

Índice

Abreviaturas.....	5
Introducción.....	7
Capítulo I: Evolución normativa de la discriminación por razón de género.....	9
1. Antecedentes históricos	9
2. Marco normativo del principio de igualdad y no discriminación.....	18
2.1. Normativa internacional	18
2.2. Estatuto de los Trabajadores.....	24
2.3. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres	25
2.4. Planes de Igualdad	28
Capítulo II: Tutela Jurídica del Principio de Igualdad y No Discriminación.....	31
1. Delimitación de las actuaciones discriminatorias en el ámbito del empleo	31
2. Protección del ordenamiento jurídico frente a las situaciones discriminatorias: la reparación del daño.....	46
Conclusiones.....	53
Bibliografía.....	57
Webgrafía	59
Jurisprudencia.....	60

Abreviaturas

art.:	Artículo
CE:	Constitución Española.
coord.:	Coordinador.
ET:	Estatuto de los Trabajadores.
FJ.:	Fundamento Jurídico.
LOI:	Ley Orgánica de Igualdad.
LRJS:	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
O.I.T.:	Organización Internacional del Trabajo.
ob. cit.:	Obra citada.
ONU:	Organización de las Naciones Unidas.
p.:	Página/s.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STSJ:	Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia.
TC:	Tribunal Constitucional.
TCE:	Tratado de la Comunidad Europea.
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS:	Tribunal Supremo.
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia.
UE:	Unión Europea.

Introducción

No sería una equivocación afirmar que, a priori, la mayoría de la población española opina que la mujer aún en la actualidad es objeto de actuaciones discriminatorias en algunos ámbitos de la vida social, como es el caso del empleo. Como mujer, estudiante de derecho y futura jurista que pretende su ingreso en el mercado de trabajo en los próximos años, no es de extrañar que tenga inquietudes por averiguar cuál es la situación de la mujer trabajadora y sus posibilidades de protección jurídica en el ámbito de las relaciones laborales.

Frente a la idea clásica, todavía presente en la conciencia social y las estructuras de género, de que la sumisión de la mujer al hombre era un hecho acorde con la naturaleza y la razón concibiendo a la misma como física y moralmente débil, se ha ido abriendo paso a una importante reacción cultural de la sociedad que ha conseguido cambiar la posición civil de la mujer en el matrimonio, en la política, en la contratación y en el trabajo. El conjunto de normas promovidas a tal efecto han consolidado este cambio cultural en las sociedades democráticas, donde el principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico español. A finales del siglo XX se empieza a tener en cuenta la doble discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares, de un lado por pertenecer al sexo femenino y de otro por llevar a cabo tradicionalmente las tareas domésticas. La conciliación de la vida familiar y laboral es un motivo de trato desigual en el empleo constitutivo de discriminación producto de pautas culturales, hábitos y estereotipos de género que diseñan, bajo la estructura básica del poder patriarcal, una asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres.

En consecuencia con las anotaciones apuntadas, este trabajo tiene como primer objetivo proporcionar al lector una visualización del contexto social y jurídico en el que se encuentra la mujer trabajadora. También se pretende extraer de las actuaciones discriminatorias empresariales cuáles son los principales móviles que las fundamentan, estableciendo así un prototipo de mujer discriminada en el ámbito de las relaciones laborales. Su objetivo último es analizar la tutela jurídica arbitrada por nuestro

ordenamiento jurídico para la aplicabilidad efectiva de los principios de igualdad y de prohibición de la discriminación por razón de género, concretamente en relación con la respuesta jurisprudencial ante situaciones discriminatorias y la forma que utilizan los tribunales para reparar el daño causado a las personas perjudicadas.

Para la consecución de tales objetivos, el presente estudio está estructurado en dos Capítulos. El primero de ellos se dedica a realizar un análisis de los conceptos relativos a la materia que envuelve el principio de igualdad y de no discriminación por razón de género y a visualizar los antecedentes históricos de la situación discriminatoria de la mujer así como su evolución hasta la actualidad. También en el Capítulo I se concreta el marco normativo, tanto internacional como nacional, que regula y dota de contenido estos principios con fines de erradicación de las situaciones discriminatorias motivadas por cuestiones de género.

En el Capítulo II se realiza un análisis jurisprudencial de las principales actuaciones discriminatorias que tienen lugar en el ámbito de las relaciones laborales, concretamente en dos momentos: en la fase previa a la contratación, es decir, en el acceso al empleo, y cuando el contrato de trabajo ya se ha formalizado. Este Capítulo segundo también se dedica a examinar las principales soluciones que propone la práctica jurisprudencial para reparar los daños causados por situaciones discriminatorias.

La metodología utilizada para alcanzar los mencionados objetivos es básicamente legal y jurisprudencial. Se parte del estudio de las normas jurídicas que regulan el principio de igualdad y no discriminación para llegar a su aplicación efectiva en la realidad social mediante el análisis de la jurisprudencia más reciente dictada en el ámbito laboral.

Capítulo I: Evolución normativa de la discriminación por razón de género

1. Antecedentes históricos

Las actuaciones discriminatorias consisten en la aplicación de distinciones o prácticas desiguales y arbitrarias por parte de una colectividad hacia una persona o grupo por razón de sexo, raza, ideología, edad, opción sexual, entre otras. El artículo 14 de la Constitución Española de 1978 recoge el principio de igualdad de trato junto con el principio de no discriminación. Parte de la doctrina, entre otros Rodríguez Piñero y Fernández López¹, defiende que dicho artículo contiene una bifurcación en su interpretación: en un primer inciso, cuando dispone que todos los españoles son iguales ante la ley, establece el principio general de igualdad de trato; a continuación, realiza un mandato de no discriminación por causas concretas: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra condición o circunstancia personal o social. En consecuencia, podemos definir la discriminación de género como aquel trato peyorativo hacia un sujeto o un colectivo que implica una limitación o anulación en el reconocimiento o ejercicio de derechos y libertades fundamentales justificado en una cuestión de género.

Antes de abarcar los tipos de discriminación que existen, es importante diferenciar el contenido de los conceptos sexo y género², porque es frecuente un uso erróneo e indistinto de ambos. El sexo es el conjunto de características físicas, biológicas y anatómicas que dividen los individuos de una especie entre machos y hembras, es decir, entre hombres y mujeres. Por ejemplo, una cuestión de sexo es el hecho de que sólo las mujeres pueden quedarse embarazadas y parir hijos. En cambio, el género hace referencia a la construcción social y cultural basada en estas diferencias biológicas existentes entre los sexos, configurando así una identidad para los hombres y otra para las mujeres. Es el conjunto de características emocionales y de comportamiento que han

¹ En ese sentido, vid: RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 38 y 81-84.

En sentido contrario, Rey Martínez no coincide en la separación radical entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, vid: REY MARTINEZ, Fernando: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 59.

² RICOY CASAS, Rosa María: *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 147.

sido históricamente atribuidas a cada sexo. Por ello, variarán en función de la sociedad y la época histórica que sea objeto de análisis. A partir de esta construcción socio-cultural se establecen las relaciones sociales y de poder entre mujeres y hombres. Por ejemplo, una cuestión de género es que tradicionalmente se asigna a la mujer la tarea del cuidado de los hijos, cuando no existe ninguna imposibilidad biológica que impida a los hombres hacerlo también. En el presente trabajo se atiende al concepto de género por ser el mayor desencadenante de prácticas discriminatorias.

El término discriminación engloba dos tipos de situaciones³. En primer lugar, la discriminación directa comprende aquella situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Es decir, aquella conducta, norma o acto jurídico que dispensa un trato diferente y perjudicial hacia una persona por pertenecer a un sexo determinado, respecto de una situación comparable de otra persona del sexo contrario. Debe tenerse en cuenta que en el ámbito laboral el empresario no viene obligado a tratar a todos por igual, pero sí está obligado a no discriminar. Solamente se admite la diferencia de trato cuando existe una justificación objetiva y razonable. Para ello esta situación discriminatoria requiere de intencionalidad, o dicho de otra forma, de intención de discriminar.

En segundo lugar, la discriminación indirecta es aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. En esta situación, el precepto o el criterio a priori no parece discriminatorio pero cuando se pone en práctica provoca resultados desfavorables para el colectivo de un sexo determinado. Según Ricoy Casas son denominadas discriminaciones “sibilinas” por ser prácticas que pasan desapercibidas⁴. En mi opinión, podrían definirse como una especie de actuaciones encubiertas que utiliza el empleador para discriminar a ciertos colectivos, en nuestro caso las mujeres, de forma sutil e indirecta. Me estoy refiriendo, a

³ En relación a los conceptos de discriminación directa e indirecta, vid. artículos 6.1 y 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁴ RICOY CASAS, Rosa María: *¿Qué igualdad? El principio...*, ob. cit. p. 201-204.

título de ejemplo, al establecimiento de determinados complementos salariales por rendimiento que nunca llegan a percibir mujeres, provocando así desigualdad salarial, o así como, al hecho de que trabajadoras encuadradas en una categoría profesional perciban un menor salario haciendo el mismo trabajo que los hombres encuadrados en otra categoría profesional⁵.

Una vez expuestos los términos de discriminación, discriminación de género y la diferencia entre sexo y género, es adecuado realizar un breve análisis de sus referencias históricas. Este epígrafe se centrará en proporcionar una visión de la evolución del concepto de discriminación de género desde sus orígenes hasta la actualidad.

En la etapa de la antigüedad clásica, tanto la sociedad griega como la sociedad romana estaban configuradas bajo la estructura básica del poder patriarcal. En la Atenas clásica, el hombre libre podía dedicarse a multitud de ocupaciones: la vida política o la intelectual, el atletismo, los negocios entre caballeros, el entrenamiento militar, el comercio y las transacciones, entre otras. Mientras que tareas como el trabajo doméstico, el cuidado de los hijos, atender a esclavas enfermas, confeccionar ropa o preparar alimentos eran trabajos exclusivos de mujeres. La dedicación de la mujer de clase alta consistía en supervisar la ejecución de las tareas domésticas llevadas a cabo por las esclavas e incluso en algunas ocasiones, cuando ellas quisieran, realizarlas por ellas mismas. En cambio, la mujer de clase pobre tenía una ocupación más diversa, existían lavanderas, tejedoras, vendedoras de alimentos, nodrizas y parteras. El abandono infantil era muy elevado en la época clásica, sobretodo de niñas, porque las familias no podían pagar la dote de las hijas casaderas. Por ello, el adiestramiento de niñas abandonadas para que se dedicaran a la prostitución era una práctica usual. En la Roma clásica, la mujer romana tenía una ocupación muy parecida a la griega, llevaba a cabo tareas como tender, confeccionar manufacturas textiles, ocuparse del servicio doméstico, pero además, existían carniceras, pescaderas, vendedoras de mercancías e incluso algunas libertas llegaban a ser mujeres de negocios.⁶

⁵ Es la STC 145/1991, de 1 de julio, la que introduce el concepto de la discriminación oculta. En este caso, las recurrentes en amparo estaban encuadradas en la categoría profesional de limpiadoras, percibiendo menor salario por regulación convencional que los hombres encuadrados en la categoría profesional de peones, cuando venían realizando exactamente el mismo trabajo. El Tribunal les otorga el amparo porque entiende que han sido discriminadas de forma indirecta.

⁶ Sobre el papel de la mujer en la antigüedad clásica, POMEROY, Sarah: *Diosas, ramerías, esposas y esclavas: mujeres en la antigüedad clásica*, Madrid, Akal, 1990.

Existe una gran escasez de información histórica sobre la mujer de la antigüedad clásica, si bien, el sector femenino tenía atribuido un papel irrelevante en la sociedad. La mujer quedaba confinada a la esfera doméstica y, en caso de pobreza, ampliaba su ocupación a tareas de fuera del hogar, que en realidad eran una prolongación de las primeras. Era considerada como una carga, de ahí que, la familia de la mujer debía pagar la dote al marido cuando ésta se casaba. Incluso el pensamiento filosófico era antifemenino, Platón y Aristóteles afirmaron la inferioridad de un sexo respecto al otro. La mujer era inferior al hombre, hasta el punto de considerar que su papel en la reproducción humana era meramente pasivo⁷.

En la Edad Media, debe hacerse una triple distinción respecto la posición social de la mujer. En primer lugar, la mujer noble era la que más privilegios y reconocimiento social tenía, dedicándose al cuidado de los hijos y a su educación así como de la organización de los empleados que tuvieran a su servicio y de la economía familiar en ausencia del marido. Aun así, la mujer de clase alta era utilizada como moneda de cambio para establecer pactos estratégicos o políticos entre nobles y así aumentar sus posesiones. En segundo lugar, la mujer campesina vivía en condiciones más precarias. Además de ocuparse de las tareas domésticas también se dedicaba al cuidado de los animales de corral y al cultivo de sus propios huertos, ya fuera para un posterior intercambio o para el propio abastecimiento de familia. En este tipo de sociedad agrícola las mujeres y los hombres tenían atribuidas tareas similares, pero la mujer siempre tenía añadida la carga del cuidado del hogar. En último lugar, la mujer dedicada a Dios, las monjas, vivían en conventos gozando de relativa libertad. A pesar de ello, fueron las más afortunadas en el campo de la educación, aprendían a leer y escribir, mientras que la gran masa de la población medieval era analfabeta⁸.

La situación social de la mujer no experimentó muchas diferencias en su paso hacia la Edad Moderna. Las civilizaciones occidentales seguían el modelo patriarcal atribuyendo a la mujer un papel subordinado en la sociedad. La principal profesión e identidad de la mujer era la maternidad. Algunos humanistas y modernistas de la época defendieron la igualdad pero sus ideas no triunfaron ya que seguía imperando la división de géneros.

⁷ POMEROY, Sarah: *Diosas, rameras, esposas y esclavas...*, ob. cit. p. 253-254.

⁸ Sobre la situación social de la mujer en la Edad Media, MOLINA REGUILÓN, Ana: "La mujer en la Edad Media", 2009. Disponible en: <http://www.arteguias.com/mujeredadmedia.htm>

Sin embargo, cabe diferenciar entre las mujeres de la nobleza y las mujeres de clase baja. Las primeras, se dedicaban a supervisar las tareas realizadas por los sirvientes y a educar a sus hijos mientras que las segundas llevaban a cabo cualquier tipo de tarea, compaginando el trabajo doméstico con el trabajo agrícola o artesanal. El trabajo femenino era mal visto. De ahí que en el siglo XVII la mujer fuera excluida de algunas profesiones por los gremios.

