguir la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en las empresas. Su Art.8 ter exige de los Estados miembros la adopción de

¹⁵ Ver por todos VVAA (Lousada Arochena y Movilla García coords.) *Derechos fundamentales y contrato de trabajo* Ed. Comares. Granada 1998.

medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre el empresariado y la representación de los/las trabajadores/as sobre la igualdad de trato a fin de promover su aplicación “...mediante, entre otros, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas”.

La Directiva hace especial hincapié en la negociación colectiva como instrumento de aplicación del principio de igualdad y se pide de los Estados miembros que alienten al empresariado a que aplique y fomente la igualdad en las empresas de forma planificada, sistemática y transversal.

Sin embargo, esas mismas normas comunitarias y los programas comunitarios de igualdad de oportunidades han demostrado sistemáticamente su desconfianza en el cumplimiento de esta función por parte de la negociación colectiva, considerando necesario, por el contrario, para garantizar una completa tutela antidiscriminatoria, el establecimiento de procedimientos suficientes y adecuados de control de adecuación de los convenios colectivos a la prohibición de discriminación por razón de género. El Art.3.2.b de la Directiva 2002/73/CEE obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias a fin de que puedan anularse las cláusulas convencionales contrarias al principio de igualdad.

Esta prevención sin duda encuentra su causa en el análisis de la realidad convencional que pone de manifiesto que en la mayor parte de los Estados miembros de la UE, los convenios colectivos, en lugar de convertirse en instrumento de tutela antidiscriminatoria, han constituido una de las fuentes de discriminación mas notables como demuestran bastantes de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la CE¹⁶.

¹⁶ Ver entre otras STJCEE A. Comisión contra Francia C.312/86 S. 25-octubre-1988; A. Enderby C. 127/92 S. 27-octubre-1993.

Para España, la Constitución española de 1978 y en concreto sus Arts. 7, 28 y 37, otorgan a la negociación colectiva una esencial función en la regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales. Desde ella, los convenios colectivos se conciben como instrumento adecuado para la introducción en la empresa de garantías de los derechos sociales que la propia Constitución reconoce, entre ellos el de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo (Art.14 CE). Así además lo vienen reconociendo los propios interlocutores sociales mediante los sucesivos acuerdos que anualmente se pactan para fijar los objetivos de la negociación colectiva; expresamente ya el Acuerdo sobre negociación colectiva 1998 señalaba en su Punto 3.6, que denomina Igualdad de Oportunidades que *“La negociación colectiva es una valiosa vía de actuación contra la discriminación por razón de sexo y un importante medio para mejorar la concreción de algunos principios y derechos, reconocidos en la legislación pero poco o nada desarrollados”*.

En términos similares se recoge el objetivo de eliminar la discriminación por razón de género y garantizar la igualdad de oportunidades, en los documentos conjuntos para la negociación colectiva firmados por UGT y CCOO en los años 1999 (Punto 5) y 2000 (Punto 5.4) y en el de 2001 (Punto 3.5) y en el ANC 2002.

Durante la vigencia del ANC 2002, los interlocutores sociales encargaron la realización de un estudio¹⁷ con el objetivo de analizar los posibles factores que dificultan la aplicación de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, incluso en momentos previos al acceso al empleo, identificar los obstáculos y destacar cuales pueden ser las prácticas adecuadas para fomentarlas, evaluando también la operatividad de la negociación colectiva a estos efectos. Dicho estudio ha llevado a que en el Acuerdo Inter-

¹⁷ *Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva* CCOO Cuadernos de Información Sindical, Madrid 2003.

confederal para la Negociación Colectiva firmado el 31 de enero 2003 y prorrogado para 2004, se establezcan una serie de objetivos a conseguir por los interlocutores sociales en su función negociadora.

Las partes sociales reconocen expresamente que fruto de este estudio, se han identificado como los principales problemas que tienen las mujeres hoy en el mercado de trabajo, los altos niveles de segregación laboral por sexos, la mayor temporalidad y la insuficiencia de servicios sociales de calidad y asequibles para la atención de los hijos y de las personas dependientes, junto con la persistencia de factores socioculturales y familiares que condicionan sus opciones formativas, de ocupación y de vida, dificultando su acceso al empleo, su permanencia en el mismo y su desarrollo profesional.

Aunque algunos de estos factores trascienden el ámbito de las relaciones laborales, reconocen expresamente que a través de la negociación colectiva y el diálogo social se puede realizar una importante contribución para modificar el actual escenario y avanzar en el objetivo de corregir las desigualdades que existen entre las condiciones laborales de hombres y mujeres. La negociación colectiva, entienden, debe contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, propiciando aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos que se oponen a la consecución de la equidad y, en su caso acudiendo a la inclusión de acciones positivas cuando se constate la existencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales.

Las consideraciones generales junto con las buenas prácticas que se compromete a difundir la Comisión de Seguimiento, tienen por objeto orientar sobre aquellos aspectos que pueden incidir positivamente en materia de acceso y permanencia de las mujeres en el empleo en condiciones de igualdad con los hombres y corregir aquellas prácticas que puedan constituir un obstáculo para la aplicación del dere-

cho a la igualdad de oportunidades que establecen las normas legales nacionales y comunitarias.

Las organizaciones firmantes consideran adecuados para su tratamiento por la negociación colectiva entre otros y como referidos a la materia que nos ocupa (empleo, contratación promoción y condiciones de trabajo), los siguientes criterios generales:

- La adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, que pueden incluirse como principio general o reproducirse en apartados concretos del convenio;
- La adecuación del contenido de los convenios colectivos a la normativa vigente o, en su caso, la mejora de la misma, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas.
- La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas;
- El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género;
- La eliminación de las denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones y tareas);
- La incorporación de medidas sobre jornada laboral, vacaciones, programación de la formación que permitan conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar;
- La evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades, a través del

seguimiento realizado por la Comisión Paritaria, que se dotará en su caso, del correspondiente asesoramiento. Si se considera oportuno tal tarea se delegará en comisiones de trabajo específicas.

Los análisis realizados sobre el nivel de cumplimiento real de estos objetivos por parte de la negociación colectiva en España en los últimos años¹⁸, ponen de manifiesto que aún queda mucho por hacer para conseguir los objetivos formalmente propuestos. De los mismos se puede deducir la existencia de diferentes posibles actuaciones convencionales en el tema que nos ocupa, reconducibles a cuatro grupos generales:

- 1º) Convenios que simplemente ignoran la existencia de mujeres en su ámbito de aplicación.

¹⁸ UGT, *La mujer en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1988; HERAS Y MURILLO *La mujer asalariada ante la negociación colectiva*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1992; PÉREZ DEL RÍO, FERNÁNDEZ LÓPEZ, DEL REY GUANTER, *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993; QUESADA SEGURA, R. *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1994; VVAA (coord. Secretaría de la Dona de CCOO-PV), *Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valenciá*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996; VVAA (coord. Pérez del Río), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997; VVAA (coord. De la Fuente Vázquez), *Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género*, Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 1998; VVAA (coord. De la Fuente Vázquez) *Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género*, Instituto Navarro de la Mujer, Pamplona, 1998; SECRETARÍA DE LA MUJER DE LA FEDERACIÓN SIDEROMETALÚRGICA DE CCOO, FOREM Y FUNDACIÓN PRIMERO DE MAYO, *Código de actuación para la aplicación neutra de las clasificaciones profesionales*, (Proyecto CODEX), FOREM, Madrid, 1999 que incluye en su Cuaderno nº3 un utilísimo manual para el estudio de convenios desde la perspectiva de género. ALONSO BRAVO et.al., *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León* Junta de Castilla y León 2001. BONINO COVAS Y ARAGÓN MEDINA *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre hombres y mujeres* MTAS, Madrid 2003; QUINTANILLA NAVARRO, B. Et. Alt. "Igualdad y no discriminación en función del género: Estudios específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso sexual" en *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa* (Escudero Rodríguez coord.gral.) Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, Capítulo V, págs. 679 ss. CES *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres* Informe 2/2003 Madrid 2004.

- 2º) Convenios que discriminan directa o indirectamente por razón de género;
- 3º) Convenios que con objetivos pedagógicos, meramente recuerdan la regulación legal de materias que afectan a la mujer y la prohibición de discriminación por razón de género;
- 4º) Convenios que adoptan medidas de acción positiva que tienden a eliminar la discriminación y restablecer la igualdad laboral entre hombres y mujeres.

En la realidad, estas conductas son predicables no del conjunto del convenio, sino de cada una de sus cláusulas o preceptos, por ello no es en absoluto excepcional que, en un mismo convenio, coexistan preceptos que discriminan con otros en los que se afirme tajantemente la prohibición de discriminación.

Por lo que se refiere al primero es decir, la invisibilidad por el convenio de la existencia de mujeres en su ámbito de aplicación, no es una característica exclusiva de la negociación colectiva ya que debido a la permanencia mas intensa de la tradicional asignación de roles sociales, y a la baja tasa de actividad laboral femenina española en comparación con otros países europeos, en general, las normas laborales y de Seguridad Social en España se han adoptado teniendo presente un modelo de destinatario: un trabajador de sexo masculino, español, de 18 a 50 años, con una formación adecuada a los requerimientos del mercado de trabajo, con contrato estable, que trabaja en el sector industrial y con absoluta disponibilidad para trabajar, es decir, sin responsabilidades familiares de ningún tipo.

Es necesario señalar que este destinatario tipo cada vez es menos frecuente: la incorporación al mercado de trabajo de colectivos diferentes como jóvenes, inmigrantes, perso-

nas con formación inadecuada, con contratos precarios y, por lo que aquí interesa, la cada vez mas intensa e imparabla integración de la mujer en el mercado de trabajo, debe hacer recapacitar y modificar posturas a los interlocutores sociales y sobre todo a los sindicatos si quieren seguir teniendo un papel que jugar en la sociedad.

Evidentemente, el segundo tipo de conducta convencional, constituye una violación del principio de legalidad al que está sometida la negociación colectiva. Como ya se ha señalado, la discriminación por razón de género está prohibida tanto normativa como constitucionalmente, y por ello, cualquier cláusula discriminatoria es nula y debe desaparecer del ordenamiento jurídico (Art.17 ET), pero ello plantea problemas de formación y conocimiento por parte de los negociadores sobre el significado de conceptos clave en la tutela antidiscriminatoria como los de discriminación indirecta y acción positiva ya que mal se puede hacer desaparecer una situación de discriminación ilegal cuya existencia se desconoce o no se sabe detectar.

De otro lado la existencia de cláusulas discriminatorias en los convenios colectivos en vigor, aunque como se ha dicho sean residuales, demuestra la ineficacia del sistema de control de legalidad de los convenios establecido en el Art.90.5 ET, lo que además constituye un incumplimiento de las obligaciones comunitariamente impuestas al respecto que exigen el establecimiento de procedimientos eficaces y adecuados de tutela antidiscriminatoria en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Por lo que se refiere al tercer tipo de actuación, la denominada actuación pedagógica del convenio, a través de la cual este asume como objetivo advertir o recordar a sus destinatarios que la discriminación por razón de género está prohibida e incluso reiterar la regulación antidiscriminatoria y de igualdad de oportunidades contenida en la norma heterónoma, no es en absoluto superflua ni ineficaz. Tiene una

eficacia mas psicológica que estrictamente jurídica ya que las disposiciones que recoge deberían aplicarse consten o no en el convenio colectivo pero, probablemente, el hecho de que consten en el mismo, facilita e impulsa su aplicación real al facilitar un mejor conocimiento de sus derechos por parte de los destinatarios.

Plantea sin embargo un doble tipo de problemas: las partes pueden llegar a pensar que, mediante su mera afirmación convencional, se ha restablecido la igualdad laboral entre hombres y mujeres, lo que en absoluto es cierto ya que no basta con afirmar los derechos, es necesario garantizar su aplicación e incluso avanzar en la medida de lo posible en su mejora, concreción y desarrollo.

En segundo lugar, cuando se opta por repetir lo dispuesto en normas heterónomas, es necesario que la negociación colectiva presente la suficiente agilidad y dinamicidad para incorporar las modificaciones y progresos que en las mismas se produzcan de forma inmediata ya que de otro modo, se pueden producir efectos contrarios a los perseguidos: la perpetuación en los convenios de regulaciones menos favorables que las legalmente establecidas, creando en los destinatarios la duda y la inseguridad jurídica sobre cual sea en realidad el alcance de sus derechos. Es de tener en consideración a este respecto que la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto que entre las características mas notables de la negociación colectiva española está la inercia; nuestro modelo negocial resulta excesivamente estático con escasas capacidades de adaptación a los cambios.

Por lo que se refiere al último tipo de actuación convencional posible, la asunción por el convenio de una función reguladora que impulse la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres y tutele de manera eficaz frente a la discriminación por razón de género, el convenio puede mejorar la regulación estatal, concre-

tarla, desarrollarla y complementarla, garantizando su aplicación real en las empresas, objetivo nada novedoso en tanto la mejora de la regulación legal es la función generalmente atribuida al convenio colectivo.

2. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

2.1. Introducción y tratamiento normativo

Para una mejor comprensión del problema que se analiza creo necesario partir de una afirmación previa y difícilmente rebatible: en una sociedad capitalista de mercado, la posición social de cada ciudadano/a viene determinada por su posición en el mercado de trabajo. Esta posición incide directamente en el nivel de libertad y autosuficiencia que cada miembro de la ciudadanía posee. En definitiva determina la posibilidad real de disfrutar y ejercitar otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la educación y la formación, a una vivienda digna etc. Sin duda la peor situación en la que una persona se puede encontrar es la de excluida del mercado de trabajo porque ello frecuentemente determina su situación de exclusión social. Por ello, la igualdad de oportunidades en el empleo constituye uno de los instrumentos esenciales para garantizar un igual disfrute de los derechos fundamentales, al tiempo que se convierte en una garantía de protección contra la exclusión social.

Una segunda afirmación de la que es necesario partir y que viene corroborada estadísticamente es que la mayoría de las mujeres españolas están excluidas del mercado de trabajo.

Los datos publicados recientemente por el CES¹⁹ ponen de manifiesto que España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina, 45,8% (en comparación con la tasa masculina de 68,2%) encontrándose aún muy lejos de los objetivos fijados en la Estrategia de Lisboa para 2010, establecida en una tasa de actividad femenina del 60%²⁰. La tasa de paro femenina sigue doblando la masculina (14,6% frente a 7,8%) y la de temporalidad sigue siendo mas de cinco puntos porcentuales superior (35,6% frente a 31,1%).

En resumen, la situación estadísticamente constatada dista mucho de ser compatible con la exigencia constitucional de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género en el empleo.

Las causas de esta situación son de carácter socio cultural pero también de tipo normativo. Aun reconociendo que la norma laboral no es la panacea que por si misma pueda eliminar la situación discriminatoria, está demostrado que puede constituir un instrumento de primer orden para conseguirlo. Pero tampoco es suficiente que la norma jurídica sea técnicamente buena (que como veremos en España por el momento no lo es); es necesario además que los operadores jurídicos la conozcan en todo su alcance y significación y asuman la voluntad y el compromiso de aplicarla y controlar y garantizar su respeto y aplicación.

Por lo que respecta a la propia norma, hemos de comenzar señalando que el conjunto normativo que regula la prohibición de discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo es amplio y complejo: puesto que se trata de una de las manifestaciones de un derecho fundamental, según establece la propia Constitución, debe interpretarse de acuerdo con las normas internacionales adoptadas en la materia y en este ámbito la normativa

¹⁹ *Panorama sociolaboral de la mujer en España* N° 40 Segundo trimestre 2005.

²⁰ Resumen del Informe sobre *El empleo en Europa 2004*.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/sep/eie2004_en.html

Comunitaria es muy amplia²¹ y, a la vista de la realidad estadísticamente constada, insuficientemente conocida por nuestros operadores/as jurídicos. Ello debe unirse a que el ordenamiento español se ha encontrado en situación de incumplimiento total o parcial de estas normas durante mucho tiempo.

La norma comunitaria de referencia en la materia que en esta parte del trabajo nos ocupa, es la D/2002/73/CE que modifica la D/706/207/CEE, 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, Directiva que no ha sido aún traspuesta a nuestro ordenamiento.

Hasta el año 2002 en que ha sido reformada, la Directiva 1976/207/CE ha venido sirviendo como marco general de regulación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, o si se quiere como cajón de sastre que el Tribunal de Justicia ha utilizado sistemáticamente ante conflictos de carácter discriminatorio en cualquier materia no incluida en el ámbito de aplicación de otras directivas sobre prohibición de discriminación por razón de sexo.

La necesidad de reformarla era evidente y se pone de manifiesto en la amplia Exposición de Motivos de la propuesta presentada con esa finalidad por la Comisión, que comienza señalando que entre los muchos cambios que se han pro-

²¹ El acervo comunitario en esta materia está integrado por lo que se refiere al Derecho originario, y en concreto al Tratado por el que se instituye una Constitución por Europa, por los Arts.1.2 (Valores de la Unión), Art.1.3.3 (Objetivos de la Unión) Art. II.21 (no discriminación), Art. II.23 (igualdad entre hombres y mujeres), Art.II.33 (conciliación de vida profesional y familiar), Art.II.2 (principio de transversalidad de género), Art. III.8 (acción positiva), Art.III.104 (igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y el trabajo) entre otros que tratan el tema de forma indirecta y con el objeto de garantizar los derechos reconocidos (Art. II.52., Alcance e interpretación de los derechos y principios). Por lo que se refiere al Derecho derivado, por la D/1976/207/CEE y la D/2002/73/CEE de reforma de la anterior sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación, promoción profesionales y condiciones de trabajo.

ducido en el ámbito comunitario, sobre todo a partir de la década de los ochenta, el más importante es que la igualdad de trato entre hombres y mujeres, que había comenzado siendo un medio para prevenir la distorsión de la competencia, en la actualidad constituye un objetivo comunitario explícito de primer orden, establecido en los Art.2 y 3 del TCE e incluso en un derecho fundamental comunitario como ha señalado la jurisprudencia del TJCE²², cuestión a la que se refiere expresamente la Comisión en los siguientes términos: “*Estas modificaciones del Tratado constituyen una incorporación explícita de la afirmación del Tribunal de que la eliminación de la discriminación por razón de sexo, forma parte de los derechos fundamentales (Sentencia 15-6-1978 A. Deffrenne III 149/77, apartado 27)*”.

Como ya se ha señalado, esta Directiva hace referencia a la “*transversalidad de género*”. En concreto, señala que “*En todas sus actividades, la Comunidad se fijará como objetivo el de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*”.

El objetivo general de la Directiva es dotar de coherencia al derecho derivado, incorporando la doctrina jurisprudencial comunitaria en materias tales como los esenciales conceptos de discriminación indirecta y acción positiva, dotando a los derechos reconocidos de instrumentos adecuados y eficaces de garantía, por ejemplo, la obligación de crear organismos independientes para la promoción de la igualdad de trato en el empleo y de mejorar los procedimientos de tutela judicial y extrajudicial.

²² A. Johnston C. 222/84 S.TJCE 15-mayo-1986 y A. Drake C.150/85 S.TJCE 24-junio-1986. ROCELLA, M. “La significación y el alcance de la Directiva sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo” en AAVV (Cruz Villalón, J. coord..) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario laboral* Aranzadi, Pamplona, 1997 págs. 189 ss. PÉREZ DEL RÍO, T. “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario” en Cuadernos de Derecho Judicial, número monográfico sobre *Derechos laborales y colectivos en Derecho Comunitario* CGPJ, Madrid 1997.

La Directiva afirma en su Art.1 que su objetivo es garantizar la aplicación en los Estados miembros *“del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo....”*.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el alcance del concepto de condiciones de trabajo recogido en los Arts.1.1 y 5.1 de la D/1976/207/CEE. Ha señalado que debe ser interpretado en sentido amplio, de tal manera que se entiende incluido en él todo tipo de condiciones de acceso, formación, promoción y desde luego, extinción de la relación laboral.

Por lo que respecta a al acceso al empleo, el Tribunal establece que la prohibición de discriminación afecta también a las ofertas de empleo²³. Entiende incluido en el concepto de despido, todo tipo de cese o terminación del contrato, cualquiera que sea su denominación e incluida la extinción por mutuo acuerdo²⁴.

Acogiendo esta amplia interpretación jurisprudencial, la D/2002/73/CEE dota de una nueva redacción del Art.3, precepto dedicado a regular el ámbito de aplicación de la Directiva, que pasa a señalar:

“1. La aplicación del principio de igualdad de trato, significa que no habrá ninguna discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector

²³ A. Comisión v. República Federal de Alemania C. 248/83 S.21-mayo-1985, A. Drachmphael C.180/95 de 22-abril-1997.

²⁴ A. Burton C. 19/81 S.16-febrero-1981.

de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior, reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la D/75/117/CEE;

d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.”

Como se puede comprobar, en la reforma se aportan dos novedades relativamente importantes: la inclusión en el ámbito de aplicación del trabajo por cuenta propia (Art.1.a) y la afiliación y participación en organizaciones profesionales (Art.1.d).

Es necesario señalar que sobre el principio de que ningún derecho existe en la realidad si no existen procedimientos suficientemente adecuados de tutela que garanticen su aplicación y sancionen su violación, el Art.6 de la D/1976/207/CEE imponía a los Estados miembros la obligación de introducir en sus legislaciones las disposiciones necesarias para que toda persona que se estimase lesionada en materia de igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo por razón de sexo, pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.

El TJCE en interpretación de esta norma ha señalado²⁵ que de la Directiva deriva para los Estados miembros la obliga-

²⁵ A. Colson-Kamann C.14/83 S.10-abril-1984; A. Harz C.79/83 S. 10-abril-1984; A.Dekker C.117/88 S.8-noviembre-1990.

ción de sancionar la violación de este principio, aunque no necesariamente con la imposición al empresario de la obligación de contratar, promocionar o readmitir al candidato o candidata discriminados. Ahora bien, si un Estado decide sancionar mediante la fijación de una indemnización, esta, en todo caso, para asegurar su efecto disuasorio, debe ser adecuada en relación a los perjuicios sufridos y en ninguna manera meramente simbólica. Reitera que la discriminación en las condiciones de trabajo debe ser sancionada por los Estados miembros y añade que si a modo de sanción un Estado miembro ha optado por una reparación de los perjuicios sufridos en forma de indemnización, los Arts.2.1 y 3.1 de la Directiva se oponen a que la legislación nacional exija, para su percepción por la persona discriminada la demostración de la existencia de una conducta culpable: la simple constatación de la violación de la prohibición de discriminar, debe resultar suficiente para desencadenar la responsabilidad del autor o autora de la discriminación²⁶.

Por lo que se refiere a garantías, el Art.3.2 de la D/2002/73/CEE establece que “...*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que: b) se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales*”.

La incorporación de la jurisprudencia establecida por el TJCE en materia de tutela del derecho a la igualdad en las condiciones de trabajo al texto de la Directiva, se realiza mediante una nueva redacción del Art.6 que establece:

“1. Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y/o administrativos, incluidos, cuan-

²⁶ A. Drachmphael C.180/95 de 22-abril-1997.

do lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación.....en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

2. Los Estados miembros introducirán en sus ordenamiento jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación real y efectiva, según determinen los Estados miembros, por el perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al Art.3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el reclamante como resultado de la discriminación ...sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.

La nueva Directiva mejora además el sistema de protección frente a la adopción de represalias al señalar en su Art.7 “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores.....contra el despido o cualquier otro trato desfavorable practicado por el empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.*

Por lo que se refiere a las sanciones, el nuevo Art.8 quinto exige de los Estados miembros que establezcan el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales en materia antidiscriminatoria y adopten todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Añade que “*Las sanciones que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionales y disuasorias”.*

La introducción de un nuevo Art.8.bis en la D/2002/73/CEE tiene por objetivo la promoción institucional del principio de igualdad y establece la obligación de los Estados miembros de “...designar uno o mas organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato”. Dichos organismos pueden ser de carácter específico, es decir exclusivamente dedicados a la promoción del principio de igualdad de trato sin discriminación por razón de género, o pueden formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos. Entre las competencias de estos organismos deben figurar la de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación para tramitar sus reclamaciones, sin perjuicio de que, como se señala en el Art.6.3 además pueden actuar por representación o como coadyuvantes de aquellas en los procedimientos judiciales de tutela, realizar estudios, publicar informes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación.

