



PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

JAIME CABEZA PEREIRO

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

EXTRACTO

La transposición al Derecho interno de la Directiva 2002/73/CE, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, ambas refundidas en la Directiva 2006/54/CE, por la LO 3/2007, de 22 marzo, ha supuesto que se incorporen al ordenamiento jurídico español una serie de técnicas de interés para una mejor tutela de los derechos a la igualdad y a la no discriminación por razón de género.

El conocimiento de dichas técnicas constituye un requisito previo para que se analice la repercusión de estos instrumentos vinculantes en el ámbito de las condiciones de trabajo, a la par que se tome conciencia de la repercusión que en la actualidad tienen, también en esta parcela jurídica, las técnicas de derecho no vinculante (soft law).

En este estudio, después de un repaso de todo ello, y a partir de constatarse cómo las normas heterónomas y autónomas se han construido arrancando de un arquetipo de trabajador que en absoluto es una mujer, se analizan, desde el concepto que aporta el art. 5 de dicha Ley Orgánica de la locución «condiciones de trabajo», las principales de ellas, en particular el salario, la seguridad y salud en el trabajo y el despido, desde el punto de vista de las novedades normativas que se han producido y de la repercusión que deben tener en el contexto de nuestro Derecho del Trabajo.

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN A LAS FUENTES
2. CUESTIONES TRANSVERSALES
3. EL AVANCE DEL SOFT LAW
4. LA LUCHA CONTRA EL ESTEREOTIPO DEL VARÓN
5. EL TRATAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LA LOI
 - 5.1. En cuanto al salario
 - 5.2. En cuanto a la seguridad y salud en el trabajo
 - 5.3. En cuanto al despido
6. UNA REFLEXIÓN FINAL

1. APROXIMACIÓN A LAS FUENTES

Para delimitar el objeto de análisis de este estudio parece lo más aconsejable adaptarse a las fuentes que, en el contexto temporal en el que se aborda, tratan más directamente esta materia. Básicamente, en el nivel comunitario, la Directiva 2006/54/CE, de 4 julio, del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación —en adelante, Directiva de refundición—. Y, en el nivel interno, la norma que hace las veces de instrumento de transposición, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI).

En cuanto a la norma derivada comunitaria, la Directiva de refundición reunifica, entre otras, la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 septiembre, 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, y la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 septiembre, de modificación de la anterior. No se trata ahora, desde luego, de describir una y otra ni de analizar los principios inspiradores de la segunda, en su modificación material de la primera¹. Pero sí de reconocer que entre una y otra no ha habido un cambio material de significado en la locución «condiciones de trabajo»: si en la primera se incluía expresamente el despido, en la segunda se hace referencia además a la retribución. En ambas se diferenciaban de dichas condiciones las cuestiones de acceso, selección y contratación, de promoción profesional y toda la materia de formación y reciclaje profesionales. Y, además, en la 2002/73/CE también se alude de forma separada a la afiliación y participación en organizaciones «de trabajadores y empresarios...» Todos estos matices se incluyen ahora en el art. 14 de la Directiva de refundición, y deben ser utilizados como criterio de delimitación del elenco de cuestiones que deben ser abordadas, excluyéndose, por lo tanto, las de acceso al empleo, de formación y promoción.

Habrá que hacer referencia a algunas técnicas introducidas por la Directiva de 2002. Por ahora, quisiera hacer notar que la Directiva de refundición ha dejado deliberadamente al margen de su tarea compiladora dos normas derivadas muy características: la Directiva

¹ Sobre este particular, PÉREZ DEL RÍO T., «La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE», *RDS*, núm. 19, 2002, pág. 91 ss.

92/1985/CEE, de 19 octubre, de maternidad y la Directiva 96/34/CE, de 3 junio, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental. Es cierto que una y otra están dotadas de bases jurídicas diferentes a las refundidas: la primera de ellas, la seguridad y la salud; la segunda, la circunstancia de sustentarse en un acuerdo entre los interlocutores sociales², pero también lo es que su consideración separada plantea algunos interrogantes sobre el deber ser del derecho antidiscriminatorio. Todo ello no obstante, el argumento de sistemática normativa debe guiar estas páginas, para marginar también una consideración central de los tópicos de la maternidad y de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Por lo que respecta al Derecho interno, deberán tomarse en consideración algunos preceptos centrales de la LOI. Su art. 5 ubica el tema de las condiciones de trabajo en un ámbito material idéntico al del art. 14 de la Directiva de refundición, incluyendo específicamente las retributivas y de despido, y contemplado de forma separada a las mismas los temas de acceso, formación y promoción profesionales y afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales. Por su parte, el art. 43 encomienda a la negociación colectiva la promoción de la igualdad a través de medidas de acción positiva para favorecer la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo. Por lo demás, en diversos preceptos se regulan derechos de conciliación y de maternidad, cuya descripción se va a omitir por las consideraciones sistemáticas efectuadas en el párrafo anterior. Y, ya en la disposición adicional 11 ET, habrá que hacer referencia a algunos aspectos puntuales que deben ser tratados. En primer lugar, a la mención en el art. 17.4 ET, a las medidas de «desempate» en el ámbito de las condiciones de clasificación profesional, a los efectos de preferencia en el acceso al grupo, categoría o puesto de trabajo de que se trate en los casos de igualdad de condiciones —aunque se trate más bien de un tema de promoción profesional—. En segundo, a toda la trama de los despidos disciplinarios y objetivos —modificaciones de los arts. 53, 54 y 55 del ET—, aunque se trate de una materia «a caballo» entre el dominio de la Directiva de refundición y de las Directivas 92/1985/CEE y 96/34/CE, y a la inclusión de una disposición adicional 18.^a en el texto estatutario. En tercero, y ya al margen de aspectos puramente sustantivos, a los derechos pasivos de información que el nuevo apartado segundo del art. 64.1.1.^a les confiere a los comités de empresa y delegados de personal, de modo que la empresa ha de proporcionarles con cadencia no superior a la anual datos relativos a la aplicación del principio de igualdad en la empresa. Por cierto, no está de más recordar que las vaguedades del precepto sobre los contenidos del derecho-deber informativo pueden y deben suplirse, cuando menos, con las indicaciones que aporta el art. 21.4 de la Directiva de refundición.