Es en el periodo comprendido entre los siglos XVIII a XX cuando, a raíz de la revolución industrial y del establecimiento de una economía de mercado, florece una nueva sociedad basada en la segregación por clases sociales. En el seno de esta nueva sociedad y con el desarrollo del capitalismo se va promoviendo la teoría de la domesticidad⁹, según la cual la mujer debe dedicarse a las llamadas tareas del hogar o domésticas mientras que el hombre debe preocuparse por el trabajo asalariado. De esta manera presuponemos una división sexual del trabajo, una separación no justificada entre dos esferas distintas: la privada no remunerada o doméstica, perteneciente a la mujer, y la pública remunerada, perteneciente al hombre. Esta mentalidad discriminatoria, presente en todo el trayecto histórico ya relatado, se basa en la consideración de que el sustento familiar es proporcionado por el trabajo del hombre, y en cualquier caso, el posible trabajo realizado por la mujer será complementario, accesorio y secundario del salario principal, ya que ésta debe ocuparse del hogar. Por ello, su incorporación al mercado de trabajo solamente debía darse en caso de necesidad manifiesta, cesando así su relación laboral cuando el hombre ganara lo suficiente para mantener a la familia. Los hombres en masa salían del hogar hacia las fábricas para ganar un salario que proporcionara sustento familiar y las mujeres debían quedarse en el hogar al cuidado de los hijos.

La gran incógnita que surge en la Edad Contemporánea, desde la revolución francesa hasta la actualidad, es cómo solventar la posibilidad de que las mujeres también salgan del hogar para obtener una remuneración abandonando los cuidados domésticos. Es preciso realizar el análisis de esta etapa histórica desde una perspectiva más cercana, observando el papel de la mujer en la sociedad española.

⁹ “La teoría de la domesticidad defiende como natural que el hombre se dedique “a trabajar” – las tareas domésticas no se consideran como tal – y la mujer al hogar. Es decir, que la mujer se dedique al ámbito familiar y el hombre al trabajo remunerado”. FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 52.

En la primera etapa republicana, a pesar de lo propugnado por la teoría de la domesticidad, se produjo una masiva incorporación de la mujer al trabajo remunerado debido a la existencia de una gran demanda de mano de obra ocasionada por la industrialización. Este movimiento ayudó a modernizar la economía del país y supuso el surgimiento del feminismo español más reivindicador. Con la creación en el año 1918 de la Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME), el sector femenino exigía reivindicaciones sociales tales como la concesión del derecho al voto. En la II República, partidos políticos que ostentaban el poder realizaron una profunda revisión de las leyes discriminatorias dando lugar a una legislación bastante igualitaria, sobre todo en lo referente al derecho de familia. Se aprobó la ley del divorcio, se concedió el derecho de sufragio femenino y se permitió el acceso de la mujer a la escolarización¹⁰. Por ello, esta etapa histórica supuso un avance espectacular para el sector femenino en el plano legal. Por parte del Estado se realizaban políticas de igualdad de oportunidades que reconfiguraron el marco jurídico levantando prohibiciones, es decir, la igualdad se dirigía a garantizar el acceso de la mujer en la esfera pública.

Una vez finalizada la guerra civil (1936-1939), en España imperó el régimen franquista, una dictadura basada de nuevo en el orden patriarcal¹¹, lo cual supuso un fuerte retroceso para la mujer en muchos aspectos respecto de los logros conseguidos durante la etapa republicana¹². Por lo que respecta al ámbito laboral, solamente se admitió el trabajo femenino como actividad laboral transitoria durante los años de guerra civil. Dado que los hombres debían defender la nación en el frente, la mujer podía ocupar su puesto de trabajo de forma temporal en fábricas o talleres. También se empezó a aceptar a la mujer trabajadora en caso de viudedad o soltería, aunque continuaba existiendo una mentalidad reticente a fomentar el trabajo extradoméstico de las mujeres. Una vez transcurrida la guerra, las mujeres volvieron a su ocupación “original”, el hogar, con el primordial objetivo de aumentar la tasa de natalidad. Sin embargo, debido a la situación miserable de posguerra, se les permitieron trabajos precarios de costurera o lavandera con el fin de aumentar los ingresos familiares. Fueron los sectores como la agricultura,

¹⁰ RUIZ FRANCO, Rosario: “La República de las Mujeres”, Revista de la Facultad de Geografía e Historia UNED, Espacio, tiempo y Forma, Serie V., t.18, 2006, p. 181-185. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/ETFV/article/viewFile/3138/2998>

¹¹ Basado en el “modelo burgués de ama de casa” que propugna la separación entre la esfera productiva y la esfera reproductiva, asignando la primera esfera al hombre y la segunda a la mujer. NIELFA CRISTÓBAL, Gloria. *Mujeres y hombres en la España franquista: sociedad, economía, política, cultura*. Madrid, Editorial Complutense, S.A., 2003. p. 49.

¹² *Ibidem*, p. 218.

el textil y los servicios los que acogieron a la masa trabajadora femenina, desarrollando actividades en las que prevalecía el trabajo eventual o temporal, las condiciones precarias y los bajos salarios.

Poco a poco, con el mayor acceso de la mujer a la educación y al trabajo remunerado se iría abriendo el paso hacia su liberación. La muerte del dictador Franco generó una etapa de transición, en la que tuvo incidencia la presión por parte de los ya escasos grupos feministas organizados y del entorno internacional, en el sentido que España se encaminara a reconocer y promover, desde el máximo nivel normativo, una mayor igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Con la promulgación de la Constitución de 1978, en su artículo 14, se reconocen los principios de igualdad y no discriminación los cuales, a través de la jurisprudencia constitucional, han sido dotados de una significación más amplia que la de garantizar constitucionalmente la igualdad, abarcando aspectos como la desaparición de situaciones históricas de injusta inferioridad de ciertos colectivos¹³. Este mandato constitucional de igualdad y no discriminación ha tenido su reflejo en varios textos normativos en los que se contienen preceptos destinados a garantizar la igualdad entre ambos sexos en el ámbito laboral. Entre ellos, destacar el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (que serán objeto de análisis detallado en el siguiente epígrafe). En mi opinión se trata de un marco normativo insuficiente porque aún existen actuaciones discriminatorias contra las mujeres en este ámbito que no son objeto de cobertura legal.

En esta etapa democrática, mediante las políticas de igualdad de oportunidades promovidas por el Estado fruto de las reivindicaciones feministas, podría afirmarse que se supera en gran parte, aunque no completamente porque sigue presente en el acceso al empleo, la discriminación directa. Se garantiza que tanto hombres como mujeres tengan las mismas oportunidades respecto el ejercicio de sus derechos, básicamente desde una perspectiva legal. Pero desde la perspectiva efectiva del propio ejercicio del derecho, la realidad es que mujeres y hombres no se encuentran en una situación de igualdad. De

¹³ El Tribunal Constitucional ha declarado que: *"La virtualidad del art. 14 C.E. no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 C.E."* STC 145/1991, de 1 de julio, FJ. 2º.

ahí que el Estado decida promover otro tipo de políticas en este ámbito, en este caso para intentar paliar las situaciones de discriminación indirecta, entre las que cabe señalar las medidas de acción positiva. Un ejemplo es la exigencia de cuotas en la política para fomentar la presencia y participación femenina en la vida política. Este tipo de medidas se consideraron insuficientes para paliar la situación discriminatoria de la mujer, por ello desde la Unión Europea¹⁴ a partir del año 1995 se fomentó el enfoque *gender mainstreaming*¹⁵, traducido como transversalidad de la perspectiva de género. Esta política europea se basa en el diseño de políticas transversales que permitan integrar la perspectiva de género en todas las políticas públicas. Tiene como objetivo la evaluación del impacto de una determinada política en función del género con la finalidad de evitar consecuencias negativas no intencionadas y así poder mejorar la calidad y la eficiencia de las mismas. En definitiva, mediante este nuevo enfoque de las políticas públicas junto con el desarrollo de programas o planes de igualdad de oportunidades y políticas específicas de acción positiva, las élites de la sociedad actual pretenden conseguir la igualdad de género.

Recapitulando toda la trama histórica expuesta, se puede afirmar que tradicionalmente el trabajo femenino ha tenido un valor residual siendo considerado como un suplemento al salario aportado por el hombre, patriarca de la familia y principal sustentador de la misma. El progresivo ingreso de la mujer en el mercado de trabajo en sus inicios estuvo caracterizado por unas escasas garantías y una buena dosis de precariedad en sus condiciones laborales. Se hace referencia a una discriminación social histórica, un conjunto de prácticas y prejuicios sociales arraigados en nuestra sociedad durante años que finalmente se han traducido en la imposibilidad de conseguir una igualdad de género en sentido real o sustancial, más allá de la formal. Este largo y lento proceso tiene su reflejo en la actualidad. Aunque hoy en día la presencia de la mujer en el mercado laboral sea mayor que antaño, básicamente por motivos de formación

¹⁴ Comunicación de la Comisión “Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias” (COM UE 21/2/1996). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0067:FIN:ES:PDF>. Su finalidad principal es la implementación de la transversalidad de acciones y políticas varios ámbitos, como el empleo, el mercado de trabajo y la compatibilidad de la vida profesional y familiar.

¹⁵ RIGAT-PFLAUM, María: “Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género”, Nueva Sociedad, nº 218, 2008, p. 40-55.

profesional y educación, esto no implica que hayamos erradicado la discriminación de género en ámbito laboral, ya que el mercado de trabajo se encuentra segregado¹⁶.

Por una parte, existe una segregación vertical que implica la imposibilidad de las mujeres de llegar a altos cargos directivos o de responsabilidad, ocupados primordialmente por hombres. Además, existe una falta de inversión y dedicación a la formación profesional de la mujer empleada justificada en que el sector femenino presenta un mayor grado de absentismo laboral. Es decir que, tarde o temprano, la mujer decidirá dedicarse más a sus responsabilidades familiares generando un vacío en su puesto de trabajo, debiendo ser suplementado a coste del empleador. Esta mentalidad parte de la premisa de la división sexual del trabajo comentada anteriormente, de la distribución de unos roles en la sociedad atendiendo al sexo de cada individuo, y según el cual, la responsabilidad familiar debe corresponder a la mujer. En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo ha realizado numerosos estudios y publicaciones¹⁷, en los que afirma la existencia de un “techo de cristal”, es decir, la falta de acceso del sector femenino a altos cargos directivos. En referencia a la segregación horizontal, ésta supone afirmar la existencia de sectores “feminizados”, es decir, actividades en las que la mujer se considera apta para trabajar o incluso más apta que los hombres. La mujer se ve excluida de sectores que requieren mayor fuerza física como por ejemplo la minería o la construcción, y por el contrario, es frecuente su presencia en la educación, servicios, sanidad, hostelería y similares. Asimismo, la discriminación social histórica ha generado una contratación más precaria del sector femenino, basada en el predominio de la contratación temporal y a tiempo parcial, y en numerosas ocasiones retribuciones menores respecto las recibidas por el empleado varón.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse a priori que la discriminación social contra la mujer todavía está presente en el acceso al mercado de trabajo y en su correspondiente estabilidad. No obstante, es preciso analizar las herramientas de las que se ha ido dotando el derecho positivo para intentar paliar esta situación contra la mujer trabajadora.

¹⁶ FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso...*, ob. cit. p. 54-63.

¹⁷ *Romper el techo de cristal. Las mujeres en puestos de dirección. (Actualización 2004)*, Ginebra, OIT, 2004, 81 p. Disponible en:

<http://www.ilo.org/dyn/gender/docs/RES/292/F61986410/Romper%20el%20techo%20de%20cristal.pdf>

2. Marco normativo del principio de igualdad y no discriminación

2.1. Normativa internacional

Transcurrida la II Guerra Mundial, las grandes potencias mundiales deciden establecer un orden internacional con el fin de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este orden se articula a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y múltiples Convenios Internacionales. En el ámbito laboral y concretamente en referencia a la discriminación de género, conviene destacar tres normas internacionales: el Convenio n.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, el Convenio n.º 156 de la misma organización, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que a pesar de haber sido aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1979 no entró en vigor hasta septiembre de 1981.

En primer lugar, el Convenio n.º 111 de la O.I.T. de 1958, que entró en vigor el 15 de junio de 1960, presenta una gran eficacia ya que ha sido ratificado por un total de 172 países, entre ellos España. A los efectos de este convenio, se considera discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, así como cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga el mismo efecto y que podrá ser especificada por un Estado miembro previa consulta a las organizaciones representativas de empleados y trabajadores (art. 1). En cambio, no quedarán englobadas en el término discriminación las distinciones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un puesto de trabajo determinado. Tampoco las medidas de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la O.I.T., ni otras medidas especiales destinadas a satisfacer necesidades particulares de las personas a las que generalmente se les reconoce la necesidad de protección o asistencia especial que existan en un Estado parte (arts. 1.2 y 5). En aplicación del art. 2, los Estados ratificantes del convenio se obligan a formular y llevar a cabo una política

nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación con el objetivo de eliminar cualquier tipo de discriminación al respecto. Puede afirmarse que esta norma internacional se orienta a la promoción y a la consecución de una igualdad real respecto ciertos colectivos con necesidades más específicas, como es el colectivo femenino, ya que excluye del término discriminación medidas que provocan situaciones de cierta desigualdad, pero que se consideran justificadas por favorecer a estas personas.

En segundo lugar, el Convenio n.º 156 de la O.I.T. de 1986, aunque presenta una menor aprobación política, pues solamente 43 países han decidido obligarse a su cumplimiento, merece nuestro comentario por su especial implicación en el tema objeto de estudio. Ser Estado ratificante de este convenio implica la obligación de llevar a cabo una política nacional que permita que personas con responsabilidades familiares, ya sea de cuidado de hijos o de otros miembros de su familia directa que tenga a su cargo, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación (art. 3). Es decir que tanto trabajadores como trabajadoras no pongan en conflicto sus responsabilidades familiares y profesionales por el hecho de acceder y permanecer en el mercado de trabajo. En mi opinión, este tipo de políticas nacionales deberían ir encaminadas a la implementación de medidas que fomenten y garanticen la conciliación de la vida laboral y familiar, sobre todo respecto el sector femenino con el fin de evitar su aislamiento en el ámbito doméstico. En aplicación de los arts. 4 y 5, para alcanzar una igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, los Estados deberán adoptar medidas destinadas a permitir el ejercicio libre del derecho a elegir empleo, así como a desarrollar o promover servicios comunitarios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar.