En el Art.8 quater se exige de los Estados miembros que fomenten el diálogo con las organizaciones no gubernamentales que tengan un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por razón de género y la promoción del principio de igualdad de trato.

La implicación de los interlocutores sociales en la implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres se trata de conseguir mediante la introducción de un nuevo Art.8 ter que exige de los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre empresarios y representantes de los trabajadores sobre la igualdad de trato a fin de promover su aplicación “...mediante, entre otros, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas”.

Se hace especial hincapié en la negociación colectiva como instrumento de aplicación del principio de igualdad y se pide de los Estados miembros que alienten a los empresarios a que apliquen y fomenten la igualdad en las empresas de forma planificada y sistemática; se señala como instrumento para conseguirlo la presentación a los representantes del personal, con una periodicidad adecuada, de información adecuada sobre la situación real de hombres y mujeres en las empresas, información que debería incluir estadísticas sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización, así como la propuesta de medidas para mejorar la situación constatada, determinadas en cooperación con los representantes del personal.

En definitiva, la nueva Directiva recoge una serie de medidas ordenadas a la mejora de la efectividad de los procedimientos de garantía y tutela que han venido siendo reclamadas desde hace tiempo por la doctrina y en alguna forma exigidas por la jurisprudencia del TJCE.

Por lo que se refiere a la regulación de la igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en el **ordenamiento español**, a parte de los preceptos constitucionales que se refieren a la igualdad de trato y prohíben la discriminación por razón de sexo (Arts.14, 9.2 y 35 CE), la normativa interna en esta materia se reduce al genérico Art.17 ET que establece

“1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresariocuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo.....

Serán igualmente nulas las decisiones del empleador que supongan un trato desfavorable de los trabajadores, como

reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación

2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo.

Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido”.

Resulta obvia la obsolescencia e inadecuación, del Art.17 ET que, a pesar de las múltiples reformas experimentadas por otros preceptos menos importantes del Estatuto de los Trabajadores, había permanecido intacto desde 1980 hasta la reciente Ley 62/2003 de 30 de diciembre, que, lamentablemente, no lo ha mejorado apenas. Podría señalarse por el contrario que lo ha convertido en aún mas farragoso de lo que anteriormente era. Incluso en una primera lectura podría parecer inconstitucional ya que la prohibición de la adopción de *discriminaciones favorables por circunstancias de sexo* podría entenderse referida a las medidas de **acción positiva**, lo que no sería compatible con la interpretación del Art.14 y 9.2 CE que realiza el Tribunal Constitucional, que, expresamente, no solo las entiende compatibles con la prohibición de discriminación, sino exigibles en un Estado Social de Derecho. La

doctrina ha venido entendiendo que la citada referencia debe entenderse realizada a las denominadas **normas protectoras**, a las que declara incompatibles con la prohibición de discriminación por razón de género, como también lo hace nuestro Tribunal Constitucional y el TJCE. Además sigue faltando en este precepto la definición normativa de los conceptos de discriminación indirecta (al que en el precepto se hace referencia) y de acción positiva, absolutamente necesarios para una correcta comprensión del significado completo y correcto de la discriminación prohibida.

Este artículo es concretado por dos preceptos estatutarios, el Art.22.4 ET que señala: *“Los criterios de definición de las categorías o grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”* y el Art.24.2 ET que establece que *“Los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”*.

Del primero se deriva la exigencia de eliminar en las clasificaciones convencionales la frecuente referencia al género que aparecía en la definición de los puestos de trabajo tradicionalmente desarrollados por mujeres (del tipo *limpiadora, secretaria, cosedora, planchadora, enfermera, camarera de pisos*), referencia que normalmente venía acompañada de discriminaciones retributivas tanto directas como indirectas. Sobre este tema volveremos en la parte siguiente.

El segundo prohíbe la exigencia de requisitos diferentes para el ascenso y promoción profesional en función del sexo (discriminación directa) o de criterios que aún siendo exigidos por igual a candidatos de ambos sexos, perjudiquen de manera significativa a un colectivo integrado mayoritariamente por personas de un sexo determinado y carezcan de justificación razonable, por ejemplo titulaciones innecesarias, que posean con mayor frecuencia las personas pertenecientes a un sexo determinado (discriminación indirecta)²⁷.

²⁷ Asunto FASA Renault STS 4-5-2000.

A estos preceptos ha de añadirse el Art.16.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social que califica de infracción muy grave del ordenamiento jurídico social *“Establecer condiciones mediante la publicidad difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de ...sexo...”* lo que viene a unir el ámbito del acceso al empleo a las condiciones de trabajo respecto de las cuales está prohibida la discriminación.

Por lo que se refiere a la tutela antidiscriminatoria y a la sanción de la discriminación en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo el Art.8.12 de la LISOS califica de infracción muy grave del ordenamiento social en materia de relaciones laborales *“Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas.. favorables o adversas en materia de retribuciones, jornada, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo.....así como 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 judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.

El procedimiento adecuado para solicitar la tutela judicial frente a la violación del derecho a la igualdad es, según establece el Art.181 de la LPL, el de Tutela de Derechos Fundamentales regulado en el Art.175 ss. LPL, que también ha sido modificado por la Ley 62/2003 y queda redactado en la siguiente forma *“Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso.....se tramitarán conforme a las disposiciones contenidas en el presente capítulo...”*. Este procedimiento cuenta con algunos de los instrumentos que se consideran adecuados para garantizar la tutela antidiscriminatoria como la inversión de la carga de la prueba Art.96 LPL y con la posibilidad de utilización de la

prueba de asesores expertos Art.95.3 LPL pero carece, entre otros²⁸ de uno de importancia crucial como la extensión de la legitimación activa a los organismos promocionales de la igualdad a que hace referencia la D/2002/73.

En conclusión la normativa española en tema de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo/género en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo sigue siendo insuficiente en comparación con lo establecido en la D/2002/73/CEE lo que, como se señaló en la introducción, hace necesaria su trasposición clara y completa en los términos exigidos por la jurisprudencia comunitaria²⁹.

Ha debido ser el Tribunal Constitucional el cubriese mediante su jurisprudencia estas carencias normativas, al menos en parte. Su labor interpretativa, realizada sobre la base de los Arts. 14 y 9.2 CE, ha tenido por objetivo concretar, de un lado, el alcance y significado de la prohibición de discriminación y, de otro, el concepto de condiciones de trabajo a que tal prohibición debe ser aplicada. Respecto del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación, una de las características más reseñables de la jurisprudencia del TJCEE es la amplitud que otorga al significado del concepto condiciones de trabajo. En los mismos términos el TC español realiza una interpretación extensiva del concepto entre otras en la STC 229/1992 en la que, obiter dicta, el Tribunal afirma que el principio de no discriminación, afecta al acceso al empleo y a la contratación. Ya en STC 94/1984 había señalado que también el periodo de prueba entraba en el ámbito de aplicación del mismo. Por lo que respecta al mantenimiento del empleo, es decir, al principio de estabilidad del contrato, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en materia

²⁸ Ver al respecto LOUSADA AROCHENA, F., "Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en las directivas sobre discriminación por razón de sexo", *Revista Española de Derecho del Trabajo* (Cívitas), Nº 98, 1999.

²⁹ En el mismo sentido LOUSADA AROCHENA, F. "El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (Un comentario de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002)", *Relaciones Laborales*, número 22, 2003.

de extinción y prórroga de contratos de trabajo de carácter temporal; en la STC 173/1994, señala que “...*la negativa a renovar o prorrogar un contrato o a contratar, es jurídicamente relevante desde el momento en que ha quedado probado que ha sido un motivo discriminatorio y, por tanto, prohibido, el que ha impedido la reanudación de la relación laboral...*” declarando el derecho de la demandante a la prórroga del contrato por un nuevo periodo igual al de la duración del contrato inicial, o a recibir una indemnización igual a la cuantía de los salarios que debió percibir durante ese tiempo.

En definitiva, en general, nuestro Tribunal Constitucional ha venido adoptando una postura de defensa activa del derecho fundamental a la igualdad, intentando dotar de todo el alcance posible el significado de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo. Lamentablemente no se puede decir lo mismo de los Tribunales inferiores, en concreto del Tribunal Supremo y un ejemplo de su desacertada doctrina en la materia que nos ocupa es la STJCE, A. Merino Gómez, C-342/2001 de 18 de marzo de 2004 sobre compatibilidad del derecho a vacaciones y suspensión por maternidad³⁰.

Desde hace ya tiempo, viene existiendo un arduo debate entre la doctrina y jurisprudencia españolas sobre si la trabajadora cuya situación de suspensión por maternidad coincide con el periodo de vacaciones fijado en convenio o acuerdo colectivo, tiene derecho a disfrutarlas en periodo distinto.

En opinión mayoritaria de la doctrina³¹, tanto el Art.6.2 del Convenio nº132 OIT como la D/76/207/CEE y la

³⁰ Ver un comentario de esta sentencia en PÉREZ DEL RIO, T. “Suspensión por maternidad y derecho a vacaciones: (Comentario a la S.TJCEE de 18-3-2004 A. Merino Gómez)”. Revista de Derecho Social nº27 2004.

³¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “La aplicación de la Directiva 92/85 en España” en VVAA *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario laboral* (Coordinador General Cruz Villalón), J. Aranzadi Pamplona 1997 págs. 274-276; GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La protección por maternidad* Tirant Monografías, Valencia 1997 págs.93 ss.; ARGÜELLES BLANCO, A.R. *La protección de intereses familiares en el*

D/92/85/CE, conducirían a una respuesta afirmativa de esta cuestión; partiendo de la base de que el objetivo de las vacaciones y el de la suspensión por maternidad son diversos, puesto que el de las vacaciones sería garantizar el derecho al descanso reparador anual mientras que el del derecho a la suspensión por maternidad consistiría en garantizar la recuperación de la salud de la trabajadora madre (durante las primeras seis semanas del periodo establecido en el Art.48.4 ET), y posteriormente, el cuidado de la nueva criatura (las siguientes diez que la madre puede ceder al padre total o parcialmente según este mismo precepto), y ambos constituyen derechos derivados del contrato de trabajo, ambos resultan perfectamente compatibles y han de ser garantizados, de tal forma que una solución contraria debía entenderse discriminatoria por razón de sexo.

Sin embargo esta no ha sido la posición mantenida por el Tribunal Supremo³² según cuya interpretación, nos encontraríamos ante un supuesto de caso fortuito que impide imputar al empleador responsabilidad alguna al respecto y por tanto mantiene la postura contraria a la manifestada por la doctrina mayoritaria.

Como se puede deducir, la postura sostenida por el TS, tiene un doble orden de efectos perjudiciales para la madre: además de a la pérdida del derecho a vacaciones de la trabajadora en situación de suspensión por maternidad, conduce a que no sea posible la reclamación del salario de vacaciones, es decir, del importe en metálico de las vacaciones no disfrutadas, teniendo la trabajadora solo derecho a percibir la prestación de suspensión por

ordenamiento laboral Tirant lo Blanch Valencia 1998 págs. 86-87; LOUSADA AROCHENA, F. "La incidencia de los incrementos de salario sobre las prestaciones de maternidad (A propósito de la Sentencia de 13.2.1996. Caso Gillespie, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)", *Social Mes a Mes*, nº 18, 1996, también publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo X, 1997 págs. 337 ss. Del mismo autor *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora* IM-MTAS Nº76 Serie Estudios, Madrid 2002, pág. 74.

³² Ver entre otras Ss.TS 30-11-1995 (TOL 235459) y 27-6-1996 (TOL 236517).

maternidad (en caso de que cumpla los requisitos para ello). Se origina por tanto un lucro emergente para el empresario que se ve liberado de la obligación de pagar la retribución de un periodo en el que originariamente tampoco debería percibir servicios. Por el contrario, la trabajadora, que tiene derecho a vacaciones pagadas, pierde el derecho a disfrutarlas y a percibir el salario que le correspondería durante las mismas pues por prescripción legal estas han de ser retribuidas. Obviamente no parece una solución muy equitativa ya que el empresario se ve doblemente beneficiado por ella y la trabajadora doblemente perjudicada.

La Sentencia del Tribunal de Justicia viene a confirmar la corrección de la postura mayoritariamente sostenida por la doctrina laboralista española. En base, entre otros preceptos, al Art. 2.1 de la Directiva 76/207 que establece: *“El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar”* y al Art. 5.1 que añade: *“La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo”* el TJCEE concluye en su sentencia que *“.....el artículo 5, apartado 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 empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el periodo de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla”*.

Este ejemplo, entre otros que se podrían traer a colación, pone de manifiesto que la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo (que de otro lado ha merecido en ocasiones señaladas la censura del propio TC), no solo demuestra una sensibilidad insuficiente en temas relacionados con la discriminación por razón de género, sino que, a veces, resulta abiertamente contraria a la normativa y jurisprudencia comunitaria en la materia.

Hasta aquí hemos hablado de tutela antidiscriminatoria, íntimamente relacionada con el principio de igualdad formal recogido en el Art.14 CE pero existe una segunda vertiente relacionada con el principio de igualdad real del Art.9.2 de nuestra Constitución. Me estoy refiriendo a la adopción de medidas de acción positiva para incentivar el acceso al empleo de las mujeres en condiciones de igualdad de oportunidades, y en esta materia resulta relevante hacer referencia al IV Plan de Igualdad de Oportunidades para las mujeres 2003/2006.

Este Plan que teóricamente tiene por objetivo incentivar la contratación estable de mujeres, hace especial hincapié en la adopción de medidas relacionadas con la formación, es decir, con la empleabilidad femenina.

En concreto, se propone:

- fomentar e incentivar la impartición de cursos de formación para mujeres en los nuevos sectores de empleo (nuevos yacimientos de empleo) especialmente las mujeres jóvenes, las mayores de 45 años y las mujeres con discapacidad;
- impulsar medidas dirigidas a favorecer el acceso de mujeres al empleo en sectores donde se encuentran subrepresentadas;
- colaborar con los agentes sociales y económicos para que en sus planes de formación permanente introduzcan estrategias de negociación que permitan la promoción de

la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los convenios colectivos y crear una bolsa de trabajo en internet para el intercambio de ofertas y demandas de empleo para las mujeres.

Sin ser rechazables, es obvio que estas medidas son insuficientes; está demostrado que incluso la mejor formación no garantiza el acceso al empleo de las mujeres en condiciones de igualdad de oportunidades. Es hora de probar otras medidas diferentes como, por ejemplo, la introducción de las denominadas **cláusulas sociales**, cuyo objetivo es condicionar la contratación de obras, suministros o servicios públicos con empresas privadas, al análisis de la situación de las mujeres en sus plantillas, a que esta situación no se demuestre discriminatoria y, de ser así, a la adopción de medidas de acción positiva tendentes a superar dicha situación. Este tipo de cláusulas sociales se han mostrado mucho más eficaces en los países en los que se han experimentado que la mera incentivación económica a la contratación de mujeres.

El Área Nº3 del Plan asume como objetivo impulsar la participación de las mujeres en la toma de decisiones. Para conseguir este objetivo se propone incentivar la adopción de medidas de acción positiva que tengan por objetivo garantizar la igualdad de acceso y la plena participación de las mujeres en las estructuras de poder y de toma de decisiones en todos los ámbitos sociales económicos y culturales, entre otras:

- investigar sobre las causas que impiden o dificultan el acceso de las mujeres a los puestos de decisión en los diferentes ámbitos;
- fomentar la promoción profesional de las mujeres en las Administraciones Públicas;
- impulsar la carrera docente de las mujeres en la Universidad mediante ayudas a la realización de trabajos de investigación;

- impulsar la presencia equilibrada de ambos sexos en los tribunales de selección y promoción de la Administración, incluidos los referentes a la docencia;
- promover que los agentes sociales y económicos fomenten una mayor participación de las mujeres en sus órganos de decisión;
- fomentar una participación igualitaria de hombres y mujeres en la elaboración de las plataformas y en las mesas de negociación de convenios colectivos.

En otras palabras, se trata de fomentar, impulsar, promover pero no de garantizar; en absoluto se propone la adopción de medidas de discriminación positiva como las que hace tiempo llevan aplicándose en las administraciones públicas de Estados miembros de la UE como Alemania o Austria, sobre cuya compatibilidad con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación ha sido testada por el TJCEE³³. Permítasenos dudar por el momento de la eficacia de este tipo de medidas para conseguir el objetivo propuesto.

Finalmente y en este ámbito nacional cabría hacer referencia a la adopción por el Consejo de Ministros en su reunión del día 8 de octubre del Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España (PNAE 2004)³⁴. El PNAE 2004 se formula en un contexto de transición en el que se combinan elementos de continuidad, en tanto que se ha mantenido la política de empleo diseñada por el anterior Gobierno, y de cambio, ya que existe un compromiso con los interlocutores sociales de reorientar determinados aspectos de la política económica y de empleo, para cumplir los objetivos de la estrategia europea de empleo.

³³ Ver entre otros A. Kalanke C. 450/93S. 17-octubre-1995; A. Comisión v. Francia C.312/86 S. 25-10-1988; A. Marschall C.409/95 S.11-noviembre-1997; A. Badeck C.158/97 S.28-febrero-2000.

³⁴ <http://www.mtas.es/empleo/planemp/PNAEcastellano.pdf>

El aumento del empleo es una prioridad absoluta de la estrategia europea de empleo y España tiene un interés especial en que este objetivo se mantenga y potencie, ya que el insuficiente volumen de empleo es uno de los problemas clave del mercado de trabajo español. Es obvio que este problema afecta de forma especial a las mujeres. El PNAE 2004 incorpora, por vez primera, unos objetivos en términos de las tasas de empleo a alcanzar en 2005. Teniendo en cuenta la situación específica del mercado laboral español, y a partir de los datos correspondientes a las proyecciones de población, de unos incrementos del PIB en línea con la evolución de los últimos años y de unos incrementos del empleo similares a los alcanzados en los últimos cuatro años, se asume como objetivo para 2005 la consecución de una tasa de empleo global del 61,1% y una tasa de empleo femenino del 48,5%

El Gobierno y los interlocutores sociales están de acuerdo en el objetivo de crear más y mejores empleos, para ello los incentivos que se apliquen irán dirigidos al fomento del empleo estable y de calidad, mientras que las medidas que desarrolle la política de formación de parados y desocupados buscarán una mayor empleabilidad de los trabajadores.

Otros objetivos asumidos en el Plan se refieren a los servicios de guardería, cuya extensión es una condición imprescindible para favorecer el empleo en general y el de las mujeres en particular. España ya supera el objetivo fijado para 2010 en el caso de los niños entre 3 y 6 años, que era del 90%, ya que se encuentra por encima del 98%. En lo relativo a los niños de 0 a 3 años, el objetivo fijado para 2010 es del 33%: el Gobierno español asume este objetivo partiendo de una cobertura actual del 12,1%, aunque con grandes diferencias territoriales.

Entre las prioridades del Plan, cuya realización se liga con el desarrollo y los resultados del diálogo social, se cuentan la reducción de las distancias existentes en la situación labo-

ral de las mujeres en España en relación a la de los varones. Muchas de las medidas contempladas en el PNAE 2004 van a afectar de forma determinante a las mujeres, por ejemplo el fomento del autoempleo empresarial favoreciendo el acceso a la financiación mediante la reducción de costes financieros. Asimismo, se facilitará la capitalización de las prestaciones por desempleo. También afectará de forma específica a las mujeres la incentivación de la utilización del contrato a tiempo parcial de carácter indefinido, en el marco del diálogo social, el incremento de la participación de las personas poco cualificadas en actividades de formación. De forma clara y expresa se propone el Plan reforzar la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el cumplimiento de la normativa en materia de discriminación por razón de sexo.

Por lo que se refiere al Programa de Fomento del Empleo recogido en la Ley 62/2003, enmarcado asimismo en los objetivos fijados por la Política Comunitaria de Empleo y siguiendo las directrices marcadas por el mismo, recoge diversos incentivos a la contratación de colectivos con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, entre ellos y con especial intensidad, el femenino.

Entre los colectivos cuya contratación se incentiva, se encuentran:

- mujeres desempleadas entre 16 y 45 años,
- mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones masculinizadas y
- mujeres desempleadas inscritas en las oficinas públicas de empleo que sean contratadas en los 24 meses siguientes a la fechas del parto
- mujeres que hayan sido víctimas de violencia doméstica.

También se señala que *“Los contratos de trabajo de carácter indefinido o de duración determinada o temporales, de las mujeres trabajadoras, que sean suspendidos por maternidad o por excedencia para el cuidado de hijos, así como la conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, darán derecho a las bonificaciones establecidas en el presente artículo, cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto, siempre que esta se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor de esta disposición. Las cooperativas y las sociedades laborales tendrán derecho a las citadas bonificaciones respecto de sus socias trabajadoras o de trabajo, con vínculo de carácter indefinido.....”*

Respecto de la cuantía concreta de las bonificaciones ha de señalarse que la de mayor entidad es la establecida para la contratación de mujeres desempleadas que lo sean en los veinticuatro meses siguientes al parto, caso en que la subvención prevista ascenderá al 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes

Cuando las contrataciones bonificadas para el resto de los colectivos con problemas de inserción profesional contemplados en la norma (mayores de 45 años, parados de larga duración etc) se realicen a tiempo completo con mujeres desempleadas, las bonificaciones se incrementarán en diez puntos.

Aunque algunas de las medidas adoptadas se podrían calificar de novedosas y para determinar su efectividad real deberemos esperar, otras vienen siendo adoptadas ya en anteriores programas y sus escasos resultados han sido puestos de manifiesto estadísticamente. En nuestra opinión resulta muy acertada la postura manifestada al respecto por el Consejo Económico y Social³⁵ que considera

³⁵ Segundo informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española Informe 3/2003, Madrid 2004.

mucho mas efectivas y necesarias otro tipo de medidas, mas novedosas y costosas, a las que en el programa no se hace referencia, como una mayor inversión en servicios públicos o privados de cuidado, asequibles y de calidad que faciliten la conciliación de la vida profesional y familiar de las mujeres, cuya dificultad constituye la causa última de la situación de discriminación en el empleo y las condiciones de trabajo de las mujeres, objetivo que parece asumir el PNAE.

2.2. Tratamiento en la negociación colectiva

El primer objetivo que los interlocutores sociales deberían plantearse en esta materia en óptica de género, debería ser la eliminación de la discriminación en el acceso al empleo y la ocupación. La manifestación expresa de esta voluntad se puede realizar mediante la adopción de cláusulas convencionales antidiscriminatorias, como señala el propio ANC 2004. Es de señalar que este tipo de cláusulas ha ido aumentando su presencia en la negociación colectiva en los últimos años, concentrándose sobre todo en la de ámbito estatal aunque se pueda encontrar algún ejemplo aislado en la de ámbito inferior. La intensidad de este tipo de declaraciones es variable abarcando desde cláusulas genéricas de no discriminación por ningún factor incluido el sexo, a cláusulas específicas de no discriminación entre hombres y mujeres, bien referidas en general al conjunto del convenio, bien con referencia a determinadas materias (acceso al empleo, promoción, formación, retribución).

Existen de forma excepcional convenios que van mas allá de la mera declaración genérica y prevén medidas de acción positiva en materias tales como la promoción o la formación profesional o incluso en el acceso, de tal manera que en condiciones de paralela idoneidad, tendrán preferencia para la contratación o la promoción las personas pertenecientes al género menos representado en el grupo profesional al que pertenezca la vacante que se pretende cubrir. En

todo caso, la presencia de este tipo de cláusulas declarativas no garantiza en absoluto que el convenio que las contiene incorpore la óptica de igualdad entre hombres y mujeres de forma transversal. En ocasiones esta cláusula constituye la única referencia en todo el convenio al principio de igualdad entre sexos, sin que se contemplen otro tipo de mecanismos para hacerla efectiva en el tratamiento de las distintas materias objeto de negociación.

