

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS SEXOS EN LA DOCTRINA JUDICIAL SOCIAL MÁS RECIENTE

José Fernando Lousada Arochena
Magistrado especialista del Orden Social
Tribunal Superior de Justicia de Galicia

SUMARIO: I. DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO. II. EMBARAZO Y ACCESO AL EMPLEO TEMPORAL. III. DISCRIMINACIÓN EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL. IV. DISCRIMINACIÓN Y UNIFORMIDAD. V. DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA. VI. DISCRIMINACIÓN EN EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI EMPRESARIAL. VII. DISCRIMINACIÓN EN LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y, EN ESPECIAL, POR EMBARAZO O MATERNIDAD. VIII. DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN. IX. LAS PROHIBICIONES DE DESPIDO. X. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO SEXISTA.

I. DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO.

Las habituales dificultades a las cuales se enfrenta la tutela judicial frente a la discriminación sexista –legitimaciones individuales y colectivas, dificultades probatorias o contenido de la sentencia estimatoria- aumentan cuando se trata del acceso al empleo a causa (1) de la mecánica de la contratación laboral –usualmente precedida de una oferta colectiva de empleo y de procesos de selección que no tienen que ser objetivos-, y (2) de la libertad de contratación de la empresa –en el doble aspecto de decidir si contrata y, en ese caso, a quien contrata-. Por ello, los efectos discriminatorios se difuminan en un colectivo amplio de personas y se invisibilizan detrás de los procesos de selección y de la libertad de empresa.

Ha introducido la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres –en adelante, la LOIEMH-, medidas de tutela judicial

frente a la discriminación sexista –en particular, artículos 10, 12 y 13- que completan las existentes dentro del proceso laboral –en particular, artículo 180 de la LPL-. Tales medidas aplicadas al acceso al empleo –una labor a veces difícil, lo deseable sería la introducción legal de normas especiales- amparan acciones de reposición a la situación anterior, lo que se traduce en nulidad total o parcial de la oferta de empleo o del proceso de selección, de reparación del efecto discriminatorio, lo que se traduce en contratación forzosa del/a discriminado/a, y de indemnización por daños y perjuicios.

Quizás todas esas dificultades, y la generalidad legislativa, han determinado que, hasta no hace mucho, la casuística judicial fuese escasa, limitada a erradicar prohibiciones de empleo de las mujeres –las llamadas medidas falsamente protectoras-, como ser pilotos de avión de las fuerzas armadas –STC/216/1991, de 14 de noviembre-, o el trabajo en el interior de las minas –STC 229/1992, de 14 de diciembre-. Ya la STC 173/1994, de 7 de junio, afirmaba en un obiter dicta que “la mera negativa a ... contratar por parte del empresario ... entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la CE”. Pero las posibilidades de reclamación que esa afirmación propiciaba se encontraban inexploradas en su práctica totalidad.

No obstante, la situación está empezando a cambiar. La ubicación de la igualdad de los sexos entre las principales preocupaciones legislativas, lo que ha llevado a la aprobación de la LOIEMH, es un motivo del cambio. Aunque en el ámbito de la discriminación sexista en el acceso al empleo ha habido otro motivo acaso más relevante, el Caso Fasa – Renault, que ha servido como detonante en la medida en que, a lo largo de las diversas sentencias dictadas –hasta siete, siendo destacables la STS de 18.2.1994, RJ 1994 1061, la STC 41/1999, de 22 de marzo, y la STS de 4.5.2000, RJ

4266 2000-, se han allanado los principales obstáculos teóricos con los que tropezaba la reclamación judicial en los casos de discriminación colectiva¹.

Siguiendo sus enseñanzas, la STSJ/País Vasco de 30.1.2001, AS 2001 957, resuelve un litigio donde varias trabajadoras solicitaron un empleo en una empresa de limpieza viaria, sin haber sido contratadas, a pesar de haber en plantilla 204 hombres. Después de recordar que el acceso al empleo entra en el ámbito del artículo 14 de la CE –con cita de la STC 173/1994, de 7 de junio-, se considera la composición de la plantilla un indicio de discriminación sexista, sin apreciar justificados los motivos de descargo alegados por la empresa, y, en concreto, el relativo a la tradicional masculinidad de los trabajos se rechaza trayendo a colación la sentencia sobre trabajo en interior de las minas –STC 229/1992, de 14 de diciembre-.

Muy interesantes son las SSTSJ/Cantabria de 14.11.2005, AS 2005 3000², y de 23.5.2007, AS 2007 2556, ambas referidas a la empresa Solvay, del sector de químicas, que, para un determinado nivel profesional exigía una titulación de FP2 – Ramas Técnicas. Presentan estos litigios grandes similitudes con el Caso Fasa Renault, y algún dato adicional de técnica jurídica de gran interés. La primera similitud es que no son las mujeres discriminadas quienes demandan, sino un sindicato, lo que, en el caso de las sentencias cántabras, ni siquiera supuso cuestión discutida porque la legitimación sindical en las discriminaciones sexistas colectivas ya se había admitido en la STS de 18.2.1994, RJ 1994 1061, del Caso Fasa Renault.