Por supuesto, reviste una especial importancia también en el ámbito de las condiciones de trabajo todo el tema de los planes de igualdad. Sobre ellos, debe destacarse que el art. 46.2, en una técnica legislativa que debe calificarse cuando menos de mejorable, sigue una sistemática totalmente distinta de la del art. 5, al no referirse expresamente al tópico de condiciones de trabajo y contemplar específicamente muchas de ellas —omitiendo otras, dicho sea de paso—: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación,

² Un comentario a las razones de esta exclusión en MASSELOT, A., «The state of gender equality law in the European Unión», *European Law Journal*, 2007, vol. 13, núm. 2, pág. 162.

retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

2. CUESTIONES TRANSVERSALES

Aludo en este apartado, aunque sólo sea de manera referencial, a aquello que en la Directiva de refundición se conoce como «disposiciones horizontales», es decir, cuestiones de coercibilidad y aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación que afectan a todos los contenidos sustantivos, y también a la cuestión de las condiciones de trabajo. Por supuesto, habrá que trascender el propio ámbito del Título III de la norma derivada comunitaria, que es precisamente el que regula dichas disposiciones.

En primer lugar, me parece elemental citar el papel que deben desempeñar las partes sociales. La llamada general del art. 21 de dicha Directiva al diálogo social resulta bastante ilustrativa. Es evidente que el papel de las organizaciones empresariales y sindicales debe reforzarse en todos los niveles: no sólo en el de la negociación colectiva o, más en general, del diálogo social, sino también en el de la vigilancia del cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito de la empresa, en el del planteamiento de conflictos individuales y colectivos y, muy en particular, en la esfera judicial, con una legitimación propia o a título de coadyuvante en defensa de los derechos de igualdad y no discriminación³.

Bien es cierto que esta posición en el proceso la ostentaban ya las organizaciones sindicales en el ámbito interno antes de la entrada en vigor de la LOI, al menos en el orden social, a poco que se interpretara sistemáticamente el art.175.1 y 2 LPL o que se analizara de modo no del todo restrictivo cierta doctrina del TC sobre la legitimación sindical para plantear recursos de amparo. Y que la misión de defensa y promoción de los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación en la negociación colectiva y en el conflicto les venía de suyo a ambas partes sociales, a la vista de la referencia a las dos del art. 7 CE. Pero también debe reconocerse que la Directiva 2002/73/CE y su norma de transposición, la LOI, les han conferido una responsabilidad especialmente cualificada en esta materia. Voy a omitir ahora todas las alusiones directas o indirectas que contiene la ley al respecto, pero sí que me parece necesario recalcar cómo las condiciones de trabajo constituyen un ámbito de la realidad sumamente sensible a esta intervención de organizaciones sindicales y empresariales, así como de las representaciones unitarias y de los trabajadores individuales, y tanto en las relaciones de diálogo y negociación como en las de conflicto. Nuestra red de convenios colectivos contiene numerosas cláusulas indirectamente discriminatorias, aunque las discriminaciones directas van siendo poco a poco eliminadas. Y, desde otra perspectiva, las propias normas convencionales constituyen instrumentos especialmente idóneos para que se introduzcan cláusulas de salvaguarda de la igualdad y de la no discriminación, así como medidas de acción positiva y discriminaciones positivas.

Otras instituciones que merecen referencia explícita son todas aquellas que persigan la defensa de los derechos de la mujer o, más en general, de los derechos de las personas

³ Un comentario a este tema en MASSELOT, A., *op. cit.*, pág. 166.

discriminadas o de los colectivos victimizados. Me da la impresión de que se trata de uno de los aspectos de la Directiva de refundición que aparecen más débilmente incorporados al Derecho español a través de la LOI. Uno de los mandatos de la norma comunitaria a los Estados miembros consiste en que velen por que todas estas entidades puedan iniciar, en nombre propio o en apoyo del demandante y con su autorización, procesos o procedimientos para exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la misma. Es verdad que la LOI se pronuncia con fidelidad a tal mandato, no sólo en su art. 11.2, sino también en su disposición adicional quinta, al introducir un nuevo art. 11 bis en la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil⁴, o sexta, al modificar en unos términos paralelos la Ley 29/1998, de 13 julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero hay otra vertiente que me da la impresión de que queda peor cubierta, en relación con la incorporación del art. 20 de la Directiva de refundición. De acuerdo con la disposición adicional 28.^a de la LOI, el Instituto de la Mujer será el organismo competente a los efectos del art. 8 bis de la Directiva 76/207/CEE —es decir, de dicho art. 20—. Por consiguiente, en él descansa, entre otras, las competencias de su letra a): «sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas, ...prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación». A la vista de lo cual, no hay duda de que a este organismo autónomo le compete la labor previa de asesoramiento y asistencia jurídica, o asistencia integral.

No obstante, se echa de menos que la LOI exprese esta idea de un modo más explícito en su articulado y expandiendo la competencia a otros organismos públicos y privados más allá del Instituto de la Mujer. Por ejemplo, podría enunciarla en el propio art.11.2, o en cualquier precepto de su Tít. I. Resulta incuestionable que en la práctica interna se producen muy escasos contenciosos individuales en los que una trabajadora demande por discriminación directa o indirecta, más allá de los supuestos característicos de despido o cualquier otra retorsión por embarazo o por ejercicio de los derechos de maternidad o, como mucho, por desacuerdo en la concreción horaria de los derechos de lactancia y guarda legal. Y también es difícil de cuestionar que esta circunstancia tiene mucho que ver con el déficit de asesoramiento específico, que deja a las mujeres en un desamparo evidente ante pretensiones cuya prueba no está a su alcance, por los elevados costes que comporta o porque requiere de datos o indagaciones de una complejidad técnica muy alta. Por todo ello, habría que seguir la senda de instituciones de otros Estados comunitarios con experiencias ya contrastadas, como la *Equal Treatment Comisión* holandesa, la *Equal Opportunities Ombudsperson* sueca o, muy en especial, la *Equal Opportunities Comisión* británica⁵. A quienes leemos regularmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades nos resulta familiar la cita de estas instituciones, como coadyuvantes de litigantes prin-

⁴ Incomprendiblemente, no se ha modificado la Ley de Procedimiento Laboral en la misma línea, aunque no cabe duda de que debe entenderse a este respecto aplicable la regla de supletoriedad de la LEC de acuerdo con la disposición adicional primera de la LPL.

⁵ No debe de dejar de hacerse referencia al Instituto Europeo para la Igualdad de Género, erigido el 1 diciembre 2006. Sus funciones y actividad sin duda deben producir importantes cambios en el funcionamiento y actuación de las instituciones competentes de los Estados Miembros.

cipales. Pero esta labor de coadyuvancia requiere previamente de un trabajo de asesoramiento que en la LOI apenas aparece insinuado, por más que nada de la norma se opone a su desarrollo.