En lo referente a mecanismos o instrumentos de garantía de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, es de señalar que algunos convenios colectivos encomiendan a las Comisiones Paritarias funciones en este ámbito pero resulta sin duda mucho más eficaz la creación de Comisiones específicas con el objetivo de promover la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y controlar y evitar las situaciones de discriminación por razón de sexo. Son excepcionales los convenios que contienen este tipo de instituciones y procedimientos de garantía. Ciertamente en algunos existen, fundamentalmente en los carácter sectorial, en los que se reconoce a este tipo de Comisiones la posibilidad de solicitar información, emitir informes y elevar propuestas de corrección de las situaciones discriminatorias constatadas.

Un ejemplo de este tipo es la Comisión prevista en el XIII Convenio Colectivo General de la Industria Química (Disposición adicional tercera), en el cual se crea una Comisión encargada de analizar las posibles desigualdades existentes entre hombres y mujeres en el sector, pudiéndose incorporar sus conclusiones a las siguientes ediciones del Convenio tras la correspondiente negociación.

Por lo que se refiere a la regulación convencional de materias concretas, comenzando con el acceso al empleo, la formación y la promoción profesional, no es necesario volver a repetir una vez más los datos estadísticos que han sido elaborados y publicados por diversos organismos

públicos en los que se demuestra de un lado la persistencia de una tasa de actividad y empleo femenina muy inferior a la fijada como objetivo comunitario para el año 2010 y además la existencia de una clara segmentación sexual tanto horizontal (es conocida la existencia de trabajo masculinos y femeninos, estos últimos mucho menos numerosos que los primeros) como vertical del mercado de trabajo (el denominado “*techo de cristal*” o “*suelo pegajoso*”) es decir, una situación de discriminación de la mujer tanto en el acceso al empleo como a la promoción y a las modalidades de contratación, caracterizadas por su carácter de atipicidad.

En esta óptica el objetivo de la negociación colectiva de incrementar las oportunidades de empleo tanto en óptica cuantitativa como cualitativa, es decir, de conseguir mas y mejor empleo, no puede mas que favorecer a las mujeres. Sería necesario eliminar la segregación ocupacional en los procesos de contratación, es decir, terminar con los estereotipos que determinan la asignación de trabajos diferentes a hombres y a mujeres, creando las condiciones para una integración racional y no sexista de todas las personas, sea cual sea su sexo, en todos los puestos de trabajo de cualquier empresa o sector ya que se ha comprobado experimentalmente que la mejor forma de eliminar la discriminación en las condiciones de empleo y trabajo es garantizar la igualdad de oportunidades de acceso a hombres y mujeres a todo tipo de empleo o profesión.

En esta materia la negociación colectiva debería proponerse la regulación de sistemas objetivos de contratación, acceso y promoción que garanticen la eliminación de la discriminación mediante la selección de los trabajadores por medio de pruebas objetivas; debería además, en cumplimiento de la D/2002/73, exigirse en los convenios colectivos de ámbito sectorial la realización de análisis estadísticos sobre la situación de empleo en las empresas de

mas de 50 trabajadores/as y si se constatará que esta fuera discriminatoria, (porque las mujeres sean excesivamente escasas o están exclusiva o mayoritariamente integradas en determinadas secciones o puestos de trabajo) al estudio de las razones que llevan a la situación, lo que podría ir además unido a un compromiso de modificación de la situación mediante la adopción de medidas de acción positiva (por ejemplo, cursos de formación y reciclaje dirigidos a las mujeres trabajadoras de la empresa para facilitar su movilización o su promoción).

Por lo que se refiere a la calidad del empleo, sería necesario tener en consideración la atipicidad del empleo femenino, garantizando, por ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad y de igualdad de derechos de los trabajadores a tiempo parcial -en su mayoría mujeres en toda Europa- y de los trabajadores temporales -los niveles de precariedad son mas elevados entre las mujeres-. Garantizar en la medida de lo posible la estabilidad en el empleo mediante la conversión de contratos temporales en fijos, favorecería igualmente mas a las mujeres en tanto en cuanto estas afrontan unos mayores niveles de precariedad en su contratación.

Para garantizar una mayor empleabilidad y una mayor estabilidad en el empleo a las mujeres, es necesario tener en cuenta su formación profesional ya que en un momento en que los procesos de producción sufren continuas transformaciones tecnológicas y en los que la flexibilidad y la movilidad funcional van a ser la regla general, la formación continua se convierte en una necesidad esencial si se desea conservar el puesto de trabajo y en ello hacen hincapié constantemente los Programas Comunitarios y Nacionales europeos para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A partir de la reforma de la normativa laboral realizada en 1994, la formación y la promoción profesional se convierten en materias a regular por la negociación colectiva de manera casi exclusiva, por

ello es básico que los convenios colectivos garanticen la igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras en la participación en los procesos de formación en las empresas.

La mejor y mayor integración de la mujer en el mercado de trabajo y en condiciones de igualdad de oportunidades, pasa indudablemente por la mejora de niveles y diversificación de la formación profesional femenina, por ello es necesario favorecer la participación de las mujeres en los diversos cursos de formación que se realicen para así superar la situación de desigualdad de partida en la que se encuentran muchos de los colectivos de trabajadoras en el interior de las empresas. Mediante la negociación colectiva debe garantizarse que la formación de las mujeres sea continua, específica e integral, tenga valor profesional, se realice dentro de la jornada de trabajo y se dirija a la formación de mujeres en aquellas especialidades, sectores o profesiones en los que la mujer se encuentra subrepresentada. También es importante cuidar la formación de aquellas mujeres que la precisen para reanudar su actividad laboral después de un periodo largo de suspensión.

Los estudios realizados ponen de manifiesto que la situación convencional constada es lamentable en esta materia. Sin duda las formas directas de discriminación laboral hacia las mujeres son residuales en el texto de los convenios sin embargo son frecuentes las discriminaciones indirectas.

Con carácter excepcional, algún que otro convenio, como, una vez mas, el XIII CC. General para Industria Química, incluyen cláusulas que introducen medidas de acción positiva en el ingreso al trabajo, según las cuales, en condiciones de igual idoneidad, se prevé la contratación y promoción de personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate a fin de contribuir a la aplicación del principio de no discriminación. Este es sin

duda un tipo de cláusula novedosa y excepcional, pues su formulación neutra, favorecerá la desegregación de los diferentes grupos profesionales y por tanto, la detección y eliminación de situaciones de discriminación.

Sería esencial la actuación de las Comisiones de igualdad en este ámbito, que debidamente asesoradas, establezcan criterios objetivos no discriminatorios de acceso al empleo y a la promoción profesional.

Son escasos convenios colectivos que establecen la obligación de poner en conocimiento de los representantes de los trabajadores, al menos, la situación de plantilla y escalafones, con el objetivo de facilitar su labor de control en materia de acceso y promoción del personal y sigue siendo infrecuente encontrar regulación convencional en ninguno de estos dos aspectos. En general la mayoría de los convenios contiene remisiones generales a las normas legales sobre empleo y contratación, pero resulta relativamente frecuente que, a igualdad de méritos, se prime el acceso a contratos estables de los trabajadores que presten servicios con carácter temporal a la empresa lo que indirectamente puede favorecer a un número superior de mujeres que de hombres. Pocos convenios reconocen a los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres) preferencia en el acceso a puestos de trabajo a tiempo completo. Algún convenio incluye cláusulas relativas a la extinción del contrato o su renovación, estableciendo cláusulas de no discriminación por motivos relacionados con el embarazo o la maternidad o con el ejercicio de derechos de conciliación.

Parece existir una mayor preocupación de la negociación colectiva en la regulación de la promoción profesional y los ascensos. En este ámbito los convenios suelen reproducir los criterios establecidos en el Art.24 del ET conforme al cual los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador y las facultades

organizativas del empleador, debiéndose ajustar a reglas comunes para ambos sexos. Una tendencia generalizada al respecto es la pérdida de importancia de la antigüedad como criterio para la promoción, que sin duda perjudicaba más a las mujeres. A pesar de que resulta relativamente frecuente la regulación convencional de sistemas objetivos basados en principio en el mérito y la capacidad, la promoción a los puestos de responsabilidad y mando suelen estar reservados a la libre designación del empleador lo que en nada suele colaborar a la eliminación de la segmentación vertical del mercado de trabajo. Muy excepcionalmente se hace referencia a la no discriminación por razón de sexo en la promoción en el trabajo.

Por lo que se refiere a modalidades contractuales es relativamente frecuente que los convenios no contengan regulación alguna, pero cuando la contienen, no resulta excepcional que la técnica normativa siga dejando bastante que desear ya que la regulación de estas modalidades contractuales se realiza en preceptos diversos y bastante alejados del convenio, y, en la mayoría de los casos, el régimen convencionalmente establecido resulta insuficiente, no siendo en absoluto excepcional que se adopten regulaciones dudosamente compatibles con la legalidad.

Con referencia a la formación (esencial para la empleabilidad y la estabilidad de los trabajadores en un mundo laboral en mutación y cambio continuo) en general no son habituales las referencias específicas a la igualdad de oportunidades ni la adopción de medidas de acción positiva para facilitar el acceso de las mujeres a la misma, por ejemplo teniendo en cuenta que la realización de los procesos formativos fuera de la jornada de trabajo dificulta enormemente la participación femenina dada la necesidad de compatibilizar el trabajo con las responsabilidades profesionales y la situación generalizada de doble jornada en que las mujeres se encuentran. Tampoco se suele prever la posibilidad de que las personas en situación de suspensión o per-

miso retribuido, excedencia o jornada reducida por motivos familiares, sean convocadas y puedan participar en los cursos de formación continua, ni siquiera en el momento de su reincorporación a la empresa.

Por lo que se refiere a las condiciones de empleo relacionadas con el tiempo de trabajo como jornada, vacaciones, turnos etc., como ponen de manifiesto de forma reiterada los diferentes Programas de Igualdad de Oportunidades de la UE, deben regularse de tal forma que permitan la compatibilización de las responsabilidades familiares con las profesionales. Las posibilidades de conciliación siguen constituyendo una cuestión prioritaria para las mujeres ya que se demuestra estadísticamente que las responsabilidades familiares siguen siendo asumidas casi exclusivamente por estas, por tanto, como asimismo se demuestra estadísticamente, la regulación del tiempo de trabajo preocupa más a las mujeres que la del sistema retributivo, a pesar de la demostrada situación de discriminación salarial por razón de sexo.

En nuestro país, el objetivo de reducción de la jornada de trabajo constituye una prioridad sindical en los últimos años. Fue recogido por ejemplo en la Propuesta conjunta UGT/CCOO firmada en 1998 sobre Reordenación y reducción del tiempo de trabajo como instrumento de política de empleo. Aun admitiendo que, en general, la reducción del tiempo de trabajo es susceptible de facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales, es necesario puntualizar que, en óptica de género, no es indiferente el parámetro que se tome en consideración para la reducción de entre los posibles (tiempo de trabajo a lo largo de la vida laboral, anual, semanal o diario). Un estudio realizado por la Fundación Hans-Böckler en la ciudad de Wolsburg, donde 47.000 de sus 126.361 habitantes trabajan en la Volks-Wagen, señala que, cuatro años después de la introducción de la semana de cuatro días, en la ciudad se ha incrementado la tasa de divorcios, se ha reducido el

asociacionismo y la práctica de deportes de grupo, se han producido trastornos en el sistema transporte público, un incremento de los automovilistas y, consiguientemente de la contaminación. La razón de estas “*turbulencias sociales*”, según dicho informe, se localiza en los cambiantes turnos, con mas de 150 franjas horarias distintas en que se tradujo la semana de cuatro días: desaparecido el ritmo social tradicional que establecía una frontera entre semana laboral y fin de semana, cada vez se hace mas difícil compatibilizar el trabajo con la actividad familiar, formativa, deportiva o social³⁶.

En concreto parece importante que los representantes de personal que participen en la organización del trabajo en la empresa y, específicamente en materia de jornada de trabajo, tengan en cuenta que el pacto de jornadas irregulares perjudica notoriamente mas a los trabajadores con responsabilidades familiares -normalmente trabajadoras- y, por el contrario, que el pacto de horario flexible les favorece.

Así mismo es importante garantizar que los periodos de vacaciones de las personas con hijos, coincide con los periodos vacacionales en guarderías, colegios o institutos algo de otro lado frecuente en otros Estados miembros de la UE por ejemplo Alemania. También sería necesario que en el clausulado convencional se hiciese constar el derecho a disfrutar de vacaciones en otro momento cuando el periodo vacacional establecido convencionalmente coincidiese con una situación de suspensión por maternidad.

La ordenación del tiempo de trabajo se está mostrando en los últimos años como uno de los aspectos mas dinámicos de la negociación colectiva, incorporándose a los convenios una diversidad de fórmulas de cómputo y distribución de la jornada cada vez mayor. Confluyen en este momento ten-

³⁶ CES, “Observatorio de Relaciones Industriales”, N° 11 Octubre de 1998, pag. 4.

dencias de distinto signo de forma que, paralelamente a la disminución progresiva de la jornada de trabajo pactada convencionalmente, aumentan los pactos sobre jornadas irregulares, las cláusulas de disponibilidad, el trabajo a turnos, pero al tiempo la negociación colectiva comienza de forma tímida a recoger fórmulas de distribución de la jornada mas favorables al equilibrio entre la vida laboral y familiar. Con alguna frecuencia los convenios que recogen pactos de jornada irregular, prevén al tiempo condiciones para la aplicación de este tipo de jornada como la necesidad de preaviso que pueden facilitar la organización familiar. Incluso aparecen, sobre todo en convenios de ámbito estatal cláusulas que eximen de la prolongación de jornada a los trabajadores/as en determinadas circunstancias relacionadas con las responsabilidades familiares de cuidado (de menores o mayores, discapacitados), situaciones de embarazo o lactancia.

Respecto del horario, es frecuente la estipulación de jornadas continuadas o intensivas sobre todo en los convenios de empresa, que suele suponer una reducción de jornada en determinados periodos de tiempo sobre todo en temporada estival, lo que puede facilitar en cierta forma la conciliación de la vida familiar y profesional en el periodo de vacaciones escolares. Sin embargo ello ocurre básicamente en el sector industrial no en el de servicios que constituye el sector económico con mayor presencia femenina.

Aunque el sistema de horario rígido sigue siendo el mas frecuente, en algunos convenios colectivos sobre todo de ámbito empresarial, se posibilita la incorporación de horarios flexibles, que suelen contemplar un bloque central o troncal de la jornada de presencia obligatoria y dos fracciones móviles a la entrada o a la salida del trabajo, a distribuir a opción del/la trabajador/a previo aviso a la empresa. De la amplitud de estos espacios móviles dependerán las posibilidades de conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales.

También resulta generalizada, sobre todo en el ámbito nacional, la supresión de horas extraordinarias habituales o al menos su reducción lo que también favorece la conciliación. Respecto del pacto de realización de horas extraordinarias, de forma excepcional, algunos convenios colectivos justifican la negativa a su realización cuando existen necesidades de cuidado familiar urgentes.

Por lo que se refiere a las vacaciones, son escasos los convenios que, teniendo en consideración la necesidad de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales, establecen algún tipo de preferencia en favor de los/las trabajadores/as con responsabilidades familiares para elegir turno, con el objetivo de que las vacaciones de los progenitores coincidan con las de los hijos/as en edad escolar, siendo por el contrario mayoritarios los convenios que utilizan como criterio el de la antigüedad. Asimismo son escasos los convenios que hacen referencia al derecho a disfrutarlas en el caso de que concurriesen con un periodo de suspensión por maternidad.

Respecto a la modificación de las condiciones de trabajo, dada la asignación de roles sociales a la que se ha hecho referencia mas arriba y la constatada insuficiencia crónica en nuestro país de medios públicos o privados de prestación de servicios de cuidado de personas menores, enfermas, discapacitadas o ancianas, no parece difícil deducir la existencia de mayores dificultades para la movilización geográfica en las mujeres con responsabilidades familiares. La movilidad geográfica, tal como se encuentra regulada en la actualidad en el ET, puede convertirse en instrumento empresarial de actuación discriminatoria por razón de género si los convenios colectivos no recogen garantías suficientes y adecuadas de tutela, vr.gr. mediante el establecimiento de un procedimiento de control previo por parte de la representación de los trabajadores sobre la existencia de causas suficientes para un desplazamiento o un traslado de mujeres embarazadas o de personal con niños pequeños o,

en general, con responsabilidades familiares, sin embargo son escasos los convenios colectivos que lo hacen y menos aún los que limitan el poder empresarial de movilizar a su personal por razones familiares. También la movilización funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, puede utilizarse como instrumento para forzar el abandono del trabajo de una persona empresarialmente no grata por asumir responsabilidades familiares.

Respecto de la seguridad y salud laboral, la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto la importancia que en la materia adquiere la negociación colectiva a partir de la Ley 31/1995 sobre Prevención de Riesgos Laborales ya que, por su medio, no solo la norma es susceptible de mejora, sino de concreción y adaptación a los diferentes sectores y empresas, por ello, su regulación en los convenios colectivos, constituye desde hace tiempo una reivindicación sindical prioritaria³⁷.

La Segunda Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo 1997 pone de manifiesto que el tipo de contrato, la edad y el género, constituyen diversidades que marcan la realidad de la salud en el trabajo. Por lo que se refiere al sexo³⁸, aunque teóricamente los hombres y las mujeres pueden sufrir los mismos accidentes y enfermedades profesionales, la práctica demuestra que los riesgos para la salud en el trabajo no se distribuyen por igual debido a una serie de razones, algunas de las cuales están relacionadas con la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, pero otras, sin embargo tienen que ver con la insuficiencia de los conocimientos en materia de prevención.

³⁷ ANC 2003 Capítulo VIII *Criterios en materia de seguridad y salud en el trabajo*. En cuanto a posiciones doctrinales ver por todos GONZÁLEZ ORTEGA Y CARREIRO DOMÍNGUEZ "La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Cuadernos de Relaciones Laborales, nº14, UCM, Madrid, 1999, págs.50 ss.

³⁸ Ver al respecto PÉREZ DEL RÍO Y BALLESTER PASTOR *Mujer y salud laboral*/La Ley Actualidad S. A. Biblioteca de Prevención de Riesgos, Madrid, 1999.

Es evidente que, durante muchos años, la cultura predominante sobre salud laboral y prevención únicamente ha intentado proteger frente a los accidentes laborales súbitos y a riesgos visibles como exposición a sustancias o elementos tóxicos o peligrosos, ruido, temperaturas extremas, condiciones de trabajo, a las que teóricamente están más expuestas las ocupaciones y puestos de trabajo tradicionalmente masculinos. De otro lado, la cultura preventiva dominante, considera como trabajos peligrosos, nocivos o pesados aquellas tareas en las que se manipulan objetos peligrosos, o se prestan en condiciones especialmente gravosas como trabajos subterráneos, en altura etc. que son tareas normalmente desarrolladas por hombres. Sin embargo, al lado de estos riesgos para la salud, existen otros, menos visibles pero igualmente peligrosos. Se trata de riesgos laborales que no presentan peligro directo para la vida (que no matan) sino que desgastan, hacen perder la salud poco a poco, no de forma súbita, y las ocupaciones tradicionalmente feminizadas se caracterizan justamente por la presencia de este tipo de riesgos.

Todas las encuestas referentes a la percepción de riesgo laboral señalan que los riesgos a los que se encuentran expuestos los hombres están relacionados con la seguridad y la higiene, por el contrario, las mujeres relatan mayoritariamente los denominados riesgos psicosociales, los relacionados con la organización del trabajo y la ergonomía.

Existen además factores de riesgo que afectan de manera mayoritaria a las mujeres y que tienen que ver con la forma en que estas se han incorporado al mercado de trabajo, con los roles sociales asignados y con las diferencias biológicas entre los sexos y, entre ellos, cuatro son fundamentales:

- en primer lugar, el embarazo y la maternidad que colocan a la mujer en situación de especial y exclusiva vulnerabilidad ante determinadas condiciones de trabajo;

- en segundo lugar, la segmentación horizontal y vertical del mercado de trabajo: existen trabajos tradicionalmente feminizados y otros, la mayoría, masculinizados, y como ya se ha apuntado, unos y otros presentan riesgos diferentes para la salud y la seguridad;
- en tercer lugar, la mujer se ha incorporado al mercado de trabajo sin por ello abandonar el rol social asignado, es decir, asumiendo al tiempo y casi en exclusiva las responsabilidades familiares. La doble jornada femenina, también denominada doble presencia en el trabajo asalariado y en el doméstico, que mayoritariamente deben desempeñar las mujeres, produce graves y contrastados efectos sobre la salud;
- en cuarto lugar e íntimamente relacionado con los anteriores, la situación de debilidad y de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo la convierte en víctima por excelencia de actuaciones de acoso sexual y moral por razón de género, con efectos contrastadamente devastadores sobre la salud.

Los problemas referidos a salud laboral planteados con mayor frecuencia por las mujeres se refieren al estrés, la monotonía y la repetitividad de los trabajos feminizados, los agentes químicos y biológicos y los efectos del trabajo sobre la menopausia. Ello invita a iniciar una estrategia sindical que tome en cuenta el conjunto de las cuestiones ligadas a la organización del trabajo y a las distintas consecuencias que sobre el trabajo asalariado y la salud laboral tienen las situaciones de discriminación y la tradicional asignación de los roles sociales en función del género. En otros términos, resulta absolutamente necesario que los interlocutores sociales y en particular los sindicatos, tomen conciencia de la realidad en la imprescindible regulación de la materia, es decir, apliquen el principio de transversalidad de género en la regulación convencional de la seguridad y salud labo-

ral³⁹. Sin embargo, de los análisis convencionales realizados resulta clara la atribución de una cierta marginalidad a las reivindicaciones planteadas en esta materia por las mujeres, aunque hay que señalar que, al tiempo, es palpable una creciente conciencia de la dimensión de género en las investigaciones sobre salud laboral⁴⁰.

Cabe reseñar una tendencia claramente perceptible a dotar de la importancia que merecen estos temas por la negociación colectiva en el sector público y en las mesas de negociación autonómicas. En Cataluña se acordó la flexibilización del horario de entrada y salida para el personal con hijos menores a cargo. En el ámbito de la Administración General del Estado, el último acuerdo entre la administración y los sindicatos 2003-2004 contempla diversas referencias al ejercicio de derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar, entre ellos una diversificación de los tipos de jornada por la que los funcionarios pueden optar⁴¹.

2.3. Propuestas de futuro y cláusulas modelo

- **Incluir cláusulas específicas de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de género así como procedimientos o instrumentos específicos de control de aplicación de este principio como Comisiones para la Igualdad.**

“Las organizaciones firmantes del presente convenio y las empresas incluidas en su ámbito funcional, garantizarán la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Se pondrá especial atención en el cumplimiento de este principio en

³⁹ VOGEL, L. “¿Como vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo?. Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa”, Cuadernos de Relaciones Laborales nº 14 UCM, Madrid, 1999, pág.135 ss.

⁴⁰ Ver el interesante libro del INSTITUTO DE LA MUJER/MTAS “Vivir con salud haciendo visibles las diferencias”, Madrid, 1997 sobre todo la Parte VII pág.159 ss. referida a la salud laboral y género.

⁴¹ CES *La negociación colectiva.....*cit.pág. 59.

las siguientes materias: acceso al empleo, estabilidad en el empleo, formación y promoción profesional, retribuciones y ambiente laboral”.

(En términos similares propuestas de buenas prácticas en CES “La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres” página 72)

“ La mujer tiene derecho a prestar servicios laborales en plena situación de igualdad con el hombre. Se acuerda constituir una Comisión Paritaria entre los firmantes del presente Convenio con el fin de estudiar, durante la vigencia del mismo, las posibles desigualdades existentes en su ámbito de aplicación y proponer las medidas que se consideren pertinentes para eliminarlas. En el plazo de tres meses posterior a la firma de Convenio, esta Comisión elaborará un plan concreto de trabajo para llevar a la práctica sus objetivos”.

