

Algúns casos relevantes da vulneración do principio de igualdade por razón de sexo nas relacións laborais*

Some notable cases of the infringement of the principle of equality through sex in labour relations



OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Profesora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Escola de Estudos Empresariais de Vitoria-Gasteiz, Universidade do País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV-EHU)

* Este traballo reproduce o relatorio pronunciado o 29 de abril de 2010 na Escola Universitaria de Relacións Laborais do campus de Ferrol da Universidade da Coruña no contexto dun ciclo de conferencias dirixido polos profesores Xose Manuel Carril e Asunción López Arranz, o cal foi subvencionado pola Oficina de Igualdade de Xénero da Universidade da Coruña. Trátase dun traballo realizado no marco do Proxecto de investigación EHU09/46 titulado «Traballo autónomo economicamente dependente (TRADE) e emprego feminino».

Resumo

A nosa constitución proclama no art. 14 a igualdade ante a lei de todos os españois. No campo estrito das relacións laborais este dereito fundamental viría xogar coa mesma intensidade que nas relacións cos poderes públicos. Deste xeito, no contexto das relacións laborais non é posible establecer diferenzas de tratamento, por ningunha circunstancia, que escondan un tratamento discriminatorio tanto na conciliación da vida laboral e familiar como no acoso sexual, aínda que este presenta peculiaridades cando se produce nun centro de traballo móbil como un buque. Por outra banda, a nosa normativa permite que en determinadas circunstancias excepcionais e para determinadas actividades profesionais poidan existir diferenzas de tratamento por razón de sexo, sen que por iso se consideren discriminacións prohibidas.

Palabras chave: igualdade, discriminación, acoso sexual, conciliación da vida familiar e laboral.

Abstract

Our constitution proclaims in article 14 the equality before the law of all Spaniards. In the field of employment relationship this fundamental right would come into play with the same intensity as in relations with the public powers. In this way, in the context of the employment relationship, it is not possible to establish any differences in treatment through any circumstance that might hide discrimination both in the reconciliation of life in the workplace and in the family and in sexual harassment, although in the former situation there are certain peculiarities when these are produced within a mobile workplace scenario such as a ship. On the other hand, our rules allows that in specific exceptional circumstances and in specific professional activities, there can exist differences in treatment because of sex, although this need not be considered to be prohibited discrimination.

Keywords: *equality, sexual harassment, discrimination, reconciliation of family and work.*

1. Introducción

Como se sabe, o art. 14 da CE proclama que «os españois son iguais ante a lei, sen que poida prevalecer ningunha discriminación por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición persoal ou social». Este precepto vén estudándose de xeito conxunto cos arts. 1, 9.2 e 10.1 da CE, que establecen respectivamente a proclamación da igualdade como valor superior do ordenamento xurídico (art. 1 da CE), a obriga de os poderes públicos promoveren as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas (art. 9.2 da CE) e a imposición aos poderes públicos de protexeren a dignidade da persoa, que pode verse afectada por tratos discriminatorios (art. 10.1 da CE).

O primeiro inciso do art. 14 da CE estipula a igualdade da cidadanía española ante a lei, o que debe ser entendido como o recoñecemento da igualdade no contido e na aplicación da lei¹. Esta vertente do principio de igualdade –igualdade na lei e ante a lei– non asegura unha igualdade de tratamento en calquera caso, senón que se traduce no feito de que o lexislador non pode configurar os supostos de feito da norma, de modo que se lles der tratamento distinto a persoas que se atopan nunha situación xurídica equiparable. En palabras do TC, «a cláusula xeral de igualdade de todos os españois ante a lei (...) esixe que os supostos de feito iguais sexan tratados identicamente nas súas consecuencias xurídicas²».

Por conseguinte, e como é evidente, non é preciso tratar igual o que é diferente, só que en ocasións a identidade dos supostos de feito pode ser discutible. Nese caso, para determinar se un suposto de feito é igual a outro ou non, haberá que empregar un criterio (ou elemento) diferenciador con relevancia xurídica suficiente para marcar a diferenza entre un suposto e outro; de aí xorde a afirmación de que se prohíbe toda desigualdade de tratamento que careza dunha xustificación obxectiva e razoable. Alén disto, a diferenza de tratamento deberá someterse ao xuízo de razoabilidade e proporcionalidade para se poder determinar se é ou non arbitraria e, por tanto, acorde ou non co principio de igualdade³.