¹ Sobre el (largo) Caso Fasa-Renault he escrito varios trabajos comentando las varias sentencias recaídas: (1) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de las Sentencias de 18.2.1994 y de 4.10.1995 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, Número 17, Volumen IV, 1996, BIB 1996 98. (2) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)”, Aranzadi Social, Número 12, Volumen V, 1999, BIB 1999 1387. (3) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia de 4 mayo 2000 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, Número 12, 2000, BIB 2000 1472. (4) A modo de recapitulación de los distintos trabajos realizados, “Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo”, Revista de Derecho Social, Número 12, 2000.

² Comentada por Miguel Ángel Purcalla Bonilla, con el título “Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal”, Aranzadi Social, Número 19, 2005, BIB 2005 2635.

La segunda similitud es la utilización de la prueba estadística para apreciar el indicio de discriminación –como se hacía en la STS de 4.5.2000, RJ 4266 2000, del Caso Fasa Renault, y también en la antes citada STSJ/País Vasco de 30.1.2001, AS 2001 957-. Aunque su utilización en las sentencias cántabras se rodea de unas mayores precisiones técnicas. Se distingue, en conexión con los criterios de la jurisprudencia estadounidense, entre las estadísticas intraempresariales, o “pass rates”, o “flow statistics” –el número de mujeres y hombres contratados/as- y las estadísticas extraempresariales, o “stock statistics” –el número de mujeres y hombres cualificados/as en el área de influencia de la oferta de empleo-.

Y la tercera similitud nos sitúa en la justificación de la empresa, que tanto en el Caso Fasa Renault como en el Caso Solvay, se construía sobre la exigencia, para determinado nivel profesional, de una titulación de FP2 – Ramas Técnicas. En el Caso Fasa Renault –STS de 4.5.2000, RJ 4266 2000- se consideró una exigencia de titulación desproporcionada y que, por producir un impacto adverso sobre un colectivo predominantemente femenino acreditado estadísticamente, era discriminatoria indirecta por razón de sexo. Lo mismo se razonó en el Caso Solvay, especialmente en la STSJ/Cantabria de 14.11.2005, AS 2005 3000, que razona la desproporción, entre otras cosas, porque se trata de una exigencia no establecida en el convenio colectivo para el nivel profesional determinado.

Donde las sentencias cántabras aportan enseñanzas más interesantes es en relación con los contenidos de la sentencia estimatoria. Al respecto, se detienen en si, entre la tutela reparatoria prevista en el artículo 180 de la LPL, se incardina la posibilidad de contratación forzosa si –como es el caso- hubiere una trabajadora individualmente perjudicada. No se rechaza la posibilidad in genere, pero si in casu, al poder resultar afectados otros/as candidatos/as. Si bien se condena a la empresa a considerar a la trabajadora como candidata preferente en las siguientes ofertas de trabajo. En cuanto a

la indemnización, al ser demandante un sindicato, se limita a los daños que se derivan de la necesidad de acudir a juicio, esto es las costas de abogado.

También la empresa Solvay fue demandada por el mismo sindicato a través del proceso de tutela de derechos fundamentales en el caso resuelto en la STSJ/Cantabria de 6.9.2006, AS 2006 2633, pero, en este caso, y aunque se constata la existencia de un impacto adverso sobre un colectivo femenino, se considera suficiente la justificación de la empresa. Aquí no se exigía una FP2 – Ramas Técnicas, sino una determinada experiencia en el manejo del cloro, valorándose, de un lado, la adecuación de la exigencia al puesto de trabajo, y, de otro lado, la implantación de la exigencia a través de un pacto entre la empresa y dos sindicatos con la finalidad de favorecer la conversión de unos trabajadores temporales en trabajadores indefinidos.

Junto a estas sentencias debemos noticiar una STSJ/Las Palmas de 22.12.2008, AS 2009 310. Se trata de un caso de discriminación directa. La trabajadora demandante, después de ser seleccionada por el servicio público de empleo como trabajadora apta para la oferta de empleo, no es contratada como peón de la construcción “por no disponer la obra donde se necesita personal de baños para mujeres”, sin duda justificación no válida. Aquí si se condena a la empresa a la contratación forzosa, y, en concepto de indemnización, al abono de los salarios dejados de percibir y a 6.000 euros por daños morales. Si bien se mira, se están aplicando las condenas características del despido nulo con violación de derechos fundamentales.

II. EMBARAZO Y ACCESO AL EMPLEO TEMPORAL.

La discriminación sexista en el acceso al empleo puede obedecer al embarazo o a la maternidad de la trabajadora. Una consolidada jurisprudencia comunitaria considera discriminación sexista directa no

contratar a una trabajadora a causa de su embarazo –STJUE de 8.11.1990, Caso Dekker-, o justificar el despido en la peligrosidad del trabajo –STJUE de 14.7.1994, Caso Webb, de 5.5.1995, Caso Habermann Belterman, y de 3.2.2000, Caso Mahlburg-, o en la temporalidad del contrato –STJUE de 4.10.2001, Caso Tele Danmark-. Con base en esta doctrina, el artículo 8 de la LOIEMH considera discriminación sexista directa “todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

En España, la litigiosidad se centró en las contrataciones interinas de organismos públicos, considerando la existencia de discriminación sexista –STSJ/Cataluña de 7.5.1997, AS 1997 2209-, incluso si se alega –sin llegar a probar- la existencia de riesgo para la salud de la mujer y/o del feto – STSJ/Aragón de 21.12.1998, AS 1998 4162-. También es discriminatorio no contratar a una psicóloga que, después de cesar al conocer su embarazo en un trabajo de apoyo a grupos de SIDA, solicita su contratación para trabajo sin peligro –STSJ/Sevilla de 5.3.1999, AS 1999 1716-. O justificar la no contratación en estar la trabajadora dentro del periodo de las seis semanas posteriores al parto –STSJ/Sevilla de 10.7.2001, AS 2002 1476-.