(En términos similares a la contenida en el Cc. de Marroquinería y afines de Valencia y en el XIII Cc. de la Industria Química).

- Es necesario dotar de las máximas garantías de objetividad y transparencia los procesos de contratación evitando la imposición de criterios y requerimientos que, no siendo necesarios para el desempeño del puesto, pudieran suponer barreras u obstáculos a la contratación de mujeres, propiciando fórmulas de participación de la representación legal de los trabajadores/as. Adoptar, en caso necesario, medidas de acción positiva que apoyen el acceso de mujeres a contratos estables y a jornada completa.

“El comité de empresa contará entre sus funciones la de garantizar que en los procesos de selección de personal se cumpla la normativa vigente o pactada, los principios de no discriminación ni directa ni indirecta por razón de sexo, y el fomento de una política racional de empleo.

En cada centro de trabajo o empresa la dirección comunicará a la representación de personal el puesto o puestos a cubrir, las condiciones que deben reunir, las pruebas de selección que se realizarán y su contenido, y la documentación que deberán aportar los/las candidatos/as. Los/las representantes del personal podrán emitir informe respecto del contenido de las pruebas, la objetividad y neutralidad de los criterios de selección, velarán por la aplicación objetiva del procedimiento establecido, participarán en forma que se pacte en el tribunal de selección y controlarán la aplicación del principio de no discriminación ni directa ni indirecta por razón de sexo en el resultado de la selección.

El personal contratado temporalmente y a tiempo parcial, tendrá preferencia para ser contratado de forma estable y/o a jornada completa, cuando existan vacantes en su grupo profesional o en categorías equivalentes.

Las empresas formularán cada tres años una plantilla del personal por centro de trabajo, clasificado por grupos profesionales, categoría, antigüedad y sexo. Dicha plantilla será sometida al conocimiento del personal y de sus representantes legales. En el caso de que hubiera reclamaciones, éstas se deberán formular en el plazo de diez días y la empresa resolverá. Contra la decisión desestimatoria de la empresa el trabajador o la trabajadora afectados podrán ejercitar las acciones legales oportunas.”

(En términos similares en XIII Convenio de Industria Química y en Cc. Industrias azucareras).

- **Deben adoptarse medidas de acción positiva para favorecer la contratación estable de mujeres y la desegregación de los grupos y categorías profesionales.**

“Las partes firmantes de este convenio hacen constar su preocupación por la situación de los colectivos con dificultades de acceso al empleo como las mujeres y coinciden en la necesidad

de propiciar una mayor contratación de este colectivo así como de diversificar los puestos y categorías a los que han venido teniendo acceso. Para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia para su contratación las personas del género menos representado en el grupo profesional en que se integre la vacante que se pretende cubrir”.

“A igualdad de méritos tendrán derecho preferente para el ingreso en la plantilla a tiempo completo, quienes hayan desempeñado o desempeñen funciones en la empresa con carácter eventual o interino, por tiempo determinado, a tiempo parcial o con contrato de aprendizaje y prácticas. En cada centro de trabajo o empresa, la dirección comunicará a los representantes de personal el o los puestos de trabajo que se pretenden cubrir, las condiciones que deben reunir los aspirantes y las pruebas que habrán de superar. Los representantes podrán emitir informe al respecto, velarán por la aplicación del principio de preferencia señalado en el párrafo anterior así como por el respeto de la prohibición de discriminación de las mujeres en el acceso al empleo”

(En similares términos viene recogida en el XIII Cc. de la Industria Química).

- **Deben establecerse sistemas y criterios objetivos para los procesos de promoción y ascensos, con participación de la representación legal del personal.**

“A efectos de promoción en el empleo las empresas establecerán un concurso-oposición en base a un sistema de carácter objetivo, tomando como referencia las siguientes circunstancias: titulación adecuada, valoración académica, conocimiento del puesto de trabajo, historial profesional, haber desempeñado función de superior grupo profesional y superar satisfactoriamente las pruebas que al efecto se establezcan.

El sistema de valoración confeccionado por la Dirección será preceptivamente dictaminado por los/las representantes del personal. En el supuesto de que se produjese desacuerdo por estimar lollas representantes que el sistema carece de objetividad, en reunión conjunta, ambas partes tratarán de negociar una solución concordada. Si a pesar de ello fuera materialmente imposible alcanzar el acuerdo, quedará la vía de reclamación ante la Inspección de Trabajo.

A los efectos de asegurar la participación de la representación del personal en los procedimientos a través de los cuales se produzcan los ascensos, ésta designará dos representantes que participarán en el tribunal del concurso-oposición, con voz y sin voto. Asimismo harán constar en acta, levantada al efecto, sus salvedades.

En la aplicación de este artículo se respetará el derecho igual de todo el personal a la promoción, sin que quepa discriminación alguna por razones de edad, sexo, raza o país de procedencia, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas pertenecientes al género menos representado en el grupo profesional de que se trate”.

(En términos similares el XIII Convenio de Industrias Químicas).

- Debe reconocerse el derecho a la asistencia a cursos de formación profesional del personal durante los periodos de excedencia para atención de personas dependientes.

“Durante el período en que ellal trabajador/la permanezca en situación de excedencia para cuidado de hijos y familiares conforme a lo establecido en la normativa vigente (Art.46.3 del ET) estela tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocadola por la empresa, especialmente con ocasión de su reincorporación.”

- Deberían adoptarse medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el acceso a la formación continua, fundamentalmente a la requerida para acceder a sectores, puestos de trabajo o niveles profesionales en los que se encuentren subrepresentadas y en materias técnicas y relacionadas con las nuevas tecnologías.

“La formación profesional es un derecho de todo el personal. Las empresas podrán organizar programas específicos de formación profesional para la mujer trabajadora. Se constituye una Comisión Paritaria Sectorial de Formación Continua formada por un mínimo de cuatro representantes de los Sindicatos firmantes del Convenio y un mínimo de cuatro representantes de STANPA, que tendrá por objeto elaborar planes de formación profesional destinados a adecuar los conocimientos profesionales del personal a las nuevas tecnologías y a facilitar la formación profesional. Serán funciones de esta Comisión Paritaria Sectorial entre otras la recepción de información de los planes de formación preparados en la empresa, la proposición de sus propias iniciativas y el seguimiento de su desarrollo y evaluación. Velará por impulsar programas específicos que faciliten el desarrollo profesional del personal menos cualificado y permitan el acceso de la mujer a niveles de responsabilidad donde se encuentren menos representadas. La Dirección de la empresa informará a la representación del personal sobre los planes anuales de formación previstos en relación con los objetivos de la empresa.”

El personal afectado por el presente Convenio podrá solicitar permisos individuales de formación siempre que el objeto del permiso sea participar en una acción formativa dirigida al desarrollo y adaptación de sus cualificaciones técnico profesionales. Deberá estar reconocida por una titulación oficial y ser de carácter presencial. Para la obtención de este tipo de permisos con reserva de puesto de trabajo tendrán preferencia las mujeres que pretendan realizar cursos de formación relacionados con las nuevas tecnologías o con titulaciones o profesiones en las que las mujeres estén subrepresentadas.”

(En términos similares en XIII CC de Químicas y el CC de Perfumería y afines).

- Deben establecerse condiciones para el desarrollo de la formación que permitan y faciliten una mayor asistencia de personas con responsabilidades familiares y de cuidado, como la impartición de los cursos en la medida de lo posible dentro del horario laboral o mediante combinación de formación presencial y a distancia.

“El tiempo de formación por cada trabajador/la será de 20 horas dentro del cómputo anual de la jornada. Se garantizará la universalidad en el acceso a la misma y no producirá tipo alguno de discriminación, en especial por razón de género, edad y nivel profesional”

(En términos similares el CCF de Seguros).

- Debe regularse con la mayor calidad técnica y lo mas completamente posible el régimen jurídico de las relaciones laborales atípicas como el trabajo temporal y a tiempo parcial.

“El personal contratado por tiempo determinado y a tiempo parcial, tendrá los mismos derechos e igualdad de trato en las condiciones de trabajo y las relaciones laborales que el personal fijo de plantilla y a jornada completa, salvo las limitaciones que se deriven necesariamente de la naturaleza y duración de su contrato u jornada”.

(En términos similares CES “La negociación colectiva...” página 75 y 76).

“El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, sensiblemente inferior a la jornada de tiempo completo que rija en la empresa.

El contrato de trabajo a tiempo parcial deberá formalizarse necesariamente por escrito, debiendo constar en él el número ordinario de horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al año, así como su distribución diaria, semanal, mensual o anual, salvo que la distribución del tiempo de trabajo para el personal con contrato a tiempo parcial esté acordada en la empresa con la representación del personal.

El personal contratado a tiempo parcial tendrá los mismos derechos e igualdad de trato en las relaciones laborales que el personal de plantilla, salvo las limitaciones que se deriven de la naturaleza de su contrato. Disfrutarán de los suplidos de comedor, transporte, etc., en la misma forma que el resto de la plantilla, pudiendo serles compensados en metálico si así se acordase.

Podrá ampliarse el número de horas complementarias previsto para esta modalidad contractual hasta un 50 por 100 de las horas ordinarias objeto del contrato. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y las complementarias deberá ser sensiblemente inferior a la jornada máxima que rija en la empresa.

El personal con contrato a tiempo parcial podrá optar a pasar a desarrollar su actividad a jornada completa cuando así lo permita la organización del trabajo y de la producción de la empresa, y tendrán preferencia para cubrir vacantes a jornada completa. Asimismo, el personal a jornada completa podrá optar a desarrollar su actividad a tiempo parcial siempre que ello sea compatible con la organización productiva.

El contrato fijo discontinuo es el concertado para la realización de tareas propias de la actividad de la empresa de naturaleza cíclica y estacional que no se repiten en fechas ciertas y que se distingue del eventual porque sus servicios son reiterados en el tiempo y resultan consustanciales al proceso productivo de la empresa y sin cuyo concurso no sería posible la realización de la actividad de la misma. En los supuestos de

que esos trabajos discontinuos de naturaleza cíclica y estacional sí se repitan en fechas ciertas, les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

Cuando se utilice la modalidad contractual de fijo discontinuo se establecerá en cada empresa, previo informe-consulta de la representación del personal, el orden y forma de llamada con criterios objetivos y no discriminatorios. La llamada así como la notificación de la misma a la representación del personal, se efectuará con un preaviso mínimo de siete días.

En el contrato escrito que se formalice deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad laboral, sobre la forma y orden de llamamiento y la jornada laboral estimada y su distribución horaria.”

(En términos similares XIII CC de industrias Químicas).

– **Deben adoptarse medidas sobre jornada laboral que faciliten la conciliación de la vida profesional y familiar.**

“En cualquier caso, la prolongación de la jornada como consecuencia de su distribución irregular y de la aplicación de horas de libre disposición empresarial, no podrá afectar al personal que tenga limitada su disponibilidad por razones de cuidado de menores, mayores, discapacitados. En todo caso la utilización de las horas de disposición empresarial requerirá de un preaviso de al menos 48 horas”.

(En términos similares CC de Empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería y perfumería y anexos y CC de General Óptica)

“Los integrantes de la plantilla que lo deseen podrán acogerse a un sistema de horario flexible. Este tipo de horario com-

prenderá una parte común de 9 a 14 horas y una parte flexible de 8 a 9 y de 14 a 15 cuando la jornada sea continuada. En el caso de que sea partida serán de libre disposición por el personal la primera hora de trabajo de la mañana y la última de la tarde”.

(En términos similares el CC de AJEMSA Jerez).

- Debe garantizarse la preferencia para la elección de turno de vacaciones a las personas con hijos en edad escolar.

“Las personas con responsabilidades familiares tendrán preferencia para elegir turno de vacaciones con el objetivo de que estas coincidan con los períodos de vacaciones escolares”.

(En términos similares el CC para la captación, elevación y conducción de agua de Jerez, Ajemsa, Jerez Comunicación Municipal, Radio Jerez, Jesytel).

- Debe garantizarse que en caso de coincidencia con las vacaciones del periodo de suspensión por maternidad, el personal afectado tendrá derecho a disfrutarlas en otro periodo del año.

“No se iniciará el disfrute del periodo de vacaciones por parte del personal cuando estas coincidan total o parcialmente con una situación de suspensión por maternidad o riesgo durante el embarazo. El trabajador/la en esta situación tendrá derecho a su disfrute una vez transcurrido el periodo de suspensión fijándose el periodo vacacional de común acuerdo con la empresa. En caso de desacuerdo, las vacaciones comenzarán a disfrutarse inmediatamente después de finalizado el periodo de suspensión”.

(En términos similares CC Empresas Mayoristas e Importadores de Productos Químicos Industriales y de Droguería y Perfumería y Anexos).

- Debe garantizarse que las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las movilizaciones funcionales y la movilidad geográfica no se utilizan con finalidad discriminatoria.

“Salvo por razones técnicas, organizativas, económicas o productivas graves y probadas, no se realizarán modificaciones sustanciales ni funcionales de las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas, las personas que se encuentren disfrutando de la suspensión por maternidad, las personas que tengan a su cuidado directo menores de 3 años, mayores enfermos y discapacitados o aquellas que estén ejerciendo los derechos de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales reconocidos por las leyes”.

“En aquellos casos en los que por razones técnicas, organizativas, económicas o productivas sea necesario realizar traslados y lo desplazamientos del personal de la empresa, tendrán prioridad de permanencia los siguientes miembros del personal:.....las mujeres embarazadas, las personas que se encuentren disfrutando de la suspensión por maternidad, las personas que tengan a su cuidado directo menores de 3 años, mayores enfermos y discapacitados”.

- Debe garantizarse que en la evaluación de riesgos se tendrán en consideración tanto los físicos como los psicosociales y los organizacionales.

“En la evaluación de riesgos se tendrán en consideración tanto los de carácter físico como los psíquicos, sociales y organizacionales. Se pondrá especial atención a los riesgos de carácter ergonómico y postural y al trabajo con videoterminals y pantallas de visualización. También se pondrá especial atención a los ritmos de trabajo en el trabajo medido, al trabajo monótono y repetitivo y sus efectos sobre la salud, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias”.

- Deben analizarse los riesgos de los diferentes puestos de trabajo para la procreación, la maternidad y la lactancia. Asimismo debe confeccionarse un listado de trabajos exentos de riesgos de este carácter a efectos de aplicación de las previsiones establecidas en el Art.26 de la LPRL.

“Se deberán tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que inciden o son susceptibles de incidir en la función de procreación, en particular los que presentan riesgos de exposición a factores mutagénicos o tóxicos que afecten a la fertilidad y al desarrollo del embarazo y la lactancia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

Una vez realizada la evaluación se realizará un listado de puestos de trabajo exentos de riesgos para el embarazo y la lactancia a efectos de aplicación del Art.26 de la LPRL”.

- Sería conveniente repetir con objetivos pedagógicos el Art.26 de la LPRL ampliando sus previsiones al periodo de lactancia en cumplimiento de la D/92/85/CE.

“La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras, del feto o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada, del feto o del lactante y así lo certifique el médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. La dirección de la empresa deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o a categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo”.

3. LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE GÉNERO

3.1. Introducción y tratamiento normativo

El principio de igualdad de retribuciones se recoge en el **Art.III-214 del TCE** (anteriores Art.119 del TR y Art.141 TA) y es desarrollado por en la **D/1975/117/CEE** que basada en el **Art.100 TCE** por considerarse expresamente que *“la realización del principio de igualdad de retribución ...forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común”*, en su **Art.1** señala:

“El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el Art.119 del Tratado de Roma y que en lo sucesivo se denominará principio de igualdad de retribución, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya el mismo valor, la eliminación en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”.

Este precepto presenta importantes problemas de interpretación y aplicación que han intentado ser solucionados por el TJCEE mediante su jurisprudencia. Dichos problemas se plantean esencialmente entorno al concepto *retribución*, al de *discriminación retributiva indirecta* y al de *trabajo de igual valor*.

El concepto de *retribución* al que ha de aplicarse el principio de igualdad, sin discriminación por razón de sexo, y por ello la determinación de su significado, constituye una de las cuestiones más importantes a dilucidar, sobre la que el TJCEE se ha definido en gran cantidad de sentencias. El Tribunal por medio de su jurisprudencia ha ido ampliando gradualmente el significado de este concepto, por ejemplo, ha entendido incluidos dentro del mismo, determinados beneficios en materia de transporte acordados por el empleador, sin estar ni legal ni convencionalmente obligado a ello, en favor de antiguos empleados una vez jubilados⁴². En el importantísimo Asunto Barber (262/88 S.17-mayo-1990) el TJCEE determinó que todo tipo de indemnización garantizada a los trabajadores por causa de su despido, debe ser considerada como retribución y el hecho de que deba ser pagada tras la terminación del contrato, no obstaculiza dicha calificación, ni tampoco la impide el hecho de que una parte de ella o en su totalidad deba pagarse en virtud de previsiones legales.

Más importante aún en dicho fallo (Barber) resulta la afirmación de que las prestaciones realizadas en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social financiado exclusivamente mediante contribución de los empleadores -o eventualmente con participación de los trabajadores-, es decir, sin participación estatal, y a cuya percepción se tiene derecho por causa de la relación de trabajo, deben ser consideradas retribución, no resultando relevante que la prestación deba ser formalmente pagada por un fondo independiente y no por el empleador directamente.

⁴² Asunto Garland 12/81 S. de 9-2-1982

La aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito de los planes profesionales de pensiones, se encuentra regulada en la D/1986/378/CEE que se considera complementaria de la D1975/117/CEE; la doctrina sentada en el A. Barber, seguida por una gran cantidad de sentencias denominadas “post Barber”, ha sido recogida como fundamento de la D/1996/97/CEE de 20-12-1996 que modifica la anteriormente citada; ambas Directivas se consideran desarrollo del Art.141 del TCE (Art.III.214 TCE).

El Art.2 de la D/1986/378/CEE establece el concepto de regímenes profesionales de la Seguridad Social a los que la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo resulta aplicable, que son *“los no regidos por la Directiva 79/7/CEE y que tienen por objeto ofrecer a los trabajadores asalariados o independientes, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional, prestaciones destinadas a completar las ofrecidas por los regímenes legales de Seguridad Social o a sustituirlas, sea facultativa u obligatoria la afiliación a dichos regímenes”*.

En su Art.6 la Directiva establece un listado ejemplificativo de disposiciones reguladoras de este tipo de regímenes, contrarias al principio de igualdad de trato y por tanto directa o indirectamente discriminatorias. En este ámbito -el de los planes profesionales de pensiones- el TJCEE señala que constituyen retribución y por tanto recaen en el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo, una prestación de supervivencia que tiene su origen en un Plan de Pensiones de Empresa (A. Ten Oever 109/91 S.6-10-1993), las prestaciones pagadas por un Plan de pensiones de Empresa complementario del Régimen legal (A.110/91 Moroni S. 14-12-1993), las prestaciones pagadas con arreglo a un Plan de Pensiones de funcionarios y otros empleados del sector público cuando el trabajador deduzca de la relación de trabajo su derecho a las prestaciones (A. Beune 7/93 S. 28-9-1994), el derecho de

afiliación a un régimen profesional de jubilación (A.435/93 Dietz S.24-10-1996) entre otros.

En el A. Evrenopoulos 147/95 se trataba sobre una situación de discriminación directa en un sistema de pensiones de empresa y en particular respecto de la regulación en este de la prestación de supervivencia; en su fallo (S.17-abril-1997) el Tribunal sigue la doctrina sentada anteriormente y señala que el hecho de que la obtención de las prestaciones, derive de la relación entre la demandante y su empleador, de tal manera que no tendría derecho a ella si trabajase para otro, constituye el elemento determinante para decidir que esta prestación recae en el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo.

El significado del concepto de *discriminación retributiva indirecta* también ha sido objeto de cuantiosa jurisprudencia interpretativa por parte del TJCEE y casi siempre ha ido relacionada con el tratamiento discriminatorio del trabajo a tiempo parcial. En asuntos como Bilka (A.170/84 S.13-5-1986) en el que se trata de una empresa de grandes almacenes que excluye a los trabajadores a tiempo parcial de un sistema de mejora de pensiones de la Seguridad Social, el TJCEE señala que este tipo de tratamiento viola la prohibición de discriminación retributiva porque afecta a un número mucho más elevado de mujeres, a menos que la empresa demuestre la existencia de factores objetivos y razonables que hagan ajeno este tratamiento a toda discriminación por razón de sexo, responde al principio de proporcionalidad y es necesario e idóneo para obtener el resultado pretendido.

En este mismo sentido se manifiesta en los A.Rinner-Khün (171/88 S.13-7-1989) y Kowalska (33/89 S. de 27-6-1990). En el primero se trataba sobre la posibilidad que reconocía la legislación alemana a los empresarios, de excluir a los trabajadores a tiempo parcial de una medida de protección social consistente en el mantenimiento de la

totalidad del salario durante los días de baja por Incapacidad Temporal; este tratamiento diferenciado se consideró incompatible con el principio de igualdad retributiva.

En el Asunto Kowalska el Tribunal señala que el Art.119 del TCE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe que un convenio colectivo pactado para los servicios públicos nacionales, permita al empresario excluir del pago de una indemnización por extinción de la relación laboral a los trabajadores a tiempo parcial porque no supera el juicio de razonabilidad (no es ni adecuado ni necesario para conseguir un objetivo justificable, ajeno a todo tipo de discriminación por razón de sexo).

Por lo que se refiere al concepto de *trabajo de igual valor*, el TJCE ha afirmado reiteradamente que el principio de igualdad retributiva implica la obligación del empleador de pagar la misma retribución, no solo por el mismo trabajo, sino también por un trabajo de igual valor, por tanto, la determinación del valor de los trabajos se convierte en un elemento esencial de la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo.

La Comisión Europea en su III Programa a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 1991-1995 (NOW), puso de manifiesto que se seguían apreciando graves dificultades en la introducción del principio de igualdad retributiva en los ordenamientos y la práctica de los Estados miembros de la Comunidad y se comprometió a esclarecerlo mediante la elaboración de un Memorandum con el objetivo de definir la significación del concepto de trabajo de igual valor y de proponer orientaciones sobre los criterios que habrán de tenerse en cuenta en materia de evaluación de los puestos de trabajo y de las clasificaciones profesionales, previa realización de un estudio sobre las características de los diferentes sistemas de remuneración y sus repercusiones en las diferencias retributivas entre hombres y mujeres.

El 23 de junio de 1994 fue presentado el *Memorandum de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre igual retribución para un trabajo de igual valor* y el 17 de julio de 1996 fue presentada una Comunicación de la Comisión conteniendo un *Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor*. Ambos documentos (sin eficacia vinculante) tienen por objetivo ofrecer consejos prácticos a los empleadores y los interlocutores sociales para facilitar su labor de implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todos los elementos de la retribución. Sin duda podría además constituir un punto de referencia para los Tribunales en el momento de decidir en los litigios que les sean planteados sobre la existencia de discriminación retributiva, lo que indirectamente pone de manifiesto el propio Memorandum.

Respecto de la necesidad de utilizar criterios no discriminatorios en la valoración de los puestos de trabajo, el Tribunal se ha pronunciado básicamente en dos casos, el Asunto Rummler (S.1-Julio-1986 A. 237/85) y el Danfoss (S. 17-octubre-1989 A.109/88)

En el primero el Tribunal señala que “..se deduce de la Directiva,

a) que los criterios que condicionan la clasificación en diferentes niveles de remuneración, deben asegurar la misma remuneración por el mismo trabajo objetivamente considerado sea desarrollado por un trabajador masculino o femenino;

b) que el hecho de basarse sobre valores correspondientes a características medias de los trabajadores de un solo sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo, ocasiona una fatiga o es físicamente penoso, constituye discriminación fundada en el sexo prohibida por la Directiva;

c) que en todo caso, para que un sistema de clasificación profesional no resulte discriminatorio en su conjunto, debe tomar en consideración en la medida en que la naturaleza de las tareas a cumplir en la empresa lo permitan, criterios para los cuales los trabajadores de cada sexo son susceptibles de presentar aptitudes particulares..-de tal manera que- la Directiva 75/117 ...no se opone a que, un sistema de clasificación profesional utilice para determinar el nivel de remuneración el criterio del esfuerzo o la fatiga muscular o el grado de penosidad física del trabajo, si, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones, el trabajo a desarrollar exige efectivamente una cierta utilización de fuerza física, a condición de que mediante la toma en consideración de otros criterios, se llegue al resultado de excluir en su conjunto, toda discriminación fundada en el sexo”.