¹ Véxase QUINTANILLA NAVARRO, B. (1996) *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid, Marcial Pons; e os por ela citados nas pp. 28 e 29.

² Por todas, FX 3.º da STC 119/2002, que reproduce literalmente a STC 200/2001, de 4 de outubro. O FX 2.º da STC 27/2004 reproduce literalmente o FX 3.º da STC 119/2002.

³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. e FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. (1986) *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 53.

En consecuencia, pode resumirse o anteriormente apuntado en tres regras principais. A primeira sinala que non é preciso tratar igual o que é diferente; a segunda –como regra xeral– é que os supostos de feito iguais merecen ser tratados de forma idéntica nas súas consecuencias xurídicas; e, finalmente, a terceira viría determinar que é posible establecer unha diferenza de tratamento entre supostos idénticos ou homoxéneos⁴ cando exista unha xustificación obxectiva e razoable da diferenza⁵ e, para alén, se garde a debida proporcionalidade entre a diferenza de tratamento establecida, a finalidade que se pretende perseguir ou o motivo que a xustifica e o resultado eventualmente pernicioso ou beneficioso da medida⁶.

O segundo inciso do art. 14 da CE prohíbe taxativamente que determinadas circunstancias persoais ou sociais⁷ sexan a causa determinante da desigualdade⁸; isto é,

⁴ A STC 119/2002 insiste moito no «carácter relacional do xuízo de igualdade» (FX 4.º). Desde esta perspectiva e parafraseando o TC, é presuposto obrigado do xuízo de igualdade que as situacións subxectivas que se queiran traer á comparación sexan, efectivamente, homoxéneas ou equiparables, ademais, como é evidente, de constatar que efectivamente se atribúen diversas consecuencias xurídicas.

⁵ Por todos, FX 3.º da STC 119/2002: tan só se produciría unha infracción do mandato contido no art. 14 da CE no caso de que se «introduza unha diferenza entre situacións que poidan considerarse iguais, sen se ofrecer e posuír unha xustificación obxectiva e razoable para iso», o cal *a sensu contrario* significa que é posible establecer consecuencias xurídicas diferentes para supostos de feito iguais se se ofrecer unha xustificación obxectiva e razoable para iso. Normalmente esa xustificación atópase en que os supostos de feito aparentemente idénticos son só similares (como de xeito implícito vén recoñecer un pouco máis adiante o TC, véxase o FX 7.º), xa que é posible observar algún elemento diferenciador entre eles dotado de relevancia xurídica para xustificar a diferenza de tratamento.

⁶ Segundo o FX 3.º da STC 119/2002, «o principio de igualdade non só esixe que a diferenza de tratamento resulte obxectivamente xustificada, senón tamén que supere un xuízo de proporcionalidade en sede constitucional sobre a relación existente entre a medida adoptada, o resultado producido e a finalidade pretendida». A proclamación xenérica da necesidade de proporcionalidade da medida ten como manifestación concreta no ámbito das diferenzas salariais entre traballadores dunha mesma empresa, seguindo a STC 177/1993, a proscripción daqueles tratamentos desfavorables que constitúan a cara pexorativa da desigualdade e que entren a formar parte dun concepto xenérico de discriminación entendida como tratamento pexorativo que ten como finalidade ou como resultado «a minusvaloración das funcións desempeñadas polo grupo segregado e peor tratado, notoriamente feble e desprotexido no momento da contratación, xa que carece de poder negociador por si só e está nunha situación desfavorable a priori respecto do persoal de cadro».

⁷ O art. 14 da CE menciona as seguintes: nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social. Resulta evidente, xa que logo, que a relación de motivos prohibidos de discriminación é orientativa ou aberta.