En tercer lugar, cabe hacer referencia a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979. El espíritu de esta convención se encuentra en la reafirmación de la fe en los derechos humanos fundamentales, la dignidad y la igualdad de derechos entre ambos sexos. Es el principal Tratado Internacional que pretende incorporar al sector femenino en la esfera de los derechos humanos en todas sus manifestaciones. A los efectos de la misma, se considera discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o

por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, sobre la base de la igualdad del hombre y mujer, de los derechos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o cualquier otra (art. 1). Los Estados parte se obligan a llevar a cabo una política nacional dirigida a eliminar este tipo de conductas comprometiéndose a consagrar el principio de igualdad y su realización práctica mediante sus legislaciones, a adoptar medidas que sancionen y prohíban la discriminación contra la mujer, a establecer una protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad junto con los del hombre, a abstenerse de la realización de actos o prácticas que conlleven una situación discriminatoria así como a velar para que las autoridades nacionales y poderes públicos actúen del mismo modo (art. 2). En líneas generales, los Estados deberán tomar medidas con el fin de modificar los patrones socioculturales de conducta atribuidos a cada género que estén basados en la inferioridad o superioridad de un sexo respecto el otro y fomentar en la medida de lo posible la comprensión de la maternidad como función social y la responsabilidad común de hombres y mujeres respecto de la educación y el cuidado de los hijos. Para más concreción, en el ámbito laboral los Estados quedan obligados a garantizar, en condiciones de igualdad, los mismos derechos a hombres y mujeres: derecho al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo, a elegir libremente la profesión y empleo, al ascenso y a la estabilidad en el empleo, al acceso a la formación profesional, a igual remuneración respecto un trabajo de igual valor, a la seguridad social, a vacaciones pagadas y a la protección de la salud y la seguridad en las condiciones de trabajo. Asimismo, para impedir la discriminación contra la mujer por razones de maternidad deberán tomar medidas referentes a prohibir el despido por motivo de embarazo, a prestarle protección especial durante el mismo, a suministrar servicios sociales de apoyo para permitir la conciliación de las obligaciones familiares con la responsabilidad profesional, entre otras. La misma convención contempla la creación de un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que se encarga de velar por el cumplimiento de su contenido normativo, ya sea mediante el análisis de los informes que contienen las medidas adoptadas por los Estados o mediante recomendaciones de carácter general dirigidas a los mismos con el fin de paliar la discriminación de género.

La igualdad de género también es un principio del derecho primario europeo y un objetivo de la Unión Europea. Durante el proceso de construcción europea, la

organización territorial, condicionada por el contexto social y político del momento, ha ido impulsando diferentes mecanismos para reconocer, proteger y garantizar este principio. En sus inicios, el reconocimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres tuvo incidencia en el ámbito laboral mediante la promulgación de un conjunto de directivas dirigidas a garantizar el acceso del sector femenino al trabajo sin haber lugar a discriminaciones respecto los trabajadores masculinos¹⁸. Entre ellas, cabe destacar 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. La misma define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere al estado matrimonial o familiar. A su vez, realiza tres exclusiones del ámbito de aplicación del principio para completar su definición (artículo 2). La primera permite a los Estados miembros configurar las actividades profesionales para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado este precepto de forma estricta, entendiendo que solamente puede aplicarse respecto unidades especializadas del cuerpo militar¹⁹. La segunda exclusión permite las medidas nacionales dirigidas a garantizar la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. La tercera exclusión habilita a los Estados a impulsar medidas con el objeto de promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular las que pretendan corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en relación al acceso al empleo, a la promoción, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo. Para la promoción del principio de igualdad de trato la Comunidad Europea insta a los Estados a la implementación de medidas que puedan paliar las situaciones discriminatorias por razón de género.

En los años ochenta y noventa, las instituciones europeas avanzaron en el concepto de igualdad formal a la igualdad de oportunidades. Se constata la insuficiencia de las

¹⁸ ZAPATER DUQUE, Esther. La acción de la Unión Europea en materia de igualdad de género: el reconocimiento progresivo de derechos a través del derecho derivado y la jurisprudencia. En *La igualdad por razón de sexo en la UE. Especial referencia a España y al sector público*. ESTEVE GARCIA e ILLAMOLA DAUSÀ. (coords.). Universitat de Girona, Girona, 2011, p. 40.

¹⁹ En ese sentido, Sentencia del TJCE, de 26 de octubre de 1999, asunto C-237/97, Angela Maria Sirdar c. The Army Board and Secretary of State for Defence

normas jurídicas tendentes al reconocimiento de derechos individuales para poder alcanzar una igualdad sustancial²⁰. En este sentido, se impulsan las medidas de acción positiva²¹, que tienen su base jurídica en la tercera exclusión de la Directiva 76/207, y que consisten en la eliminación de las desigualdades existentes contra grupos históricamente discriminados, es decir, en otorgar un tratamiento preferencial a favor de la mujer en situaciones en las que se encuentra infravalorada. En esta etapa destaca el papel del TJUE que, a través de su jurisprudencia, fue construyendo conceptos fundamentales en el ámbito de la igualdad de género, como la diferencia entre discriminación directa e indirecta y la apreciación compatible del derecho comunitario con las acciones positivas²².

A finales de la década de los noventa y entrando ya en el siglo XXI, las instituciones comunitarias seguían afirmando que la normativa nacional y europea del momento era insuficiente para lograr una igualdad de oportunidades efectiva entre ambos sexos. Mediante la reforma del Tratado de Ámsterdam se introducen nuevas bases jurídicas sobre el principio de igualdad de género como es el artículo 13 TCE que permitía al Consejo luchar contra la discriminación por razón de sexo, así como la introducción del término de transversalización de género o *gender mainstreaming*, es decir, la integración de la igualdad de género en el conjunto de políticas y acciones comunitarias²³.

A partir del año 2000 se aprueba otro paquete de directivas, entre las cuales en el ámbito laboral destacan la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006. La primera de ellas realiza una modificación de la Directiva 76/207 con el objetivo de lograr una coherencia del derecho comunitario promulgado en las últimas décadas y una adecuación de la antigua directiva con la

²⁰ ZAPATER DUQUE, Esther. La acción de la Unión Europea en materia de igualdad de género: el reconocimiento progresivo de derechos a través del derecho derivado y la jurisprudencia. En *La igualdad por razón de sexo...* ob. cit., p. 51.

²¹ En la Recomendación del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de las acciones positivas en favor de las mujeres, se confirma la necesidad de adoptar acciones colectivas que precisen de un mayor grado de compromiso por parte de los gobiernos nacionales.

²² ZAPATER DUQUE, Esther. La acción de la Unión Europea en materia de igualdad de género: el reconocimiento progresivo de derechos a través del derecho derivado y la jurisprudencia. En *La igualdad por razón de sexo...* ob. cit., p. 51-59.

²³ *Ibidem*, p. 65-66.

jurisprudencia actualizada del TJUE. La Directiva 2002/73 recoge los conceptos de discriminación directa e indirecta (artículo 2.2), de acoso y acoso sexual y opta por una noción amplia de la aplicación del principio de igualdad de trato (artículo 3). La segunda de ellas es una Directiva de refundición²⁴, norma vigente en la actualidad, en la que se incluyen las modificaciones sustanciales de anteriores directivas en relación a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. Su principal objetivo es la obtención de un instrumento jurídico coherente y eficaz que englobe todas las disposiciones relativas al referido ámbito.

La Unión Europea considera que las políticas de igualdad de género son vitales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad. Con el fin de apoyar la estrecha relación entre la Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad entre hombres y mujeres (2010 – 2015) y la Estrategia de la Unión Europea para el empleo y un crecimiento inteligente, sostenible e integrado (Europa 2020), el Consejo de la UE impulsó el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011 – 2020), que resulta aplicable en la actualidad.

Mediante esta política pública se pretende conseguir una reducción de las desigualdades de género y de la segregación por sexos en el mercado de trabajo, promover un mayor equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de mujeres y hombres y combatir todas las formas de violencia contra la mujer garantizando así el disfrute de sus derechos humanos. Para alcanzar estos objetivos, el Consejo insta a los Estados Miembros de la Unión a que tomen medidas para eliminar los estereotipos de género, promover el empleo de la mujer en todos los tramos de edad, garantizar una misma retribución por un trabajo de igual valor, potenciar el papel de la mujer en la vida económica y política, promover modalidades de trabajo flexibles y diversas formas de permisos para ambos sexos, mejorar la prestación de servicios de guardería y de asistencia a personas dependientes, reforzar la prevención de la violencia contra las mujeres y potenciar la protección de las víctimas, entre otras.

²⁴ Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

2.2. Estatuto de los Trabajadores

La Constitución de 1978 establece como valor superior del ordenamiento jurídico español la igualdad (art. 1.1), prohibiendo discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14). Este mandato constitucional se traslada al ámbito de las relaciones laborales, en concreto al Estatuto de los Trabajadores (ET) que reconoce el derecho a un trato igual.

Este derecho a la igualdad de trato es regulado por el ET de dos formas distintas²⁵: una genérica en el art. 4 y otra más precisa en el art. 17. Por una parte, el artículo 4.2.c) prevé el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados por razones de sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión, entre otras. Este precepto no configura la igualdad de trato como un derecho básico laboral, sino como un derecho que surge de la relación de trabajo. Por otra parte, el artículo 17 va un paso más allá estableciendo la nulidad de los preceptos reglamentarios, de las cláusulas de los convenios colectivos, de los pactos individuales y de las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo a situaciones discriminatorias, entre otras por razón de edad, discapacidad y sexo. Asimismo, se considerarán nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial que imponga el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. No obstante, se faculta al Gobierno para otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas de fomento del empleo dirigidas a grupos específicos de trabajadores con dificultades para acceder al mismo, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. En relación a la discriminación de género, el art. 17.4 ET establece la posibilidad de llevar a cabo mediante negociación colectiva medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, así como el establecimiento de reservas y preferencias en las condiciones de contratación. Estas medidas también podrán ser establecidas en las condiciones de

²⁵ GALIANA MORENO, Jesús M^a y CÁMARA BOTÍA, Alberto. Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario. En *El modelo social en la CE de 1978*, AAVV, Madrid, MTAS, 2003, p. 330.

clasificación profesional, promoción y formación para que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado en el acceso a un grupo, categoría profesional o puesto de trabajo determinado. Este precepto es la habilitación legal para recurrir a las medidas de acción positiva cuando las circunstancias del momento así lo aconsejen.

2.3. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres

El derecho comunitario ha tenido una fuerte incidencia en la modernización de los ordenamientos jurídicos nacionales en relación a la regulación de la igualdad de género, especialmente en España, dónde no siempre ha existido una política activa de lucha contra las discriminaciones por razón de sexo. Mediante la aprobación por las Cortes Generales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, se pretende dar cumplimiento a las exigencias europeas adaptándolas al derecho nacional español. Esta ley de carácter transversal, reconoce el principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades para que opere en todas las áreas de desarrollo, es decir, como eje transversal de las políticas públicas²⁶. Pretende la implementación de la transversalidad de género o *mainstreaming*, a nivel político y legislativo, como principio impulsado por la Unión Europea para introducir la perspectiva de género en la totalidad de políticas públicas nacionales. A pesar de la denominación que recibe la LOI como ley orgánica, debe señalarse que la misma es una ley parcialmente orgánica, pues las disposiciones legales que gozan de tal carácter son muy reducidas. Así lo indica su disposición final segunda disponiendo que únicamente las normas contenidas en las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera tendrán carácter orgánico. Además, su carácter normativo es limitado porque no crea verdaderos derechos y deberes ejercitables por los particulares, sino que está compuesta por diversas disposiciones descriptivas que carecen de valor jurídico vinculante²⁷. De ahí que la infracción de esta ley no comporte consecuencias jurídicas relevantes.

²⁶ ESTEVE GARCIA, Francina. La transposición de las directivas de igualdad de trato entre mujeres y hombres mediante la LOI 3/2007: ¿Un punto de llegada o un punto de partida? En *La igualdad por razón de sexo...* ob. cit., p. 96-97.

²⁷ *Ibidem*, p. 99-100.

Su título preliminar establece como objeto de la ley que las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, en derechos y en deberes, es decir, pretende hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres mediante la eliminación de cualquier forma de discriminación contra la mujer. También dispone principios de actuación de los poderes públicos y medidas destinadas a corregir tanto en el sector público como en el privado las situaciones discriminatorias. El ámbito de aplicación personal de la LOI es muy amplio, obligando a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, con independencia de su domicilio, nacionalidad o residencia.

El título I conceptualiza los actos discriminatorios en el marco del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Dicho principio se define en el art. 3 como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y especialmente las derivadas de la maternidad, de la asunción de obligaciones familiares y del estado civil. También se recogen los conceptos de discriminación directa e indirecta (art. 6), de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 7), de discriminación por embarazo o maternidad (art. 8) y de indemnidad frente a represalias (art. 9). El artículo 5 garantiza la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el empleo público y en el privado, concretamente en el acceso al mismo, en la formación profesional y la promoción profesional, en las condiciones de trabajo y en la afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales. Sin embargo, se excluye del término discriminación en el acceso al empleo la diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o a su contexto, la misma constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Estas conductas discriminatorias presentes en actos y cláusulas de negocios jurídicos implicarán una responsabilidad para su causante que deberá cumplir a través de un sistema de reparaciones o de indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido (art. 10). De ahí que se reconozca a cualquier persona la facultad para recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, incluso una vez terminada la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación (art. 12).

Especial mención requiere la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 13 de la LOI. Los comportamientos discriminatorios normalmente aparecen de forma oculta, sin exteriorizar el móvil discriminatorio, y esto conlleva problemas en relación a su prueba en el proceso²⁸. Con el fin de paliar esta dificultad probatoria, el precepto establece que en los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Sin embargo, el artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social exige que se deduzcan de las alegaciones de la parte actora indicios fundados de discriminación. De ahí que se requiera al demandante de la alegación y aportación de indicios que consigan calificar la actuación empresarial como presuntamente discriminatoria, siendo tarea posterior del juez valorar si los hechos probados por el demandado constituyen una ausencia de discriminación por ser medidas proporcionadas y legales²⁹.