En su argumentación, el Tribunal hace notar que la omisión de criterios de riesgo correspondientes a puestos de trabajo considerados tradicionalmente femeninos (como la atención, la velocidad, la precisión etc.) implica un perjuicio para las trabajadoras haciendo que en su conjunto, el sistema que base exclusivamente su valoración en el tipo de características medias presumibles mayoritariamente en trabajadores masculinos devenga discriminatorio.

Por lo que se refiere al Asunto Danfoss 109/88 el Tribunal señala que “.....cuando se pone de manifiesto que la aplicación de criterios que determinan una mayor retribución, tales como el sentido de la responsabilidad, la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad del trabajador, perjudica sistemáticamente a los trabajadores femeninos -y se entiende que lo perjudica cuando el trabajador femenino está en condiciones de demostrar, en relación con un número relativamente alto de asalariados, que la remuneración media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los masculinos- el empresario:

a) no puede justificar la aplicación del criterio “sentido de la responsabilidad”;

b) el empresario puede justificar la aplicación del criterio de “flexibilidad” si se concibe como referente a la adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, acreditando que esta adaptabilidad tiene importancia para el cumplimiento de las tareas específicas que se confían al trabajador, pero no si se concibe que tal criterio cubre la calidad del trabajo desempeñado por el trabajador (en otros términos, el empleador debe demostrar que la utilización de este criterio tiene una justificación objetiva);

c) el empleador puede justificar la aplicación del criterio “formación profesional”, acreditando que, esta formación, tiene importancia para el desempeño de las tareas específicas que se encomiendan al trabajador;

d) el empleador no debe justificar especialmente la aplicación del criterio de “antigüedad”.

Un problema complejo relacionado con el principio de igualdad retributiva en el sistema salarial a rendimiento, ha sido planteado en el A. Royal Copenhagven 400/93 S. 31-mayo-1995. En su fallo el TJCEE señala que la igualdad de retribuciones ha de ser asegurada tanto en un sistema de salario a tiempo como en un sistema de salario en el que se tome en consideración especialmente el rendimiento obtenido individualmente por cada trabajador o trabajadora. Añade que en el supuesto del salario a rendimiento, la simple constatación de una diferencia entre la remuneración media de un grupo significativo de trabajadores compuesto sobre todo por hombres y la de otro compuesto esencialmente por mujeres, incluso cuando se haya reconocido que ambos realizan trabajos de igual valor, no es suficiente para que se concluya en la existencia de discriminación; sin embargo, si el sistema de evaluación aplicado por la empresa, no permite entender qué criterio justifica esta diferencia -no es transparente en los términos de la sentencia Danfoss- deberá recaer sobre esta la carga de la prueba de ausencia de discriminación.

Finalmente, el Tribunal de Justicia ha analizado el alcance de las obligaciones derivadas de las normas comunitarias para los Estados miembros, de establecer en sus ordenamientos jurídicos garantías del principio de igualdad retributiva adecuadas y suficientes desde la óptica del principio de tutela judicial efectiva.

En primer lugar ha señalado (S. 30-Enero-1985 A. 143/83 Comisión v. Dinamarca) que “..un Estado miembro incumple sus obligaciones comunitarias derivadas del Art.1 de la Directiva 75/117, cuando omite extender expresamente el principio de igualdad de remuneraciones a los trabajos de igual valor” o permite que alguna norma de su ordenamiento jurídico, incluidos los convenios colectivos, lo haga.

Ha señalado asimismo, entre otros, en el A. Levez 326/96 S.1-diciembre-1998, que debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los justiciables, siempre y cuando dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia), ni haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos (principio de efectividad). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si las normas procesales internas cumplen o no los principios señalados.

Con referencia a nuestro ordenamiento jurídico, resulta evidente la influencia de la normativa y la jurisprudencia comunitarias tanto sobre la evolución de la normativa, como de la jurisprudencia de nuestros tribunales y, en particular, del Tribunal Constitucional en materia de igualdad retributiva.

Los preceptos estatutarios relevantes a este respecto son los Art.28 en relación con el Art.26 del ET y el Art.22 del mismo cuerpo legal. Respecto del tercero de estos preceptos, el Art.22.1 establece que *“Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se establecerá el sistema de clasificación profesional de sus trabajadores por medio de categorías y grupos profesionales”* y añade en su n.4 que *“Los criterios de definición de categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”*. Por lo que respecta al Art.28 es de reconocer que una de las escasas mejoras introducidas por la reforma de la normativa laboral realizada por la Ley 11/94, fue la modificación del Art.28 ET en el sentido de obligar a la empresa a pagar *el mismo salario por el mismo trabajo o un trabajo de igual valor*. Hasta 1995, nuestro ordenamiento jurídico se encontraba en situación de incumplimiento por insuficiente trasposición de la normativa comunitaria según la propia jurisprudencia del TJCEE, en concreto de la sentada en el citado Asunto Comisión v. Dinamarca C.143/83 S.30-enero-1985, en el que, recordemos, se señalaba que el principio de seguridad jurídica exige que las normas nacionales que realizan la trasposición de las comunitarias den a conocer a sus destinatarios sus derechos de forma clara y con todo su alcance, de forma que una norma nacional no cumple ese principio cuando enuncia el de igualdad de remuneraciones con una significación mas restrictiva que la Directiva 1975/117/CEE, al no mencionar de forma expresa el concepto de trabajo de igual valor como aquel por el que se debe la misma retribución, sin discriminación por razón de sexo. La norma española anterior a la Reforma de 1994 señalaba la obligación del empleador de pagar el mismo salario por el mismo trabajo, sin discriminación por razón de sexo, sin mencionar para nada al trabajo de igual valor, con lo cual incumplía claramente la normativa comunitaria.

Sin embargo la reforma de 1994 tampoco se podía entender suficiente; la referencia expresa de que el empleador debía

pagar el mismo salario remitía al Art.26 ET que excluía de dicho concepto las denominadas prestaciones extrasalariales, que, no obstante, formaban parte de un concepto mas amplio, el de retribución, que constituía el ámbito de aplicación del principio de igualdad retributiva en su interpretación por el TJCEE. En otras palabras, tras la reforma de 1994 seguimos en situación parcial de incumplimiento porque nuestro ordenamiento jurídico recogía el principio de igualdad retributiva con un significado de menor extensión al que se le otorgaba en el ámbito comunitario. Esta situación ha venido a ser remediada por la Ley 33/2002 de 5 de julio que modifica el Art.28 ET dándole una redacción mas adecuada a las exigencias comunitarias. Señala que

“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente y cualquiera que sea la naturaleza de la misma salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”.

Esta nueva redacción sigue, sin embargo, resultando insuficiente para garantizar un completo conocimiento por parte de sus destinatarios del alcance y significado del principio de igualdad retributiva sin discriminación por razón de sexo ya que el nuevo precepto no concreta en modo alguno cuando debe entenderse que dos trabajos son de igual valor, ni aporta criterio alguno para valorar los trabajos, cuya determinación se deja en manos de los interlocutores sociales en forma absoluta, lo que no ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el francés en el cual se establecen pautas de referencia y criterios que sirven de base a las partes sociales para una valoración no discriminatoria de los puestos de trabajo.

En esta materia como en otras muchas relacionadas con la prohibición de discriminación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como señalamos muy influida por la del TJCEE, resulta de esencial importancia. El Tribunal ha

adoptado importantes sentencias sobre el principio de igualdad de retribuciones, entre ellas la ya citada en el Asunto Gregorio Marañón (S.145/1991 de 1 de julio) y además las adoptadas en el Asunto Puig (S.58/1994 de 28 de febrero), Gomaytex (S.147/1995 de 16 de octubre); en ellas señala que el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo en la retribución, derivado del general de igualdad del Art.14 CE, debe ser interpretado en el sentido que establece la normativa internacional y comunitaria, como referido no solo a trabajos iguales, sino a trabajos *“de igual valor”* abarcando así también, *“...todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos, no estrictamente iguales pero equivalentes o de igual valor, desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación, en cuya desigual valoración sea elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo; excluye que la valoración diferente del trabajo realizado, pueda tener lugar mediante la aplicación de criterios vinculados al sexo de los trabajadores y, en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino...”*. Viene además a señalar que la mera diferenciación de clasificación profesional, no justifica en absoluto una diferencia retributiva ya que el factor relevante para la diferenciación salarial, es *“..el trabajo mismo y no su denominación..”*, no pudiendo admitirse la justificación de una disparidad de trato entre los sexos por razones aparentemente objetivas, sin tener en cuenta el impacto diferenciado y desfavorable que estas tengan en función del sexo.

El Art.14 CE impone al juzgador, según señala el TC, valorar si las diferentes funciones implican o no desarrollar un trabajo de distinto valor, empleando para cuantificar tal valor criterios que no puedan calificarse a su vez de discriminatorios, entendiendo que la utilización en exclusiva como criterio de valoración de la *“mayor penosidad o esfuerzo físico...ha producido consecuencias irrazonables y perjudiciales para la mujer...dando mas valor a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo*

(atención, cuidado, responsabilidad etc.) mas neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos...”

En la Sentencia recaída en el Asunto Puig (S. 58/1994 de 28 de febrero) el Tribunal señala que es preciso tener en consideración que, en aquellos supuestos en que lo que ha de determinarse no es la existencia de discriminación retributiva directa (retribuciones diferentes para trabajos iguales), sino indirecta (retribuciones diversas para trabajos diferentes pero de igual valor), el juicio constitucional se hace mas complejo y ha de tener en cuenta una serie de criterios que han de ser utilizados conjuntamente, para lo que ha de contarse con las reglas que al respecto ha elaborado el Tribunal de Justicia Comunitario; “...partiendo de ellas - señala- es posible sintetizar tres grupos de reglas que integran las diversas facetas de este complejo juicio de igualdad:

a) En los supuestos en que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios, para excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia;

b) Para entender cumplida la exigencia a que se acaba de hacer referencia, no basta con poner de manifiesto la desigualdad de las tareas realizadas. El parámetro de igualdad en este punto no es la identidad de tareas, sino la igualdad o desigualdad de valor del trabajo, único elemento relevante a estos efectos para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva.

c) En la valoración del trabajo, además, ha de garantizarse y exigirse por tanto, que los propios criterios de valoración del trabajo, no sean por si mismos discriminatorios. De este modo, deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros que garanticen la igualdad de condicio-

nes de los trabajadores de ambos sexos... Todo ello porque la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de los trabajos en la que solo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos en detrimento del otro.

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

En resumen, la doctrina sentada en las sentencias del TC español parcialmente trascritas, introduce una interpretación del principio de igualdad de retribuciones, que entiende implícito en el Art.14 de la Constitución, que refleja claramente la realizada por el TJCEE, y significa una ampliación de la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, refiriéndola tanto a la directa como a la indirecta, vehiculada esta última mediante una infravaloración de los criterios o de las características predominantes en los puestos de trabajo feminizados: ante la alegación de discriminación, basada en la demostración de que un colectivo significativo de trabajadores caracterizado por su sexo, percibe sistemáticamente un salario inferior al correspondiente al colectivo caracterizado por el sexo contrario, efectuada por un demandante de amparo constitucional y, sobre todo, cuando el demandante pertenezca al grupo tradicionalmente perjudicado por la discriminación (las mujeres), el/la juzgador/a debe entrar a analizar, no si las tareas encomendadas a cada uno de los colectivos en comparación son iguales o similares, sino si son de igual valor, y en el supuesto de que el/la juzgador/a no pudiera llegar a una conclusión definitiva porque el sistema salarial impugnado resulte poco transparente, tiene la obligación de exigir del empleador que pruebe la razonabilidad de los criterios que le han inducido a aplicar la valoración salarial impugnada, en defi-

nitiva a modificar la carga de la prueba lo que resulta exigido por el Art.96 de la Ley de Procedimiento Laboral, obligación que de todas formas, a tenor de la jurisprudencia del TJCEE, deriva de la propia Directiva 1975/117/CEE (Asunto Danfoss C.109/88 cit.) principio que actualmente es recogido en la Directiva sobre carga de la prueba D/1997/80/CEE. Sigue el TC señalando, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia comunitarias, que, un sistema salarial que implica una valoración basada exclusivamente en criterios propios de puestos de trabajo tradicionalmente masculinos -como el esfuerzo físico-, resultaría discriminatoria por perjudicar sistemáticamente a la mano de obra femenina.

Como ya se señaló, resulta evidente en materia de igualdad retributiva la influencia de la normativa y jurisprudencia comunitarias sobre la norma y la postura doctrinal del Tribunal Constitucional español, influencia que este reconoce expresamente en sus sentencias, sin embargo, el desconocimiento generalizado de esta jurisprudencia conduce a que, en una situación de discriminación retributiva generalizada según muestran los datos estadísticos, las demandas de tutela antidiscriminatoria presentados ante nuestros tribunales sea realmente escasa.

Finalmente señalar que el IV Plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2003/2006 incluye entre sus objetivos *“Analizar los sistemas de valoración de los puestos de trabajo y las clasificaciones profesionales en base a criterios neutros, para garantizar la aplicación del principio de igualdad retributiva...”* y *“Estudiar la estructura del salario en los convenios colectivos para actuar sobre aquellos componentes que producen diferencias salariales entre hombres y mujeres”*.

3.2. Tratamiento en la negociación colectiva

Según establece la normativa analizada, la asignación de cada trabajador/a a un determinado grupo profesional,

categoría o nivel retributivo previsto en el convenio o, en su defecto, los que sean de aplicación en la empresa, se realizará mediante acuerdo entre el trabajador/a y la empresa. De esta forma, el sistema de clasificación profesional, además de posibilitar la descripción de los cometidos de la prestación laboral, sirve como instrumento para la determinación de la cuantía o nivel retributivo a percibir.

En el origen de las diferencias retributivas por razón de sexo, se encuentra la segmentación ocupacional horizontal y vertical. Es característica la concentración en un mismo grupo profesional, categoría laboral o determinados puestos de trabajo de un importante número de trabajadores de un mismo sexo y resulta sorprendente que incluso en los convenios de sector nacional, sigan apareciendo denominaciones de puestos en femenino prohibidas expresamente por el Art.22.4 del ET. Además, los puestos denominados en femenino suelen ser casi siempre los mas bajos de las clasificaciones profesionales y por tanto peor valorados y peor remunerados. Este tipo de ilegalidades es también frecuente en los restantes niveles convencionales.

Los sistemas de clasificación profesional basados en categorías y su reflejo en el sistema retributivo, han producido diferencias salariales que se han ido perpetuando en aquellos ámbitos de negociación que han reproducido las clasificaciones profesionales y los criterios de valoración que se establecieron en su momento en las derogadas Reglamentaciones de Trabajo, absolutamente obsoletos y la mayoría ilegales. Este tipo de inercias en la negociación colectiva junto con otras cuestiones que no solo afectan a esta materia (desconocimiento de la problemática y de su complejidad, deficiencias en el sistema de control de legalidad de los convenios colectivos) se encuentran también en el origen de las diferencias retributivas estadísticamente constatadas.

El desarrollo de la negociación colectiva en los últimos años pone de manifiesto una paulatina evolución en la sustitución

ción de los tradicionales sistemas de clasificación profesional por otros en los que el concepto grupo profesional se hace más relevante y se tratan de introducir sistemas objetivos de valoración de los puestos de trabajo. Uno de los intentos más relevantes en este sentido es el constituido por Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 1997, que recoge una serie de factores de encuadramiento que a su vez servirán para establecer niveles retributivos, cuya utilización se está generalizando en la negociación colectiva estatal. Como es sabido, el Acuerdo utiliza como factores de encuadramiento los siguientes: “conocimientos”, “experiencia”, “iniciativa”, “autonomía”, “responsabilidad”, “mando” y “complejidad”. De la definición que se realiza de estos conceptos, se puede deducir claramente que esta selección incluye factores que se hallan claramente más presentes o con más intensidad en trabajos con predominio masculino (“mando”, “iniciativa”, “autonomía”), que además son doblemente valorados en tanto la definición del concepto “complejidad” señala que se trata de un factor “para cuya valoración se tendrá en cuenta al número y grado de integración de los diversos factores antes enumerados en la tarea o puesto encomendado”; sin embargo, están ausentes otros posibles, más neutros desde la óptica del género, como “condiciones de trabajo” y “esfuerzo mental” que no son ni mencionados.

Por lo que respecta al factor “Conocimientos y experiencia” hay que subrayar que su reconocimiento en los trabajos feminizados puede resultar problemática, no tanto en lo que respecta a la valoración correcta de la forma en que se haya obtenido, ya puede entenderse que su definición incluye tanto la reglada como la no reglada (“factor para cuya valoración se tendrá en cuenta además de la formación básica necesaria para cumplir correctamente los cometidos, la experiencia adquirida..”) sino a la hora de medir la “dificultad para la adquisición de dichos conocimientos y experiencia” debido a la existencia de errores sistemáticos y de prejuicio que llevan a la convicción de la existencia de ciertos conocimientos y habilidades *innatos* en el sexo femenino o fácil-

mente adquiridos en el hogar desde la infancia, generalmente los relacionados con el trabajo doméstico y de cuidado, convicciones que pueden conducir a ubicaciones funcionales discriminatorias y a la infravaloración de los puestos que requieran de este tipo de conocimientos o habilidades que se consideran *innatas* en las mujeres.

La valoración sesgada en función del género de los diferentes puestos de trabajo, conduce a situaciones de discriminación indirecta y de un estudio detenido de los convenios colectivos puede deducirse la posible existencia de discriminaciones retributivas indirectas en todos los niveles convencionales. Como era de esperar, este tipo de discriminación sigue siendo relativamente visible a poco que se investigue tanto en el nivel nacional de negociación como en el provincial y parece detectarse una mayor frecuencia en los convenios correspondientes a sectores o subsectores más feminizados. No obstante algunos convenios (una vez más el de la Industria Química, y el de Perfumería y afines por ejemplo) incorporan factores de encuadramiento más neutros o al menos, de utilizar los mismos que el ACV, contienen una definición de los mismos más favorable a la prevención de la discriminación retributiva (por ejemplo, *capacidad de interrelación* en la definición del criterio *responsabilidad*, o *destreza manual*).

La discriminación retributiva puede afectar tanto al salario base como a los complementos salariales o incluso a las prestaciones extrasalariales. El hecho de que las mujeres ocupen mayoritariamente los puestos más bajos de las clasificaciones profesionales (segmentación vertical), se refleja en la cuantía de su salario base y provoca un efecto de arrastre en la fijación de las cuantías complementarias. En algunos sectores este tipo de efecto se pretende aminorar mediante la fijación de un salario mínimo de sector o salario mínimo garantizado. La regulación convencional de los complementos puede de su parte reproducir, incrementar o atenuar los efectos de la segmentación ocupacional y de una valoración discriminatoria de los puestos de trabajo

mediante el salario base. Sin duda las mujeres se benefician en menor medida que los hombres del complemento de antigüedad debido a su incorporación más tardía al mercado de trabajo y a su alta tasa de temporalidad. Además, la regulación convencional suele vincular a la antigüedad el derecho a la obtención de determinadas mejoras y beneficios sociales como ayudas y premios de jubilación. Por ello, la tendencia a la supresión de este tipo de complementos y su sustitución por otros beneficios sociales como la creación de planes y fondos de pensiones de empresa, puede colaborar en la eliminación de la discriminación retributiva.

Dado el desigual reparto de las responsabilidades familiares, las mujeres acceden con mayores dificultades a complementos como el de disponibilidad horaria o por horas extraordinarias, los de turnicidad o nocturnidad. Asimismo las mujeres acceden con mayor dificultad a beneficios o mejoras que afectan solo o de manera predominante a los trabajadores estables o fijos o a los que disfrutaban de jornada completa, debido a los altos niveles de atipicidad de las modalidades contractuales a que acceden.

Los complementos fijados en función de las condiciones de trabajo (por ejemplo los referidos a trabajos penosos, insalubres, nocivos, tóxicos o pesados) pueden perjudicar a las mujeres si en la determinación de las mismas no se toman en consideración elementos que aparecen con mayor frecuencia en puestos de trabajo feminizados y que, a medio o largo plazo, los hacen tan peligrosos como los masculinizados como la necesidad de atención continua, la velocidad y el sometimiento a ritmos rápidos, las posturas, en otras palabras, si junto a los riesgos de carácter eminentemente físico, no se toman en consideración riesgos de carácter eminentemente psíquico a la hora de determinar los puestos peligrosos a efectos retributivos. Es de destacar que la evaluación de los posibles riesgos de los puestos de trabajo desde una perspectiva de género es prácticamente inexistente en la práctica negocial española.

Por lo que se refiere a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, mejoras que según la jurisprudencia del TJCEE constituyen retribución y por tanto entran en el ámbito de aplicación del principio de igualdad retributiva, es bastante frecuente que los convenios colectivos las establezcan en las situaciones de Incapacidad Temporal, sin embargo, es muy escaso el número de convenios que recogen la mejora de la prestación por maternidad o riesgo durante embarazo. Por el contrario, probablemente arrastrado desde la Ordenanzas Laborales, los convenios provinciales recogen múltiples tipos de ayudas sociales francamente curiosas y desconocidas en otros niveles convencionales, que dada su redacción solo se pagarán a los trabajadores varones y que obviamente son resultado de la inercia negocial, como ciertas retribuciones a percibir por los trabajadores que realizan el servicio militar o civil sustitutorio.

3.3. Propuestas de futuro y cláusulas modelo

- Los convenios colectivos deberían introducir cláusulas que, al menos, afirmen el derecho a la igualdad retributiva sin discriminación por razón de sexo.

“La empresa está obligada a pagar la misma retribución por la prestación de un trabajo igual o de igual valor, entendiendo comprendidas en el concepto de retribución todas las prestaciones, en dinero o en especie y cualquiera que sea el título o calificación que se les asigne, que se deba abonar directa o indirectamente al trabajador/a en relación con el trabajo que preste”

(En términos similares CC de Perfumería y afines).

- El convenio debe regular la estructura retributiva incluyendo las percepciones extrasalariales y las mejoras sociales de cualquier clase y establecer que será aplicable a todo el personal, sea cual sea su modalidad de contratación, sin realizar excepciones de ningún tipo respecto del contratado temporalmente o a tiempo parcial.

“El personal contratado a tiempo parcial tendrá los mismos derechos que el resto de la plantilla y disfrutarán de los suplidos de comedor, transporte, y en general de todos los conceptos económicos de carácter indemnizatorio, en la misma forma, salvo las limitaciones que se deriven de la naturaleza de su contrato”.

(En términos similares CC de Industria Química y de Vidrio y Cerámica).

– Debería regularse un sistema de clasificación profesional que garantice la no discriminación por razón de género que tome en cuenta los siguientes extremos:

- a) Debe eliminar de las denominaciones de los puestos, categorías o funciones, diferenciadas sexualmente.
- b) Debe contener la definición completa y precisa de los criterios de encuadramiento utilizados para la conformación de los diferentes grupos profesionales y, en su caso las categorías que los integran.
- c) Debe establecer un sistema neutro y objetivo de valoración del trabajo que permita evaluar periódicamente el encuadramiento profesional y corregir las situaciones discriminatorias motivadas por una infravaloración ilegal del trabajo realizado por las mujeres.
- d) Debe regular procedimientos internos de reclamación individual o colectiva frente a situaciones de discriminación retributiva.

“Grupos profesionales:

- a) Producción.*
- b) Mantenimiento.*
- c) Servicios.*

- d) *Investigación y laboratorios.*
- e) *Administración e informática.*
- f) *Comercial.*

Definición de los factores que influyen en la determinación de la pertenencia a un determinado grupo profesional.