⁸ En fórmula repetida por todas, o FX 2.º da STC 27/2004 afirma: «A prohibición de discriminación contida no art. 14 da CE representa un explícito rexeitamento de determinadas diferenciacións historicamente moi arraigadas e que situaron sectores da poboación, tanto pola acción dos poderes públicos como pola práctica social, en posicións non só desvantaxosas, senón abertamente contrarias á dignidade da persoa que recoñece o art. 10 da CE».

o principio de non-discriminación proscribe o tratamento desfavorable dunha persoa con base nun motivo prohibido (a raza, o sexo, a relixión, a ideoloxía, entre outros). A conduta discriminatoria cualifícase polo seu resultado prexudicial para determinados colectivos ou individuos pertencentes a estes nunha situación de partida particularmente vulnerable⁹. Desta perspectiva, se a cláusula xeral de igualdade impón un *test de igualdade* en que é posible atoparmos unha xustificación obxectiva e razoable para establecermos unha diferenza de tratamento entre situacións homoxéneas, a non-discriminación ofrecería un *plus* de tutela ao colectivo protexido en virtude do cal non pode superarse o test de non se demostrar a total falta de relación entre a medida e a causa prohibida¹⁰.

O TC manexa, xunto a todo o anterior, un concepto amplo de discriminación como conduta contraria ao principio de igualdade que se define como *o tratamento desigual arbitrario ou inxustificado*, ou como *a cara pexorativa da desigualdade*¹¹. Esta discriminación, en sentido amplo, consistiría, por un lado, no tratamento desigual que carece dunha xustificación obxectiva e razoable; e, polo outro, tamén sería discriminación o tratamento desigual que, mesmo se conta cunha xustificación obxectiva e razoable, non garda a debida proporcionalidade entre a medida adoptada, o resultado pernicioso que deriva daquela e a finalidade perseguida. Segundo este punto de vista, constituiría unha discriminación aquel tratamento desigual que ten como resultado un prexuízo que afecta un colectivo que se atopa nunha situación de partida de inferioridade ou marxinaada. Esta conclusión deriva da definición de discriminación dada máis arriba.

De conformidade co dito, a conduta discriminatoria cualifícase polo seu resultado prexudicial para determinados colectivos ou individuos a eles pertencentes nunha situación de partida particularmente vulnerable, sen que caiba afirmar que a Constitución establece un elenco taxado de factores determinantes da devandita situación,

⁹ Así se deduce, por exemplo, da doutrina constitucional sobre discriminación por causa de sexo manifestada en despedimentos por motivo de embarazo, FX 4.º da STC 161/2004: «(...) a prohibición de discriminación entre os sexos impón como fin e xeralmente como medio a parificación (...), que a conduta discriminatoria se cualifica neste caso polo resultado pexorativo para a muller que a sofre, que ve limitados os seus dereitos ou as súas lexítimas expectativas pola concorrencia nela dun factor cuxa virtualidade xustificativa foi expresamente descartada pola Constitución, dado o seu carácter atentatorio contra a dignidade do ser humano (art. 10.1 da CE)».

¹⁰ En palabras do TC, «a prohibición de discriminación (...) impón como fin e xeralmente como medio a parificación» (por todos, FX 4.º da STC 161/2004) mentres que «en contraste, o principio xenérico de igualdade non postula nin como fin nin como medio a paridade, só esixe a razoabilidade da diferenza de tratamento».

¹¹ FX 3.º da STC 177/1993.

a cal pode derivar dos motivos de discriminación explicitamente mencionados no art. 14 da CE ou doutros («calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social»). Mentres que a falta de xustificación obxectiva e razoable insiste sobre a finalidade da medida, a falta de proporcionalidade pon a énfase sobre o seu resultado pernicioso ou prexudicial e, deste punto de vista, non abonda con demostrar que a diferenza de tratamento non pretende xerar un colectivo segregado e peor tratado, senón que cumpriría constatar que, con efecto, a diferenza de tratamento non tivo o devandito resultado.

