

DISCRIMINACION E IGUALDAD EN LA NEGOCIACION COLECTIVA

PÉREZ DEL RÍO, Teresa, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda y DEL REY GUANTER, Salvador: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*. (Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Serie Estudios Nº 36. Madrid, 1993, 316 págs.)

Por EVA M^a SALDAÑA VALDERAS*

La reciente reforma del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994 de 19 de mayo, B.O.E. Nº. 122, de 23 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) sobre igualdad salarial entre trabajadores de distinto sexo, las modificaciones introducidas simultáneamente en la legislación procedimental laboral y la nueva jurisprudencia constitucional sobre el tema hacen especialmente oportuna e interesante la lectura de esta obra en la actualidad.

La investigación se divide en cuatro partes fundamentales.

La Parte Primera pretende ser un acercamiento a la discriminación como comportamiento y como hecho social. Además, es posible apreciar dos grandes áreas de estudio en este bloque: la configuración de la noción de discriminación por sexo en un plano normativo –internacional, comunitario y español–, y la presentación del problema de la tutela ante las discriminaciones.

Se introduce al lector en la materia mediante la formulación de un concepto de discriminación desgajado de la noción de igualdad, un análisis de sus posibles rasgos y su clasificación en discriminaciones directas –abiertas y ocultas–, e indirectas. Junto a ello, se muestra también la existencia de la noción de acción positiva. Esta es claramente diferenciada de aquellas normas rechazables que contemplan a las trabajadoras como sujetos necesitados de protección y que provocan su expulsión del mercado laboral.

Desde estas hipótesis conceptuales se recorren las normas de Derecho Internacional Público que ayudan a configurar el concepto de discriminación.

También se pondera la influencia del Acervo y de la Política Social Comunitaria en el concepto. Para ello se parte del estudio del art. 119 del Tratado de Roma que consagra el principio de igualdad retributiva entre sexos. A continuación se procede al análisis del Derecho Derivado, en cuyo ámbito se tratan las Directivas en vigor. También el proyecto de Directiva sobre la inversión de la carga de la prueba en materia de retribución y trato entre hombres y mujeres, de importante relevancia conceptual en materia de discriminación indirecta, aunque

* Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz.

actuales reformas del texto hayan prescindido de ella. Junto a él, se estudian otros textos hoy vigentes, como la Directiva sobre protección de la maternidad. Por último, determinados instrumentos no normativos, como los Planes de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres.

Además, se ha estudiado la jurisprudencia comunitaria sobre igualdad y discriminación laboral fundada en el sexo. Al respecto, destaca especialmente por su excelente técnica el tratamiento otorgado por los autores al papel impulsor del Tribunal de Justicia de las Comunidades en la elaboración del tratamiento jurídico de las discriminaciones.

Dentro del ordenamiento español es examinado el contenido y el sentido del artículo 14 de la Constitución: reconocimiento del principio de igualdad y del principio de prohibición de discriminación. Se fijan también cuáles son los principios y valores constitucionales conexos a éste último: la igualdad sustancial, ex art. 9.2 y la dignidad humana, ex 10.2.

A su lado, se estudian las bases jurídico-teóricas de la prohibición de discriminación, con apoyo en las premisas sentadas inicialmente. La conclusión es la rotundidad del mandato constitucional de no prevalencia de discriminaciones y su carácter de derecho fundamental.

Con este bagaje teórico, se aborda el análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el citado art. 14 desde 1981 a 1991. El Intérprete Máximo hizo suya paulatinamente la construcción normativa, jurisprudencial y doctrinal internacional, europea y comparada. Con ese fin, parte de concebir la discriminación como violación del principio de igualdad, carente de justificación objetiva y razonable. Llega desde aquí a perfilar una noción de discriminación autónoma, desgajada de la desigualdad.