I. Conocimientos.—Factor para cuya elaboración se tiene en cuenta, además de la formación básica necesaria para poder cumplir correctamente el cometido, el grado de conocimiento y experiencia adquiridos, así como la dificultad en la adquisición de dichos conocimientos o experiencias.

Este factor puede dividirse en dos subfacetas:

a) Formación: Este subfactor considera el nivel inicial mínimo de conocimientos teóricos que debe poseer una persona de capacidad media para llegar a desempeñar satisfactoriamente las funciones del puesto de trabajo después de un periodo de formación práctica. Este factor, también deberá considerar las exigencias de conocimientos especializados, idiomas, informática, etc.

b) Experiencia: Este subfactor determina el periodo de tiempo requerido para que una persona de capacidad media, y poseyendo la formación especificada anteriormente, adquiera la habilidad y práctica necesarias para desempeñar el puesto, obteniendo un rendimiento suficiente en cantidad y calidad.

II. Iniciativa/Autonomía.—Factor en el que se tiene en cuenta la mayor o menor dependencia a directrices o normas y la mayor o menor subordinación en el desempeño de la función que se desarrolle. Este factor comprende tanto la necesidad de detectar problemas como la de improvisar soluciones a los mismos.

Respecto de este factor debe tenerse en cuenta:

a) *El marco de referencia: Valoración de las limitaciones que puedan existir en el puesto respecto a: acceso a personas con superior responsabilidad en el organigrama de la compañía, existencia de normas escritas o manuales de procedimiento.*

b) *Elaboración de la decisión: Entendiendo como tal la obligación dimanante del puesto de determinar las soluciones posibles y elegir aquélla que se considera más apropiada.*

III. *Complejidad.—Factor cuya valoración está en función del mayor o menor número, así como del mayor o menor grado de integración de los restantes factores enumerados en la tarea o puesto encomendado.*

a) *Dificultad en el trabajo: Este subfactor considera la complejidad de la tarea a desarrollar y la frecuencia de las posibles incidencias.*

b) *Habilidades Especiales: Este subfactor determina las habilidades que se requieren para determinados trabajos, como pueden ser esfuerzo físico, destreza manual, buena visión, etc. y su frecuencia durante la jornada laboral.*

c) *Ambiente de trabajo: Este subfactor aprecia las circunstancias bajo las que debe efectuarse el trabajo, y el grado en que estas condiciones hacen el trabajo desagradable. No se incluirán en este subfactor las circunstancias relativas a la modalidad de trabajo (nocturno, turnos, etc.).*

IV. *Responsabilidad.—Factor en cuya elaboración se tiene en cuenta el grado de autonomía de acción del o de la titular de la función y el grado de influencia sobre los resultados e importancia de las consecuencias de la gestión.*

Este factor comprende los subfactores:

a) *Responsabilidad sobre gestión y resultados: Este subfactor considera la responsabilidad asumida por ell/a ocupante del*

puesto sobre los errores que pudieran ocurrir. Se valoran no sólo las consecuencias directas, sino también su posible repercusión en la marcha de la empresa. En este sentido, conviene no tomar valores extremos, sino un promedio lógico y normal. Para valorar correctamente es necesario tener en cuenta el grado en que el trabajo es supervisado o comprobado posteriormente.

b) *Capacidad de interrelación:* Este subfactor aprecia la responsabilidad asumida por ella ocupante del puesto sobre contactos oficiales con otras personas, de dentro y de fuera de la empresa. Se considera la personalidad y habilidad necesarias para conseguir los resultados deseados, y la forma y frecuencia de los contactos.

V. *Mando.*—Es el conjunto de tareas de planificación, organización, control y dirección de las actividades de otras personas, asignadas por la Dirección de la Empresa, que requieren de los conocimientos necesarios para comprender, motivar y desarrollar a las personas que dependen jerárquicamente del puesto. Para su valoración deberá tenerse en cuenta:

a) *Capacidad de ordenación de tareas.*

b) *Naturaleza del colectivo.*

c) *Número de personas sobre las que se ejerce el mando.*

Grupo profesional 0.

Criterios generales.—El personal perteneciente a este grupo planifica, organiza, dirige, coordina y controla las actividades propias del desenvolvimiento de la empresa.

Sus funciones están dirigidas al establecimiento de las políticas orientadas para la eficaz utilización de los recursos humanos y materiales, asumiendo la responsabilidad de alcanzar los objetivos planificados, toman decisiones (o participan en su elaboración) que afectan a aspectos fundamentales de la actividad de la empresa, y desempeñan puestos directivos en las divisiones, departamentos, fábricas, plantas, etc.

Grupo profesional 1. Criterios generales.—Operaciones que se ejecuten según instrucciones concretas, claramente establecidas, con un alto grado de dependencia, que requieren preferentemente esfuerzo o atención y que no necesitan de formación específica.

Formación: Conocimientos a nivel de educación primaria o secundaria obligatorias.

Ejemplos: En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía, son equiparables a las siguientes:

Actividades manuales en acondicionado y/o envasado.

Operaciones elementales de máquinas sencillas, entendiendo por tales aquéllas que no requieran adiestramiento y conocimientos específicos. Operaciones de carga y descarga manuales o con ayuda de elementos mecánicos simples..

Operaciones de limpieza, aún utilizando maquinaria a tal efecto.

Tareas que consisten en efectuar recados, encargos, transporte manual, llevar o recoger correspondencia.

Grupo profesional 2. Criterios Generales.—Funciones que consisten en operaciones realizadas siguiendo un método de trabajo preciso y concreto, con alto grado de supervisión, que normalmente exigen conocimientos profesionales de carácter elemental, con posible utilización de elementos electrónicos tales como lectores, escáneres.

Formación: La formación básica exigible es la de haber superado la Educación Secundaria Obligatoria.

Ejemplos: En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía, son equiparables a las siguientes: Actividades auxiliares, elementales o de ayuda en proceso de elaboración de productos.

Actividades operatorias en acondicionado y/o envasado con regulación y puesta a punto en procesos elementales.

Tareas auxiliares en cocina y comedor.

Tareas de albañilería, carpintería, electricidad, mecánica, pintura, etc., de trabajadores/las que se inician en la práctica de las mismas.

Actividades elementales de laboratorio que consistan en la correcta preparación de material de análisis y de las muestras a analizar; limpieza y lavado de medios analíticos y ayuda a las tareas de análisis, bajo control directo.

Funciones de portería-conserjería que no exijan cualificación especial o conocimiento de idiomas.

Trabajos de reprografía.

Trabajos elementales y/o de ayuda en tareas de administración. Labores de embalaje y etiquetados de expediciones.

Grupo profesional 3. Criterios generales.—Funciones consistentes en la ejecución de operaciones que, aun cuando se realicen bajo instrucciones precisas, requieren adecuados conocimientos profesionales y aptitudes prácticas, pudiendo implicar la utilización de medios informáticos a nivel de usuario y cuya responsabilidad está limitada por una supervisión directa y sistemática.

Formación: La formación básica exigible es la equivalente a la Educación Secundaria Obligatoria completada con experiencia profesional o con un Ciclo Formativo de Grado Medio.

Ejemplos: En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía, son equiparables a las siguientes:

Operatoria y vigilancia del funcionamiento y regulación de maquinaria de envasado y/o acondicionado, cuyo manejo sea complejo, esto es, que precise de acciones manuales múltiples, dosificaciones variadas u otras regulaciones análogas realizadas según programas e instrucciones establecidas.

Tareas de albañilería, electricidad, carpintería, pintura, mecánica, etc., con capacidad suficiente para realizar las tareas normales del oficio.

Tareas de archivo, registro, cálculo, facturación o similares, que requieran algún grado de iniciativa.

Conducción de vehículos con permiso de Clase B. Telefonista-recepcionista sin dominio de idiomas extranjeros. Funciones de pago y cobro a domicilio.

Tareas de grabación de datos mediante soporte informático.

Tareas de lectura, anotación, vigilancia y regulación bajo instrucciones detalladas de los procesos industriales o del suministro de servicios generales de fabricación.

Trabajos de redacción de correspondencia según formato o instrucciones específicas.

Actividades de almacén que, además de tareas de carga, descarga, apilamiento y distribución, con ayuda o no de elementos mecánicos, impliquen comprobación de entradas y salidas de mercancías, bajo instrucciones y dando cuenta al o la responsable del almacén; pesaje y despacho de las mismas, con cumplimentación de albaranes y partes.

Tareas de transporte y paletización, realizados con elementos mecánicos.

Labores de calçado de planos.

Realización de operaciones de análisis sencillos, cuyos resultados sean de fácil comprobación, bajo instrucciones específicas y control directo; toma y preparación de muestras para análisis, con preparación del material necesario; seguimiento con instrucciones precisas de procesos analíticos realizados en laboratorios o plantas piloto. Realización de operaciones rutinarias de tratamiento agrícola bajo instrucciones específicas y control directo. Toma y preparación de muestras para conteo. Comprende el cuidado y limpieza del material del laboratorio.

Grupo profesional 4. Criterios generales.—Trabajos de ejecución autónoma que exijan, habitualmente, iniciativa y razonamiento por parte del personal encargado de su ejecución, comportando bajo supervisión, la responsabilidad de las mismas, pudiendo ser ayudados por mas personal.

Formación: Formación equivalente a Bachillerato o bien Ciclo Formativo de Grado Medio completado con experiencia profesional.

Ejemplos: En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía, son asimilables a las siguientes: Las actividades que, utilizando la unidad de ordenador necesaria, consistan en operar las unidades periféricas, contestando por consola del equipo los mensajes del sistema operativo y de los programas y seleccionando las salidas, dando prioridad a los trabajos de acuerdo con las planificaciones y el control establecidos.

Tareas de corresponsalía, taquimecanografía y teléfono con posible utilización de un idioma extranjero aunque sin dominio del mismo.

Actividades que, con iniciativa, responsabilidad, conocimiento y la posibilidad de estar secundados por puestos de los grupos inferiores, consistan en:

Establecer, en base a documentos contables, una parte de la contabilidad.

Redacción de correspondencia comercial.

Cálculos de precios y escandallos, valoración de ofertas, gestión administrativa de pedidos y suministros, con la responsabilidad de su tramitación completa.

Tramitación administrativa de importaciones y exportaciones con posible utilización de un idioma extranjero aunque sin dominio del mismo.

Confección y seguimiento de plannings y previsiones de trabajo.

Cálculo de salarios y valoración de costes de personal.

Actividades que consistan en la realización de análisis físicos, químicos o biológicos y determinaciones de laboratorio y/o campo, realizadas bajo supervisión, sin que sea necesario siempre indicar normas y especificaciones, implicando además el cuidado de los aparatos y su homologación, preparación de reactivos necesarios, obtención de muestras, efectuar cálculos y extensión de certificados, boletines de análisis o similares, secundadas o no por puestos de grupos profesionales inferiores..

Tareas de albañilería, carpintería, electricidad, pintura, mecánica, etc., con capacitación al más alto nivel, que permita resolver todos los requerimientos de su especialidad.

Actividades de almacén que, al ser desempeñadas en una organización de dimensiones reducidas, implican, además de los previstos en el Grupo Profesional 3, la plena responsabilidad del proceso de almacenaje con registro en libros y máquinas al efecto.

Tareas de delineación.

Conducción o conducción con reparto, con Permiso de conducción de clase C, D o E, entendiendo que pueden combinar la actividad de conducir con el reparto de mercancías.

Actividades de control y regulación de procesos industriales que generen transformación de producto, en cualquier fase del proceso productivo, sean de producción o de servicios generales de fabricación, cuando exijan iniciativa y razonamiento por parte de los encargados de su ejecución, con ayuda o no de otros puestos de trabajo e indicación de las operaciones a realizar por estos últimos.

Venta sin especialización.

Actividades de oficios industriales, con capacitación suficiente para realizar todas y cada una de las tareas propias de un oficio industrial y para propugnar su ejecución, con práctica total y completa de su cometido, con ayuda o no de otros puestos de trabajo e indicación de las operaciones a realizar por estos últimos.

Actividades de producción y/o mantenimiento que, reuniendo los requisitos del Grupo 3, supongan además la asunción de la ejecución autónoma y/o responsabilidad del proceso pudiendo ser ayudado por uno o varios trabajadores.

Grupo Profesional 5. Criterios Generales.—Se incluyen en este grupo la realización de las funciones de integrar, coordinar y supervisar la ejecución de varias tareas homogéneas con la responsabilidad de ordenar el trabajo de un conjunto de colaboradores/as.

Incluye además la realización de tareas que, aun sin implicar ordenación de trabajo, tienen un contenido medio de actividad intelectual y de relaciones humanas.

Formación: Conocimientos equivalentes a los de Bachillerato completados con experiencia profesional o con un Ciclo Formativo de Grado Superior específico de su función.

Ejemplos: En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía, son asimilables a las siguientes: Tareas que consisten en el ejercicio de mando directo al frente de un conjunto de operarios de los denominados oficios clásicos (albañilería, carpintería, pintura, electricidad, mecánica, etc.).

Tareas de traducción, corresponsalia, taquimecanografía y teléfono con dominio de un idioma extranjero.

Programación informática.

Tareas de contabilidad consistentes en reunir los elementos suministrados por los/las ayudantes y confeccionar estados, balances, costos, provisiones de tesorería y otros trabajos análogos, en base al plan contable de la empresa.

Tareas que impliquen la responsabilidad de la vigilancia y aplicación de los medios y medidas de seguridad.

Tareas de confección y desarrollo de proyectos según instrucciones. Responsabilidad de la supervisión, según especificaciones generales recibidas, de la ejecución práctica de las tareas de análisis en uno o varios laboratorios.

Actividades que impliquen la responsabilidad de un turno o de una unidad de producción que puedan ser secundadas por uno o varios miembros del grupo profesional inferior.

Venta especializada.

Grupo profesional 6. Criterios generales.—Funciones que consisten en integrar, coordinar y supervisar la ejecución de tareas heterogéneas con la responsabilidad de ordenar el trabajo de un conjunto de colaboradores/as. Se incluye además la realización de tareas complejas, pero homogéneas que, aun sin implicar mando, exige un alto contenido intelectual.

tual, así como aquéllas que consisten en establecer o desarrollar programas o aplicar técnicas siguiendo instrucciones generales.

Formación: Conocimientos equivalentes a titulación universitaria de grado medio a nivel de diplomatura o ingeniería técnica completados con un periodo de prácticas o experiencia profesional.

Ejemplos.—En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía, son asimilables a las siguientes:

Realización de funciones técnicas a nivel académico medio, que consisten en colaborar en trabajos de investigación, control de calidad, estudios, vigilancia o control en procesos industriales o en servicios profesionales o científicos de asesoramiento.

Analistas de aplicaciones de informática.

Responsabilidad de ordenar y supervisar la ejecución de tareas de producción, mantenimiento, servicios o administración o del conjunto de todas ellas en una empresa de dimensiones reducidas.

Responsabilidad de la ejecución de tareas de una unidad de producción, mantenimiento o servicios o de las tareas que se desarrollan en el conjunto de los mismos en una empresa de dimensiones reducidas.

Responsabilidad de una unidad homogénea de carácter administrativo o del conjunto de servicios administrativos de una empresa cuya administración no precise, por su dimensión de subdivisiones orgánicas.

Inspector/a o supervisor/a de la red de ventas.

Grupo profesional 7. Criterios generales.—Incluyen las funciones que consisten en la realización de actividades complejas con objetivos definidos y con alto grado de exigencia en los factores de autonomía y responsabilidad, dirigen normalmente un conjunto de funciones que comportan una actividad técnica o profesional especializada..

Formación: Equivalente a titulación universitaria de grado superior -a nivel de licenciado o ingeniero- completada con una dilatada experiencia profesional.

Ejemplos: En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía son asimilables a las siguientes: Realización de funciones que impliquen tareas de investigación o control de trabajos con capacitación para estudiar y resolver los problemas que se plantean.

Responsabilidad técnica de un laboratorio o del conjunto de varios laboratorios de empresas de tipo medio.

Supervisión técnica de un proceso o sección de fabricación o de la totalidad del proceso en empresas de tipo medio.

Supervisión técnica de un grupo de servicios o de la totalidad de los mismos e incluso de todos los procesos técnicos en empresas de tipo medio.

Coordinación, supervisión y ordenación de trabajos administrativos heterogéneos o del conjunto de actividades administrativas en empresas de tipo medio.

Responsabilidad de la explotación de un ordenador o sobre el conjunto de servicios de proceso de datos en unidades de dimensiones medias.

Análisis de sistemas de informática.

Funciones de dirección, coordinación y control de la actividad comercial, así como del personal, de una zona o demarcación comercial o geográfica, con responsabilidad por el cumplimiento de objetivos.

Grupo profesional 8. Criterios generales.—Se incluyen en este grupo aquellos puestos que requieren un alto grado de autonomía, conocimientos profesionales y responsabilidades que se ejercen sobre uno o varios sectores de la empresa, partiendo de directrices generales muy amplias, debiendo de dar cuenta de su gestión a alguna de las personas incluidas en el grupo 0.

Formación: Equiparable a titulación universitaria de grado superior completada con estudios específicos de postgrado o doctorado con una dilatada experiencia profesional.

Ejemplos: En este grupo profesional se incluyen todas aquellas actividades que, por analogía, son asimilables a las siguientes: Las funciones consistentes en planificación, ordenación y supervisión de los servicios.

Las consistentes en ordenación y supervisión de sistemas, procesos y circuitos de trabajo.

El desarrollo de tareas de gestión y de investigación a alto nivel con la programación, desarrollo y responsabilidad por los resultados.

La responsabilidad del control, planificación, programación y desarrollo del conjunto de tareas de informática

(En términos similares el CC de Industrias Químicas)

- **Deben introducirse medidas de acción positiva que traten de eliminar situaciones de desigualdad retributiva fijando salarios mínimos garantizados y estableciendo incrementos salariales suplementarios al general con objetivo de equiparar las categorías feminizadas con sus equivalentes masculinizadas.**

“Por el presente acuerdo se asigna al personal, en jornada completa, el salario mínimo garantizado anual de 1.670.712 pesetas brutas (10.041,18 euros). El SMG estará compuesto por la totalidad de los conceptos retributivos a percibir por los trabajadores de cada empresa, en actividad normal o habitual en trabajos no medidos. El personal a tiempo parcial lo recibirá en cantidad proporcional a la duración de su jornada”.

(En términos similares CC de Industria Química).

“El Salario Mínimo Garantizado (SMG) para todo el personal a jornada completa afectados por el presente convenio es de 10.586,86 euros brutos anuales.

El salario mínimo garantizado (SMG) estará compuesto por la totalidad de los conceptos retributivos a percibir por el

personal de cada empresa en actividad normal en trabajos medidos o habitual en trabajos no medidos, en jornada normal y completa de trabajo. No se incluye en el SMG la antigüedad y los complementos obligatorios.

Los salarios Convenio por grupo profesional en ningún caso serán inferiores al SMG del mismo.

El personal a tiempo parcial lo percibirá en proporción a su jornada”.

(En términos similares el CC de Perfumería y afines).

4. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO: EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO

4.1. Introducción y tratamiento normativo.

La violencia de género constituye un problema social al que en los últimos años tanto las organizaciones internacionales como los poderes públicos y los actores sociales han reconocido importancia esencial, asumiendo su erradicación como objetivo prioritario de la acción política. Reiteradamente se ha puesto de manifiesto la íntima relación existente entre la situación de discriminación de la mujer en la sociedad y la violencia de género. Por ejemplo, la **Plataforma de acción de Beijing aprobada en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, mantenida en septiembre de 1995** y en concreto su **Capítulo D**, señala que *“la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y contra sus libertades fundamentales y es una de las mas graves consecuencias de las desigualdades económicas, sociales, políticas y culturales que existen entre hombres y mujeres, cuya permanencia ha sido el resultado de la permisividad de sistemas legales y políticos que han discriminado a la mujer a través de la historia”*.

Anteriormente, la **Asamblea General de la ONU** había aprobado en 1993 una resolución histórica, en concreto la *“Declaración sobre la eliminación de la violencia contra*

la mujer” (48/104 de 20 de diciembre) a partir de la cual han sido aprobadas una serie de resoluciones sobre la materia por la **Comisión de Derechos Humanos** (1997/54; 1998/52; 1999/42; 2000/45; 2001/49; 2002/52; 2003/45). En todos estos textos se reconoce la relación existente entre la violencia de género y la situación social de discriminación de la mujer estadísticamente constatada.

En estas normas se define la violencia de género como “*todo acto de violencia, basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad*”. En todas ellas además se reconoce que la violencia contra las mujeres se produce en todas las sociedades, en todas las situaciones y en todos los ámbitos incluido el laboral que es el que aquí interesa. El objetivo asumido por este tipo de normativa es instar a los Estados miembros de las organizaciones respectivas a que adopten las medidas preventivas y sancionadoras adecuadas y eficaces para la erradicación de todo tipo de violencia sexual en todos los ámbitos en que esta puede producirse, incluido obviamente el ámbito laboral.

En el “*Estudio de las medidas adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea para la lucha contra la violencia hacia las mujeres*” realizado durante la Presidencia Española en el año 2002 por el **Instituto de la Mujer (MTAS)** se define la violencia de género en el trabajo como “*conducta abusiva, ejercida en el lugar de trabajo tanto por superiores jerárquicos como por iguales, sin el consentimiento de la persona que la sufre, de forma que crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil, humillante para la víctima y pone en peligro su puesto de trabajo o condiciona su carrera profesional*”. Este tipo de actuación se manifiesta en dos formas diferentes: *el acoso sexual* y *el acoso moral por razón de género*. Mientras que el primero (el acoso sexual) ha sido

analizado de manera intensa por la doctrina⁴³, el acoso moral constituye un fenómeno cuya existencia se reconoce recientemente y por ello la intensidad su análisis doctrinal es bastante inferior, siéndolo aún menor la del acoso moral por razón de género como conducta discriminatoria y manifestación de la violencia de género en el trabajo⁴⁴.

La violencia en el trabajo, constituye un fenómeno complejo cuya aprehensión completa en términos jurídicos presenta una grave dificultad. Como premisa previa, ha de tenerse en consideración que constituye una conducta que viola al tiempo varios derechos fundamentales (intimidad, dignidad, salud, trabajo), puede tener diversos sujetos tanto activos como pasivos (empresario, superiores jerárquicos, compañeros), se manifiesta en tipos diversos (acoso moral, acoso moral por razón de género, chantaje sexual, acoso sexual ambiental), siendo susceptible de varios tipos de sanciones (social, civil, administrativa, penal).

Es además preciso señalar que mientras respecto del acoso sexual sea cual sea su tipología, de forma reiterada se ha afirmado su carácter discriminatorio por razón de género ya que los estudios victimológicos demuestran sin lugar a dudas que, en la inmensa mayoría de los asuntos denunciados y planteados jurisdiccionalmente, la víctima era una mujer y el autor un varón, el acoso moral no se presenta tan claramente como una manifestación discriminatoria de la violencia en el trabajo aunque el Parlamento Europeo reconoce y los especialistas en sociología y en medicina del tra-

⁴³ ESCUDERO RODRÍGUEZ R., "El acoso sexual en el trabajo". Relaciones Laborales, Tomo II, 1993. LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Comares, Granada, 1996. Del mismo autor "El concepto de acoso sexual en la Sentencia de 13.12.1999 del Tribunal Constitucional", Relaciones Laborales, Nº 3, 2000. MACKINON, C., *Sexual harassment of working women*. Yale University Press, New Haven and London, 1979.

⁴⁴ HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo*. Paidós, Barcelona, 2001. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?". Revista de Derecho Social, nº 19, 2002, págs 53 y ss. LOUSADA AROCHENA, F., "El acoso moral por razón de género". Aranzadi Social, Nº 15, 2003.

bajo que han analizado el tema y el análisis jurisprudencial demuestran que las mujeres son las víctimas mayoritarias de este tipo de actuación.

Precisamente en base a esta complejidad se ha manifestado de forma reiterada la necesidad de que se haga el esfuerzo de crear normas suficientemente adecuadas para su tipificación, prevención y sanción ya que de una adecuada plasmación jurídica dependerá, la comprensión y conocimiento de estos fenómenos, sus caracteres y efectos, el reconocimiento por parte de sus víctimas de la ilegalidad de su situación, las posibilidades de tutela de las mismas y la sanción adecuada de sus autores.