En fin, unha vez descritos a grandes trazos os contidos do principio de igualdade e non-discriminación, queda por determinarmos a súa aplicación no ámbito das relacións entre particulares e máis concretamente no seo das relacións laborais. A este respecto debe sinalarse que malia ser certo que nas súas orixes o xuízo de igualdade contido no art. 14 da CE tiña un raio de acción específico e dirixido a impregnar as relacións cos poderes públicos coa finalidade de limitar o seu poder, máis adiante este mesmo principio iría ordenar tamén as relacións privadas¹² ou, dito doutro modo, este dereito fundamental viría ter eficacia fronte e entre os particulares, posto que no ámbito privado tamén poden producirse, e de feito xéranse, esferas de poder que deben ser limitadas. Xa que logo, e para o campo estrito das relacións laborais, este dereito fundamental –particularmente a prohibición de discriminación– xogaríase case coa mesma intensidade que nas relacións cos poderes públicos; así, no contexto das relacións laborais non é posible por ningunha circunstancia establecer diferenzas de tratamento que agochen un tratamento discriminatorio nin a través do produto da negociación colectiva¹³, nin tampouco a través dun acordo privado ou unha decisión unilateral do empresariado.

¹² BILBAO UBILLOS, J. M. (1997) *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, CEC/BOE.

¹³ Neste contexto, debo sinalar un certo desacordo coa doutrina do Tribunal Constitucional cando en non poucas ocasións sinalou que se a orixe da diferenza está regulada no produto da autonomía colectiva, a aplicación do principio de igualdade e non-discriminación debe realizarse de xeito matizado, tendo en conta que o principio de igualdade debe compatibilizarse con outros valores constitucionais que teñen a súa orixe no principio da autonomía da vontade e da autonomía colectiva. Así, as SSTC 119/2002 e 27/2004, que veñen a lembrar canto segue: «o principio recoñecido no art. 14 da Constitución, reflectido logo, aínda que con matices propios, na propia lexislación laboral (arts. 4 e 17 do Estatuto dos traballadores), non pode ter aquí [refírese ás relacións entre particulares e ao convenio colectivo] o mesmo alcance que noutros contextos. Non é xa que o principio de igualdade non se opoña a calquera diferenza de tratamento, como en xeral acontece. Cómpre ter en conta, tamén como noutras ocasións puxo de manifesto este tribunal, que **no ámbito das relacións privadas**, en que, sen prexuízo das consideracións anteriores, o convenio colectivo se incardina, **os dereitos fundamentais e, entre eles, o principio de igualdade han de aplicarse matizadamente, pois deben facerse compatibles con**

Como se sinalou, a proscripción do establecemento de diferenzas de tratamento irrazoables e desproporcionadas atinxe as relacións entre particulares e, xa que logo, tamén as que se produciren no seo das relacións laborais. Neste contexto, xa dixemos que o art. 14 da CE reconece o dereito de toda a cidadanía á igualdade e non-discriminación, cuxa aplicación no seo das relacións laborais –cando se trata dunha discriminación baseada no sexo– ten lugar a partir do disposto no art. 35.1 da CE cando sinala de xeito explícito que, no exercicio do devandito dereito, «en ningún caso pode facerse

outros valores ou parámetros que teñen a súa última orixe no principio da autonomía da vontade, e que se manifestan a través dos dereitos e deberes que nacen da relación contractual creada polas partes ou da correspondente situación xurídica» (FX 4.º da STC 177/1988, a letra grosa é nosa).