El título IV del articulado de la LOI trata la igualdad de oportunidades en el trabajo y pretende lograr una igualdad real de mujeres y hombres en el ámbito laboral, pues incorpora instrumentos para adoptar políticas activas a favor de la igualdad (entre otros las acciones positivas y los planes de igualdad). Fomenta el impulso de medidas como los programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres (art. 42) destinados a potenciar su nivel formativo y adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo. Faculta a la negociación colectiva a establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de la mujer al empleo (art. 43). También reconoce los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a trabajadores y trabajadoras de forma que esto conlleve un fomento de la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares. Para ello se establece el derecho de los padres a un permiso y a una prestación por paternidad, de acuerdo con la normativa laboral y de Seguridad Social (art. 44). Sin embargo, la realidad demuestra que el porcentaje de hombres que solicitan

²⁸ ESTEVE GARCIA, Francina. La transposición de las directivas de igualdad de trato entre mujeres y hombres mediante la LOI 3/2007: ¿Un punto de llegada o un punto de partida? En *La igualdad por razón de sexo...* ob. cit., p. 109-113.

²⁹ La doctrina constitucional ha considerado que el trabajador no puede limitarse a alegar una discriminación o vulneración de un derecho fundamental, sino que debe acreditar una presunción creíble, es decir, la existencia de indicios razonables de que el acto empresarial supone una vulneración o argumentos que manifiesten el móvil discriminatorio. En ese sentido, vid. STC 3/2006, de 13 de febrero.

el permiso de paternidad es reducido³⁰, pues aún debemos avanzar en la corresponsabilidad de ambos en lo relativo a tareas domésticas y responsabilidades familiares.

2.4. Planes de Igualdad

Los planes de igualdad son definidos por la LOI, en su artículo 46, como un conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación y tendentes a alcanzar en una determinada empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, eliminando la discriminación por razón de sexo. Éstos fijarán los objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como los sistemas de seguimiento y evaluación de objetivos. Su contenido puede versar sobre materias relativas al acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, para favorecer la conciliación laboral, personal y familiar.

Todas las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, como principio uniformador del ordenamiento nacional, mediante la adopción de medidas tendentes a evitar situaciones de discriminación en el empleo. Sin embargo, en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores estas medidas de igualdad significarán la elaboración y aplicación de un plan de igualdad. De igual manera quedarán obligadas a elaborar dicho plan las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación de un convenio colectivo que así lo establezca. La implantación del plan de igualdad deberá ser transparente (art. 47 LOI), garantizando el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras a la información sobre su contenido y así facultarlos para controlar el seguimiento efectivo de la medida.

Para ver desde una perspectiva más práctica el contenido de este tipo de medidas, cabe comentar brevemente el Plan de Igualdad entre mujeres y hombres de Mercadona³¹. El

³⁰ Así lo indican los datos estadísticos ofrecidos por el Instituto de la Mujer referentes a la percepción de permisos y prestaciones de paternidad, que muestran que la cantidad total de éstos es inferior a la de maternidad. También se refieren al disfrute del permiso de maternidad que, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, es percibido por la madre aproximadamente en un 98% de las ocasiones. Disponibles en: <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>

plan se articula mediante dos objetivos generales: la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre ambos sexos en las empresas del Grupo y garantizar el ejercicio de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas que integran la plantilla de la empresa. Seguidamente establece una serie de objetivos específicos para el cumplimiento de los cuales deben adoptarse medidas determinadas. Para alcanzar el objetivo relativo al acceso a la empresa se propone la realización de pruebas objetivas en los procesos de selección, revisar los criterios o perfiles necesarios para los puestos de trabajo desde una perspectiva de género, revisar periódicamente las prácticas de comunicación existentes para asegurar que llega por igual a hombres y mujeres, fomentar la realización de tareas tradicionalmente asignadas a uno u otro género para que sean realizadas en igualdad por ambos sexos, entre otras. Respecto de la contratación se establece la posibilidad de acceder desde un contrato a tiempo parcial a uno de tiempo completo en caso de vacantes o puestos de nueva creación, previo acuerdo entre las partes. En relación con la promoción se pretende mejorar las posibilidades de acceso de las mujeres a trabajos de responsabilidad mediante la revisión de los criterios para la promoción interna de la plantilla y la adopción como acción positiva de que, en igualdad de méritos y capacidad, tendrán preferencia las mujeres en el ascenso a puestos, funciones o grupos profesionales en los que se encuentren subrepresentadas. Para alcanzar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se establecen concesiones de excedencias para cuidados familiares, preferencias de movilidad geográfica, posibilidad de unir el permiso parental y maternal al periodo de vacaciones, entre otras. También incluye como objetivos la salud laboral, la igualdad de retribución, la formación, la comunicación y sensibilización y la participación. Finalmente, se establecen las directrices para el seguimiento y evaluación del plan de igualdad que llevará a cabo una comisión de seguimiento.

Los poderes públicos también están obligados a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a integrar el principio de igualdad de trato y oportunidades en el conjunto de sus actuaciones. El sector público también confecciona planes de igualdad, caracterizados por una mayor rigurosidad, efectividad y por

³¹ El Plan de Igualdad entre mujeres y hombres de Mercadona, se incluye en el artículo 41 del convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, Fors Valencias Forva, Mena Supermercados y Saskibe, con una vigencia de cinco años (de 1 de enero del 2014 a 31 de diciembre de 2018). Disponible en: http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc231173_Plan_de_Igualdad_entre_mujeres_y_hombres_de_Mercadona.pdf

incorporar una mayor variedad de medidas en comparación con los elaborados por la empresa privada. Un ejemplo de ello es el II Plan de Igualdad de la Universidad Rovira i Virgili³². La Universidad Rovira i Virgili fue una de las primeras en aprobar un instrumento que promovía la igualdad y permitía avanzar sobre un tema de primer orden. Su I Plan de Igualdad ha sido uno de los pioneros de la universidad española obteniendo resultados positivos y alcanzando una mayor sensibilización de los miembros de la comunidad universitaria respecto este tema. El II Plan de Igualdad de la URV pretende dar un paso adelante. Tiene tres objetivos principales: la consolidación de una línea de actuación en el ámbito de las políticas de igualdad que eliminen discriminaciones por razón de género en el funcionamiento de la institución, el impulso de la participación de la comunidad universitaria en la creación de una opinión favorable a la igualdad de oportunidades para promover la mejora del funcionamiento de la organización y la calidad de vida de las personas que la forman, y, el diseño y la implantación de las acciones necesarias que contribuyan a reducir el desequilibrio entre hombres y mujeres en la URV. Para la consecución de los mismos, el texto se estructura en seis ejes, concretados en un total de 56 medidas, entre otros el acceso en igualdad de condiciones al trabajo y la promoción profesional, la promoción de la perspectiva de género en la docencia, la representación equilibrada en los diferentes órganos y niveles de toma de decisiones y el compromiso de la URV con la equidad de género. Asimismo se prevé la creación de una comisión que acompañe al Observatorio de la Igualdad de la URV en la implementación del Plan y que facilite la incorporación de centros y unidades a su cumplimiento.

Una vez analizados los distintos instrumentos que, en relación a los principios de igualdad y no discriminación, se contienen en las normas tanto nacionales como comunitarias, es preciso abordar una de las cuestiones que, en relación a la aplicabilidad efectiva de estos principios, más problemas plantea como es la tutela jurídica arbitrada por nuestro ordenamiento para tal fin.

³² II Plan de Igualdad de la Universidad Rovira i Virgili (2011-2015). Disponible en: http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/igualtat/Donesiciencia/Publicacions/II_Plan_Igualdad_URV.pdf

Capítulo II: Tutela Jurídica del Principio de Igualdad y No Discriminación

1. Delimitación de las actuaciones discriminatorias en el ámbito del empleo

Las actuaciones discriminatorias por parte del empleador pueden tener lugar en cualquier momento de la vida de una relación laboral, incluso en la fase previa a la contratación. Este trabajo se centrará en el estudio de la diversidad de situaciones discriminatorias por razón de género que surgen en dos momentos precisos de la relación laboral: el momento del acceso al empleo y una vez el individuo ya se encuentra empleado.

Respecto del acceso al empleo, éste abarca tres momentos: la oferta de empleo, el proceso de selección y el mismo acto de contratación. Las ofertas de trabajo o de empleo deben considerarse el paso previo determinante para el acceso al mismo, entendidas como “los anuncios de posibles contrataciones laborales dirigidas al público”³³. Pero no siempre el acto de contratación se inicia con una oferta de empleo pública. En ocasiones el proceso de contratación se pone en marcha mediante comunicaciones no públicas hacia personas cercanas o conocidas por el empresario. De ahí que el control sobre este acto precontractual con el fin de evitar la vulneración del principio de no discriminación sea difícil, pues en la mayoría de los casos existirá una insuficiencia de material probatorio que fundamente la denuncia de la conducta discriminatoria en cuestión³⁴.

Mayor comentario merecen los procesos de selección que si bien no gozan de carácter preceptivo, en la práctica laboral tienen lugar de forma frecuente como paso previo al acto de contratación. Los procesos de selección son pruebas objetivas o de baremación de méritos, de ahí que el modo de garantizar la no discriminación de género dependerá de las características del sistema selectivo o prueba en concreto. Una primera diferenciación debe hacerse en relación a si la selección se realiza de forma

³³ Así las define FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso...* ob. cit, p. 87.

³⁴ *Ibídem*, p. 88-89.

individualizada o en un procedimiento de selección colectivo³⁵. En caso de que el acto de selección se lleve a cabo mediante una entrevista personal al candidato, se acentúa la dificultad probatoria de que el motivo por el cual se opta por otro trabajador tiene fundamento en una actuación discriminatoria por parte del empleador. En cambio, si el proceso selectivo se celebra de forma conjunta con todos los participantes, las normas antidiscriminatorias disponen que el empleador tenga su libertad de elección limitada por la prohibición legal de discriminar a los candidatos potenciales. Esto no implica que a los actos de selección individualizados no les sean de aplicación las normas antidiscriminatorias, pero sí que su efectividad práctica suele quedar condicionada a la colectividad del proceso.

Otra diferenciación debe hacerse en relación al contenido de cada sistema selectivo o al tipo de pruebas que lo configuran. Los exámenes teóricos son las pruebas que presentan menor problemática, pues únicamente analizan conocimientos teóricos de los candidatos que son valorados de forma objetiva. Los test psico-técnicos, a pesar de su aparente objetividad, para no ser susceptibles de generar una discriminación de género deberán limitarse a preguntar cuestiones de experiencia y cualificación necesaria para el puesto de trabajo, excluyendo datos personales irrelevantes, y deberán ser baremados de forma neutra, es decir, que no partan de visiones socialmente estereotipadas. La valoración por parte del empleador de criterios subjetivos de los candidatos como las características físicas, la formación y las capacidades personales cuya exigencia en un proceso selectivo pueda calificarse como no discriminatoria deberá superar un juicio de necesidad e idoneidad en función de la naturaleza del trabajo a desempeñar³⁶. Las pruebas físicas durante años han servido para encubrir actuaciones discriminatorias en el acceso al empleo. El establecimiento de un proceso de selección basado en el criterio del esfuerzo físico cuando éste no es requisito esencial para la realización de la prestación laboral, implica un efecto negativo sobre el género femenino porque mujeres y hombres no tienen iguales condiciones físicas. Aún cuando las mujeres presentan aptitud física para el desempeño del trabajo, se acaba denegando su plaza por haberse concedido a un candidato masculino.

³⁵ FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso...* ob. cit. p. 94-96

³⁶ La superación del juicio de necesidad e idoneidad conlleva que el criterio exigido en el sistema selectivo sea determinante para la realización de la prestación laboral. Además, según la teoría del efecto adverso, deberá analizarse, para que su exigencia no se considere discriminatoria, si el criterio produce un efecto adverso o negativo en el colectivo perteneciente a un sexo determinado. FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso...* ob. cit. p. 101-105.

Ejemplo de esta última afirmación es la STC 229/1992 de 14 de diciembre³⁷, que declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del acceso de las mujeres a los trabajos en el interior de las minas. La recurrente en amparo, habiendo rellenado la solicitud de ingreso para cubrir una de las plazas que se convocaban de ayudantes de mineros, fue declarada apta para el desempeño del trabajo por los servicios médicos de la empresa y superó todas las pruebas del proceso de selección en igualdad de condiciones que los candidatos del sexo masculino. Sin embargo, la totalidad de las plazas fueron ocupadas por hombres sin que quedara demostrada la mejor aptitud de los mismos para ser contratados. Los tribunales consideraron la prohibición de su acceso al trabajo en el interior de la mina como una medida especial de protección hacia el sexo femenino, en el sentido de que la mujer no debía desempeñar trabajos peligrosos o insalubres. Además, fundamentó su argumentación jurídica en la existencia de una norma preconstitucional³⁸ que prohibía el acceso de la mujer a este tipo de trabajos. De ahí que la recurrente acudiera al Tribunal Constitucional mediante interposición de recurso de amparo alegando vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo consagrado en el art. 14 CE.

El Tribunal señaló que solamente es admisible el uso de criterios de esfuerzo físico como proceso de selección si se acredita que la capacidad física exigida es un elemento determinante o esencial de la aptitud del candidato para desarrollar la tarea del puesto de trabajo a ocupar. Pero si la dureza del trabajo requiere de dichas exigencias de fortaleza y condición física para el desempeño de la prestación laboral, éstas deberán ser exigidas por igual a hombres y mujeres con independencia de su sexo. En el caso concreto se acreditó que la recurrente reunía las condiciones adecuadas para el trabajo por el cual solicitaba plaza, sin quedar justificadas las razones que implicaron la denegación de su acceso³⁹. Respecto de la norma preconstitucional que prohibía el acceso de las mujeres a las minas, el Tribunal se pronunció considerando que las normas jurídicas que históricamente pretendían la protección de la mujer por pertenecer al sexo débil no pueden suponer una concepción sexista que divida las funciones y los trabajos por su

³⁷ STC 229/1992 de 14 de diciembre. Recurso de amparo contra Sentencia 11.07.1989 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en suplicación de la dictada por la Magistrada de Trabajo n.º 2 de Oviedo (en la actualidad Juzgado de lo Social), en procedimiento sobre derecho a ocupar plaza de ayudante de minero.

³⁸ Decreto de 26 de julio de 1957 sobre trabajos prohibidos a las mujeres y a los menores.

³⁹ En relación con la prohibición del acceso de la mujer a diversos ámbitos laborales hasta fechas recientes, con especial referencia a la prohibición del trabajo en las minas, vid. RICOY CASAS, Rosa María: *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal...* ob. cit. p. 404-417.

contravención al mandato del art. 14 CE, excepto que el trabajo pueda poner en peligro la maternidad o el embarazo.