Y, por supuesto, no debe entenderse que esta tarea le corresponde al Instituto de la Mujer en exclusiva, ni tan solo a los organismos públicos de igualdad de las diferentes CCAA, sino a otros organismos públicos y privados de defensa de los derechos de las mujeres. En otro orden de ideas, acaso se eche de menos que la LOI se refiriese de modo explícito a la Ley Orgánica 3/1981, de 6 abril, del Defensor del Pueblo, para implicarlo en toda esta materia en torno a la actividad de las Administraciones Públicas. Sin duda, en el ámbito material de la emisión de informes independientes, publicación de documentos y elaboración de recomendaciones en la esfera de sus funciones, este organismo debe desarrollar una labor importante, sin excluir, por supuesto, la de otras entidades.

Ya de una forma más esquemática, habría que enunciar otros principios contenidos en las «disposiciones horizontales» de la Directiva. Algunos de ellos, no especialmente novedosos por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la existencia de procedimientos judiciales y extrajudiciales adecuados, a cuyo fin los principios rectores del proceso de los arts. 175 ss. LPL hacen perfectamente las veces en el orden social, a la par que se han modificado correlativamente las leyes procesales civil y contencioso-administrativa, con alguna interesante regla novedosa en ambas que, por el carácter supletorio de la primera y por enunciarse de modo genérico en el art. 13.1 de la LOI, ha de entenderse también aplicable en la esfera del art. 179 de la ley rituarial laboral⁶. Por lo demás, y sin que pretenda ahora terciar en ciertas polémicas, me parece evidente que dicho art. 13 debe provocar una fuerte reinterpretación de los arts. 96 y 179 LPL, en una clave más exigente para la empresa demandada.

En el mismo ámbito de ideas, la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 diciembre, ya no planteó en su momento problema alguno. Algo más novedoso es el principio de la indemnización o reparación real, efectiva, disuasoria, proporcional al perjuicio sufrido y no tasada, considerado en los arts. 18 y 25 de la Directiva de refundición. Tampoco en este ámbito la LOI se ha pronunciado en términos totalmente fieles con ella, porque el carácter disuasorio no se predica en la norma comunitaria tan solo de la sanción, sino también de la indemnización, como se concluye de forma inequívoca de la lectura de dicho art.18. Con todo, la llamada del art. 10 de la LOI a unas indemnizaciones «reales, efectivas y proporcionadas», así como el principio de la norma interna en el sentido más favorable a la plena efectividad del ordenamiento comunitario, debe producir un cambio muy sustancial en la práctica de los órganos judiciales en la determinación y cálculo de las indemnizaciones, algo más alejada del tradicional principio civilista de la responsabilidad contractual o extracontractual de la empresa.

Finalmente, hay que apuntar la regla de la «victimización» del art. 24 de la Directiva de refundición, traducida al Derecho interno en el principio de indemnidad frente a represalias del art. 9 de la LOI. Se trata de una doctrina que cuenta ya con una muy consolidada trayectoria en la jurisprudencia del TC y de los órganos de la jurisdicción ordinaria, pero

⁶ Me refiero a las especiales facultades que se le confieren en el nuevo apartado 5 del art. 217 LEC al órgano judicial para recabar informes o dictámenes de los organismos públicos competentes.

en referencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en menor medida, a la libertad sindical. Sin duda, la circunstancia de que no se haya desarrollado en torno al principio de no discriminación obedece a la circunstancia de que los litigios que se han suscitado en la esfera individual no han permitido, ni de lejos, la configuración de un cuerpo de doctrina significativo. Ello no obstante, los ecos del asunto *Coote*⁷ han llegado a nuestro ámbito en unos fundamentos de derecho que nos resultan sumamente familiares.

Bien es cierto que todas estas cuestiones transversales trascienden el análisis del tema estricto de la discriminación en las condiciones de trabajo. También, que en el desarrollo de la normativa antidiscriminatoria a lo largo de los últimos años se han aproximado las técnicas empleadas, cualquiera que fuera la causa de la discriminación —raza, orientación sexual, edad, género, nacionalidad—, de forma que las afirmaciones formuladas podrían repetirse, con muy escasas diferencias, en cuanto a la Directiva 2000/43/CE, de 29 junio, o a la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre⁸. Pero no es menos verdad que el campo de las condiciones de trabajo resulta extremadamente fértil para el manejo de dichas técnicas, hasta el punto de que es casi imprescindible tenerlas en cuenta como un *plus* para el enfoque de cuestiones más sustantivas.

3. EL AVANCE DEL SOFT LAW

Desde luego que el ámbito de la discriminación, y en particular, por razón de género, constituye un espacio en el que tradicionalmente se ha desarrollado el método comunitario tradicional de las normas originarias y derivadas vinculantes. Muy en particular, se ha insistido en el carácter *self-executing* del art. 141 del Tratado de Roma. Y no hay duda de que se ha generado por parte del Tribunal de Justicia un cuerpo de doctrina muy significativo. Sin perjuicio de todo lo cual, de un tiempo a esta parte, en el marco de la Estrategia Europea para el empleo y del Método Abierto de Coordinación, también los tópicos de la igualdad y no discriminación se enriquecen de importantes aportaciones provenientes de documentos no vinculantes. Es decir, los mecanismos de *hard law* y de *soft law* se entrelazan y se entrecruzan, sin que sea fácil afirmar si este solapamiento a largo plazo traerá consigo efectos beneficiosos o perjudiciales, en un debate lo suficientemente conocido como para que no sea cuestión traerlo aquí de nuevo a colación. Baste, no obstante, decir que debe preservarse el carácter central y neurálgico de las directivas antidiscriminatorias⁹.

Las relaciones entre derecho vinculante y derecho no vinculante resultan más complejas si se tiene en cuenta que las Directivas más recientes tienden a servirse de técnicas que limitan su carácter imperativo, bien a través de la concesión de múltiples alternativas de transposición a los Estados Miembros, bien admitiendo su incorporación mediante variados instrumentos, bien a través de la incorporación en su articulado de técnicas propias del *soft law*. Aunque estas características no resultan especialmente intensas en las Directivas

⁷ Asunto C-185/1997, sentencia de 22 septiembre 1998.

⁸ Sobre esta identidad de técnicas, GOTTARDI, D., «Dalle discriminazioni di generi alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni», *Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2003, 99-100, 2003, pág. 447 ss.