Como se anunció, la tutela ante la discriminación, sus clases y obstáculos es tratada en esta Parte Primera de manera introductoria. Se la contempla como el instrumento eficaz para que no prevalezca la discriminación. Con tal objetivo, su alcance debe extenderse a las consecuencias negativas pasadas y a las futuras, según demanda el art. 9.2 de la Constitución. Esta afirmación es articulada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través de mecanismos indirectos tales como la consideración de la lesión del derecho a la no discriminación por sexo entre particulares, la exigencia de una posición activa y procesalmente flexible a los Tribunales, y el control de la normativa potencialmente discriminatoria. Además, compete al legislador el establecimiento de disposiciones compensadoras de las discriminaciones legales, ex art. 9.2.

En la Parte Segunda los autores trasladan los conceptos expuestos al trabajo de campo. Muestran un amplio elenco de casos concretos de discriminaciones convencionales por sexo vigentes en el periodo 1991-1992. Han tenido en cuenta para la selección el ámbito y el número de trabajadores afectados por los pactos (empresa provincial, sector provincial, sector nacional y empresa interprovincial), así como su aplicación en el sector privado y en el público. Este último dato metodológico es especialmente importante y dota de coherencia al estudio, debido al papel ejecutor y de impulsión que Pérez del RíO, Fernández López y Del Rey Guanter otorgan al Estado en la lucha antidiscriminatoria.

Tras un acertado comentario sobre los problemas que padece la estructura de la negociación colectiva en nuestro país, con mención al problema de las Ordenanzas Laborales, de actualidad por la citada reforma del Estatuto de los Trabajadores, y a la existencia de anacronismos legislativos, se aborda el estudio convencional.

La tarea es realizada mediante la apreciación de cuatro grandes áreas temáticas:

a) La discriminación directa abierta. La obviedad de su presencia en los convenios pone de relieve la ineficacia del control de legalidad establecido en el art. 90.5 del Estatuto.

b) La discriminación directa oculta e indirecta. Aquí se incide en dichas nociones. Se pone de relieve cómo su detección se produce exclusivamente mediante la constatación de un resultado perjudicial o menoscabo de derechos de las trabajadoras.

Es clave la mención de la definición comunitaria de discriminación indirecta, su vinculación con el principio de igualdad salarial entre trabajadores masculinos y femeninos y su recepción en Derecho español mediante la jurisprudencia constitucional.

Estas nociones se ejemplifican, junto a otros, en tres supuestos convencionales paradigmáticos: asunto Gregorio Marañón, caso Avón, y el resuelto recientemente por el Tribunal Constitucional, caso Puig (respectivamente STC 145/91, 145/92 y 58/94).

La sistemática empleada es óptima. Parece oportuno dividir en bloques el estudio de los tipos de discriminación, especialmente respecto de las discriminaciones directas ocultas e indirectas, porque son nociones difíciles de distinguir entre sí.

c) El análisis de la regulación convencional en materia de embarazo, maternidad y cuidado de hijos como origen de discriminaciones por sexo. Gran acierto de los autores en este estudio parcial, realizado mediante su comparación con el tratamiento que los convenios otorgan a otros supuestos de suspensión de la relación laboral.

d) La acción positiva en los convenios es observada desde su más amplio contenido, es decir, como medidas de acción positiva propiamente dichas y como aquellas neutras que, sin pretenderlo, tienen iguales efectos compensadores.

Los investigadores han dedicado un último apartado a la propuesta de acciones positivas. La apariencia de que este terreno raya entre lo sociológico y lo jurídico es desvirtuada por la exposición de los obstáculos jurídicos que dificultan su verificación.

La Parte Tercera está dedicada al estudio de los instrumentos de lucha contra la discriminación. En opinión de los autores, la protección frente a la discriminación se puede enfocar desde dos perspectivas complementarias entre sí, no exentas de dificultades:

1. La fórmula reaccional, consistente en la derogación y nulidad de normas o conductas públicas o privadas, en las que se perpetúa la discriminación, para lograr la igualdad de trato.

2. La acción positiva, que intenta suprimir las consecuencias sociales de la discriminación y la eliminación de las desventajas del grupo discriminado mediante desigualdades compensadoras. Se busca de esta forma la igualdad de oportunidades.