Una STSJ/Madrid de 18.5.2000, AS 2000 2651, se refiere a la extinción durante el periodo de prueba de un contrato temporal en cuanto la empresa conoció el embarazo alegando la peligrosidad del trabajo, razonando la sentencia con atinados argumentos (1) que la ocultación del embarazo no es un incumplimiento de la trabajadora, perteneciendo a su intimidad, (2) que, aún conociendo la empresa el embarazo al momento de la contratación, la peligrosidad del trabajo no justificaría la no contratación, (3) que, en estos casos, lo procedente es contratar y después aplicar las medidas de prevención oportunas, y (4) que otra solución supondría además una discriminación en contra de los/as trabajadores/as temporales.

III. DISCRIMINACIÓN EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.

Presenta la discriminación en la promoción profesional notorias semejanzas con la discriminación en el acceso al empleo –suele afectar a un colectivo, estar oculta y muchas veces es indirecta-, aunque algunas de las dificultades allí existentes aquí en parte se allanan, entre otras causas por haber una norma expresa de que “los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo” –artículo 24.2 del ET-. Sea como fuere, se constata un buen número de demandas dirigidas a romper el llamado techo de cristal, o “ceiling glass”, que impide a las mujeres acceder a puestos directivos, y evitar el llamado suelo pegajoso, o “sticky floor”, que atrae a las mujeres a niveles inferiores.

La STS de 1.6.1999, RJ 1999 5057, que confirmó la STSJ/Cataluña de 21.10.1998, AS 1998 4213³, es, salvo error u omisión involuntaria, la primera sobre promoción profesional. Caixa d’Estalvis de Catalunya promocionó al cargo de delegado a más hombres –un 5% de la plantilla de hombres- que a mujeres –un 1,5% de la plantilla de mujeres- a través de una práctica no reglada de recomendaciones que beneficiaba a los hombres. Considera la sentencia catalana la existencia de discriminación indirecta y condena a la empresa a abstenerse en el futuro de realizar esa práctica, pronunciamientos confirmados por el Tribunal Supremo. Es destacable el cauce procesal utilizado de conflicto colectivo, demandando un sindicato.

También en otros casos de discriminación colectiva se ha acudido al conflicto colectivo, demandando un sindicato, como la STSJ/Navarra de 30.5.2006, AS 2006 2025, donde se entendió discriminatorio que a las trabajadoras de la sección de cosido, de mayoría femenina y de peor retribución, se les impidiese acceder a la de montaje, de mayoría masculina

³ Comentada por María Belen Cardona Rubert, con el título “Discriminación por razón de sexo: discriminación indirecta en promoción profesional por práctica de empresa”, Aranzadi Social, Volumen IV, 1998, BIB 1998 1648.

y de mejor retribución. Otros veces demandan las trabajadoras a través del proceso de tutela de derechos fundamentales, como la STSJ/Cataluña de 15.5.2008, AS 2008 1277, donde se entendió, en una fábrica de mecheros, la existencia de una promoción profesional discriminatoria, aunque se denegó la pretensión de discriminación en los criterios de encuadramiento.

Y en otros casos de discriminación colectiva el proceso se inicia por demanda de oficio de la Autoridad Laboral. Es el caso de la SJS 13 Barcelona de 30.7.2007, AS 2007 3334⁴, en relación con cuatro centros de El Corte Inglés. O el caso de la STSJ/Aragón de 19.12.2008, AS 2009 681, que confirmó la SJS 4 Zaragoza de 11.9.2008, AS 2008 2099, ambas de excelente factura técnica, en relación con puestos directivos de la Caja de Ahorros de la Inmaculada. Los dos supuestos son discriminaciones indirectas que se detectan después de realizar un riguroso análisis de la composición de la plantilla, descartando como justificación la tardía integración de la mujer en la empresa cuando se mantiene su relegación.

Abandonando los casos de discriminaciones colectivas, las discriminaciones individuales en la promoción profesional también han accedido a la casuística judicial. En la STSJ/Valladolid de 19.6.2006, AS 2006 2079, se admite una indemnización consistente en las diferencias salariales derivadas del no reconocimiento de la categoría de encargada cuando la discriminación consistió en mantener a la trabajadora en una categoría inferior y retribuirle conforme a ella, más una serie de daños y perjuicios cuantificados en 4.000 euros. O en la STSJ/Las Palmas de 19.9.2007, AS 2008 545, a la trabajadora se la impedía completar los sectores exigidos para acceder a la condición de comandante de aeronave.