⁹ Véanse algunas interesantes ideas al respecto en WALBY, S., «The European Union and Gender Equality: emergent varieties of gender regime», *Social Politics*, 11, 1, 2005, pág. 7.

en torno a la igualdad por razón de género, sí que puede encontrarse algún rasgo al que debe hacerse referencia. Al menos los dos siguientes:

- La utilización de la técnica del *mainstreaming*, a la que se refiere el art. 29 de la Directiva de refundición, y que deben tener en cuenta los Estados miembros al elaborar y aplicar, también, «políticas y actividades». En realidad, iba de suyo la apelación a la transversalidad, siquiera sea porque aparece ya expresamente reconocida e impuesta a la Comunidad en el art. 3.2 del Tratado de Roma. Pero resulta muy pertinente tenerla en cuenta en el diseño y aplicación de todas las normas y reglas relativas a las condiciones de trabajo¹⁰. Por su parte, la LOI alude a ella en diversos pasajes, como método de análisis y como criterio orientador. Por ejemplo, en el art. 4 —«integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», en el art. 14, que enuncia como regla general de actuación de los poderes públicos «la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística...», o e el art. 15, bajo cuya rúbrica —«transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres»— se asevera que dicho principio «informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos».
- La apelación a la sociedad civil y al «diálogo con organizaciones no gubernamentales», el cual constituye precisamente la rúbrica del art. 22 de la Directiva. En el marco de la buena gobernanza, la implicación de todas las entidades constituye una herramienta clave para el desarrollo de las políticas comunitarias, y también las de igualdad. Sobre este tema, en torno al cual se ha insistido mucho en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo, ya se ha puesto anteriormente de referencia el papel que deben desempeñar las entidades de defensa de los derechos de las mujeres en general, y de las mujeres trabajadoras en particular¹¹. También la LOI se pronuncia al respecto, cuando enuncia como criterio de actuación de los poderes públicos —art. 14.9— «el fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas».

En torno al tópico del empleo, y sin retrotraerse ahora al antiguo pilar de la *employability* de la Estrategia de Luxemburgo, se han planteado interesantes iniciativas y documentos que tienen que ver con la no discriminación en las condiciones de trabajo. A modo de ejemplo, en la definición de los estándares cualitativos del trabajo, se ha insistido en aspectos tales como la brecha entre los salarios masculinos y femeninos o la segregación por géneros en las diferentes categorías y grupos profesionales¹². Pero, sin detenerse ahora en otros documentos sin duda interesantes, me parece importante destacar, por esca-

¹⁰ Sobre el concepto de transversalidad como eje fundamental de la LOI, PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate», *RDS*, núm. 37, 2007, pág. 225 ss.

¹¹ A este tema me he dedicado recientemente en CABEZA PEREIRO, J., «Estrategia Europea, Estado autonómico y política de empleo», *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2007) pág. 36 ss.

¹² Un comentario más extenso sobre estos aspectos en ASHIAGBOR, D., *The European Employment Strategy*, Oxford University Press (Oxford, 2005) pág. 183.

samente divulgado, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas de 23 y 24 marzo 2006, e incorporado como Anexo II a sus Conclusiones. En este breve documento, el Consejo proyecta medidas en torno a la igualdad retributiva, a la segregación laboral o al fomento de la igualdad en la actuación de los interlocutores sociales. Sin perjuicio de su poco cuidado lenguaje, constituye otro ejemplo de instrumento de *soft law* que, al menos, debería orientar las políticas comunitarias.

Por supuesto, hay que destacar también el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010¹³, en el cual se vuelve a insistir en la necesidad de eliminar la diferencia salarial entre las mujeres y los hombres, en el reto de conciliar la actividad laboral con la vida privada y familiar y en la exigencia de eliminar los estereotipos sexistas en el mercado laboral. Y la Resolución del Parlamento Europeo de 13 marzo 2007 sobre este Plan, cuyos párrafos 17 ss. abundan sobre materias relativas a la igualdad en las condiciones de trabajo.

En resumen, y omitiendo mayores comentarios sobre el particular, no puede desdeñarse el espectro de iniciativas y de políticas que, bajo el paraguas de los instrumentos no vinculantes, se están poniendo en marcha en torno a la igualdad y a la no discriminación¹⁴. Aunque parece que el empleo y el acceso al mercado laboral son, en una primera instancia, los objetivos fundamentales de este tipo de iniciativas, ni debe ni puede desdeñarse su impacto también en cuanto se refiere a la materia de las condiciones de trabajo.

4. LA LUCHA CONTRA EL ESTEREOTIPO DEL VARÓN

Como última premisa previa a abordar específicamente el tema de las condiciones de trabajo, debe tenerse en cuenta que en él se plantea con más crudeza la cuestión del estereotipo. Con mayor intensidad, si cabe, que en cuanto a la maternidad, que es el ámbito del derecho de la diferencia y en el que no cabe duda de que la condición biológica de la mujer debe ser tomada en consideración. O que con respecto a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en cuyo seno es claro que la condición social, de género, de la mujer, debe afrontarse a través de medidas que persigan eficazmente la corresponsabilización del hombre, fundamentalmente en las tareas de cuidado de la familia. En ambos ámbitos objetivos —maternidad y conciliación— resulta muy explícito el problema y relativamente evidente la solución.

Pero no sucede lo mismo con otras condiciones de trabajo, donde anidan diferencias y discriminaciones indirectas asentadas en patrones de conducta muy profundamente arraigados y en una consideración de las normas jurídicas construida históricamente, desde los propios orígenes del Derecho del Trabajo, a imagen de los hombres. Este vicio ha trascendido al propio ordenamiento comunitario y, muy en particular, a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades, en bastantes sentencias en las que resuelve utilizando cri-

¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 marzo 2006 COM(2006) 92 final.

¹⁴ No en vano la LOI dispone en su art. 17 la aprobación periódica de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que debe abordar el Gobierno para las materias que sean competencia del Estado.

terios de acción positiva a favor de la mujer, pero a partir de unos estándares sociales que da por buenos e intangibles. Se ha dicho, en este sentido, que la Unión Europea ha adoptado un estereotipo masculino de trabajador y ciudadano ¹⁵.

Se pueden proponer ejemplos muy evidentes y documentados. En la materia retributiva, la consideración de la antigüedad, a modo de ejemplo, como puede comprobarse incluso en la más reciente jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, por más que en el caso concreto haya respondido la cuestión prejudicial en términos poco favorables a la pretensión de la trabajadora demandante ante el órgano judicial interno ¹⁶. Pero, más claramente, la concepción de los complementos de puesto de trabajo, que las más de las veces ponderan en exceso virtudes o condiciones tendencialmente masculinas. Por ejemplo, el esfuerzo físico, la cantidad más que la calidad de trabajo, o la penosidad o peligrosidad desde una concepción de ambas situaciones basada en paradigmas masculinos. También se producen evidentes diferencias salariales en torno a los roles sociales de cuidado de la familia, que se traducen en que las mujeres se ven privadas de complementos de disponibilidad, de suplementos retributivos por horas extraordinarias, de compensaciones salariales y extrasalariales por desplazamientos, o de retribuciones más elevadas derivadas del trabajo nocturno, en fin de semana o festivos. En fin, la consideración de las partidas extrasalariales a través de conceptos como dietas por desplazamiento, desgaste de herramientas o conceptos similares también produce en no pocas ocasiones impactos adversos para los colectivos de mujeres trabajadoras.