Jurisprudencia más reciente en relación con la legalidad de los procesos de selección es la establecida en la STSJ de Cataluña 7451/2011 de 18 de noviembre⁴⁰. La sentencia recurrida dictada por el Juzgado de lo Social de Barcelona declaraba que la empresa incurría en una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo, como constaba en el acta de infracción levantada por Inspección de Trabajo de Barcelona ante la denuncia del comité de empresa del centro de trabajo de la empresa Siemens S.A. en Cornellà de Llobregat. En este centro se desarrollaba la actividad de fabricación de motores eléctricos, transformadores y generadores, con una plantilla aproximada en el taller de la zona productiva de 244 trabajadores (184 hombres y 60 mujeres). En septiembre del 2008 se realizó una convocatoria para cubrir vacantes de personal mediante un sistema de selección compuesto por un examen psicotécnico eliminatorio y por pruebas de habilidad manual y tecnología. La empresa, después de realizar la primera prueba psicotécnica conjunta para hombres y mujeres, realizó pruebas técnicas por separado sin haber confeccionado listas separadas en función de la vacante a cubrir, a las mujeres pruebas de habilidad manual consistentes en encintar bobinas de motores y a los hombres pruebas de esfuerzo físico de corte con sierras, limas y hierro. Dicha conducta empresarial resulta contraria al principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, pues se imposibilitó que las mujeres pudieran demostrar su aptitud para las pruebas de esfuerzo físico y que los hombres demostraran su habilidad manual. Además quedó acreditado que esta situación implicó privar a las mujeres de la oportunidad de acceder a los puestos de trabajo que tradicionalmente la empresa reservaba a los hombres y que estaban mejor remunerados. El TSJ de Cataluña confirmó la sentencia recurrida, considerando que los criterios de selección utilizados por la empresa no eran neutros ni garantizaban la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos, pues esa diferenciación en las pruebas de selección impedían la demostración de las habilidades de cada candidato requeridas para cada puesto de trabajo, quedando demostrada la ausencia de un requerimiento específico de pertenencia a un determinado sexo que justificara tal asignación por categorías.

⁴⁰ STSJ de Cataluña 7451/2011 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 de noviembre, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Siemens S.A. contra la Sentencia del Juzgado Social n.º 24 de los de Barcelona de fecha 07.05.2010 dictada en autos promovidos en procedimiento de oficio.

También merece un comentario la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 192/2014 de 7 de abril⁴¹. En los autos de la sentencia recurrida quedó acreditado que la empresa AENA Aeropuertos S.A. celebró en sus instalaciones de Tenerife Norte una serie de entrevistas de trabajo para nuevas contrataciones que cubrieran plazas vacantes. Los entrevistadores preguntaron a la candidata D^a Lorenza, casada y madre de dos niñas menores que tuvo que desplazarse desde Valladolid a Tenerife para participar en el proceso de selección, por su situación personal, advirtiéndole que no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad y que su familia tendría dificultades de adaptación en la isla. Concluido el proceso de selección, fue contratada otra candidata finalista que declaró no tener hijos ni pareja. El tribunal apreció que la conducta empresarial era constitutiva de una discriminación por razón de sexo, pues el sometimiento a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar no era necesario para gestionar una contratación de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado. Las alegaciones de la empresa fundadas en que finalmente se contrató a otra mujer fueron desestimadas, ya que la situación revelaba que la actuación discriminatoria hacia la mujer se produjo por un factor inherente a su sexo, el ser “madre” y su situación de maternidad. Puede concluirse que el criterio de selección empleado por AENA no superó el juicio de idoneidad y necesidad que deben cumplir las pruebas de valoración de criterios subjetivos del candidato, pues la información requerida no era relevante para decidir sobre la idoneidad de su contratación.

El tercer momento que compone el acceso al empleo es el propio acto de contratación. En esta última situación la libertad del empresario es más amplia, pues nadie puede obligarlo a contratar a una u otra persona, siendo una decisión que queda englobada en la esfera privada del empleador. Si bien eso es cierto, la libertad empresarial no es absoluta y se encuentra limitada por los principios constitucionales. Aunque el empresario no esté obligado a tratar a todos por igual, sus actuaciones deben respetar el principio de no discriminación por razón de género. Además, existe la posibilidad de limitar la contratación a través de las medidas de acción positiva o los planes de

⁴¹ STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 192/2014 (Sala de lo Social, Sección 1^a), de 7 de abril, que estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por AENA Aeropuertos, S.A. contra la Sentencia de fecha 24-05-2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 7 de los de Santa Cruz de Tenerife que estima la demanda de oficio interpuesta por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

igualdad, ya sea estableciendo reservas de puestos de trabajo para determinadas personas o incluso mediante la imposición de contratación preferente de un colectivo en sectores laborales donde exista una infrarepresentación del sexo promocionado. Esta prohibición de discriminación en la contratación privada se traduce en tres obligaciones⁴²: no exclusión de las mujeres de determinados empleos por el mero hecho de ser mujeres o por su posible maternidad, no contratar bajo condiciones menos favorables a las trabajadoras de sexo femenino y no renovar un contrato temporal a una trabajadora por ser mujer.

En relación con la prohibición de excluir a las mujeres de determinados empleos por su maternidad en el momento en que el empresario decide sobre la contratación de un candidato previamente seleccionado, cabe analizar la STSJ de Castilla-La Mancha 1526/2013 de 27 de diciembre⁴³. En la sentencia recurrida quedó acreditado como hecho probado que la Sra. Blanca fue seleccionada dentro de un proceso de selección para cubrir un puesto de administrativa con auxilio al socio de la empresa GOMEZ CORRALES ASESORES, S.L. y que inmediatamente inició un periodo de prácticas siendo informada que sería contratada después de semana santa por un tiempo de 2 meses. Seguidamente y con motivo de la nueva contratación, la trabajadora solicitó la baja voluntaria en su antigua empresa ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES. Días después, tiene conocimiento de su embarazo y lo comunica a la nueva empresa, siendo convocada a una reunión con los socios para hablar de su contratación. En ésta, los socios comunican a la Sra. Blanca que se cancela su contratación manifestando su descontento con la falta de rendimiento de otras trabajadoras embarazadas, conversación grabada por la trabajadora mediante un dispositivo móvil. Ante esta negativa, la trabajadora protesta y se formaliza el contrato por un periodo de 5 a 9 días. Seguidamente, la empresa rescinde el contrato por no superación del periodo de prueba. El TSJ de Castilla-La Mancha entiende que no ha lugar a duda que la decisión empresarial de no contratar a la candidata seleccionada, así como la decisión de rescindir el contrato una vez contratada, se produjo por causa de su embarazo. Es más, el hecho de que finalmente se produjera la contratación es considerado un intento de

⁴² FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso...* ob. cit. p. 107-114.

⁴³ STSJ de Castilla-La Mancha 1526/2013 (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 27 de diciembre, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada GÓMEZ CORRALES ASESORES, S.L. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Toledo de fecha 06-11-2012, en autos promovidos sobre reclamación de derechos.

dotar de apariencia legal a una decisión discriminatoria tomada con anterioridad. Así queda constatado en la conversación extraída de la grabación aportada por la trabajadora en la que los socios muestran su negativa a contratarla por motivo de su maternidad. Tal como expone el tribunal, ante la falta de aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad por parte de los socios empleadores, la conducta empresarial debe calificarse como constitutiva de una discriminación por razón de sexo. Como se ha mencionado con anterioridad, la contratación privada tiene prohibida por mandato del principio de no discriminación la exclusión de las mujeres del acceso a un puesto de trabajo por el hecho de ser mujer o por su maternidad.

En atención a la admisión como medio de prueba de la grabación realizada por la demandante, la misma sentencia⁴⁴ se plantea si una prueba así obtenida es contraria a derechos fundamentales de los socios intervinientes en la comunicación, en concreto al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Respecto el primero, la jurisprudencia constitucional viene estableciendo que la grabación de la propia conversación no vulnera el secreto de las comunicaciones, pues no hay secreto para aquél a quien se dirige la comunicación⁴⁵. Respecto el segundo, debe realizarse una ponderación de derechos en atención a la finalidad y el alcance de la divulgación de la grabación, debiendo quedar ésta restringida al ámbito de prueba en un proceso judicial para no contravenir el derecho a la intimidad. De ahí que el TSJ de Castilla-La Mancha sostenga la licitud de la grabación realizada, pues la misma fue realizada por una interviniente de la conversación y su utilización quedó limitada al ámbito judicial, sin que constara que se hubiera producido extensión de otro tipo. En su argumentación aprecia que *“el derecho a la intimidad de la persona grabada debe ceder ante el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de utilización de los medios de prueba necesarios para sustentar la pretensión, si como es el caso, de los hechos constatados pudiera derivarse la existencia de un ilícito laboral.”* Es preciso poner de relieve la importancia de esta doctrina jurisprudencial como vía para la lucha contra la discriminación en esta fase de la contratación, pues de forma contraria la parte perjudicada quedaría privada de un medio de prueba esencial y no podría acreditar la situación sufrida.

⁴⁴ STSJ de Castilla-La Mancha 1526/2013 de 27 de diciembre, FJ. 5º.

⁴⁵ STC 56/2003 de 24 de marzo, FJ. 3º.

Respecto las actuaciones discriminatorias que surgen una vez el individuo ya se encuentra empleado, es decir cuando se inicia la relación laboral entre el empresario y el trabajador, este estudio se centrará en analizar la discriminación de género por motivo de embarazo y por motivo de reducción por guarda legal, pues son las causas discriminatorias más latentes en nuestra sociedad.

Es jurisprudencia constitucional reiterada la consideración como discriminación por razón de sexo no solamente aquellos tratamientos peyorativos fundados en la constatación del sexo de la persona discriminada, sino también cuando concurren razones o circunstancias que tienen una conexión directa e inequívoca con el sexo, como es la maternidad. Los tratos diferenciales desfavorables basados en el embarazo, en tanto que éste es un elemento que afecta únicamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo del art. 14 CE⁴⁶. Para dotar de mayor protección a la mujer trabajadora embarazada se articula la nulidad objetiva del despido cuando éste se fundamenta en su embarazo, con el efecto de su readmisión en la empresa y el abono de los salarios dejados de percibir, como así dispone el art. 55.5 y 6 ET. Concretamente este precepto considera nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas discriminatorias establecidas por la Constitución, así como el de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad. En esta situación, si la mujer acredita la existencia de indicios razonables de una discriminación, se produce la traslación de la carga de la prueba, liberando a la trabajadora de la prueba plena, pues será la empresa quien deberá probar la existencia de una justificación razonable y objetiva de su decisión de despido⁴⁷ para que no se califique el mismo como nulo. Así lo ha venido aplicando la jurisprudencia⁴⁸, siguiendo una argumentación articulada en tres fundamentos: 1º, la doctrina constitucional considera que el trato desfavorable basado en el embarazo constituye una discriminación por razón de sexo; 2º, la empresa demandada no ha probado que su decisión extintiva obedeciera a una justificación objetiva y ajena a propósitos discriminatorios; y 3º, el despido es nulo por

⁴⁶ Entre otras, la STC 136/1996, de 23 de julio (FJ. 5 y 6) y la STC 173/1994, de 7 de junio (FJ. 2).

⁴⁷ ORTIZ LALLANA, M^a Carmen: "Nulidad del despido de una trabajadora embarazada", *Aequalitas*, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, nº3, 2000, p. 25-27.

⁴⁸ STSJ de la Rioja 50/1999 de 25 de marzo (FJ. 5 y 7), que apreció la nulidad objetiva del despido porque el móvil del mismo fue el embarazo de la trabajadora.

discriminatorio y se aplicarán las consecuencias previstas en el art. 55.6 ET, esto es la readmisión inmediata de la trabajadora y el abono de los salarios dejados de percibir.

Otra sentencia más reciente, la STSJ de Cataluña 7339/2014 de 5 de noviembre⁴⁹, sigue un hilo argumentativo más protector de la mujer embarazada, considerando nulo el despido de la trabajadora aún con independencia de que la empresa no tuviera conocimiento del embarazo. Como hechos probados, se acreditó que la mujer prestaba servicios para la empresa demandada sin que constara contrato alguno formalizado por escrito, de ahí que la relación laboral se debiera considerar como indefinida y la cláusula del periodo de prueba como no válida porque no existió pacto por escrito entre las partes. Esto conlleva que la extinción contractual sustentada por la empresa bajo la causa de no superación del periodo de prueba sea calificada como ilícita. El TSJ de Cataluña aplicó por mandato legal la nulidad objetiva del despido por haberse acreditado el embarazo de la trabajadora, con independencia que la empresa lo supiera o no. El tribunal argumenta en palabras textuales que: *“en el caso concreto del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores el análisis de su tenor literal y de su finalidad no permiten apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario. Por el contrario, hay que considerar que estamos ante una garantía que opera con un carácter objetivo y automático que se vincula exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente (...)”*⁵⁰. De esta manera, el tribunal interpreta que el legislador mediante el art. 55.5.b) ET ha configurado un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas frente al despido, eximiéndolas de la necesidad de acreditar el conocimiento de la empresa de su embarazo, un hecho que pertenece a la esfera íntima de la persona y que en la práctica presenta dificultades probatorias como se señalará más adelante.

⁴⁹ STSJ de Cataluña 7339/2014 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de noviembre, que resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Rafaela contra la Sentencia del Juzgado Social 13 de Barcelona de fecha 25 abril de de 2014.

⁵⁰ El TSJ de Cataluña sigue la argumentación realizada por el Tribunal Supremo en la STS de 17 de marzo de 2009 que estima el recurso de casación nº 2251/2008 para la unificación de doctrina, FJ. 2, que junto con otros precedentes jurisprudenciales indicaban que la calificación de los despidos de las trabajadoras embarazadas que no sean considerados procedentes debe ser de nulidad.