Igualmente el embarazo o la maternidad –como ocurría en el acceso al empleo- puede ser la causa de la discriminación en la promoción

⁴ Que comenté bajo el título “Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional”, en Aranzadi Social, Número 21, 2007, BIB 2007 3334.

profesional. Como es el caso de la STSJ/Madrid de 4.2.2008, AS 2008 1205, donde a la trabajadora se le denegó, aplicando literalmente el convenio colectivo, el ascenso a superior nivel retributivo por un cómputo a la baja del periodo de riesgo durante el embarazo y de licencia de maternidad, condenando a la empresa a reconocer el superior nivel retributivo, aunque no se aprecia culpabilidad de la empresa porque se limitó a cumplir con el convenio colectivo aplicable, lo cual justifica su absolución respecto a la pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios.

IV. DISCRIMINACIÓN Y UNIFORMIDAD.

Los litigios sobre uniformidad diferenciada para mujeres y hombres han suscitado muchas críticas porque, hasta el momento, los tribunales han sido permisivos. No se consideró discriminatoria la exigencia de falda con dos centímetros sobre la rótula al personal femenino del AVE –STS de 23.1.2001, RJ 2001 2063⁵-, sin haber decisión en recurso de amparo porque, como la empresa revocó la orden, ello determinó, por desaparición del objeto procesal, la extinción del recurso de amparo –STC 84/2006, de 27 de marzo-. Tampoco se consideró discriminatoria la exigencia de falda con dos centímetros bajo la rótula al personal femenino de atención al público en un hospital –STSJ/Málaga de 27.11.2008, AS 2008 2840⁶-.

⁵ Comentada por Eulalia Martínez López, con el título “El uso de falda impuesto por RENFE a las trabajadoras de determinados servicios del AVE ¿forma parte del poder de dirección y organización de esta empresa?”, Aranzadi Social, Número 2, 2001, BIB 2001 509. Para esta autora y no sin razón, “no existen razones objetivas que justifiquen la medida que se impone, pues la buena imagen del AVE no depende, en modo alguno, del uso de falda por las trabajadoras que prestan servicio al público, que son eso, personas con una formación profesional acreditada y con unos cometidos, que deben desempeñar con la diligencia adecuada, entre los que no se encuentra el de resultar sexualmente atractivas a los usuarios”.

⁶ Comentada por Pablo Aramendi Sánchez, “Con falda ... ¿se trabaja mejor?”, Aranzadi Social, Número 18, 2008, BIB 2008 3027, y por Iván Rodríguez Cardo, “Reglas de uniformidad diferentes en función del sexo: de faldas, pantalones y otras prendas de vestir”, Aranzadi Social, Número 1, 2009, BIB 2009 253.

V. DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA.

La prohibición de discriminación sexista retributiva expresamente se contempla en el artículo 35.1 de la CE. Y el artículo 28 del ET señala que “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla”. Tal contemplación expresa es un factor decisivo para que, sobre la igualdad de remuneración, se encuentren muchas y antiguas sentencias⁷, imposibles de abarcar por los límites de este estudio, en el que nos ceñiremos solo a las más modernas.

Hay varios casos de discriminaciones directas. La STSJ/Las Palmas de 21.12.2006, AS 2007 1846, considera discriminatorio negar a una camarera el plus de calidad abonado a sus compañeros varones, rechazando el argumento de que esa situación provenía de una concesión anterior, porque “el artículo 44 del ET no es mecanismo que justifique diferencias discriminatorias”, y reconociendo, en este caso, la bondad de una condena de futuro, “de modo que (la actora) no tenga que acudir a los tribunales cada mes reclamando su abono”. O la STSJ/Madrid de 26.2.2007, AS 2007 2622, que considera discriminatorio aplicar a la demandante la absorción de un complemento salarial que no se aplicaba a sus compañeros varones.

También en las retribuciones hay discriminaciones por embarazo o por maternidad, como cuando, en la retribución del permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto del artículo 37.3.f) del ET, no se incluye el absentismo y un plus de turnicidad –STSJ/Valladolid de

⁷ Para las sentencias anteriores al año 2004, véase mi estudio “Principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres: la aplicación por la jurisdicción ordinaria”, Actualidad Laboral, Tomo I, 2004.

2.11.2004, AS 2004 3366⁸-, o unos pluses de productividad, actividad y desplazamiento –STSJ/Madrid de 17.1.2005, AS 2005 636-, y esa conclusión se alcanza aunque el descuento estaba admitido en el convenio colectivo, cuya aplicación, en ambas sentencias, se excluye. Pero es más, aunque la reducción se prevea para todos los permisos, como ocurre en el segundo caso citado, nunca la reducción resultaría aplicable a este permiso.

Respecto a las discriminaciones indirectas, es interesante la STSJ/Las Palmas de 30.6.2008, AS 2008 2188, en un asunto donde la empresa abona un plus voluntario, variable y absorbible a cocineros, camareros, piscineros y oficiales de mantenimiento, mayoritariamente hombres, pero no a facturistas ni a camareras de piso, mayoritariamente mujeres, a pesar de estar todos/as integrados/as en el mismo nivel salarial. La sentencia aplica con solvencia los conceptos de discriminación indirecta y trabajo de igual valor, para concluir que “no es suficiente con constatar que se realizan tareas desiguales (sino que) es preciso comprobar que con su actuación la empresa no ha enmascarado la infravaloración de trabajos de igual valor”.