Desde este punto de partida, la tutela contra la discriminación convencional abarcaría tres facetas: la propia negociación colectiva, la protección judicial y la resolución extrajudicial de los conflictos de discriminación por razón de sexo originados por los convenios.

La posible eficacia del pacto como medio antidiscriminatorio derivaría de su sujeción al principio de no discriminación por sexo. Sin embargo, la erradicación de estas lesiones de derechos por vía convencional necesita la concurrencia de la acción estatal, mediante la represión de las discriminaciones convencionales, su control de legalidad y el impulso de la eficacia antidiscriminatoria de los convenios.

El modelo de tutela antidiscriminatoria que más se ha desarrollado y que paradójicamente, menos se ha usado en España es el represivo. Junto a sus deficiencias técnicas, son claros el desconocimiento y la reticencia de los sujetos legitimados a iniciar el procedimiento para recabar la tutela antidiscriminatoria.

De una forma muy simplificadora puede decirse que actúa mediante dos vías: judicial y administrativa sancionadora.

Aunque no es este lugar para desglosar detalladamente los procedimientos incluidos en dichas vías, que han sido tratados con desigual intensidad y pormenorización, sí deben citarse someramente las insuficiencias resaltadas por los autores.

En esta línea, frente a las dificultades en la iniciativa para recabar protección, proponen específicamente introducir la sustitución procesal en las demandas de tutela antidiscriminatoria.

Igualmente, posibles deficiencias del modelo, dentro del procedimiento de reacción contra las discriminaciones, serían la carga de la prueba, el thema probandi y determinados medios de prueba. La solución a estos problemas consistirá en aligerar al demandante de su carga probatoria dentro de las posibilidades que otorga la Ley de Procedimiento Laboral, en endurecer la determinación de lo que deba ser probado por el demandado y en el recurso a la prueba de asesores contenida en el art. 93.3 de la citada norma, que constituye un excelente instrumento para apreciar las discriminaciones más difíciles de detectar: directas ocultas e indirectas.

Además y en un plano procesal bien distinto, se producen carencias en el contenido de la resolución que pone término al procedimiento y en las medidas reparadoras de los efectos de la discriminación. No hay reglas específicas al respecto ni en vía administrativa ni en la arbitrada por la Ley de Procedimiento Laboral.

Parece que el legislador y el juez español han optado por la nulidad de la discriminación y la restitución al lesionado de la situación en que se encontraba antes de que se menoscabase la integridad de su derecho. A su lado, y complementariamente, puede actuar el mecanismo resarcitorio de los daños.

Estas afirmaciones deben ser releídas en la actualidad a la luz de la nueva reforma de la legislación procesal laboral, específicamente en lo que se refiere a las condenas consistentes en cumplir obligaciones de hacer y sus medios.

En el caso de que la discriminación tenga origen convencional, el panorama es más complicado, en tanto que sus modalidades de tutela procesal pueden dar lugar a un vacío en el régimen aplicable.

En estos supuestos, el Tribunal Constitucional propugna una equiparación hacia arriba que no debe producir por efecto rebote, expulsión del mercado de trabajo. Además, no puede obviarse que la Ley de Procedimiento Laboral permite afirmar la preferente posición de la víctima de la discriminación frente a derechos de terceros.

El último instrumento de tutela antidiscriminatoria puede ser la resolución extrajudicial de los conflictos de discriminación por razón de sexo originados en la negociación colectiva.

Una vez analizado el marco de los medios extrajudiciales en nuestro Derecho, que son escasamente empleados, se pasa a cuestionar su validez para resolver los conflictos sobre discriminación convencional por sexo.

Nada obsta al sometimiento del derecho a la no discriminación a este tipo de procedimientos, aunque primará el derecho necesario sobre el carácter transaccional de estos medios.

Igualmente previa especialización de los protagonistas, tanto mediación como arbitraje pueden adaptarse a la resolución de los conflictos colectivos jurídicos sobre discriminación fundada en el sexo.

Por último, indicar que las propuestas de los autores al respecto continúan en el plano de la *lege ferenda* tras la Ley 11/1994, donde no se ha progresado en el sentido apuntado por ellos.