Cuestión distinta y más controvertida para la doctrina y la jurisprudencia ha sido la aplicación de la nulidad objetiva del despido al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba⁵¹, entendido como la facultad del empresario de resolver la relación laboral con el trabajador de forma libre y sin acreditar la falta de aptitud del mismo. Es conveniente comentar la Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de octubre de 2013 que estableció como doctrina la no extensión de la aplicación de la nulidad objetiva del despido al desistimiento empresarial durante la vigencia del periodo de prueba. Esta polémica Sentencia resolvió el recurso de amparo nº 3733/2011 contra la STS de 18 de abril de 2011, (RCUD 2893/2010), avalando su argumentación. El Tribunal Supremo no aplicó la nulidad objetiva del despido justificándose en las diferencias entre la institución del despido y la del desistimiento empresarial, considerando el periodo de prueba como una fase inicial y precaria de la relación laboral en la que solamente podrá operar la discriminación por razón de embarazo si ésta consigue ser debidamente acreditada. De ahí que el TS entrase a valorar si se podía calificar la nulidad de la decisión empresarial por discriminatoria en el caso concreto. Esta posibilidad fue rechazada porque no quedó acreditado el conocimiento empresarial del embarazo, sin haber lugar a indicios de discriminación, y porque consideró justificada la razón alegada por la empresa que fundamenta su decisión en que ese mismo día se extinguió el contrato de un varón por no alcanzar los objetivos de venta fijados en el contrato, idéntico motivo que el alegado para la extinción contractual en el caso de la trabajadora. Ante esta decisión, el Tribunal Constitucional decide no conceder el amparo solicitado por la recurrente y confirmar la sentencia impugnada, por lo que se considera acorde con la Constitución la inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. El TC interpreta que no hay vulneración del derecho a la tutela efectiva (art. 24 CE) en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y que la interpretación realizada por el TS de este derecho es acorde con la doctrina jurisprudencial que avala la verificación de la aportación de indicios de discriminación suficientes y la justificación de la medida empresarial⁵².

⁵¹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba (a propósito de la STC de 10 de octubre de 2013)”, Revista de Derecho Social núm. 63, 2013, p. 143-154.

⁵² STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013, FJ. 7º

La decisión jurisprudencial mayoritaria causó polémica y generó consideraciones críticas, como es el voto disidente incorporado en la misma sentencia firmado por 4 magistrados. Éste considera que las sentencias recurridas no tutelaron el principio de no discriminación por razón de género en base a una extensa y rica argumentación. En mi opinión, los fundamentos más importantes a destacar son, por una parte, la determinación del cumplimiento, tanto en la modalidad del despido como en la del desistimiento empresarial, de las dos premisas que implican una vulneración del art. 14 CE: la existencia de un factor protegido (en este caso era el embarazo) y la concurrencia de un perjuicio asociado (la extinción del contrato); por otra parte, la interpretación realizada sobre que el desconocimiento empresarial del embarazo no excluye la discriminación porque también existen vulneraciones de derechos fundamentales objetivas al margen de las vulneraciones intencionales. Así es que la jurisprudencia constitucional mencionada apoyada en una decisión mayoritaria supone un retroceso en la tutela de las trabajadoras embarazadas frente al despido, pues conlleva la inexistencia de una garantía objetiva de protección de las embarazadas en caso de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, quedando relegadas a las reglas generales de la tutela antidiscriminatoria y no a la protección reforzada del art. 55.5.b) ET⁵³. Esto implicará una desprotección de las trabajadoras frente a decisiones subjetivas del empleador durante la vigencia del periodo de prueba que estén motivadas por perjuicios de género en las que no sea posible acreditar algún indicio de la discriminación sufrida, situación que se agrava en contratos como el de apoyo a los emprendedores que implican un periodo de prueba de un año de duración en todo caso.

La jurisprudencia unificada del TS y del TC en esta temática es el precedente para los tribunales inferiores, que aplican su mismo hilo argumental, un ejemplo de ello es la STSJ de Madrid 935/2013 de 22 de noviembre⁵⁴. El tribunal se plantea si en el caso en cuestión debe extender la aplicación de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada a la resolución contractual en periodo de prueba. El TSJ de Madrid argumenta: *“En fin, tanto el Tribunal Supremo cuanto el Constitucional han abordado la cuestión atinente a la protección de la trabajadora embarazada durante el período*

⁵³ “Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2013, Rec. Amparo 3773/2011”, Revista de Derecho Social núm. 63, 2013, p. 161-162.

⁵⁴ STSJ de Madrid 935/2013 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de noviembre, que estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por la recurrente contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid de fecha de 18-03-2013, en autos promovidos por despido.

*de prueba. Ambos han concluido que la extinción del contrato de una trabajadora embarazada por desistimiento empresarial no goza de la protección de nulidad cualificada ex art. 55.5 b) del ET, sino propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, siendo necesario, por tanto, aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese, lo que exige que la empresa hubiera tenido conocimiento del embarazo antes de extinguir el contrato. Se distancia así nuestro TS y el máximo intérprete constitucional de quienes postulan la protección constitucional y su desarrollo legal en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en el caso de despido que en el de extinción contractual durante el periodo de prueba (...)*⁵⁵. El tribunal, avalando las argumentaciones de los altos tribunales, entiende que la extensión de la teoría de la nulidad objetiva del despido al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no es aplicable. De ahí que seguidamente analice si concurren los suficientes indicios de discriminación para producir la inversión de la carga probatoria hacia la empresa y que ésta no aporte una justificación razonable de su decisión extintiva, pues sólo así puede calificar de nula la extinción contractual por vulneradora del derecho a no discriminación por razón de sexo. En el caso en cuestión quedaron acreditados suficientes indicios discriminatorios, como el conocimiento por la empresa del embarazo y que la misma tenía una opinión favorable respecto el trabajo realizado por la trabajadora en un anterior contrato, que ante la falta de explicación convincente, objetiva y razonable que despejara el móvil discriminatorio de la decisión empresarial, determinó la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de género.

En relación con la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, en este caso actos discriminatorios, es preciso mencionar la relevancia que tiene la regla de distribución de la carga de la prueba confeccionada por la jurisprudencia constitucional⁵⁶. Ésta ha sido configurada bajo la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores frente la discrecionalidad de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador, pues en numerosas ocasiones conlleva una especial dificultad desvelar la lesión constitucional encubierta tras la legalidad aparente de la decisión empresarial. La distribución de la carga probatoria en las relaciones de trabajo, recogida en el art. 96.1 LRJS, se articula en base el doble elemento de la prueba

⁵⁵ STSJ de Madrid 935/2013 de 22 de noviembre, FJ. 13.

⁵⁶ Entre otras, STC 38/1981 de 23 de noviembre, FJ. 2º y STC 21/1992 de 14 de febrero, FJ. 3º.

indiciaria⁵⁷. El primer elemento es la necesidad de un indicio razonable aportado por el trabajador de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales, indicio que, debe ir más allá de la simple alegación de la vulneración constitucional, permitiendo deducir la posibilidad de la lesión producida. El segundo es la propia traslación de la carga de la prueba, según la cual el demandado deberá probar que su actuación obedece a causas reales extrañas a pretender la vulneración del derecho. Si bien es cierto que, una vez acreditada la existencia de indicios discriminatorios, la auténtica carga probatoria recae sobre el demandado, también es claro que el demandado no debe demostrar el hecho negativo de que no haya móvil discriminatorio, pues esta sería una verdadera prueba diabólica. El demandado debe acreditar la existencia de causas suficientes que permitan calificar su decisión empresarial de razonable, justificada y ajena a todo propósito discriminatorio. Sin embargo, los elementos que producen la inversión del “onus probandi” consagrada en el ámbito laboral deberán ser valorados en cada caso concreto por los órganos jurisdiccionales con el fin de desvelar la existencia o no de una actuación empresarial constitutiva de una discriminación por razón de género.

El ejercicio del derecho a la reducción por guarda legal también ha conllevado el surgimiento de tratos discriminatorios hacia las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, pues son las que normalmente se acogen a la reducción de jornada. El derecho a la reducción de jornada previsto en el art. 37.5 ET tiene como finalidad la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores que tengan bajo su cuidado menores o familiares impedidos y supone la disminución proporcional de su salario⁵⁸. Lo que no puede ser admisible desde el respeto a los principios constitucionales es que el ejercicio de este derecho laboral suponga que la trabajadora sea discriminada por motivo del cuidado de un menor, es decir, por el ejercicio de un derecho vinculado a su maternidad. Así lo ha venido indicando la jurisprudencia constitucional, argumentando que también constituyen discriminación por razón de sexo los tratos peyorativos que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo femenino: “*Esa protección constitucional*

⁵⁷ STSJ de Madrid 935/2013 de 22 de noviembre, FJ 8º.

⁵⁸ Sobre las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y su relación con el principio de igualdad, y en concreto sobre el derecho a la reducción de jornada, vid. AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extra igualdad efectiva de mujeres y hombres, 2007, p. 85-88. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraIgualdad07/Est03.pdf

*asociada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo. Igualmente, para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él (...). De esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad (...)*⁵⁹.

Siguiendo este precedente jurisprudencial, cabe mencionar la STSJ de Castilla-La Mancha 119/2014 de 27 de enero⁶⁰. En el caso en cuestión resultaron como hechos probados que todo el personal del que se tenía constancia que había reducido su jornada laboral por guarda legal en el centro de trabajo de la empresa WÜRTH ESPAÑA, S.A. de Toledo eran mujeres y que la empresa solamente no reconocía el exceso teórico de jornada anual ni su compensación con días libres a este colectivo. Pues mientras que los trabajadores no acogidos a la reducción por guarda legal tuvieron una compensación por exceso de jornada y un cierto incremento retributivo, las trabajadoras acogidas a este derecho no tuvieron el mismo trato. El tribunal argumentó que la medida empresarial en su origen no tenía una pretensión discriminatoria, pues el empresario no viene obligado a tratar a todos los trabajadores por igual, pero que en su aplicación práctica resultaba una situación desfavorable e injustificada que sólo afectaba a las mujeres acogidas a la reducción de jornada por guarda legal⁶¹. Además, no pudo acreditarse que existiera algún trabajador masculino con reducción que también se viera afectado por ese trato

⁵⁹ STC 233/2007 de 5 de noviembre, FJ. 6º, que se basa en los siguientes precedentes: STC 203/2000 de 24 de julio, FJ. 6º; STC 324/2006 de 20 de noviembre, FJ. 4º; STC 3/2007 de 15 de enero, FJ. 2º.

⁶⁰ STSJ de Castilla-La Mancha 119/2014 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de enero, que estima los recursos interpuestos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Toledo, por la Consejería de Trabajo y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y por las codemandadas, contra la Sentencia de 06-06-2011 del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Toledo dictada en procedimiento de oficio, revocándola en el sentido de declarar discriminatoria la conducta empresarial.

⁶¹ *Ibidem*, FJ. 6º

diferencial y que se encontrara en las mismas circunstancias de contratación que el grupo de trabajadoras. De ahí que la actuación empresarial se calificara como constitutiva de una discriminación indirecta por razón de sexo hacia el grupo de trabajadoras.

La STSJ de Madrid 775/2013 de 23 de septiembre⁶² no trata concretamente el supuesto de discriminación por reducción de jornada por guarda legal, pero sí hace referencia a la protección del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En el caso resultaron como hechos acreditados que la empresa realizó un cambio de puesto de trabajo de directora de enfermería a otro puesto creado ad hoc de una trabajadora en el momento de su reincorporación tras la baja por maternidad, pues la dirección empresarial consideraba que por el hecho de haber sido madre asumía unas cargas familiares incompatibles con las exigencias del puesto que ocupaba. El tribunal, partiendo de la línea argumentativa del TC que indica que la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores ha de prevalecer y resolver dudas interpretativas, señaló que: *“habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo decantarse el conflicto entre el derecho de la persona afectada a compatibilizar su vida familiar y laboral, de un lado, y la necesidad de respetar el poder de organización del empleador, de otro, a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente por favorecer la efectividad de los derechos constitucionales en juego, y no irrogar ningún perjuicio trascendente a la marcha de la actividad productiva de la empresa (...)*⁶³.” De ahí que el tribunal concluyera que frente a la inminente necesidad que demostró la trabajadora de conciliar su vida familiar y laboral, la empresa no aportó razones suficientes que permitieran estimar de mejor valor sus facultades organizativas, y considerara la decisión empresarial del cambio de puesto de la trabajadora constitutiva de discriminación por razón de sexo. El tribunal aprecia que los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral se configuran con una finalidad promocional y preventiva, admitiendo su mayor uso entre las trabajadoras, en el sentido de que no pierdan su empleo por razón de maternidad o de cuidado de los hijos. Es un mecanismo que se

⁶² STSJ de Madrid 775/2013 (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 23 de septiembre, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el recurrente HOSPITAL MONCLOA S.A. frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de fecha 1-2-2013, en autos promovidos sobre tutela de derechos fundamentales.

⁶³ *Ibidem*, FJ. 5º

utiliza para que las mujeres alcancen la igualdad efectiva con los hombres en el trabajo y en la vida familiar, por ello su inobservancia puede conllevar conductas discriminatorias. Aún así, el tribunal recuerda que para calificar la actuación empresarial de discriminatoria deberán valorarse las circunstancias de cada caso concreto conforme las interpretaciones mencionadas, es decir, ponderando qué derecho debe prevalecer, si el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) o los del trabajador (art. 14 y 39.3 CE), según las razones organizativas acreditadas por la empresa y las necesidades de conciliación de la persona empleada.

Una vez expuestas las principales actuaciones discriminatorias que tienen lugar en el ámbito de las relaciones laborales, conviene entrar a analizar cuál es la forma que utilizan los tribunales para reparar los perjuicios causados en tales situaciones.

2. Protección del ordenamiento jurídico frente a las situaciones discriminatorias: la reparación del daño

A priori, pueden identificarse dos formas de reparación del daño frente a situaciones discriminatorias: por un lado, la reparación íntegra o restitución in natura, que sería la contratación o readmisión del trabajador, y por otro lado, la reparación indemnizatoria.

El artículo 182 LRJS⁶⁴ establece que la sentencia que concluya un procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales que determine la existencia de vulneración constitucional deberá declarar la nulidad radical de la actuación del empleador o entidad demandada, ordenar el cese inmediato de la actuación discriminatoria y disponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, así como la reparación de las consecuencias derivadas de tal situación, incluida la indemnización en caso que proceda. De la lectura del precepto legal se extrae que su finalidad no es indemnizar a la víctima, sino la restauración de su situación al momento anterior de la vulneración. Sin embargo, la práctica jurisprudencial se ha decantado por establecer las bases de una

⁶⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (BOE-A-2011-15936).

tutela indemnizatoria, siendo aislado el caso en el que efectivamente se condene al demandado a restaurar la situación generada con su actuación discriminatoria⁶⁵.