Por supuesto, habría que hacer especial hincapié en los temas relativos a la clasificación profesional, al trabajo de igual valor y a las discriminaciones indirectas en el salario base. No se trata ahora de volver sobre un tema suficientemente tratado en nuestro ordenamiento jurídico ¹⁷, pero sí de citarlo para poner de manifiesto un ámbito de las relaciones laborales en el que los estereotipos pueden demasiado, a partir del fenómeno de la segregación del trabajo entre hombres y mujeres, que ha facilitado que se propicien estas situaciones discriminatorias.

Otro ámbito que debía tomarse en consideración a los efectos de la utilización de dichos estereotipos es el de la prevención de riesgos laborales. Además de temas muy concretos y específicamente considerados en la ley, como el del embarazo, la maternidad y la lactancia, o la prevención frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, no se contienen reglas específicas al respecto ¹⁸, pese a que existe toda una constelación de problemas derivados de que el trabajador «normal» ha sido siempre un varón. Temas tan elementales como la consideración de las enfermedades profesionales, los protocolos de la vigilancia de la salud o, más en general, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad

¹⁵ WALBY, S., *op. cit.*, pág. 6.

¹⁶ Me refiero al asunto 17/05, *Cadman*, sentencia de 3 octubre 2006.

¹⁷ Es suficiente ahora con la cita del muy valioso libro de SALDAÑA VALDERAS, E., *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico jurídico*, CARL-Mergablum (Sevilla, 2004).

¹⁸ Si se exceptúa la del nuevo apartado 5 del art. 4 de la Ley 31/1995, de 8 octubre, introducido por la disposición adicional 12.^a de la LOI, que encomienda a las Administraciones públicas promover la efectividad de los principios de igualdad y no discriminación a través de la consideración de las variables de sexo en las políticas preventivas.



preventiva constituyen condiciones de trabajo en cuyo régimen la negociación colectiva ha volcado su propia configuración de la realidad.

En fin, sin que se precisen más ejemplos, puede aludirse al tema del despido, que, como se ha dicho, se incluye en la Directiva de refundición. Probablemente en este tema los estereotipos queden más difuminados, pero pueden encontrarse algunos rastros. Por ejemplo, en el cómputo o no de ciertas inasistencias y de cuáles en el despido por causas organizativas, o en la selección de las personas afectadas por un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ya sea objetivo o en el marco de un expediente de regulación de empleo. O también en la propia delimitación y entendimiento de las causas organizativas, fundamentalmente.

5. EL TRATAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LA LEY

Con la perspectiva que le ha dado a la expresión «condiciones de trabajo», sumamente restrictiva al acoger el ámbito que se le da en la Directiva de refundición y en el art. 5 de la LOI, y excluyendo además todas las cuestiones referidas a permiso parental y a maternidad, por el argumento sistemático de no haberse refundido las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, en realidad el tratamiento de los contenidos se reduce a unas pocas materias, a la vez que gana una importante centralidad el tema de la retribución. En particular, sólo deben formularse comentarios específicos, además de a éste, a los de despido y seguridad y salud en el trabajo.

5.1. En cuanto al salario

La LOI guarda silencio sobre esta materia, que no es reformulada en sus contenidos generales. Lo cual no tiene mayor significación, si no se olvida que el art. 28 ET incorpora con notable fidelidad el principio de igual salario por trabajo de igual valor, después de que se reformara específicamente por la Ley 33/2002, de 5 julio. No me caben demasiadas dudas de que el ordenamiento español se adapta fielmente a las exigencias al respecto del art. 141 del Tratado de Roma y de la Directiva de refundición. Pero la LOI cuenta con algunas herramientas interesantes sobre las cuales no está de más formular algunas ideas. Que en su mayoría podrían reiterarse con otras condiciones de trabajo, pero que revisten un especial interés en torno a la materia retributiva.

En primer lugar, debe constatarse cómo hasta ahora las demandas individuales que las trabajadoras han planteado por discriminación retributiva han sido muy excepcionales. Si se repasa la jurisprudencia ordinaria y constitucional que se ha dictado, la inmensa mayoría tiene su origen en demandas de conflicto colectivo, las más de las veces interpuestas por organizaciones sindicales. Sin que quiera decir con esto que haya un exceso de demandas colectivas, sino más bien todo lo contrario. Pero sí que en la práctica no han existido demandas individuales. Sobre los porqués pueden formularse varias explicaciones, basadas en la falta de tradición al respecto, o en algunos de los déficits procesales que la LOI trata de afrontar, como ya he expresado. En todo caso, sí que es pertinente que la ley aborde la tarea de afrontar problemas instrumentales, en la línea que paso a comentar.