Por último, la STS de 3.11.2008, RJ 2009 383, se enfrenta a la existencia de discriminación retributiva en las tablas salariales del convenio estatal del sector de la conserva, donde, con las mismas definiciones en relación a las mismas categorías profesionales, se contemplan dos grupos uno mejor retribuido –el personal de oficios varios- respecto al otro –el trabajo propio de la conserva-. La sentencia niega la discriminación por la diferente cualificación profesional de ambos grupos y su distinta actividad. Sin embargo, la única explicación de que, de todos los oficios posibles, justamente el propio de la conserva sea el peor retribuido, no es otra que la tradicional minusvaloración del trabajo usualmente realizado por mujeres.

⁸ Comentada por Antonia Castro Argüelles, con el título “La retribución de los permisos para exámenes prenatales”, Aranzadi Social, Número 19, 2004, BIB 2005 406.

VI. DISCRIMINACIÓN EN EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI EMPRESARIAL.

La casuística judicial ha conocido supuestos de discriminación en el ejercicio del ius variandi empresarial vinculados al embarazo, acordando, cuando el embarazo se conoce, una movilidad geográfica –STSJ/Navarra de 16.7.2008, AS 2008 2090, que se detiene en la fundamentación de una indemnización de 4.000 euros por daños y perjuicios causados a la trabajadora-, o una modificación sustancial de funciones –STSJ/Sevilla de 30.10.2009, AS 2009 515-, aunque se considera no hay discriminación cuando la modificación sustancial de funciones es una medida de prevención de riesgos –vg. un cambio de puesto de trabajo para evitar carga de pesos y exposición al frío, STSJ/Burgos de 28.12.2008, AS 2008 799-.

VII. DISCRIMINACIÓN EN LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y, EN ESPECIAL, POR EMBARAZO O MATERNIDAD.

La discriminación en la extinción contractual se ha abordado en algunos supuestos fácticos típicos. Uno es el relativo a la elección de los/as trabajadores/as afectados por un despido colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Si son afectadas mayoritariamente trabajadoras, se considera la existencia de indicio de discriminación –STSJ/País Vasco de 5.12.2006, AS 2007 1139-, que es calificable de indirecta –STSJ/Cantabria de 25.2.2009, AS 2009 1081, de excelente factura, donde se argumenta la inversión de la carga de la prueba partiendo del indicio estadístico y la insuficiencia de la justificación de la empresa, que se limita a alegar la libre designación de los/as afectados/as⁹-.

⁹ Comentada por Salvador Perán Quesada, con el título “La prohibición de discriminación indirecta”, Aranzadi Social, Número 11, 2009, BIB 2009 990.

Pero sin duda alguna el supuesto fáctico más típico es la extinción por embarazo o maternidad –con abundante jurisprudencia comunitaria y constitucional cuyo análisis excede de los límites del estudio¹⁰-, aunque tras la introducción, en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de una prohibición de despido objetivo o disciplinario durante el embarazo y el disfrute de derechos de maternidad y conciliación –artículos 53.4 y 55.5 del ET-, el protagonismo de la tutela antidiscriminatoria ha disminuido de una manera ostensible porque su aplicación exige acreditar indicios o un principio de prueba de discriminación a través del conocimiento empresarial del embarazo, mientras que aquella prohibición se aplicará automáticamente.

Ahora bien, eso no significa que, en el ámbito de la extinción contractual, la tutela antidiscriminatoria por embarazo o maternidad no siga jugando en varios supuestos. En primer lugar, cuando no se aplique materialmente la prohibición de despido, lo que acontece en los casos de extinción regular de los contratos temporales, en los cuales sí se puede aplicar la prohibición de discriminación, que puede operar –usando un ejemplo muchas veces judicializado- si, conocido el embarazo, la empresa no renueva a la trabajadora, aunque sí a otros/as en circunstancia laboral semejante, o contrata a otro/a en su puesto de trabajo –STSJ/Málaga de 19.9.2002, AS 2002 3977, STSJ/Sevilla de 19.12.2002, JUR 2003 78878-.

Más dudoso es si en los casos de extinción durante el periodo de prueba se aplica la prohibición de despido o la tutela antidiscriminatoria. Algunas sentencias aplican sin cuestión la prohibición de despido – STSJ/Castilla-La Mancha de 6.4.2009, AS 2009 1088-. Otras lo niegan y, además, rechazan, en el caso, la aplicación de la tutela antidiscriminatoria –

¹⁰ Para las sentencias anteriores al año 2006, véase mi estudio “Las garantías sustantivas de ejercicio de los derechos de maternidad y de conciliación”, en el libro coordinado por María Teresa Conde-Pumpido Tourón, “Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género”, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006.

STSJ/Valladolid de 29.4.2009, JUR 2009 256790-. Y otras evitan entrar en disquisiciones aplicando la tutela antidiscriminatoria –STSJ/Galicia de 4.2.2005, AS 2005 649, STSJ/Murcia de 4.7.2005, AS 2005 2467, STSJ/Valencia de 31.1.2006, AS 2006 1012, STSJ/Valladolid de 21.2.2007, AS 2007 2851, o STSJ/Madrid de 27.11.2008, AS 2008 693-.