La Parte Cuarta y última de la obra se ocupa del acoso sexual en el ámbito laboral y su sanción, tema como el anterior, especialmente complicado.

Se plasma cómo el Derecho español ha sido pionero al regular este tema por la Ley 3/1989 (de 3 de marzo de 1989, B.O.E. N^º 57, de 8 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo), si se le compara con otros países y con la Unión Europea. Sin embargo, este adelantamiento en el tiempo no es sinónimo de calidad técnica como pudiera parecer, sino justamente de lo contrario. Precisamente es el ordenamiento que más carencias plantea en estos extremos.

Dos líneas surcan este apartado: la contemplación del acoso como discriminación por sexo y violación de la igualdad y como afectante a la dignidad del trabajador. Estas se entrecruzan con su análisis conceptual desde las perspectivas de nuestro Derecho, Derecho estadounidense y Derecho Comunitario.

El estudio del acoso sexual en el ámbito laboral, que se caracteriza por ser precisamente de tipo sexual y por su indeseabilidad, permite discernir dos variedades: el chantaje sexual, donde parece que se aprecia más claramente la conexión entre estos comportamientos y la discriminación, y el acoso sexual ambiental.

Es claro el derecho subjetivo del trabajador a no ser acosado y la necesidad de tutela frente a estos actos. Para fundamentarla existen dos bases constitucionales con sus correlatos en el Estatuto de los Trabajadores: la protección ex art. 18.1 de la Constitución, garante de la intimidad personal tanto de trabajadores masculinos como femeninos, y la del art. 14, que ampara frente a la interdicción de discriminaciones, adicionable a la del anterior precepto si el acosado pertenece al sexo femenino.

Esta distinción se refleja en el plano de la legislación ordinaria en las letras e y c, respectivamente, del segundo párrafo del art. 4 del Estatuto.

Sobre todo este conjunto normativo se alza el art. 10.2 de la Carta Magna.

En nuestra opinión, se adopta una posición clarificadora del fundamento constitucional de la protección frente al acoso sexual. Junto a ello, se coadyuva a deslindarlo de nociones conexas con el principio de no discriminación en el trabajo.

La obra concluye con los canales de tutela frente al acoso: la normativa estatal y la negociación colectiva.

El primero pivota sobre la potestad sancionadora de la Administración regulada en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el poder disciplinario del empresario recogido en el Estatuto de los Trabajadores, la modalidad procesal del art. 174 y siguientes de la Ley Procesal Laboral y la vía penal. A su lado, la negociación colectiva puede ser un medio para identificar, prevenir y sancionar el acoso sexual en la relación laboral. Sin embargo, el escaso o nulo tratamiento que los convenios estudiados por los autores otorgan a la materia o la genericidad de su inclusión dentro de los procedimientos disciplinarios convencionales, ponen de relieve la necesidad de potenciar esta vía.

Puede observarse cómo esta última parte, la más breve en la obra, ha sido tratada con gran sistematicidad y de forma especialmente útil para los profanos y los operadores jurídicos no familiarizados con el tema.

Finalmente, puede concluirse que el estudio comentado realiza un incisivo balance sobre el respeto convencional a los principios de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos y de interdicción de discriminaciones fundadas en el sexo junto a la cuestión del acoso sexual en el trabajo, que se cierra con saldo negativo.

Como resultado, subraya primordialmente las carencias de la negociación colectiva como fuente de regulación de la relación de trabajo en el tratamiento de las citadas materias.

Las insuficiencias son detectables tanto en el momento de la creación y aplicación de los convenios, como a la hora de exigir tutela ante las discriminaciones convencionales sufridas.

Estos hechos permiten afirmar la existencia de una problemática múltiple con diversos orígenes y responsables, ubicada tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Frente a ella, se proponen las alternativas más oportunas a juicio de los autores o se recomienda la expansión de las escasas regulaciones convencionales acertadas. De este modo, puede decirse que el progreso en este campo está ahora en manos de los operadores jurídicos implicados: el Estado y los agentes sociales.