1. Tiene importancia que el ordenamiento español incorpore expresamente el concepto de discriminación indirecta. Bien es cierto que el art. 6 no tiene nada de novedoso y que se limita a trasladar, con un notable grado de fidelidad, la definición del ahora art. 2 de la Directiva de refundición. Pero no cabe duda de que esta recepción explícita facilita el conocimiento y la accesibilidad del contenido y las implicaciones de esta vertiente de la discriminación¹⁹. Es suficientemente sabido que nuestro TC la acogió ya en la conocida STC 145/1991, de 1 julio, pero han tenido que pasar casi dieciséis años para que alcanzara nuestros textos positivos. Además, el art. 6, en particular en el contraste entre sus dos primeros apartados, permite visualizar con gran sencillez la diferencia entre una discriminación directa, que nunca puede justificarse, y otra indirecta, cuya justificación se define en los mismos parámetros de la Directiva, acaso flexibles en exceso si se comparan con la doctrina dictada por el Tribunal de las Comunidades.
2. En segundo término, es evidente que los procedimientos administrativos y los procesos judiciales se han afinado. Ya he hecho antes alusión a las cuestiones de legitimación activa, de distribución de la carga de la prueba o de la posibilidad de que el órgano judicial actuante recabe ciertos informes. Habría que aludir también a la nueva responsabilidad que le incumbe a la Inspección de Trabajo en el planteamiento de demandas de oficio al amparo de los arts. 146 ss. de la LPL. Particular importancia tiene, en el tema de las retribuciones, la nueva letra d) del art. 146, puesto que establece que las comunicaciones de la Inspección a la autoridad judicial «recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador». Sin duda que esta regla es de gran utilidad para todo tipo de pretensiones y, muy en particular, para las que pretenden la obtención de una indemnización no tasada por violación del derecho fundamental a la no discriminación. Pero resulta especialmente pertinente en la lucha contra las discriminaciones indirectas que se enquistan en los convenios colectivos en la definición de los sistemas clasificatorios y en el concepto de trabajo de igual valor.
3. Ya he expresado el interés que tiene dotar a las representaciones unitarias de las competencias de información pasiva que, en transposición de la Directiva 2002/73/CE, les otorga ahora el art. 64.1.1 ET. También ostenta una relevancia digna de destacarse la función de vigilancia y control de la letra c) del propio art. 64.1.9. Muy en particular, en cuanto se refiere a la aplicación de los convenios colectivos en cada centro de trabajo, tiene mucho interés verificar si cláusulas aparentemente neutras o sospechosas de contener discriminaciones indirectas producen en realidad un impacto adverso hacia el colectivo de las mujeres trabajadoras de cada unidad productiva.
4. Es bien conocida la importancia que en todos los litigios sobre discriminación retributiva tiene la prueba estadística, cara y poco accesible, por más que en ocasiones haya sido en exceso ensalzada por los órganos judiciales e incluso utilizada

¹⁹ Se han puesto de manifiesto los especiales problemas que ha provocado en la esfera de los ordenamientos internos la incorporación del concepto de discriminación indirecta. En este sentido, vg., ESCANDE-VARNIOL, M.C., «Impacto y perspectivas del principio de igualdad de trato en los países de la Comunidad Europea: informe de síntesis», *RL*, núm. 8, 2007, págs. 129-30.



fuera de contexto. Su interés específico para revelar discriminaciones retributivas indirectas se constata con facilidad a poco que se coteje la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo. Por ello conviene destacar el art. 20 de la LOI, que establece reglas imperativas de adecuación de las estadísticas oficiales. En cuanto estas estadísticas mejoren técnicamente, se facilite su acceso y se divulguen en la medida necesaria, sin duda existirá una herramienta de un poder muy considerable para ir desterrando estas discriminaciones.

5.2. En cuanto a seguridad y salud en el trabajo

Insisto en que no voy a referirme al tema de la maternidad, en el sentido amplio de la Directiva 92/95/CEE: embarazo, parto y puerperio, considerándose específicamente la lactancia natural. Sí que me parece conveniente comentar que, en torno a la maternidad, la LOI se enfrenta, con notable corrección técnica, a la eliminación de la discriminación directa de que es objeto la mujer a lo largo de estas situaciones en relación con las vacaciones anuales. Es bien conocido que el nuevo apartado 3 del art. 38 ET mejora considerablemente la doctrina de la sentencia del asunto Merino Gómez²⁰, al extender el derecho a la fijación de fecha alternativa a los casos de incapacidad temporal derivada del embarazo, del parto o de la lactancia natural. Y, al margen de alguna insuficiencia objetiva que se le puede reprochar, hay que considerar cómo concibe de forma integral el tema de la maternidad, excluyendo cualquier perjuicio que, en torno al disfrute de vacaciones, pueda sufrir la mujer por una condición relacionada con su condición biológica.

Como modelo regulativo, este art. 38.3 tiene, pues, mucho interés, para afirmar la necesidad de eliminar todas las diferencias de trato que se producen en la normativa estatal y convencional. No debe olvidarse que ya desde 1990 el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha considerado que la discriminación por embarazo es, en todo caso, una discriminación directa y no admite ningún tipo de justificación²¹. De modo que debe insistirse en que las partes sociales y todas las instancias de creación de normas vinculantes deben tomar en consideración el objetivo de que las mujeres no sufran ningún perjuicio en sus condiciones de trabajo por causa del embarazo, más allá del típico y tópico tema del coste cero en las cotizaciones sociales o del derecho a un subsidio del cien por cien de la base reguladora.

Y, dicho sea de paso, la consideración de las vacaciones como un derecho directamente derivado de la seguridad y salud en el trabajo, contenido en la Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre²², refuerza que la mujer, en las situaciones del art. 38.3, no sufra un perjuicio en sus condiciones de salubridad en el trabajo a causa de otra circunstancia, la maternidad, asimismo considerada dentro del ámbito de la protección de la salud.

²⁰ Sentencia de 18 marzo 2004, asunto C-342/01.

²¹ Asunto C-177/88, *Dekker*, sentencia de 8 noviembre 1990.

²² Véanse, entre otros, asunto C-173/99, *Bectu*, sentencia de 26 junio 2001, C-131/04 y C-257/04 *Robinson-Steele* y otro, sentencia de 16 marzo 2006 y c-124/05 *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, sentencia de 6 abril 2006.

Al margen de ello, la LOI no introduce cambios en la Ley 31/1995, de 8 noviembre, más allá de la reforma del art. 26 y del art. 5.4, como ya se ha dicho. Con respecto a este precepto, bien está que imponga a la Administración pública la toma en consideración de las variables relacionadas con el sexo. Pero se echa en falta una consideración más global de este principio, que alcanzara el tema de la evaluación de riesgos y de la planificación de la actividad preventiva, y, en general, vinculara en alguna medida la actuación de todos los agentes que participan en la ley. Muy en especial, a las empresas, a los servicios de prevención propios y ajenos —entre ellos, en particular, a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales—, a los delegados de prevención y a los demás órganos de representación de la parte social. Y, por supuesto, a todos los órganos de la Administración Pública, con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la cabeza. No vaya a ser que, al final, los riesgos específicos de la mujer tengan que ser tutelados en aplicación del precepto dedicado a personas especialmente sensibles a determinados riesgos.