Los intentos de juridificar el **acoso sexual**, prevenirlo y sancionarlo son numerosos en el ámbito comunitario; a partir de 1986, año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema y se realizó un estudio sobre su incidencia real y las posibilidades de actuación comunitaria⁴⁵ han sido adoptadas la **Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990** y la **Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991**, siendo la norma mas conocida, completa y útil hasta el momento, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la **Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo** y su **Código de Conducta**.

Por lo que se refiere al **acoso moral**, la preocupación comunitaria es posterior; la primera norma adoptada en la materia es la **Resolución del Parlamento Europeo 2001 de 20/09 sobre el acoso moral en el lugar de trabajo** y en esta se reconoce expresamente el acoso moral como uno de los problemas de mayor magnitud e incidencia en el derecho a la seguridad y salud en los lugares de trabajo, como se demuestra mediante el Informe de la **Fundación Europea**

⁴⁵ RUBENSTEIN M. "La dignité de la femme dans le monde du travail: Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes" Comisión Europea, Bruselas, 1987.

para la Mejora de Condiciones de Vida y Trabajo realizado y publicado ese mismo año; del citado informe se desprende que esta realidad afecta al 8% de los empleados de la UE, es decir, 12.000.000 de personas presentando grandes diferencias entre los Estados miembros lo que se explica en parte por el hecho de que el reconocimiento de la existencia de este fenómeno es reciente, en algunos países casi desconocido, y por tanto no se informa de su incidencia mientras que en otros el grado de concienciación es mayor. También influyen, en opinión del Parlamento la disparidad de los sistemas jurídicos y las diferencias culturales.

Concretamente, en sus *Considerandos D) y E)* señala que donde mas casos de acoso se producen es, con diferencia, en los trabajos con mucha tensión, *“un tipo de trabajo que realizan mas frecuentemente las mujeres que los hombres que existe un vínculo claro entre el acoso moral y la menor estabilidad en el empleo y una situación laboral precaria”* en definitiva, se acepta indirectamente que el acoso moral constituye muchas veces una manifestación de la violencia de género, relacionada con la situación de las mujeres en el mercado de trabajo. Esta conclusión se reafirma a la vista del nº 2 del texto de la Resolución en el que el Parlamento señala que *“...el aumento creciente de los contratos temporales y la precariedad en el empleo sobre todo entre las mujeres, crea condiciones propicias para la práctica de diferentes formas de acoso”*; finalmente y ya de forma directa señala que *“según diversas investigaciones, las mujeres son víctimas de fenómenos de acoso moral con mayor frecuencia que los hombres”*. Entre otras medidas, el Parlamento solicita de los Estados miembros que *“con el objetivo de luchar contra el acoso moral y el acoso sexual en el trabajo, revisen su legislación vigente y, en su caso la complementen, así como que examinen la definición de acoso moral y elaboren una definición uniforme”*. Con la finalidad de incentivar a los Estados miembros en la puesta en práctica de esta sugerencia, se solicita de la Comisión UE que estudie la posibilidad de clarificar o ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva Marco sobre salud y seguridad

en el trabajo (D/89/391/CE) o incluso que proponga una nueva directiva como instrumento jurídico para combatir el acoso moral y como mecanismo para asegurar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, de su intimidad y de su honor. Finalmente (Párrafo 16) constata que, en 2001, ya algún Estado miembro ha elaborado una normativa para luchar contra el acoso moral y otros han empezado a trabajar para adoptar legislación en la materia, a menudo siguiendo el modelo de las destinadas para reprimir el acoso sexual.

Tras algún tiempo de debates con los interlocutores sociales europeos (UNICE y CES), recientemente se ha visto cumplido el objetivo planteado en el IV Programa de Igualdad de Oportunidades de la UE 1998-2000 de adoptar una norma vinculante sobre la violencia de género en el empleo. Aprovechando esta coyuntura y a la vista de la imposibilidad de conseguir un texto específico, se ha optado por incluir los conceptos de acoso sexual y moral por razón de género en la D/73/2002 de 23 de septiembre, de modificación de la D/76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

En el Número 8 de la exposición de motivos y fundamentos de la Directiva se señala: *“El acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir ambos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo, debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación”*.

En su Art.2.2. párrafo 3º se define el acoso por razón de sexo como *“la situación en que se produce un comportamiento no deseado, relacionado con el sexo de una persona, con el*

propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

En el mismo precepto pero en su párrafo 4º se señala que constituye acoso sexual en el trabajo “...aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona y en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”; posteriormente añade que “El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte”.

Finalmente añade en el Art.2.1.b) “El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirán”.

La primera cuestión a reseñar, es la diferenciación que se realiza entre el acoso sexual y el acoso moral por razón de sexo. Por lo que se refiere al acoso sexual, se recoge una definición diferente de la contenida en normas previas, que hace especial hincapié en el concepto de **acoso ambiental** (el que crea un ambiente hostil, intimidatorio, humillante u ofensivo) y parece mucho mas parco en la definición del **chantaje sexual**. Recuérdese que la Recomendación de 27-noviembre-1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo definía a este último como aquella situación en la que “la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta (de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo) por parte de empresarios y trabajadores (incluidos superiores y compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo”.

Tanto el acoso moral como el acoso sexual se tratan en esta norma especialmente como actuaciones discriminatorias, cuestión nada sorprendente en el contexto de una Directiva que tiene por objetivo regular el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo. Ello no significa que el acoso viole exclusivamente el derecho a la igualdad; sigue considerándose una actuación pluriofensiva que viola al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente el derecho a la dignidad y a la intimidad y, como se ha venido declarando reiteradamente, también el derecho a la salud e incluso al trabajo.

Finalmente el Art.2.5 implica de forma directa a los interlocutores sociales y las instituciones públicas en la tutela frente al acoso. Señala “*Los Estados miembros.....alentarán la adopción por parte de los empresarios y los responsables del acceso a los formación profesional, de medidas para impedir cualquier forma de discriminación por razón de sexo, y en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo*” y en preceptos posteriores y aplicables en general a la discriminación por razón de género, se exige de los Estados miembros que arbitren procedimientos adecuados de tutela jurisdiccional o no, y de sanciones “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*” frente a la violación de los derechos reconocidos. También se hace especial hincapié en la importancia de la actuación de los interlocutores sociales en la tutela del principio de igualdad de trato y la eliminación de la discriminación por razón de género incluido el acoso.

Por lo que se refiere a las medidas adecuadas para la prevención, entendemos que el Código de Conducta, que tiene por objetivo sugerir a las partes sociales las medidas mas adecuadas para prevenir el acoso sexual en el trabajo sigue vigente y por tanto completa y concreta la Directiva 2002/73/CEE y que muchas de las medidas sugeridas para la prevención del acoso sexual, serían también adecuadas

para la del acoso moral. Parece interesante señalar que la propia Comisión ha editado una guía oficial con el objetivo de facilitar la implementación del Código de Conducta por parte de sus destinatarios⁴⁶.

El objetivo del Código de Conducta para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1991, cuya aplicación es perfectamente compatible con la Directiva, como se ha señalado, es prevenir el acoso sexual y, si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos adecuados para tratar el problema y evitar que se repita.

El Código se refiere especialmente al acoso realizado por personas diferentes al propio empresario, que, ostenten o no superioridad jerárquica respecto de la víctima, se encuentren sometidos al poder disciplinario de aquel. Por lo que se refiere al acoso sexual realizado por el empleador, el problema se presta a diversos enfoques jurídicos desde perspectivas como la administrativa, civil, penal o incluso social pero no están contemplados en la norma comunitaria.

La mayoría de las recomendaciones incluidas en el Código se refieren a las medidas que deben adoptar los empleadores, sobre los que recae el deber de garantizar la protección de la dignidad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, sin embargo, se sugiere que las medidas que se detallan, se adopten tras consulta a la representación del personal o, incluso, mediante la negociación colectiva ya que la experiencia indica que las estrategias para crear y mantener un entorno laboral exento de acoso sexual tienen más probabilidades de ser eficaces cuando se acuerdan conjuntamente.

⁴⁶ *How to combat sexual harassment at work*, Office for Publications of the European Communities, 1993.

Por lo que respecta a la prevención frente al acoso sexual en el trabajo, y como primer paso para mostrar la intención de construir un ambiente de trabajo exento de este tipo de riesgo, los empleadores deben elaborar una “*Declaración de principios*” en la que se establezca clara y expresamente que todos/as los trabajadores/as de la empresa, sea cual sea su rango jerárquico, deben ser respetados en su dignidad, que no se permitirá ni tolerará el hostigamiento sexual y que todo trabajador/a tiene derecho a presentar denuncias si se produce, sin miedo a represalias. Se recomienda que en la Declaración se precise de la forma más exacta qué ha de entenderse por acoso sexual y se explique que dicho comportamiento se considerará infracción disciplinaria y será sancionada. La Declaración deberá exponer asimismo el procedimiento que habrán de seguir las víctimas para recibir ayuda, a quien habrán de dirigir su denuncia, que debe incluir el compromiso de un tratamiento serio, rápido y confidencial de todo tipo de queja, protección frente a las represalias y garantía de que el procedimiento terminará en la aplicación de las medidas disciplinarias adecuadas contra las personas culpables de actos de hostigamiento hacia sus compañeros/as.

Una vez elaborada la Declaración es importante garantizar su conocimiento efectivo por todos los integrantes de la empresa, lo que el Código señala como *comunicación suficiente y adecuada de la Declaración de Principios*, y un nivel de formación asimismo suficiente y adecuado de todo el personal implicado en la organización del trabajo, que debería tener por objetivo la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de acoso. Toda persona que tenga alguna función específica o cometido oficial en el procedimiento de tutela, debería también recibir una formación específica.

Por lo que se refiere a tutela, la elaboración de procedimientos adecuados para tratar las denuncias de acoso en el trabajo reviste, según el Código, una crucial importancia.

También es importante la puesta en conocimiento de todos los integrantes de la empresa de como y cuando utilizarlos y sus consecuencias. Se recomienda que, mediante acuerdo con la representación del personal, se nombre a una persona encargada de proporcionar asesoramiento y asistencia a los/las trabajadores/as víctimas de acoso. Sobre la utilidad de esta figura, existe experiencia en algunos Estados miembros donde se denomina *asesor/a confidencial* y frecuentemente son personas pertenecientes a sindicatos o a grupos de ayuda a la mujer. Se resalta la importancia de proporcionar al asesor/a la formación y recursos necesarios para desempeñar su función así como de garantizar su protección frente a las represalias.

Está demostrado que, dada su naturaleza, la protección frente al acoso en el trabajo no puede realizarse de manera suficientemente adecuada por medio de los canales normales de denuncia. La vergüenza, el temor a las represalias, a dañar la propia reputación o al enrarecimiento de las condiciones de trabajo, conducen a las víctimas a la inutilización de los procedimientos generales de tutela. El procedimiento formal de protección frente al acoso, debe revestir características especiales de entre las cuales, la *confidencialidad* durante todo el curso de la investigación, resulta especialmente necesaria. Es importante garantizar que las investigaciones que se realicen con el objetivo de asegurar la veracidad de la denuncia, se lleven a cabo con absoluto respeto de la dignidad y de los derechos tanto del denunciante como del denunciado/a, así como que las personas encargadas de efectuarlas ofrezcan suficientes garantías de independencia e imparcialidad.

Como práctica adecuada se recomienda que, tanto la presunta víctima como el/la denunciado/a, tengan reconocido el derecho a ser acompañados y/o representados por alguien de su elección y confianza y es aconsejable que se disponga de un registro completo de todas las reuniones e investigaciones realizadas en cada empresa o centro y que las empre-

sas controlen y revisen las denuncias de acoso y su resolución con el objetivo de asegurarse de que los procedimientos arbitrados para la tutela son eficaces. Sin duda la previsión de este tipo de procedimientos previos puede ayudar mucho en el proceso jurisdiccional posterior, en su caso, ya que como es sabido, uno de los obstáculos más importantes para la sanción del acoso es el de la prueba de su existencia.

Junto con las recomendaciones expuestas, dirigidas específicamente a las empresas, el Código recoge algunas otras que tienen por destinatarios tanto a los sindicatos como a los/as trabajadores/as. Se recomienda en primer lugar, como práctica adecuada que los sindicatos *formulen y presenten declaraciones claras de política sindical sobre acoso* y que tomen medidas para aumentar la sensibilización de sus afiliados/as y de los trabajadores/as en general ante el problema, a fin de colaborar a crear unos ambientes de trabajo en los que ni se tolere ni se pase por alto. Mas concretamente, se señala que *“los sindicatos deberían ofrecer a todos sus cuadros o dirigentes, formación adecuada sobre temas relacionados con la igualdad de trato, incluida la manera de abordar el acoso sexual en el trabajo, incluyéndolo en cursos de formación sindical...se recomienda como buena práctica que informen a sus afiliados/as y dirigentes a este respecto...”*. Se resalta la importancia de incluir en sus negociaciones con las empresas la adopción de políticas y procedimientos adecuados para proteger la dignidad de los/as trabajadores/as, informar a sus afiliados/as de su derecho a no ser acosados/as, proporcionándoles al tiempo una orientación clara sobre qué hacer en caso de que ocurra incluido el asesoramiento sobre sus derechos legales. En el supuesto en que el mismo sindicato represente a la persona que ha presentado la denuncia y a la persona objeto de la misma, debe dejarse claro que el sindicato no está tolerando el acoso al proporcionar la representación y, en cualquier caso, las dos partes no deben estar representadas por la misma persona.

Finalmente y por lo que se refiere a las responsabilidades de los/as trabajadores/as, el Código pone de manifiesto que pueden contribuir muy eficazmente al mantenimiento de ambientes de trabajo exentos de este riesgo si queda claro que consideran dicho comportamiento inaceptable y apoyan a los compañeros/as víctimas del mismo en la presentación de sus denuncias.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico interno, el Art.4.2.e) del ET señala que los/as trabajadores/as, en la relación laboral, tienen derecho al *“respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad comprendida la protección frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

En lo referente al *acoso sexual*, esta definición resulta insuficiente a todas luces porque, como resulta obvio en una comparación con el concepto comunitario, ni hace referencia a los elementos definitorios del acoso, ni recoge su tipología ni sus efectos. También aparece una referencia al acoso sexual en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social según cuyo Art.8.13 constituye infracción muy grave de la normativa en materia de relaciones laborales, *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”*. De su parte el Art.8.13.bis de la LISOS señala que se considerará infracción muy grave del ordenamiento en materia de relaciones laborales *“El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiese adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*.

Sin duda se trata de preceptos de relevante importancia ya que significan que, de forma clara y expresa, se hace responsable a la empresa de cualquier conducta de acoso realizada en su ámbito de organización, aun cuando no sea el/la propio/a empleador/a el sujeto activo; en otras palabras, se está haciendo al empleador/a responsable de mantener espacios laborales exentos del riesgo de acoso en el trabajo so pena de ser sancionado/a si no adopta las medidas necesarias, adecuadas y eficaces para conseguirlo, lo cual nos reconduce al ámbito de la prevención de riesgos laborales.

El texto refundido de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales no contiene normas específicas relativas al acoso, pero según reitera la doctrina laboralista de forma mayoritaria, en el marco de prevención del acoso los criterios a tomar en cuenta son los generales frente a cualquier tipo de conducta de cualquier naturaleza susceptible crear un riesgo para el trabajador o trabajadora en el ámbito de la empresa. El Art.14.1 de esta Ley establece que *“Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio(...)”*. El mismo precepto en su N.º.2 señala *“En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores(...)”*

En este sentido además incide Ley General de Seguridad Social, en cuyo Art.115.1º aparece definido el accidente de trabajo como *“toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta*

ajena". Una definición tan amplia del accidente de trabajo, junto con la presunción establecida en su N°3 "*Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo*" permite calificar como accidente de trabajo los devastadores efectos que sobre la salud física y psíquica de los/las trabajadores/as produce el acoso.

Asimismo, establece en el apartado segundo de ese mismo artículo que "*tendrán la consideración de accidente de trabajo*"; entre otros supuestos, los siguientes: "*a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo*"; "*f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente*" por tanto, cabe la posibilidad de calificar como accidente de trabajo tanto el acoso sufrido dentro del lugar de trabajo como el realizado *in itinere*, así como aquellas enfermedades ya latentes en el/la trabajador/a que se agravan con el acoso, por ejemplo, una dolencia psíquica que se agrave como consecuencia de la ansiedad o depresión que provoca el acoso sexual.

Por lo que se refiere al *acoso moral* la Ley 62/2003, en concreto en su Capítulo III titulado "*Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato*" Sección 1º Art.27 y ss. recoge, mejor dicho, copia literalmente la definición sobre acoso moral contenida en las Directivas 2000/43 y 2000/78/CEE cuya trasposición se propone, estableciendo en su Art.28 que "1.- *A los efectos de este capítulo, se entenderá por ...d) Acoso: Toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o como consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*". El mismo precepto en su nº 2 in fine señala que "*El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios*".

El Art.54.2.g) ET señala que “*Se considerarán incumplimientos contractuales....el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*”.

Como se puede observar, se trata de una regulación demasiado incompleta como para entender tipificado el acoso moral en nuestro ordenamiento jurídico ya que, de un lado, no recoge un concepto de acoso moral de carácter general, es decir, el no guiado por las razones discriminatorias prohibidas expresamente por la norma, solamente se refiere al acoso moral discriminatorio por las razones recogidas en las Directivas que se pretenden trasponer, y, por lo que aquí interesa, para nada se toca el acoso moral por razón de género. Esta situación, sin embargo, puede ser paliada mediante la utilización de recursos normativos que permiten avanzar en el sentido de la prohibición de este tipo de comportamientos y la represión de los mismos.

En primer lugar, nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental a la igualdad en el Art.14 en relación con el Art.9.2; el derecho al respeto de la dignidad viene reconocido en el Art.10 y finalmente, en el Art.15 se reconoce el derecho a la integridad física y moral. Todos ellos han servido de base a nuestros tribunales para operar la tutela de personas sometidas a acoso.

En el ámbito de la legalidad ordinaria, como hemos señalado el Art.4.2.e) del ET reconoce como derecho básico de los/las trabajadores/as “*...el respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”.

Aunque el precepto no realice alusión expresa y específica al acoso moral discriminatorio por razón de género, sería

absurdo concluir que esta ausencia pueda significar que el acoso moral por dicha causa constituye una actuación permitida por nuestro ordenamiento. En primer lugar, la Constitución Española en su Art.14 prohíbe cualquier tipo de discriminación incluida la basada en el sexo. Por lo que se refiere a la normativa ordinaria el Art.17 ET prohíbe la discriminación, entre otras causas, por razón de sexo y finalmente el Art.8.12 de la LISOS califica como infracción muy grave del ordenamiento jurídico “*Las decisiones unilaterales del empleador que impliquen discriminación..... por razón de.... sexo*”.

Ha de señalarse que la consideración de un determinado acto de acoso moral como discriminación por razón de género, es decir, como una violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo, no excluye que, al tiempo se entienda como ofensivo del derecho a la dignidad, a la libertad, al respeto de la intimidad, y al derecho a la integridad física y moral, incluso del derecho al trabajo, pero resulta favorable para su víctima en tanto que ello permite la utilización de todos los procedimientos legalmente creados para la tutela antidiscriminatoria, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de tutela establecida en el Art.96 LPL, así como las prioridades en el análisis judicial que eviten el fracaso de las acciones de tutela utilizados por la trabajadora por motivos formales principio establecido por el TC en S.218/2002, o la imposición al empleador de la obligación de adoptar un comportamiento positivo, que implica la supresión de la discriminación y de todos sus efectos derivada de los Arts.180 y 182 LPL.

Este panorama normativo no significa, ni mucho menos, el cumplimiento de las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE. Por el contrario, se hace ahora mas evidente la ausencia de una definición que, al atribuir un nomen iuris propio al acoso relacionado con el género, facilite su aplicación, falta su específica declaración como dis-

criminatorio, falta regular mecanismos de prevención, sin perjuicio de la siempre conveniente transposición adecuada que, más allá de los estrictos mínimos, facilite la efectiva aplicación de las exigencias comunitarias.

La insuficiencia de la normativa española de todos los ordenes en la configuración y sanción del acoso sexual en el trabajo, pretende ser paliada a medio plazo; el IV Plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2003-2006 se propone incluir una definición mas completa del acoso sexual en la normativa laboral y plantear su consideración como riesgo laboral específico, así como establecer entre las prioridades de actuación de la Inspección de Trabajo el control y sanción del acoso sexual. También pretende el endurecimiento de las sanciones tanto administrativas como penales previstas contra los acosadores sexuales. Sin embargo nada dice respecto del acoso moral por razón de género, cuya situación de anomía como señalamos constituye una carencia notable de nuestro ordenamiento jurídico que deberá ser asimismo cubierta lo mas rápidamente posible.

4.2. Tratamiento en la negociación colectiva.

Como señala reiteradamente la normativa y la doctrina comunitarias y la doctrina española, puesto que el acoso tanto sexual como moral constituyen uno de los mas importantes problemas con que se enfrentan las mujeres trabajadoras, sobre todo las que se encuentran en una situación mas débil en el mercado de trabajo, la negociación colectiva debe constituir un instrumento para que los agentes sociales tomen bajo su responsabilidad garantizar la consecución de un entorno laboral exento de acoso. Lamentablemente el ANC realiza una escasa y parcial referencia a la necesidad de que los convenios colectivos mejoren el tratamiento de esta materia; en concreto, en su Capítulo VI denominado *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, señala que se consideran, entre las materias adecuadas para su tratamiento por la negociación colec-

tiva, el *acoso sexual*, olvidando absolutamente el *acoso moral discriminatorio*. De su parte, el *Documento de buenas prácticas* elaborado el 17 de febrero de 2003 por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, insiste en la necesidad de que los convenios colectivos diferencien entre *acoso sexual de intercambio* (chantaje sexual o quid pro quo) y *acoso medioambiental*.

Es de señalar que los estudios convencionales realizados hasta el momento muestran que la atención que la negociación colectiva dedica al tema sigue siendo insuficiente. Hay que reconocer que los convenios que tradicionalmente han prestado alguna atención al tema del acoso sexual han mejorado en los últimos años la calidad técnica de su regulación, pero siguen siendo escasos los que contienen alguna referencia al acoso sexual en el trabajo y escasísimos, si alguno, hace referencia al acoso moral⁴⁷.

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

⁴⁷ CES, *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, Madrid, 2003, pág. 60.

Sin embargo, la mayoría de los convenios, aunque no hacen referencia concreta ni al acoso sexual ni al moral, contienen la definición y sanción de conductas como los *malos tratos de palabra o de obra*, *la falta de respeto o la falta de consideración*. Constituyen cláusulas en las que sin definir los conceptos, se sanciona *toda conducta en el ámbito laboral, que atente gravemente al respeto de la intimidad o dignidad, mediante ofensas verbales o físicas*. Este tipo de cláusulas abundan en nuestro sistema de negociación, apareciendo en todos los niveles convencionales, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. La proliferación de estas cláusulas convencionales en las que no se recoge el concepto de acoso pero se puede entender mas o menos definido, se comprende si tenemos en cuenta que en un estudio que realizó la Secretaría Confederal de CCOO en el año 2000, solo un 6% de las trabajadoras consultadas reconoce abiertamente haber sufrido acoso a lo largo de su vida laboral, pero si la cuestión se plantea obviando el concepto, es decir, si se les pregunta si han vivido situaciones ofensivas en su lugar de trabajo, el porcentaje de contestaciones afirmativas incrementa de forma notable. Ello puede significar que el concepto de acoso no está arraigado, no es suficientemente comprendido por sus propias víctimas y tampoco por los interlocutores sociales⁴⁸.