Lo anterior vale siempre que sean lícitos el contrato temporal o el periodo de prueba, porque, si no lo fueren, la trabajadora sería indefinida y, siendo indefinida, estaríamos ante un despido que se encuentra dentro del ámbito de la prohibición de despido. De ahí la corrección técnica de las SSTSJ/Galicia de 18.2.2002, AS 2002 256, y de 4.11.2003, AS 2004 1637, de la STSJ/Tenerife de 30.11.2004, AS 2005 2000, o de la STSJ/Valladolid de 29.4.2009, JUR 2009 256791, que, considerando el contrato temporal fraudulento, califican el despido como nulo en aplicación de la prohibición de despido. O de la STSJ/Valencia de 29.12.2003, AS 2004 1450, que, calificado de abusivo el periodo de prueba, concluye la nulidad del despido.

En segundo lugar, la tutela antidiscriminatoria asimismo se aplicará cuando no sea temporalmente aplicable la prohibición de despido. Antes del embarazo, esa prohibición no es aplicable, pero puede serlo la tutela antidiscriminatoria si el despido obedece al sometimiento de la trabajadora a un tratamiento de fertilidad –STSJ/Madrid de 8.10.2008, AS 2009 276-. Superados los límites temporales de la prohibición de despido –que, desde la LOIEMH, alcanza a los nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo si se ha suspendido el contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, o paternidad-, aquélla no es aplicable, pero puede serlo la tutela antidiscriminatoria en dos supuestos:

a) Cuando el despido se considere una represalia del ejercicio de un derecho de maternidad –STSJ/Madrid de 27.1.1998, AS 1998 5010, donde el despido es casi diez meses posterior al reingreso desde la licencia de

maternidad, STSJ/Málaga de 9.6.2005, AS 2005 3487, un no llamamiento unos seis meses después del parto de una trabajadora fija discontinua, o STSJ/Cantabria de 22.2.2006, AS 2006 371, donde el despido se produce durante las vacaciones disfrutadas después de la licencia de maternidad-,

b) Cuando la superación de los límites temporales de la prohibición de despido ha sido buscada por la empleadora con la finalidad fraudulenta de evitar su aplicación, lo cual –ex artículo 6.4 CC- no debe de impedir la aplicación de la prohibición tratada de eludir –STSJ/Cantabria de 18.12.2002, AS 2003 1934, y SJS 33 Madrid de 5.5.2005, AS 2005 3007-.

Y, en tercer lugar, la tutela antidiscriminatoria juega, aun cuando material y temporalmente sea aplicable la prohibición de despido, siempre que, además de la nulidad del despido, se pretenda un efecto vinculado a esa tutela, como es la indemnización de daños y perjuicios –STSJ/Cataluña de 15.9.2004, AS 2004 2799-. Si no se demuestra la discriminación por embarazo o maternidad a través del conocimiento empresarial del embarazo, no hay derecho a la indemnización de daños y perjuicios ligada a la tutela antidiscriminatoria, y ello aunque se hubiere declarado la nulidad del despido con el fundamento de la prohibición de despido –STSJ/Madrid de 6.11.2001, AS 2002 526, y STSJ/Valencia de 24.1.2005, AS 2005 391-.

VIII. DISCRIMINACIÓN Y CONCILIACIÓN.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha destacado la trascendencia de los derechos de conciliación desde la perspectiva de la protección de la familia –artículo 38 de la CE- y la igualdad de los sexos –artículo 14 de la CE-, y lo confirma el artículo 44 de la LOIEMH al establecer que “se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda

discriminación basada en su ejercicio”, una discriminación que, por su base constitucional y por la ley que la reconoce, es una discriminación sexista. Así las cosas, la trascendencia discriminatoria de los derechos de conciliación se ha apreciado en diversos aspectos de su regulación, a saber:

1º. En relación con la titularidad de la excedencia para cuidado de hijos del artículo 46.3 del ET. Las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre¹¹, y 203/2000, de 24 de julio, consideraron discriminatorio denegar al personal interino de larga duración –en un caso laboral, y en el otro estatutario- el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos porque se trata de una norma neutra que afecta a un colectivo predominantemente femenino, y que, cuando la relación de servicio es de larga duración, no se justificaría. Criterio seguido por los órganos judiciales –STSJ/Valencia de 19.2.2002, AS 2002 3303, STSJ/Sevilla de 9.5.2003, AS 2003 2663, STSJ/Burgos de 2.11.2004, AS 2005 349, o STSJ/Madrid de 30.4.2007, AS 2008 921-.

2º. En relación con la concreción horaria del derecho a la reducción de jornada por causas familiares regulada en el artículo 37.5 del ET. La STC 3/2007, de 15 de enero, obliga a que, en la ponderación entre el interés empresarial y el derecho del/a trabajador/a que han de realizar los órganos judiciales para la concreción horaria, se deberá considerar el fundamento del derecho en un bien del máximo rango: la prohibición de discriminación. También es habitual, en la justicia social, aludir al derecho a la no discriminación para realizar esa ponderación –aunque eludiremos la cita de sentencias concretas por la dificultad de conseguir las de Juzgados de lo Social, que deciden sin recurso el proceso del artículo 138 bis de la LPL-.