La jurisprudencia analizada en el presente trabajo confirma tal afirmación, aunque deben hacerse dos precisiones al respecto. La primera, que en algunos supuestos no se produce una verdadera reparación del daño a la persona perjudicada. Son los casos en que el procedimiento se ha iniciado de oficio por un organismo público solicitando al órgano jurisdiccional que dicte sentencia declarativa confirmando las constataciones contenidas en un acta de infracción previamente promovida por la Inspección de Trabajo y declarando que la decisión empresarial denunciada es constitutiva de una discriminación por razón de género. A título de ejemplo⁶⁶, en la STSJ de Cataluña 7451/2011 se confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona que declaraba que la empresa en cuestión incurría en una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo, condenando a la misma a pasar por tal declaración. La empresa fue condenada a hacerse cargo de una sanción total impuesta que ascendía a 75.003 € contenida en el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo previamente al procedimiento judicial. En estas situaciones no se produce una reparación del daño sufrido por el perjudicado a causa del acto discriminatorio, pues la cuestión queda limitada a una sentencia declarativa de existencia de discriminación que implica la imposición de una sanción pecuniaria administrativa a la empresa.

La segunda precisión se refiere a los supuestos de nulidad del despido en los que la forma de reparación del daño es la establecida por mandato legal del art. 55.6 ET: “la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”. En caso de que el tribunal aprecie la calificación del despido como nulo, ya sea cuando tenga por móvil el embarazo de la trabajadora o cualquier otra causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la ley, deberá restablecer el daño aplicando el efecto del art. 55.6 ET. En el fallo de la STSJ de Cataluña 7339/2014 así fue acordado, estimando la demanda de la perjudicada en el sentido de declarar la nulidad del despido

⁶⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid, La Ley, 2008, p. 224-225.

⁶⁶ Otros ejemplos, en la STSJ de Castilla-La Mancha 1526/2013 el procedimiento también fue iniciado de oficio y la empresa fue condenada al cumplimiento del acta de infracción levantada en su contra, debiendo hacerse cargo de una multa que ascendía a la cantidad de 20.000 €. Asimismo un caso similar es la STSJ de Castilla-La Mancha 119/2014, constando acta de infracción que contenía una sanción de 50.000 €.

de la trabajadora embarazada y condenando a la empresa a su readmisión inmediata en las mismas condiciones que tenía con anterioridad a la decisión extintiva y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión.

Retomando la idea mencionada al inicio del epígrafe en relación con la existencia de dos formas básicas de tutelar las situaciones generadas por móviles discriminatorios, aunque la tutela indemnizatoria no parece una verdadera reparación del daño sufrido ésta ha sido la fórmula utilizada por los tribunales para sancionar las actuaciones discriminatorias de los empresarios⁶⁷. La imposición de una relación laboral no deseada por el empleador presenta dificultades jurídicas por afectar a la libertad de contratación empresarial, de ahí que la discriminación en el acceso al empleo no implique la contratación del perjudicado, pues la reparación puede resarcirse mediante la fijación de una indemnización⁶⁸. Entre las sentencias analizadas en este estudio, destacar a modo de ejemplo la STSJ de las Islas Canarias 192/2014, en la que se condenó a la empresa a pagar a la trabajadora una indemnización por la discriminación sufrida que ascendía a 3.000 €. En mi opinión se trata de una indemnización por daños y perjuicios que únicamente valoró los daños morales y materiales generados por el acto discriminatorio, sin tener la capacidad de disuadir este tipo de conductas empresariales ni de restablecer de forma íntegra el derecho lesionado.

Debe apuntarse que el art. 10 de la LOI establece un pronunciamiento general que opta por un sistema de reparaciones e indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido junto con un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevengan la realización de futuras conductas discriminatorias. La ley nacional, como se ha apuntado en el Capítulo I, da cumplimiento a la normativa comunitaria en la materia, en concreto al art. 18 de la Directiva 2006/54, que pretende de las indemnizaciones mucho más que meros reconocimientos de los daños sufridos por las trabajadoras perjudicadas, pues no pueden ser indemnizaciones puramente

⁶⁷ Se legitima la opción de una tutela indemnizatoria que cumpla con requisitos de eficacia y proporcionalidad en la jurisprudencia comunitaria, concretamente en la STJCE, de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann c. Land Renania del Norte-Westfalia, en el que dos asistentes sociales germanofederales intentaron conseguir una plaza como funcionarias de prisiones y fueron rechazadas por la autoridad competente. El Tribunal consideró que los Estados miembros, en aplicación de la Directiva 76/207, están obligados a promover medidas de protección de los derechos de los discriminados, ya sea imponiendo sanciones indemnizatorias a los empresarios o exigiendo la contratación del perjudicado.

⁶⁸ FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso...* ob. cit. p. 121

simbólicas. De ahí que estas indemnizaciones deban perseguir una reparación real y efectiva del daño y además promover un efecto disuasorio de futuros comportamientos discriminatorios⁶⁹.

Como ya se ha mencionado, en España no existe una línea jurisprudencial firme en el sentido de sancionar las conductas discriminatorias promovidas en el ámbito de las relaciones laborales mediante la imposición de la contratación de la trabajadora discriminada. Sin embargo, esta forma de restablecimiento íntegro de la situación de la perjudicada al momento anterior a producirse la discriminación en otros ordenamientos jurídicos sí tiene cabida.

El derecho americano protege el principio de no discriminación estableciendo la prohibición de una serie de prácticas por ser consideradas discriminatorias⁷⁰. Es ilegal discriminar en cualquier aspecto del empleo incluyendo, entre otros, la contratación y el despido, la formación y la promoción profesional, las ofertas de empleo, los procesos de selección, el uso de instalaciones de la empresa, los beneficios sociales, el salario y otras condiciones laborales, el acoso laboral y la denegación del acceso al empleo. Concretamente el Título VII de la Ley de Derechos Civiles del 1964⁷¹ determina que será una práctica laboral ilegal por parte del empleador el acto de discriminar a cualquier individuo con respecto a su salario, condiciones o privilegios de empleo, debido a su raza, color, religión, sexo u origen nacional de la persona. La ley americana tiene como objetivo poner al perjudicado en la misma situación (o similar) que se hubiera encontrado de no haberse producido la discriminación, es decir, alcanzar la completa reparación del perjuicio sufrido. Las formas de remediar estas situaciones o de reparar el daño causado dependerán de la actuación discriminatoria y del efecto que tuvo sobre el perjudicado. Los remedios previstos para hacer frente a la discriminación en el empleo pueden incluir⁷²: el pago atrasado, la contratación, la promoción, el restablecimiento, otros ajustes razonables y en caso de litigación incluso el pago de las

⁶⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda: *La tutela laboral frente a la discriminación...* ob. cit. Págs. 227.

⁷⁰ Las normas federales americanas que prohíben la discriminación laboral son, entre otras, el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, la Ley de Derechos Civiles de 1991, la Ley de Igualdad Salarial de 1963 (EPA) y la Ley de Discriminación por Edad en el empleo de 1967. Disponible en: <http://www.eeoc.gov/facts/qanda.html>

⁷¹ Civil Rights Act of 1964, Title VII

⁷² Para más información sobre los posibles remedios previstos en las leyes frente a situaciones discriminatorias, consultar la página web oficial de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos: <http://www.eeoc.gov/employers/remedies.cfm>

costas judiciales. Son los tribunales los que tienen la facultad de prohibir las conductas ilícitas de los empleadores y de acordar la reparación del daño en la forma que mejor convenga dependiendo del perjuicio sufrido por el trabajador.

Por regla general, para reparar el daño en caso de actuaciones discriminatorias intencionales en el ámbito de las relaciones laborales en Estados Unidos, se pretende colocar a la parte perjudicada en la posición que habría ocupado si no se hubiera producido una discriminación ilegal⁷³. Los tribunales pueden acordar la reincorporación del trabajador para cumplir con lo previsto en el Título VII, aún cuando las personas que fueron finalmente contratadas en lugar de la persona discriminada deban ser desplazadas de su puesto de trabajo porque no hubieran sido contratadas si la discriminación no se hubiera producido. Estas decisiones judiciales se justifican en que no hay indicación legal ni que se deduzca de la lógica que lleve a concluir que la persona contratada (el beneficiario inocente) sea más apto para un determinado puesto de trabajo que la víctima de la discriminación⁷⁴. Sin embargo, estos desplazamientos de empleados titulares deben acordarse con moderación y solamente cuando una motivación razonada indique que, en ausencia de tal decisión, otra reparación del perjudicado sería injustamente inadecuada⁷⁵.

La aplicación de esta regla general también se enfrenta a una serie de excepciones, situaciones en las que no procederá ordenar la reincorporación del trabajador. La primera, cuando debido a la readmisión o a la nueva contratación se viole el principio de equidad. En el caso *Carlson v. American Meter Co.*, 896 F.Supp. 952 (D.Neb. 1995), la Corte sostuvo que una mala conducta del perjudicado, que incluía la eliminación de documentos confidenciales de la empresa, se oponía a la declaración de una orden de reincorporación porque el empleador podría haberlo despedido por ese motivo. La segunda, no procederá la reincorporación cuando existan relaciones hostiles entre las partes. Deberá darse una situación de conflicto irreparable entre las partes que provoque

⁷³ TECSON, David: "Federal Remedies in Employment Discrimination Actions", Chuhak & Tecson P.C., Chicago, 2007, p. 32. Disponible en: <http://www.chuhak.com/37D475/images/stories/PDFs/ch9tecson.pdf>

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ En *Hicks v. Dothan City Board of Education*, 814 F.Supp. 1044, 1050 (M.D.Ala. 1993), el tribunal argumentó que la decisión de reincorporar al perjudicado provocando el desplazamiento de un empleado titular es adecuada cuando el trabajador no pueda obtener un trabajo razonablemente comparable al que pretendía obtener en otro lugar. En cambio, si el perjudicado simplemente es víctima de una privación ilegítima de promoción dicho desplazamiento no se encuentra justificado porque puede ser capaz de seguir su profesión hasta que se le ofrezca una situación de trabajo comparable.

la imposibilidad de practicar la readmisión del trabajador⁷⁶. Tampoco procederá la readmisión cuando la persona discriminada no esté cualificada para asumir el puesto de trabajo pretendido. En *Kamberos v. GTE Automatic Electric*, 603 F.2d 598 (7th Cir. 1979), la orden de readmisión fue denegada porque la parte perjudicada ya no se encontraba cualificada para asumir el puesto de abogado corporativo porque hacía años que no ejercía la abogacía. El tribunal realizó una valoración de la equidad entre las partes y en aplicación del criterio según el cual el resultado de la reparación acordada debe ser coherente con los propósitos del Título VII, acordó la denegación de la reincorporación por falta de aptitud para el puesto de trabajo en concreto⁷⁷. La aplicación de la restitución in natura como forma de reparación del daño es latente en el derecho americano, llegando al extremo de que el tribunal pueda acordar, en caso de que a un empleado se le haya negado injustamente una promoción y seguidamente haya sido despedido por un móvil discriminatorio, la promoción retroactiva en lugar del mero restablecimiento a la situación anterior de producirse la discriminación⁷⁸.

Esta doctrina no tiene una presencia firme en la jurisprudencia española que, como se ha mencionado, se decanta por la tutela indemnizatoria. Sin embargo, existen casos aislados en los que los tribunales acuerdan la reparación íntegra del daño mediante la imposición a la empresa de la contratación o readmisión de la persona perjudicada. Es el caso de la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, 1860/2008 de 22 de diciembre⁷⁹. En la misma quedó acreditado que D.^a Rocío reunía los requisitos exigidos en la oferta de empleo para un puesto de peón de construcción formalizado por la empresa Construcciones Proyescan S.L. ante el Servicio Canario de Empleo, que fue seleccionada por el mismo como candidata para ser entrevistada por la empresa y que en ésta fue rechazada por la empresa porque en la obra no disponían de baño para mujeres. La sentencia del Juzgado de lo Social recurrida denegó la contratación de la trabajadora porque, alegando fines de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, consideró que el derecho de las mujeres en esa materia no podía ser de mejor condición que el del resto de solicitantes de trabajo, más aún cuando no quedó acreditado por la trabajadora

⁷⁶ En *Robinson v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority*, 982 F.2d 892, 899 (3d Cir. 1993), la Corte denegó la readmisión porque se demostró una relación irreparable de conflicto entre las partes.

⁷⁷ TECSON, David: "Federal Remedies in Employment Discrimination..." ob. cit. p. 34

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, 1860/2008 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de diciembre, que estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 01-02-2008.

que el candidato finalmente elegido estuviera en iguales o peores circunstancias para el puesto de trabajo en cuestión. Pero el tribunal revoca esta decisión recordando que las sentencias que ponen fin al proceso especial de tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral deben ser declarativas y condenatorias, en el sentido de imponer al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto el acto empresarial discriminatorio, una tutela restitutoria o de reposición del derecho, y en su caso, una tutela resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos. En referencia a la tutela restitutoria, el tribunal condena a la empresa a la contratación de la trabajadora, pues considera que la misma fue rechazada porque la obra no disponía de baño para mujeres, sin que la empresa probara, tal como le correspondía por la inversión del “onus probandi”, que su decisión obedeciera a criterios de aptitud laboral justificados⁸⁰. Además, respecto la tutela resarcitoria de los daños causados, el tribunal condenó a la empresa al abono de una indemnización por lucro cesante de 36'26 € por cada día desde la fecha en que fue rechazada hasta la fecha de su contratación y de una indemnización por daños morales de 6.000 €. Otro caso es la ya comentada STSJ de Madrid 775/2013 que hace referencia a la protección del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores. La Sentencia del Juzgado de lo Social recurrida declaró que la trabajadora había sido discriminada por razón de sexo debido a la decisión empresarial de removerla del cargo de directora de enfermería del hospital y condenó a la mercantil Hospital Moncloa S.A. a cesar inmediatamente dicha medida reponiéndola en su anterior puesto de trabajo y a indemnizarla por los daños sufridos. El TSJ de Madrid confirmó el pronunciamiento judicial en exactos términos, optando por la restitución íntegra de la situación de la trabajadora al momento anterior de producirse la discriminación.

Una vez analizadas las posibles formas de reparar el daño frente a situaciones discriminatorias, posiblemente la tutela restitutoria sea la que conlleve efectivamente una verdadera reparación del perjuicio sufrido. En mi opinión, la práctica judicial idónea que puede tener perfecta cabida en el ordenamiento jurídico español es la combinación de ambas tutelas reparatorias: una restitutoria limitada al análisis de las circunstancias de cada caso en concreto que impusiera la contratación de la persona discriminada y otra indemnizatoria que permita la compensación por los daños y perjuicios ya causados.

⁸⁰ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, 1860/2008 de 22 de diciembre, FJ. 2°.