Y, porque se trata de un tema preventivo en su esencia, hay que formular una reflexión al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. En torno a él, el ET sólo ha sufrido reformas de adaptación técnica: art. 4.2 e) y art. 54.2 g) fundamentalmente. Pero hay que estar a los conceptos y reglas del art. 7, que básicamente recoge las definiciones y reglas del art. 2 de la Directiva de refundición. Desde este punto de vista, quedan pocos flancos de crítica que hacerle a dicho precepto. No obstante, quisiera decir que me parece perturbadora la diferencia que establece la norma comunitaria y reproduce la norma interna entre un hostigamiento que tenga un cariz sexual y otro que responda a los arquetipos sociales que se puedan construir las personas sobre las mujeres y los hombres. La separación entre ambos crea el riesgo de que se pueda banalizar el segundo, al considerarse particularmente ofensivo el primero. Uno y otro responden a la misma lógica de poder que se basa en la preponderancia del hombre sobre la mujer y se conciben como formas de exteriorización de la misma²³. Y, si no son sino variaciones sobre el mismo tema, la peor valoración social del acoso estrictamente de sexo no debe propiciar una mayor tolerancia del más sociológico. Por más que el primero pueda producir mayor repugnancia, el segundo resulta igual de intolerable. Además, sin tomar en consideración estos riesgos, no entiendo qué aporta que se enuncien de forma separada los dos conceptos, si luego la consecuencia es la misma: que ambos son discriminatorios.

5.3. En cuanto al despido

Esta materia se regula de una forma un tanto parcial en la Directiva de refundición. La referencia más directa es la del art. 16, centrado en los permisos de paternidad y adopción, para proteger a quienes se acojan a ellos, sean hombres o mujeres, frente al despido motivado por dicho ejercicio. Llama la atención la distinta estructura de este precepto en comparación con la del art. 15, relativo a la maternidad, que no se refiere a la protección frente a decisiones extintivas del empresario, seguramente porque sería redundante con el

²³ Me remito a mi estudio «El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión», *REDT*, núm. 104, 2001, pág. 222 ss.

art. 10 de la Directiva 92/1985/CEE, que la regula de un modo más preciso. Pero tampoco debe olvidarse que la cláusula 2.4 del Acuerdo Marco sobre el permiso parental anexo a la Directiva 96/34/CE establece la tutela frente al despido por la solicitud y ejercicio de este permiso. Y, con la regla de remisión del art. 28 de la Directiva de refundición, queda cerrado el círculo de protección y sinergias entre las tres normas derivadas a los efectos de las decisiones extintivas basadas en la maternidad o en el ejercicio de los derechos de conciliación.

Debe destacarse que la normativa comunitaria, como probablemente no podría haber sido de otro modo, sólo alude a las decisiones motivadas por el ejercicio de los derechos específicamente considerados, sin que haga referencia —tampoco se encuentran rastros muy específicos en la jurisprudencia comunitaria— a las posibles discriminaciones indirectas que se produzcan en las decisiones extintivas de la empresa no vinculadas a la persona del trabajador. Es decir, en el ámbito de los despidos por causas empresariales o, por utilizar la terminología del art. 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE, de 20 julio, «despidos efectuados por el empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores». Habría que verificar el impacto real que produce la selección de personas afectadas con base en unos criterios que pueden incidir de una forma desigual en los colectivos de trabajadores y trabajadoras. Desde las más sencillas fórmulas de «*last in first out*», de clasificación profesional o de cualificación hasta las más complejas, incluso basadas en compromisos entre las partes empresarial y social, y luego asumidos mediante adhesiones individuales, no es difícil detectar la existencia de discriminaciones indirectas. Lo cual, a la postre, incluso se contrasta con unos datos estadísticos irrefutables, basados en edades comparadas de abandono del mercado de trabajo entre hombres y mujeres. Datos que, si bien no pueden considerarse muy concluyentes en ámbitos funcionales y territoriales muy extensos, sí que pueden evidenciar impactos adversos cuando el colectivo es más reducido.

No cabe duda de que estas discriminaciones indirectas se encuentran contempladas en el art. 14 1 c) de la Directiva de refundición, y, por lo que respecta al ordenamiento interno, en el art. 6 de la LOI. Pero se trata de un ámbito en el que no parece haberse prestado la debida atención a la distinta situación de las mujeres y en el que, a primera vista, no puede descartarse que existan dichas discriminaciones, sino más bien debe sospecharse todo lo contrario.

Ya en cuanto a la LOI, otra vez se han modificado los arts. 53 y 55 del ET para reforzar la tutela antidiscriminatoria de protección frente a la maternidad y al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pero, antes del comentario genérico de esta modificación, quisiera aludir al art. 52 d) del ET, que curiosamente no ha sido afectado por la reforma. Lo cual debe criticarse, porque una buena técnica legislativa que no expusiera a los trabajadores y trabajadoras a despidos por inasistencias que en todo caso deberían considerarse improcedentes por la jurisprudencia —o, eventualmente, nullos— exigiría contemplar específicamente ausencias como las debidas al ejercicio del permiso de paternidad y al riesgo durante la lactancia. Y, aunque podría decirse que este asunto tiene menos importancia a la vista de la más reciente jurisprudencia del TS, que va cercando progresivamente las reglas de cómputo para que puedan considerarse procedentes los despidos objetivos derivados de ausencias al trabajo justificadas, tampoco deja de exponer a trabajadores y trabajadoras que ejercen sus derechos a ciertos riesgos de pérdida de sus empleos.

Dicho sea de paso, y aunque no se trata de una novedad que haya incorporado la LOI, ya desde la Ley 39/1999, de 5 noviembre, se excluyen del cómputo las inasistencias «causadas por embarazo, parto o lactancia». Con esta escueta redacción, se ha mejorado la protección de la mujer que sufre alteraciones derivadas de la maternidad después de su reincorporación al puesto de trabajo en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, para el caso de las ausencias en este período de tiempo, por más que estuvieran vinculadas con alteraciones de la salud derivada de la maternidad, el Tribunal ha declarado que no exigen un tratamiento diferenciado en relación con otras bajas derivadas de cualquier enfermedad o accidente desde el principio de igualdad por razón de sexo²⁴. Ya es lástima que, con este buen precedente, ahora el Parlamento se haya «olvidado» del art. 52 d).

En referencia a la tutela antidiscriminatoria y la reforma de los arts. 53 y 55, las novedades pueden agruparse en cuatro clases distintas: 1) las que subsanan errores u omisiones de leyes anteriores, 2) las que obedecen a la introducción de instituciones en otros preceptos de la LOI, 3) las que mejoran algún aspecto ya regulado en leyes anteriores, y 3) las novedades *strictu sensu* de un mayor rango cualitativo.