3º. En relación con el reconocimiento de un derecho general a la adaptación de la jornada sin necesidad de reducirla, que, antes de la

¹¹ Comentada por Yolanda Cano Galán, con el título “Discriminación laboral y reconocimiento a los médicos interinos del derecho a la excedencia por cuidado de hijos”, Aranzadi Social, Volumen IV, 1999, BIB 2000 206, y por Ana Marrades Puig, “Interinidad, excedencia y acción positiva: Reflexiones sobre la STC 240/1999, de 20 diciembre”, Revista General de Derecho, Número 669, 2000, BIB 2000 881.

LOIEMH, se había admitido por algunos tribunales –STSJ/Galicia de 25.1.2008, Rso. 4447/2007¹²-, aunque ello lo rechazaron las SSTs de 13.6.2008, RJ 2008 4227, de 18.6.2008, RJ 2008 4230, y de 20.5.2009, RJ 2009 3118. Tras la LOIEMH, el nuevo artículo 37.8 del ET parece llevar de nuevo a ese reconocimiento. En todo caso, la jurisprudencia unificadora no se aplica si se solicita reducción de jornada porque entonces se podrá imputar la reducción según la necesidad de conciliación –STSJ/Madrid de 6.3.2009, Rso. 4779/2008¹³, y STSJ/Galicia de 11.3.2009, Rso. 5412/2008-.

4º. En relación con la proscripción de perjuicios derivadas del ejercicio de un derecho de conciliación, que, por afectación del principio de igualdad, determinan la nulidad del perjuicio, con independencia del momento –antes, durante o después del ejercicio del derecho de conciliación- en el cual aquél se produce, y así lo demuestra la casuística:

a) Al solicitar y ser admitido el ejercicio del derecho de conciliación, por ejemplo, la empresa acuerda una movilidad funcional cuando accede a la reducción de jornada –STSJ/Valladolid de 19.12.2008, AS 2008 784-.

b) Durante el ejercicio del derecho de conciliación, por ejemplo modificando las funciones de la trabajadora, con pérdida de salario, durante una reducción de jornada –STSJ/Cataluña de 19.9.2007, AS 2007 3338-.

c) En el momento del reingreso, eludiéndolo a través de un despido claramente improcedente –STSJ/Valencia de 5.7.2007, AS 2007 3084-.

d) Posterior al reingreso del/a trabajador/a o a la vuelta a su jornada anterior de trabajo a través de una modificación sustancial de condiciones de trabajo –STSJ/Cataluña de 13.1.2009, AS 2009 164-, pudiendo motivar, en su caso, una extinción indemnizada del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del ET –STSJ/Madrid de 3.2.2009, JUR 2009 262869-.

¹² Que comenté bajo el título “El derecho a elección de turno de trabajo como derecho de conciliación (Comentario a la STSJ/Galicia de 25.1.2008, Recurso 4447/2007)”, Actualidad Laboral, Tomo I, 2008.

¹³ Comentada por Ignacio Moreno González-Aller, con el título “Reducción de jornada por responsabilidades familiares y trabajo a turnos”, SEPIN Laboral y Seguridad Social, Número 3, 2009.

IX. LAS PROHIBICIONES DE DESPIDO.

Introducida a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, la prohibición de despido objetivo o disciplinario durante el embarazo y el disfrute de derechos de maternidad y conciliación –artículos 53.4 y 55.5 del ET-, ha creado algunos problemas interpretativos, aunque sin duda alguna el más relevante ha sido el de si su aplicación exige acreditar el conocimiento del embarazo por la empresa, o si se aplica automáticamente, solución esta última que ha acogido la STC 92/2008, de 21 de julio, lo que ha provocado el cambio de postura del Tribunal Supremo –SSTS de 17.10.2008, RJ 2008 7167, de 16.1.2009, RJ 2009 1615, de 13.4.2009, RJ 2009 2226, de 6.5.2009, RJ 2009 2639, y de 30.4.2009, RJ 2009 3849-.

También los órganos sociales han tenido ocasión de resolver otros problemas interpretativos en relación con la prohibición de despido, como la delimitación con la discriminación por embarazo o maternidad –que se ha examinado con anterioridad-, o la aplicación de la prohibición de despido en el supuesto de cesión a través de empresa de trabajo temporal, siendo ésta responsable –STSJ/País Vasco de 30.9.2008, AS 2008 2753-, y también la usuaria solidariamente, no solo cuando el contrato de puesta a disposición lo fuere en fraude de ley –que es lo que se deriva del artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio-, también si el cese lo acordó ante tempus la empresa usuaria –STSJ/Galicia de 29.9.2008, AS 2008 2534-¹⁴.

Por lo demás, la imperatividad de la prohibición de despido ha determinado (1) que, aunque es posible transigir sobre la nulidad del despido si hay un consentimiento libremente emitido, “mediando derechos

¹⁴ Comentadas por Dulce María Cairós, con el título “La nulidad automática del despido de la trabajadora embarazada y la asunción de la responsabilidad derivada de tal calificación en la contratación realizada a través de una empresa de trabajo temporal”, Aranzadi Social, Número 5, 2009, BIB 2009 569.

fundamentales esto se convierte en una exigencia de rango constitucional y, en lógica consecuencia, de apreciación estricta” –STSJ/Galicia de 28.9.2001, AS 2001 3000-, y (2) que sea apreciable de oficio “si es que en virtud de los hechos contenidos en la demanda, e, incluso –como aquí acontece– de los que pudiera deducir en la vista oral, el juzgador de instancia advierte dicha situación de embarazo” –STSJ/Cataluña de 13.11.2002, JUR 2003 18939, que reitera la de 15.9.2004, AS 2004 2799-.

X. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO SEXISTA.

La doctrina judicial sobre acoso sexual, después una importante eclosión a mediados de los años noventa y su consolidación en el último decenio –simultánea a la aparición de juicios sobre acoso moral-, es muy abundante, lo cual nos obliga –de nuevo a causa de los límites del estudio- a centrar nuestra atención en las sentencias de los últimos años¹⁵ donde, por la entrada en vigor de la LOIEMH, se encuentran las primeras aplicaciones judiciales de sus artículos 7 y 48, en los cuales se contiene la regulación básica vigente del acoso sexual y por razón de sexo en la relación laboral. Una aproximación, sin duda alguna incompleta, a las diversas resoluciones judiciales la haremos atendiendo a los varios abordajes judiciales posibles:

1º. Frente a un acoso sexual laboral, el/a trabajador/a, a través de los procesos aplicables de tutela de los derechos fundamentales –artículos 175 a 181 de la LPL-, o de la modalidad procesal que corresponda –artículo 182 de la LPL-, puede ejercitar, contra el empresario, las siguientes acciones:

A) La acción de resolución del contrato de trabajo a instancia del/a trabajador/a por incumplimiento de la empresa de su deber de protección

¹⁵ Para las sentencias anteriores al año 2004, véase mi estudio “El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal”, en el libro coordinado por Jordi Agustí Juliá, “Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y de Seguridad Social”, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004.

SSTSJ/Madrid de 13.6.2007, JUR 2007 252673, y de 15.10.2007, AS 2007 3486, STSJ/Las Palmas de 19.2.2008, AS 2008 1418, STSJ/Asturias de 23.5.2008, AS 2008 2287, o STSJ/Sevilla de 22.7.2009, AS 2009 737, esta última es un caso donde se entremezclan el acoso sexista y el acoso moral-.

B) La acción de nulidad del acto de represalia por la no sumisión del/a trabajador/a a un chantaje sexual, a canalizar, cuando la represalia se trate de un despido a través de la modalidad procesal especial de impugnación del despido –STSJ/Málaga de 19.4.2007, AS 2007 3405-.

C) La acción de indemnización por los daños y perjuicios que, resolviendo alguna duda procesal, se debe dirigir en litisconsorcio pasivo necesario contra empresa y acosador –STS de 30.1.2008, RJ 2008 2777-, siendo competente el orden social –STC 250/2007, de 17 de diciembre¹⁶-.

Aunque la STS de 15.12.2008, RJ 2009 1612, exigía, para la declaración de responsabilidad empresarial, el conocimiento del acoso, esta doctrina, referida a hechos anteriores a la LOIEMH, acaso se deba de revisar visto su artículo 48 –STSJ/Galicia de 22.1.2010, Rso. 4677/2009-.

La acción indemnizatoria es acumulable a la resolutoria y a la anulatoria, y en la práctica judicial es usualmente acumulada. Aunque a veces se ejercita de modo independiente –STSJ/Valencia de 10.10.2006, AS 2007 1033, y STSJ/Las Palmas de 13.4.2007, AS 2007 2295-.

2º. Además de estas acciones, se ha admitido la calificación del acoso sexual laboral como accidente de trabajo, siempre que, naturalmente, haya provocado secuelas físicas o psíquicas constitutivas de una incapacidad para el trabajo –véase la SJS 30 Madrid de 7.5.2009, JUR 2009 320726-.

3º. Otra forma habitual de conocimiento judicial es la impugnación del trabajador acosador del despido disciplinario efectuado por la empresa

¹⁶ Comentada por Mikel Urrutikoetxea Barrutia, con el título “Alcance de la tutela del orden social en los supuestos de acoso sexual. A propósito de la STC 250/2007, de 17 diciembre”, Aranzadi Social, Número 2, 2008, BIB 2008 580.

a causa de cometer acoso sexual a una compañera de trabajo – SSTSJ/Madrid de 7.3.2006, AS 2006 1317, y de 27.3.2006, AS 2006 1687, STSJ/Cataluña de 9.5.2006, AS 2006 2980, STSJ/Las Palmas de 18.5.2007, AS 2007 2413, STSJ/Extremadura de 21.2.2008, AS 2008 1349, STSJ/Cantabria de 25.3.2008, AS 2008 1570, STSJ/Cataluña de 19.9.2008, JUR 2009 228261, o STSJ/Sevilla de 11.2.2008, JUR 2009 150213-.

4º. El elenco se completa con la STS de 6.7.2006, RJ 2006 6636, que resuelve una impugnación de convenio colectivo porque se establece un plan de actuación en casos de acoso sexual y moral definiendo el acoso sexual de manera restrictiva. Se desestima esa impugnación considerando (1) que el concepto valdría sólo a esos efectos de aplicar un plan de actuación en casos de acoso sexual, y no a efectos de delimitación de responsabilidades disciplinarias, y (2) que la lógica del plan de actuación debería llevar a entender que, si se produce un acoso sexual como lo definen las leyes vigentes, se debería aplicar dicho plan de actuación, aunque no coincidiese con el concepto convencional de acoso sexual.