Conclusiones

De la realización del presente trabajo se extraen las siguientes conclusiones:

I. La mujer ha sido objeto de discriminación históricamente, desde los tiempos de la antigüedad clásica hasta la actualidad. En un contexto social configurado bajo la estructura básica del poder patriarcal el sector femenino se ha visto relegado al ámbito privado y familiar dónde su tarea primordial es el cuidado de los hijos y del hogar y su identidad principal la maternidad. Tradicionalmente el trabajo femenino ha tenido un valor residual frente a las aportaciones salariales del hombre, siendo éste el sustentador de la familia. El progresivo ingreso de la mujer al trabajo remunerado tuvo lugar a partir de la Revolución Industrial caracterizándose por la precariedad de las condiciones laborales. Sin embargo, aunque actualmente la presencia femenina en el mercado de trabajo sea mayor, el conjunto de prácticas y perjuicios arraigados en nuestra sociedad han impedido la consecución de una igualdad real entre ambos sexos. El mercado de trabajo se encuentra segregado, impidiendo que mujeres accedan a altos cargos directivos o a determinados sectores laborales en los que no es considerada apta para trabajar, hecho que pone de manifiesto la existencia de una discriminación social contra la mujer todavía latente en nuestra sociedad.

II. Ante la preocupante realidad social en la que se encuentra la mujer trabajadora, el derecho positivo ha pretendido paliar esta situación de discriminación prolongada en el tiempo mediante sus propios instrumentos jurídicos. Existe un amplio marco normativo, tanto internacional como nacional, que regula y dota de contenido el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género. En el ámbito internacional, tanto las Organizaciones Internacionales como la Unión Europea, se han dedicado a fijar una línea de actuación general de los Estados respecto de esta materia con el fin de promover un orden internacional que proteja los derechos humanos. A nivel nacional, la igualdad constituye un valor superior del ordenamiento jurídico español consagrado en la Constitución, estando prohibida la discriminación por razón de género. Este mandato se traslada al sector de las relaciones laborales mediante el establecimiento de varias disposiciones legales en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica de Igualdad que pretenden la consecución de la igualdad efectiva entre

hombres y mujeres. Sin embargo, estas normas nacionales tienen un carácter normativo limitado en relación con el reconocimiento de verdaderos derechos de los particulares, pues en la mayoría de los casos se han caracterizado por contener declaraciones descriptivas sin valor jurídico vinculante. En mi opinión, se trata de un conjunto normativo insuficiente para la consecución de una igualdad sustancial, pues aún existen actuaciones discriminatorias contra las mujeres en el ámbito del acceso al mercado de trabajo y en su estabilidad que no son objeto de una cobertura legal plenamente eficaz.

III. La jurisprudencia analizada en el presente estudio ha puesto de manifiesto la existencia de actuaciones discriminatorias contra la mujer en el ámbito laboral. Éstas se concentran básicamente en dos momentos de la vida de la relación entre la trabajadora y el empresario: el acceso al empleo y una vez la mujer se encuentra empleada. Respecto al primero, el móvil discriminatorio ha venido motivado por distintas razones, entre otras el embarazo, la maternidad, las medidas de especial protección hacia el sexo femenino y los estereotipos de género. Éstos últimos han sido frecuentes en los sistemas de selección de trabajadores, ejemplo de ello fue el establecimiento de pruebas diferentes según el sexo, de esfuerzo físico para los hombres y de habilidad manual para las mujeres, en un proceso de selección convocado para cubrir vacantes de personal o la negativa al acceso de la mujer al trabajo en la mina por la dureza y precariedad del mismo. En el momento en que la mujer ya se encuentra empleada, las actuaciones discriminatorias mayoritarias vienen promovidas por motivos íntimamente ligados a la maternidad. Es frecuente la práctica empresarial de tratar de forma discriminatoria a la trabajadora cuando la empresa tiene conocimiento de su embarazo, así como cuando la misma ha ejercitado su derecho a la reducción de jornada por guarda legal. En el primero de los casos, el legislador ha articulado la nulidad objetiva del despido como un mecanismo para dotar de mayor protección a las trabajadoras embarazadas que ven extinguidas su relación laboral por causa del embarazo. Sin embargo, es cuestión más controvertida la aplicación de este mecanismo de protección en el desistimiento empresarial durante la vigencia del periodo de prueba, pues la jurisprudencia ha establecido su inaplicabilidad. En mi opinión, con fines de consecución de la igualdad efectiva entre ambos sexos y de garantizar la estabilidad en el empleo del sector femenino, debería operar la extensión de su aplicación al desistimiento empresarial para establecer una protección objetiva de las trabajadoras embarazadas frente a decisiones empresariales motivadas por perjuicios de género. En los casos de reducción de la

jornada por guarda legal, la jurisprudencia ha establecido la prioridad de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral frente a las facultades organizativas del empresario que carezcan de justificación objetiva y razonada. De todo ello, debe concluirse que en la mayoría de ocasiones la discriminación de género en el ámbito de las relaciones laborales viene motivada por razones estrechamente vinculadas con la maternidad de la trabajadora. De ahí que sea cuestión relevante la configuración de unos medios de tutela eficientes que sirvan a la protección de la situación de las mujeres que deben compaginar sus responsabilidades familiares con las laborales.

IV. En relación con la tutela reparatoria que conceden los órganos jurisdiccionales con el fin de reparar el daño frente actuaciones discriminatorias, ha quedado constatado que en España no existe una práctica jurisprudencial firme que establezca la contratación de la trabajadora discriminada como forma primordial de reparación del perjuicio sufrido. Los tribunales españoles se decantan por la configuración de una tutela indemnizatoria que encaja mejor con la libertad de contratación empresarial, entendiendo que los perjuicios sufridos por la persona discriminada pueden repararse satisfactoriamente mediante la fijación de una indemnización. Sin embargo, existen ordenamientos jurídicos como el americano en los que mediante la reparación se pretende que la persona perjudicada se coloque en la situación que se habría encontrado de no haberse producido el acto constitutivo de discriminación. De ahí que se autorice a las cortes americanas a ordenar la readmisión o contratación del perjudicado valorando cada caso concreto y respetando los límites establecidos.

V. En mi opinión, es posible la introducción de la restitución in natura en el ordenamiento jurídico español. Así lo habilita la normativa procesal laboral analizada cuando indica que el contenido de las sentencias que ponen fin a un procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales deberá disponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de su situación al momento anterior a producirse la lesión. En la mayoría de ocasiones, posiblemente recuperar el puesto de trabajo perdido a causa de un móvil discriminatorio sea la mejor forma de reparar íntegramente el daño ocasionado. Mediante una indemnización pecuniaria nadie garantiza que con posterioridad la perjudicada pueda llegar a acceder a un trabajo de condiciones similares que aseguren un determinado nivel de vida, limitándose a sufragar los perjuicios padecidos y no los que una situación de desocupación puede generar a

largo plazo. A pesar de ello, no descarto la viabilidad de la indemnización como instrumento de reparación de los daños ya ocasionados, si bien me decanto por una combinación de ambas tutelas reparatorias aplicable según las circunstancias de cada caso concreto. Como ha indicado la jurisprudencia americana analizada al respecto, la readmisión de la trabajadora presenta dificultades de aplicación cuando la misma no se encuentra cualificada para el desempeño del puesto de trabajo en cuestión o cuando exista una situación de conflicto irreparable entre las partes de la relación laboral. La introducción de la figura jurídica propuesta en nuestro ordenamiento jurídico pretende dotar de mayor protección a la mujer trabajadora, garantizando su estabilidad en el empleo así como el acceso al mismo. De esta manera podrá seguirse la lucha contra los estereotipos de género arraigados en nuestra sociedad alcanzándose así la verdadera igualdad.

Bibliografía

Obras generales y monografías

ESTEVE GARCIA, Francina. La transposición de las directivas de igualdad de trato entre mujeres y hombres mediante la LOI 3/2007: ¿Un punto de llegada o un punto de partida? En *La igualdad por razón de sexo en la UE. Especial referencia a España y al sector público*. ESTEVE GARCIA e ILLAMOLA DAUSÀ. (coords.). Universitat de Girona, Girona, 2011, 267 p., ISBN 9788484583684, p. 79-132.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid, La Ley, 2008, 273 p., ISBN 9788497259347.

FRABREGAT MONFORT, Gemma: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 207 p., ISBN 9788498760668, 9788437070353.

GALIANA MORENO, Jesús M^a y CÁMARA BOTÍA, Alberto. Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario. En *El modelo social en la CE de 1978*, AAVV, Madrid, MTAS, 2003, 1.606 p., ISBN 8484171426.

NIELFA CRISTÓBAL, Gloria. *Mujeres y hombres en la España franquista: sociedad, economía, política, cultura*. Madrid, Editorial Complutense, S.A., 2003, 303 p., ISBN 84-7491-745-X.

POMEROY, Sarah: *Diosas, ramerías, esposas y esclavas: mujeres en la antigüedad clásica*, Madrid, Akal, 1990, 279 p., ISBN 8476001878.

REY MARTINEZ, Fernando: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, 138 p., ISBN 84-481-1628-3.

RICOY CASAS, Rosa María: *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2010, 705 p., ISBN 9788498499094, 8498499097.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, 341 p., ISBN 8430912533, 9788430912537.

ZAPATER DUQUE, Esther. La acción de la Unión Europea en materia de igualdad de género: el reconocimiento progresivo de derechos a través del derecho derivado y la jurisprudencia. En *La igualdad por razón de sexo en la UE. Especial referencia a España y al sector público*. ESTEVE GARCIA e ILLAMOLA DAUSÀ. (coords.). Universitat de Girona, Girona, 2011, 267 p., ISBN 9788484583684, p. 37-77.

Artículos en revistas y publicaciones periódicas

“Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2013, Rec. Amparo 3773/2011”, *Revista de Derecho Social*, nº. 63, 2013, p. 157-162, ISSN 1138-8692.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº Extra igualdad efectiva de mujeres y hombres, 2007, p. 69-119, ISSN 1137-5868.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando: “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba (a propósito de la STC de 10 de octubre de 2013)”, *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013, p. 143-154, ISSN 1138-8692.

ORTIZ LALLANA, M^a Carmen: “Nulidad del despido de una trabajadora embarazada”, *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº3, 2000, p. 23-27, ISSN 1575-3379.

RIGAT-PFLAUM, María: “Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género”, *Nueva Sociedad*, nº 218, 2008, p. 40-56, ISSN 0251-3552.

RUIZ FRANCO, Rosario: “La República de las Mujeres”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia UNED, Espacio, tiempo y Forma, Serie V.*, t.18, 2006, p. 171-186, ISSN 1130-0124.

TECSON, David: “Federal Remedies in Employment Discrimination Actions”, Chuhak & Tecson, P.C., Chicago, 2007.

Webgrafía

Arteguias. *La Mujer en la Edad Media*. Recuperado 26-02-2015, desde <http://www.arteguias.com/mujeredadmedia.htm>

Chuhak & Tecson, P.C. Recuperado 20-04-2015, desde <http://www.chuhak.com/37D475/images/stories/PDFs/ch9tecson.pdf>

Confederación sindical de comisiones obreras. *Convenio colectivo de grupo de empresas*. Recuperado 24-03-2015, desde http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc231173_Plan_de_Igualdad_entre_mujeres_y_hombres_de_Mercadona.pdf

Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. *Estadísticas. Conciliación*. Recuperado 19-03-2015, desde <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>

Ministerio de empleo y seguridad social. Recuperado 15-04-2015, desde http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraIgualdad07/Est03.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2004). *Romper el techo de cristal. Las mujeres en puestos de dirección*. Recuperado 26-02-2015, desde <http://www.ilo.org/dyn/gender/docs/RES/292/F61986410/Romper%20el%20techo%20de%20cristal.pdf>

Universidad Nacional de Educación a Distancia. Recuperado 10-03-2015, desde <http://revistas.uned.es/index.php/ETFV/article/viewFile/3138/2998>

Universidad Rovira i Virgili. *II Plan de Igualdad de la Universidad Rovira i Virgili 2011-2015*. Recuperado 24-03-2015, desde http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/igualtat/Donesciencia/Publicacions/II_Plan_Igualdad_URV.pdf

U.S Equal Employment Opportunity Commission. Recuperado 20-04-2015, desde <http://www.eeoc.gov/>

Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Sentencia del TJCE, de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann c. Land Renania del Norte-Westfalia.

Sentencia del TJCE, de 26 de octubre de 1999, asunto C-237/97, Angela Maria Sirdar c. The Army Board and Secretary of State for Defence.

Tribunal Constitucional

STC 136/1996, de 23 de julio de 1996

STC 145/1991, de 1 de julio de 1991

STC 173/1994, de 7 de junio de 1994

STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013

STC 203/2000 de 24 de julio de 2000

STC 21/1992 de 14 de febrero de 1992

STC 229/1992 de 14 de diciembre de 1992

STC 233/2007 de 5 de noviembre de 2007

STC 3/2006, de 13 de febrero de 2006

STC 3/2007 de 15 de enero de 2007

STC 324/2006 de 20 de noviembre de 2006

STC 38/1981 de 23 de noviembre de 1981

STC 56/2003 de 24 de marzo de 2003

Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 de marzo de 2009 (recurso 2251/2008)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 de abril de 2011, (recurso 2893/2010)

Tribunal Superior de Justicia

STSJ de Castilla-La Mancha 119/2014 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de enero de 2014 (recurso 841/2013)

STSJ de Castilla-La Mancha 1526/2013 (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 27 de diciembre de 2013 (recurso 863/2013)

STSJ de Cataluña 7339/2014 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de noviembre de 2014 (recurso 4771/2014)

STSJ de Cataluña 7451/2011 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 de noviembre de 2011 (recurso 5967/2010)

STSJ de la Rioja 50/1999 (Sala de lo Social), de 25 de marzo de 1999 (recurso 45/1999)

STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, 1860/2008 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de diciembre de 2008 (recurso 980/2007)

STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 192/2014 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 de abril de 2014 (recurso 923/2012)

STSJ de Madrid 775/2013 (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 23 de septiembre de 2013 (recurso 1562/2013)

STSJ de Madrid 935/2013 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de noviembre de 2013 (recurso 1606/2013)

Otras

Caso *Carlson v. American Meter Co.*, 896 F.Supp. 952 (D.Neb. 1995)

Caso *Hicks v. Dothan City Board of Education*, 814 F.Supp. 1044, 1050 (M.D.Ala. 1993)

Caso *Kamberos v. GTE Automatic Electric*, 603 F.2d 598 (7th Cir. 1979)

Caso *Robinson v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority*, 982 F.2d 892, 899 (3d Cir. 1993).