Considero, pola contra, que a negociación colectiva é o principal instrumento da acción sindical para a defensa dos intereses dos traballadores; non obstante, tamén é unha ferramenta de flexibilidade, susceptible de ocasionar danos ou de ter un uso desviado. Como o TC tivo ocasión de constatar en múltiples ocasións «o convenio colectivo (...) pode lesionar os dereitos fundamentais». A devandita lesión non é un resultado querido pola Constitución, precisamente por iso o convenio colectivo non está exento de se someter a un control de constitucionalidade. O FX 3.º da STC 177/1988 condensa, por todas, a doutrina constitucional ao respecto: «O convenio colectivo, como outros actos privados –aos cales en principio, e sen prexuízo das consideracións que máis adiante se efectúen, ha de asimilarse–, **pode lesionar os dereitos fundamentais,** e de que **nese momento se cumpriría a primeira condición para impetrar o amparo.** É certo que iso non abonda para acudir a este especial mecanismo de garantía, polas esixencias procesuais que a lei orgánica deste tribunal impón; mais tamén o é que o afectado por esa lesión poderá acudir aos tribunais ordinarios para a repararen, e que, caso de a súa demanda lle ser denegada, poderá exercer a correspondente acción de amparo, unha vez cumprido o trámite previsto no art. 44 da citada lei orgánica (SSTC 6/1988, de 21 de xaneiro, e 51/1988, de 22 de marzo). O recurso de amparo, en definitiva, non pode excluírse cando se trata de reaccionar fronte a actos dos poderes públicos que, malia a súa eventual contradición coa Constitución, apliquen un convenio colectivo ou lle recoñezan validez en puntos que se opoñan a esta (ATC 643/1986, de 23 de xullo); non é o devandito recurso, indubidablemente, un remedio procesual contra o convenio, mais a lexitimidade constitucional deste incide na lexitimidade do acto dos poderes públicos que formalmente se impugna (STC 95/1985, de 29 de xullo)» (a letra grosa é nosa).

A meu entender, esta é a perspectiva adecuada, é dicir, a que afirma e parte da plena suxeición da negociación colectiva á Constitución e aos dereitos fundamentais nela proclamados. En palabras do TC: «O convenio, con valor normativo e, en consecuencia, inscrito no sistema de fontes do dereito, está por iso mesmo subordinado ás normas de maior rango, en virtude do respecto ao principio de xerarquía recoñecido constitucionalmente como unha das facetas do imperio da lei, e debe aterse ao elenco dos dereitos fundamentais acollidos na Constitución e moi especialmente ao que proclama a igualdade e veda calquera discriminación» (FX 2.º da STC 177/1993; e en termos similares, FX 6.º *in fine* da STC 119/2002 e FX 4.º da STC 27/2004). Esta afirmación non pretende negar que a función da negociación colectiva resida na regulación das condicións de traballo, entre elas as retribucións dos traballadores, para adaptalas ás concretas circunstancias concorrentes en cada ámbito funcional e territorial, a se defenderen os intereses globais dos traballadores. Ora ben, non pode perderse de vista que esa función da negociación colectiva debe ser compatible co respecto dos dereitos fundamentais proclamados na Constitución. Neste sentido, véxase MARTÍNEZ GAYOSO, N. e FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2006) «La doble escala salarial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: estado de la cuestión» *Revista de Derecho Social XXXV*, 139-160.

discriminación *por razón de sexo*¹⁴». A prohibición de discriminación directa ou indirecta por razón de sexo constitucionalmente garantida comprende aqueles tratamentos pexorativos que se sustentan no sexo da vítima, así como na concorrencia de razóns ou circunstancias, alén do sexo da persoa, con conexión directa co embarazo ou a maternidade, elemento ou factor diferencial que por razóns obvias incide de forma exclusiva sobre as mulleres.

No noso dereito, a definición de qué se considera discriminación directa ou indirecta por razón de sexo introduciuse a partir da Lei orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes (LOIEMH, art. 6), que traspuxo con certa tardanza a Directiva 2002/73/CE¹⁵. Nela enténdese por discriminación directa por razón de sexo «a situación en que se atopa unha persoa que sexa, fose ou puider ser

¹⁴ A cursiva é nosa. En desenvolvemento do aludido precepto, o artigo 4.2.c) do ET recoñécelles aos traballadores o dereito básico a non seren discriminados directa ou indirectamente para o emprego, ou unha vez empregados, por razóns de sexo. Do mesmo modo, o art. 17 do ET considera nulos os preceptos regulamentarios, cláusulas dos convenios colectivos, pactos individuais e decisións unilaterais do empresariado que conteñan discriminacións directas ou indirectas por razón de sexo no emprego, retribución, xornada e demais condicións de traballo.