Incluso en algunos casos, la definición convencional resulta excesivamente restrictiva lo que conduce a que solo sean calificables de acoso determinadas conductas producidas en circunstancias particulares. Por ejemplo, en algunos convenios se establece que existirá acoso sexual solo cuando la conducta se lleve a cabo prevaleándose de una situación de superioridad del acosador o cuando esta conducta sea ejercida sobre personas especialmente vulnerables, ya sea por su situación personal -tener responsabilidades familiares, ser madre soltera- o por su situación laboral -trabajador/a temporal-; obviamente, este tipo de definición deja fuera del ámbito de protección múltiples situaciones en las que existirá acoso

⁴⁸ SERRANO GARCÍA, J., op.cit.pág.769.

según la normativa vigente que no exige tales requisitos para configurar el tipo. Si que resulta correcto sin embargo utilizar la relación de superioridad jerárquica del acosador/a respecto de la víctima así como su especial situación de vulnerabilidad como circunstancia agravante. Sorprendentemente, es en el ámbito provincial donde se han encontrado las mejores definiciones del concepto de acoso sexual.

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

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

La elección de la sanción a imponer corresponde a la empresa como titular del poder disciplinario y en ningún caso se reconoce la posibilidad de intervención en esta función a otros sujetos diferentes; entendemos que la facultad de selección de la sanción podría ser compartida ya sea con la representación del personal o, en el caso de que exista procedimiento especial para la prevención, control y sanción del acoso, con la persona o personas encargadas de

aplicarlo. El reconocimiento de esta posibilidad evitaría que se pudiera aprovechar una denuncia de acoso para despedir a un trabajador o trabajadora *non grato*, sin que la conducta denunciada tuviese la gravedad suficiente para justificar esta decisión o, por el contrario, se decidiese arbitrariamente aplicar una sanción inferior a la que correspondería en función del principio de proporcionalidad⁴⁹.

Como señalamos, es sorprendentemente en el nivel provincial donde se han encontrado las mejores y más completas definiciones del acoso sexual, que en algunos casos, más bien se podrían calificar de *Declaraciones de Principios* propuestas por el Código de Conducta Comunitario, al que a veces se realiza referencia específica⁵⁰. Este tipo de cláusulas, al menos muestran la voluntad de los interlocutores sociales firmantes del convenio en la erradicación de la violencia de género, pero resultan insuficientes si no se acompañan de procedimientos específicos de denuncia, constatación de la veracidad de la misma y sanción del acosador/a. En la medida en que las víctimas del acoso prioritariamente desean que este cese, se trataría de que la negociación colectiva intentara una resolución de la situación mediante un procedimiento no judicial simplificado y sin formalidades excesivas, como sugiere el Código de Conducta Comunitario. La solución más adecuada quizá sería que la denuncia de acoso se realizara ante los órganos internos de solución de conflictos en la empresa, pero ofreciese soluciones para cuando esta no sea considerada solución idónea -por ejemplo cuando el acosador o acosadora es el jefe inmediato de la víctima-. El convenio debe garantizar que las investigaciones pertinentes se realizan con absoluto respeto de los derechos fundamentales de denunciado y denunciante y que sean independientes y objetivas.

⁴⁹ SERRANO GARCÍA, J. M., op.cit.pág.770.

⁵⁰ PÉREZ DEL RÍO, T., "Discriminación por razón de género y negociación colectiva", en VVAA, *El estado actual de la negociación colectiva en España: Balance y perspectivas* (Del Rey Guanter, S., Director) Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos, MTAS, Madrid, 2003, págs. 627 y ss. y 672 y ss.

Lamentablemente es de señalar que son sumamente escasos los convenios que establecen procedimientos específicos para la prevención, control y sanción del acoso en el trabajo y los que lo regulan suelen ser excesivamente formalistas. En algún caso, por ejemplo, el procedimiento habrá de ser iniciado por la persona que se siente acosada dejando constancia de su denuncia por escrito, de las circunstancias en que se ha producido el hecho o hechos, de la persona causante de la conducta y de sus consecuencias; tras este escrito, la empresa debe abrir expediente informativo con el fin de averiguar la realidad de los hechos y en su caso dar audiencia a las partes. Finalizado el expediente y comprobada la realidad de los hechos, la empresa lo pondrá en conocimiento del Juzgado de Instrucción y procederá al despido del acosador/a. Como se puede observar el procedimiento resulta excesivamente formalista ya que la víctima puede desear denunciar los hechos en la empresa pero no necesariamente en vía jurisdiccional.

Resulta de indudable importancia la creación de organismos o comisiones *ad hoc* para entender o aplicar los procedimientos de sanción del acoso, integrados por personas formadas específicamente en materia de género, sin embargo son muy escasos los convenios que lo hacen. Excepcionalmente en algunos convenios, se crea un procedimiento especial para combatir el acoso sexual, que responde además a algunas de las características establecidas en el Código de Conducta, tales como la *sumariedad*, en tanto que habrá de ser lo más breve posible; la *confidencialidad* en cuanto se aboga por la máxima discreción; y la *inmunidad* al señalar que no podrán ser adoptadas *ningún tipo de represalias* contra la persona denunciante.

Como se ha señalado, de los estudios realizados en la materia se puede deducir que la regulación del acoso sexual en el nivel provincial de negociación es, sorprendentemente, mejor (tanto en cantidad como en calidad) que en el nacional, pero en ambos niveles deja mucho que desear respecto

del acoso moral. No obstante, muchas de estas fórmulas aceptables o incluso buenas desde el punto de vista técnico jurídico, podrían ser adaptadas para la prevención y sanción común del acoso sexual y el moral, incluido el discriminatorio por razón de sexo. Lamentablemente, el empresarial constituye un ámbito negocial en el que los interlocutores sociales muestran menor interés en regular la violencia de género y sin embargo, constituye el ámbito en el que aparecen las mejores prácticas en otros países europeos, por ejemplo, merece especial atención la manera de afrontar este problema en la empresa Zanussi-Electrolux⁵¹ que firmó con los sindicatos un acuerdo con el objetivo de prevenir el acoso sexual que resulta perfectamente apto también para prevenir y sancionar el acoso moral por razón de género. Mediante este acuerdo se creó un comité *ad hoc*, el IPAZIA, de carácter paritario, formado por seis miembros de la parte empresarial y seis de la parte sindical. Inmediatamente la empresa inició una campaña de sensibilización, insertando información en las nóminas de la plantilla y creando una línea telefónica para informar sobre los casos de acoso detectados y prestar asesoramiento. En segundo lugar, se elaboró un *código de conducta* para la protección de mujeres y hombres en el trabajo y se diseñó un procedimiento informal administrado por dos asesoras nombradas por el comité para la resolución de casos leves o menos graves de forma *amistosa*. También se ha creado un procedimiento formal en el que interviene la Comisión Nacional para la Igualdad de Oportunidades, que tiene por objetivo intentar llegar a una conciliación o proponer la aplicación de sanciones disciplinarias cuando esta medida se considera justificada.

En el ámbito empresarial en nuestro país merece la pena reseñar que el pasado 30 de julio de 2004 Caja España firmó con los sindicatos mas representativos (UGT, CCOO, UEA, CSICA) un protocolo adicional al convenio

⁵¹ Al que hace referencia SERRANO GARCÍA, J. M., *op.cit.*pág.777 y cuyo análisis se puede encontrar en “Zanussi adoptscode of conduct to prevent sexual harrassment”, <http://www.eurofound.ie>.

de dicha entidad para la prevención de acoso sexual en el trabajo. Salvo error u omisión, se trata de un compromiso pionero en las Cajas de Ahorros de la Comunidad andaluza, en el que se toman en consideración las normas comunitarias en la materia, las constitucionales y las estatutarias, pero se desarrollan y concretan para su aplicación en el ámbito del acuerdo, cuyo objetivo formalmente expresado es *conseguir la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, disuadir y sancionar el acoso y obtener una tolerancia cero en materia de acoso tanto sexual como moral*. Con este objetivo recoge una *declaración de principios*, en el que se define el concepto de acoso, se crea un listado de infracciones y se establecen las sanciones adecuadas desde el principio de proporcionalidad, al tiempo que se obliga a la Caja España a garantizar un entorno laboral exento de riesgo de acoso⁵².

4.3. Propuestas de futuro y cláusulas modelo

- La definición del acoso debe ser lo suficientemente amplia y completa como para permitir una comprensión exacta del concepto, deben quedar claros sus tipos y contar con ejemplos de actuaciones de acoso.

“Todas las personas tienen derecho a la igualdad, al respeto de su intimidad, a la debida consideración de su dignidad y a su integridad física, psíquica y moral. Se entenderá por violencia de género en el trabajo toda conducta abusiva, ejercida en el lugar de trabajo tanto por superiores jerárquicos como por iguales, sin el consentimiento de la persona que la sufre, de forma que crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil, humillante para la víctima y pone en peligro su puesto de trabajo o condiciona su carrera profesional. Las manifestaciones de la violencia de género en el trabajo son el acoso sexual y el acoso moral por razón de género.

⁵² <http://www.comfia.info/index.php?modo=leer&art=14278>.

Se considera acoso sexual en el trabajo, toda conducta de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección de una empresa o en relación o como consecuencia de una relación de trabajo, cuyo sujeto activo sabe o debe saber que es indeseada por la víctima y cuya posición ante la misma, determina una decisión que afecta al empleo o a las condiciones de trabajo de esta o que, en todo caso tiene como objetivo o como consecuencia, crearle un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante.

Se considera acoso moral toda conducta gestual, verbal, comportamiento o actitud, realizada tanto por superiores jerárquicos, como por compañeros/as o inferiores, que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad y la integridad física o psíquica de una persona, que se produce en el marco de organización y dirección de una empresa, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su empleo. Cuando este tipo de comportamiento tenga relación o como causa el sexo de una persona, constituirá acoso moral discriminatorio por razón de género”.

“Las empresas y la representación del personal, en su caso, se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad del conjunto de personas que trabajan en nuestro ámbito. En este sentido quedan expresamente prohibidas todas aquellas conductas, desarrolladas en el ámbito de organización o dirección de una empresa o en relación, o como consecuencia de una relación de trabajo, realizada por un sujeto que sabe que es ofensiva y no deseada por la víctima, determinando una situación que afecta al empleo y a las condiciones de trabajo y/o creando un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio y humillante.

Se considerarán constitutivas de acoso sexual, las siguientes conductas, a título ejemplificativo:

a) Observaciones sugerentes, chistes, o comentarios sobre la apariencia o condición sexual del trabajador o trabajadora.

b) Peticiones de favores sexuales, incluyéndose todas aquellas insinuaciones o actitudes que asocien la mejora de las condiciones de trabajo, o la estabilidad en el empleo del trabajador o trabajadora, a la aprobación o denegación de dichos favores.

c) Exhibición o uso de pornografía en el centro de trabajo.

d) Cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo la discriminación, el abuso, la vejación o la humillación del trabajador por razón de su sexo.

e) Toda agresión sexual.

Se considerarán constitutivas de acoso moral, las siguientes conductas, a título ejemplificativo:

a) Las críticas exageradas o injustas y continuas,

b) La atribución sistemática de tareas diferentes, superiores o inferiores a las competencias del trabajador,

c) La impartición de ordenes contradictorias o imposibles de cumplir.

d) El aislamiento y rechazo o prohibición de la comunicación con la jerarquía o los compañeros;

e) Los atentados contra la dignidad personal (comentarios desfavorables o insultantes sobre la vida personal, la apariencia o la ideología de la víctima);

f) La violencia verbal, gestual o física”

(En términos similares Convenio colectivo aplicable a las empresas de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla)

- Resultan de esencial importancia las Declaraciones de principios cuyo objetivo es dejar claro a todo el personal de la empresa que no se tolerará la violencia de género en el trabajo y que todo aquel que la ejerza será sancionado de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Esta Declaración deberá ser informada suficientemente a todos los integrantes de la empresa.

“De conformidad con la Recomendación y el Código de Conducta relativo a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, de 27 de noviembre de 1991, número 92/131 CEE, las empresas y la representación legal del personal se compromete a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y libertad del conjunto de personas que trabajan en este ámbito laboral, actuando frente a todo comportamiento o conducta, de palabra o acción, desarrollada en dicho ámbito, y que sea ofensiva para la trabajadora o el trabajador objeto de la misma”.

(En términos similares los Ccs. Hostelería de Almería , Limpieza de edificios y locales de Alicante; Dependencia Mercantil de Almería)

- Resulta esencial la regulación de procedimientos prejudiciales e informales de control y sanción. Crear la figura de *asesor/a confidencial o agente de igualdad*.

“Las quejas sobre este tipo de comportamientos podrán canalizarse a través de la representación legal del personal, siguiéndose el procedimiento sancionador previsto en el Título XIII del presente Convenio.”

(En términos similares CC de Dependencia Mercantil de Almería)

“Será obligatoria la incoación de un procedimiento especial con apertura de un expediente de investigación. El plazo que medie desde la denuncia de acoso hasta la resolución del expe-

diente antes mencionado será lo más breve posible, respetando la intimidad de las personas afectadas, actuando siempre con la máxima discreción y sin que se puedan adoptar ningún tipo de represalias contra la persona que denuncia.”

(En términos similares CC de Madera de Córdoba)

“Se garantizará en cada organización la existencia de una persona elegida entre la representación del personal que realice las funciones de Agentes de Igualdad, que será la encargada de conocer sobre los casos que sobre esta materia pudieran darse, así como de velar porque exista una política de igualdad entre los trabajadores y trabajadoras.

Sería la Agente de Igualdad la receptora de las denuncias sobre acoso que se pudieran llevar a cabo por parte de los trabajadores y trabajadoras, debiendo abrir expediente según lo regulado en el artículo 23 de este mismo convenio. Considerándose en cada caso como infracción leve, grave o muy grave, aplicándose las sanciones correspondientes.

La empresa, en los casos de denuncia de acoso y hasta que el asunto quede resuelto, establecerá cautelarmente la separación de la víctima y el presunto agresor, sin que esto signifique una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la persona que sufre el acoso.

Las partes firmantes asumen el compromiso de velar por que exista dentro de la empresa un ambiente exento de riesgo para la salud y, en concreto, exento de acoso, estableciendo y dando a conocer los procedimientos que existen, ayuda inmediata, utilizando para ello el Código de conducta comunitario, relativo a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo (Rec. 92/13/CEE)”.

(En términos similares el Convenio Colectivo de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía).

“Se garantizará la mas estricta confidencialidad durante el proceso de investigación de la denuncia y se excluirá la explicación repetida de los hechos denunciados por parte de la víctima salvo que resulte estrictamente necesario. Tanto denunciante como denunciado/a podrán ser acompañados a lo largo del procedimientos por un miembro de Comité de Empresa y/o del sindicato. Se creará una Comisión Paritaria de la que formará parte un representante de la dirección de la empresa y del propio Comité, que se hará cargo de las investigaciones correspondientes”.

(En términos similares el CC de Televisión de Cataluña SA).

“ La dirección de la empresa se compromete a adoptar las medidas necesarias para prevenir el riesgo de acoso. Con el objetivo de prevenir y controlar la existencia de un ambiente de trabajo exento de actuaciones de acoso, la representación del personal y la empresa se comprometen a aplicar las medidas contenidas en el Código de Conducta Comunitario para garantizar el respeto del derecho a la igualdad y la dignidad de trabajadores las. De entre la representación del personal, se elegirá de común acuerdo con la empresa un o una Agente de Igualdad. En caso de denuncia de una situación de acoso, la dirección se compromete a adoptar las medidas necesarias para separar de forma inmediata a la persona denunciante de la denunciada, movilizandofuncionalmente de manera temporal a esta última”.

(En términos similares el CC de CCOO de Andalucía).

“Se garantizará a los/las trabajadores/las que sean objeto de conductas constitutivas de acoso el derecho a presentar denuncias, así como el carácter confidencial y reservado de toda la información relacionada con las mismas. En una primera fase, tales denuncias podrán ser dirigidas a la Unidad de Atención Social, al objeto de ser investigadas. Dicha Unidad pondrá en conocimiento de los/las responsables del Área los hechos objeto determinantes de la denuncia. De no

ser resuelto extraoficialmente el conflicto, oficialmente las denuncias podrán dirigirse directamente a la Delegación de Recursos Humanos procediéndose, en su caso, a la apertura de expediente disciplinario.... Todo lo dispuesto se entenderá sin perjuicio de las acciones judiciales que el/la trabajador/a desee iniciar.”

(En términos similares el CC de la Diputación Provincial de Granada)

“Se garantizará a los trabajadores/las que sean objeto de conductas acosadoras el derecho a presentar denuncias, así como el carácter confidencial y reservado de toda la información relacionada con las mismas... Todo lo dispuesto se entenderá sin perjuicio de las acciones judiciales que el trabajador/a deseen iniciar.

Es necesario tomar conciencia de que la violencia doméstica puede afectar a la prestación de servicios de muchas maneras y que incluso pueden llevar a la víctima a perder su único medio de vida, el puesto de trabajo en la empresa. Las manifestaciones de esa situación de violencia doméstica en el ámbito de la prestación de servicios es el absentismo, el estrés, bajo rendimiento, falta de atención en las tareas y esas manifestaciones afectan a la salud y seguridad en el trabajo y pueden repercutir en la de otros trabajadores y trabajadoras. Se pactarán con la empresa permisos de trabajo retribuidos, de duración determinada, hasta que el trabajador o trabajadora víctima de esa situación, siempre y cuando decida denunciarla, normalice sus circunstancias (nuevo domicilio para ellos y sus hijos e hijas, atención a estos, tramitación de documentos, flexibilidad de la jornada de trabajo para poder seguir procedimientos judiciales, etc.). La duración de estos permisos podrán negociarse con la empresa y consistir en bien permisos de una a dos semanas, o bien los días necesarios para el caso de que sea necesario seguir procedimientos judiciales (acudir a comparecencias, actos de juicio, etc)”.

(En términos similares el CC de la empresa Casino Bahía de Cádiz, S.A.)

“Todas las personas tienen derecho al respeto y a la debida consideración de su dignidad, constituyendo el acoso en las relaciones laborales un comportamiento que puede conllevar la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por el Art. 14 Art.10.1 y el Art.18.1 de la Constitución Española.

Se considerará constitutiva de acoso sexual cualquier conducta, proposición o requerimiento de naturaleza sexual que tenga lugar en el ámbito de organización y dirección de una Empresa, respecto de las que el sujeto activo sepa esté en condiciones de saber o deba saber que resultan indeseadas, irrazonables y ofensivas para quien las padece, o cuya respuesta ante las mismas puede determinar una decisión que afecte a su empleo o a sus condiciones de trabajo.

La mera atención sexual puede convertirse en acoso si continua una vez que la persona objeto de la misma ha dado claras muestras de rechazo, sean del tenor que fueren. Ello distingue el acoso sexual de las aproximaciones personales libremente aceptadas, basadas, por tanto, en el consentimiento mutuo.

Se considerará chantaje sexual o acoso de intercambio aquella situación en la que la aceptación del requerimiento de naturaleza libidinosa se convierte, implícita o explícitamente, en condición de empleo, bien para acceder al mismo bien para mantener o mejorar el status laboral alcanzado, siendo su rechazo la base para una decisión negativa para el sujeto pasivo.

Se trata de un comportamiento en el que, de uno u otro modo, el sujeto activo conecta de forma condicionante una decisión suya en el ámbito laboral—la contratación, la determinación de las condiciones de trabajo en sentido amplio o la terminación del contrato— a la respuesta que el sujeto pasivo dé a sus requerimientos en el ámbito sexual.

Se considerará acoso ambiental todo comportamiento o actitud de naturaleza sexual de cualquier clase, no deseada por el destinatario/a, y lo suficientemente grave para producir un contexto laboral negativo para el sujeto pasivo, creando, en su entorno, un ambiente de trabajo ofensivo, humillante, intimidatorio u hostil, que acabe por interferir en su rendimiento habitual.

Lo afectado negativamente aquí es el propio entorno laboral, entendido como condición de trabajo en sí mismo: El sujeto pasivo se ve sometido a tal tipo de presión en su trabajo —por actitudes de connotación sexual— que ello termina creándole una situación laboral insostenible. La consecuencia negativa directa es normalmente personal —de naturaleza psicológica— y ésta, a su vez, es causa de una repercusión desfavorable en su prestación laboral.

Se considera acoso moral toda conducta gestual, verbal, comportamiento o actitud, realizada tanto por superiores jerárquicos, como por compañeros o inferiores, que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad y la integridad física o psíquica de una persona, que se produce en el marco de organización y dirección de un empresario, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su empleo. Cuando este tipo de comportamiento tenga relación o como causa el sexo de una persona, constituirá acoso moral discriminatorio por razón de género.

La empresa velará por la consecución de un ambiente adecuado en el trabajo, libre de comportamientos de acoso moral o sexual, y adoptará las medidas oportunas al efecto, entre otras la apertura de expediente contradictorio.

Con independencia de las acciones legales que puedan interponerse al respecto ante cualesquiera instancias administrativas o judiciales, el procedimiento interno e informal se iniciará con la denuncia de acoso ante una persona de la dirección de la empresa.

La denuncia dará lugar a la inmediata apertura de expediente informativo por parte de la Empresa, especialmente encaminado a averiguar los hechos e impedir la continuidad del acoso denunciado, para lo que se articularán las medidas oportunas al efecto.

Se pondrá en conocimiento inmediato de la representación del personal la situación planteada, si así lo solicita la persona afectada.

En las averiguaciones a efectuar no se observará más formalidad que la de dar trámite de audiencia a todos los intervinientes, practicándose cuantas diligencias puedan considerarse conducentes a la elucidación de los hechos acaecidos.

Durante este proceso, que deberá estar sustanciado en un plazo máximo de 10 días, guardarán todos los actuantes una absoluta confidencialidad y reserva, por afectar directamente a la dignidad e intimidad de las personas.

La constatación de la existencia de acoso en el caso denunciado dará lugar, entre otras medidas, siempre que el sujeto activo se halle dentro del ámbito de dirección y organización de la Empresa, a la imposición de una sanción.

A estos efectos, el acoso sexual de intercambio será considerado siempre como falta muy grave. El acoso sexual ambiental podrá ser valorado como falta grave o muy grave, según las circunstancias del caso. Se considerarán circunstancias agravantes de la responsabilidad la existencia de una relación jerárquica de superioridad entre el agresor y la víctima y la situación de especial vulnerabilidad de la misma. Igualmente el acoso moral podrá ser calificado como falta grave o muy grave en función de las mismas circunstancias”.

(En términos similares CC de la Industria siderometalúrgica de Barcelona)

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO BRAVO et.al.. *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León* Junta de Castilla y León 2001.

BONINO COVAS Y ARAGÓN MEDINA *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre hombres y mujeres* MTAS, Madrid 2003;

CCOO *Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva* Cuadernos de Información Sindical, Madrid 2003.

Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO “*Negociación colectiva y género: Una apuesta de futuro*” Madrid 2003. http://www.ccoo.es/pdfs/NC_genero.pdf

CES *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres* Informe2/2003 Madrid 2004.

HERAS Y MURILLO *La mujer asalariada ante la negociación colectiva*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1992;

LOUSADA AROCHENA, F. “Informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa” La Ley Nº 6-092 23-9-2004.

PÉREZ DEL RÍO, FERNÁNDEZ LÓPEZ, DEL REY GUANTER, *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993

SECRETARÍA DE LA MUJER DE LA FEDERACIÓN SIDEROMETALÚRGICA DE CCOO, FOREM Y FUNDACIÓN PRIMERO DE MAYO, *Código de actuación para la aplicación neutra de las clasificaciones profesionales*, (Proyecto CODEX), FOREM, Madrid, 1999.

UGT, *La mujer en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1988

VVAA (coord. Secretaría de la Dona de CCOO-PV), *Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valencià*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996;

VVAA (coord. Pérez del Río), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997;

VVAA (coord. De la Fuente Vázquez), *Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género*, Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 1998;

VVAA (coord. De la Fuente Vázquez) *Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género*, Instituto Navarro de la Mujer, Pamplona, 1998;

VVAA “Igualdad y no discriminación en función del género: Estudios específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso sexual” en *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa* (Escudero Rodríguez coord.gral.) Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, Capítulo V, págs. 679 ss.