- 1) Al respecto, se ha superado en primer lugar una clara omisión de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que sólo había modificado el art. 55, pero no el art. 53, para que se declaren nulas las decisiones extintivas coincidentes con el ejercicio de los derechos que la legislación laboral les reconoce a las trabajadoras víctimas de este tipo de violencia, salvo que se acredite su procedencia. En segundo lugar, se integra a la tutela, tanto para el despido objetivo como para el disciplinario, el caso de solicitud o disfrute de la ausencia o reducción de jornada del art. 37.4 bis ET relativo a hijos o hijas prematuros o que deban permanecer hospitalizados después del parto. Y en tercero, se resuelven las dudas —que, dicho sea de paso, la doctrina de suplicación había resuelto las más de las veces en sentido positivo— relativas a que se omitía, en ambos supuestos extintivos, el período de disfrute de la excedencia del art. 46.3, de tal forma que podía sostenerse que la protección sólo amparaba el período entre la solicitud y el comienzo de ejercicio del derecho, pero no su ejercicio efectivo.
- 2) En este segundo grupo hay que ubicar la referencia, como período protegido, a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia y por paternidad. A este respecto, la LOI ha actuado con más diligencia en la reforma de los arts. 53.4 y 55.5 que con la omisión de cambios en el art. 52 d).
- 3) En este apartado debe incluirse el tiempo durante el cual las mujeres trabajadoras se encuentran en suspensión del contrato por incapacidad temporal debida a enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural. Curiosamente, es una reforma paralela a la que el art. 52 d) había sufrido con ocasión de la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de 1999. Y que incrementa fuertemente la tutela durante estos períodos, más allá de no poder computarse las ausencias en

²⁴ Sentencia de 8 noviembre 1990, asunto C-179/88, *Hertz* y sentencia de 29 mayo 1997, asunto C-400/95, *Larsson*

un despido objetivo. En tales casos, cualquiera que sea el período transcurrido desde el alumbramiento o desde la reincorporación de la mujer, el despido será nulo si no es procedente. Otra vez nos encontramos con un precepto de protección integral de la maternidad, paralelo al anteriormente comentado del art. 38.3 ET, que podría ser tomado como referente para otras mejoras en la negociación colectiva.

- 4) Sin duda, la novedad más evidente y sobresaliente en los arts. 53.4 y 55.5 consiste en la introducción de sendas letras c) simétricas, con el fin de proteger a trabajadoras y trabajadores durante un período en el que son muy vulnerables, cual es el regreso del ejercicio de ciertos derechos derivados de la maternidad y de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se trata de extender la tutela frente al despido, que sólo cabe calificarse como nulo salvo que se acredite su procedencia, a lo largo de nueve meses tras la reincorporación de la suspensión por maternidad biológica o adoptiva o por acogimiento, o paternidad. Como comentario, debe destacarse que las únicas instituciones protegidas de conciliación son la paternidad, la adopción y el acogimiento, pero no las demás, y tampoco se protege la licencia horaria por lactancia. Para las demás, habría que acogerse a la prueba de indicios de los arts. 96 y 179.2 ET para poder defender la nulidad²⁵.

Se ha comentado mucho que tal vez la ley hubiera debido enmendarle la plana al TS, después de su muy conflictiva sentencia sobre la prueba del conocimiento del embarazo como requisito para que entre en juego la aplicación de los arts. 53.4 y 55.5 ET²⁶. Probablemente, la LOI podría haber aclarado el asunto, pero en mi opinión no es un problema legal, pues la ley opta claramente por una tutela a plazo, no condicionada a ningún requisito adicional más allá de la propia existencia del embarazo y que comienza «desde la fecha de inicio del embarazo». Mal puede conocer la empresa el embarazo en la fecha de su inicio, y mal pueden conocerlo ni la propia interesada ni el facultativo o facultativa que la atiende. La sentencia del TS es sencillamente ilegal, en el sentido de *contra legem* y sólo cabe esperar a que la Sala de lo Social enmiende su error. Que el art. 2 de la Directiva 92/85/CE defina a la trabajadora embarazada en términos de conocimiento no vincula *in peius* al legislador interno, como bien expresa el voto particular de la sentencia.

Por último, sólo quiero formular una muy breve reflexión en torno a la nueva disposición adicional 18.ª ET. El cálculo de las indemnizaciones tasadas en caso de jornada reducida por guarda legal, o por disfrute a tiempo parcial de la maternidad o de la paternidad, es un tema cuya importancia se relativiza a medida que se amplía el ámbito de la tutela antidiscriminatoria de los arts. 53.4 y 55.5 ET. Pero que guarda interés en todos los demás casos distintos del despido (arts. 40, 41 y 50 ET, fundamentalmente). En cualquier caso, resuelve un problema sobre el que los tribunales habían arrojado notable confusión a lo largo de los últimos años.

²⁵ A este respecto, el camino queda allanado después de que el TC haya recordado que la denegación de ciertos derechos puede constituir una discriminación indirecta por razón de género. Por más que esta doctrina redunde en la perpetuación de los estereotipos sociales, en los tiempos que corren es muy provechosa. Véase la STC 3/2007, de 15 enero, que se refiere a la anterior STC 240/1999, de 20 diciembre, que ya enunciaba esta idea.

²⁶ STS de 19 julio 2006 (RJ 2006/6653).

6. UNA REFLEXIÓN FINAL

En estas páginas he omitido de una forma muy deliberada un tratamiento frontal de los planes de igualdad, que a la postre constituyen la herramienta más destacada que la LOI le entrega a las partes sociales —a ambas, no sólo a las organizaciones sindicales y representaciones unitarias— para que erradiquen las discriminaciones y para que construyan unas normas autónomas igualitarias, equitativas y no discriminatorias, y muy en particular en todo lo que atañe a las condiciones de trabajo. Sólo quisiera comentar cómo su puesta en marcha y su normalización me sugieren tres afirmaciones generales: la primera de ellas consiste en que la defensa de estos principios, la eliminación de discriminaciones directas e indirectas y la introducción de cláusulas específicas debe producir el efecto de que toda la materia relativa al sexo y al género transite de la periferia al núcleo del conflicto colectivo de la negociación de los convenios. A tal fin las reglas del art. 85 ET me parecen muy pertinentes. La segunda se refiere a que tal vez haya que atender a cierto conflicto social que está latente en toda esta materia entre unos trabajadores varones tradicionalmente considerados en las relaciones colectivas y unas trabajadoras mujeres olvidadas. Quiero decir que la eliminación de discriminaciones indirectas debe construirse parcialmente en clave de renuncia a ciertas condiciones que claramente favorecen a los hombres. A modo de ejemplo, unas reglas salariales neutras tal vez deban amortizar o congelar complementos salariales que producen impacto adverso o incluso afectar a salarios base desproporcionados. También por este motivo el reto de la igualdad en las relaciones laborales resulta particularmente difícil. Por último, del mismo modo que el convenio debe responder a un equilibrio interno entre prestaciones y renunciaciones de la parte empresarial y de la parte social, también debe ser equilibrado desde el punto de vista de que no favorece injustificadamente al colectivo de trabajadores o de trabajadoras.