¹⁵ O que non significa que non estivesen xa configuradas a partir da xurisprudencia do Tribunal Constitucional. A xurisprudencia constitucional definiría as discriminacións indirectas por primeira vez en España na STC 145/1991. Posteriormente, as SSTC 136/1996 e 198/1996 completarían tal esforzo conceptual. Para o TC, «a específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada no art. 14 da CE comprende non só a discriminación directa, é dicir, o tratamento xurídico diferenciado e desfavorable dunha persoa por razón do seu sexo, senón tamén a indirecta, isto é, aquel tratamento formalmente neutro ou non-discriminatorio de que se deriva, polas diversas condicións fácticas que se dan entre traballadores dun e outro sexo, un impacto adverso sobre os membros dun determinado sexo» (SSTC 145/1991, 147/1991).

Polá súa vez, a Directiva 2002/73/CE (que modifica a Directiva 76/207/CEE do Consello, relativa á aplicación do principio de igualdade de tratamento entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, así como ás condicións de traballo) supón a ausencia de calquera discriminación directa ou indirecta por razón de sexo nos sectores público ou privado no tocante ás condicións de acceso ao emprego, ao traballo por conta propia ou á ocupación, incluídos os criterios de selección e as condicións de contratación, calquera que for o sector de actividade e en todos os niveis da xerarquía profesional, mesmo na promoción (art. 3.1.a). Esta directiva é, por tanto, para os efectos definitorios, un necesario punto de partida. Segundo as súas palabras, «o principio de igualdade de tratamento supón a ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ben sexa directa ou indirectamente, no que se refire, en particular, ao estado matrimonial ou familiar» (art. 2.1). Por discriminación directa enténdese «a situación en que unha persoa sexa, fose ou puider ser tratada de xeito menos favorable que outra en situación comparable por razón de sexo». Por discriminación indirecta «a situación en que unha disposición, un criterio ou unha práctica aparentemente neutros sitúan persoas dun sexo determinado en desvantaxe particular a respecto de persoas do outro sexo, agás que os devanditos disposición, criterio ou práctica poidan xustificarse obxectivamente cunha finalidade lexítima e que os medios para alcanzar esa finalidade sexan adecuados e necesarios».

tratada, en atención ao seu sexo, de xeito menos favorable que outra en situación comparable»; e por discriminación indirecta por razón de sexo «a situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros pon persoas dun sexo en desvantaxe particular con respecto a persoas do outro, salvo que a devandita disposición, criterio ou práctica se poidan xustificar obxectivamente en atención a unha finalidade lexítima e que os medios para alcanzar a devandita finalidade sexan necesarios e axeitados». Pola súa banda, cómpre lembrarmos que «constitúe discriminación directa por razón de sexo todo tratamento desfavorable ás mulleres relacionado co embarazo ou a maternidade» (art. 8 da LOIEMH), así como que o feito de que se considerarán «en todo caso discriminatorios o acoso sexual e o acoso por razón de sexo» (art. 7 da LOIEMH).

Expostas as consideracións e nocións xerais do tema que abordaremos, o noso obxectivo ao longo das seguintes páxinas non é outro que o de pór de manifesto algúns pronunciamentos recentes das máis altas instancias xurisdiccionais (ou mesmo dalgún órgano especializado na materia) en que esas desigualdades prohibidas se producisen e fose a causa da discriminación –tanto directa como indirecta– o sexo. En consecuencia, a continuación imos deternos na exposición dalgúns casos que pola súa relevancia merecen ser expostos nun traballo destas características.

Sendo isto así, debemos aclarar que a selección dos casos en función da súa relevancia debe ser entendida desde unha tripla perspectiva. Así, o criterio de relevancia –insístese– co obxecto de seleccionar supostos trae causa en ocasións de que o suposto de feito aborda situacións moi particulares que se arredan dos contextos que con carácter xeral foron obxecto de pronunciamento polos distintos tribunais dentro ou fóra das nosas fronteiras. É o caso, por exemplo, do considerado na STC 250/2007 relativo ao acoso sexual a bordo de buque. Así mesmo, e doutra parte, ese criterio de selección permitiu escoller outros casos a partir dos cales se resolveron algúns debates doutriniais que existían en España, como por exemplo o suposto observado na STC 92/2008 a respecto do despedimento dunha traballadora embarazada. E, para finalizar, seleccionouse un último elenco de supostos xa pola orixinalidade do asunto; xa porque, aínda que os problemas que tratan son relativamente clásicos, por desgraza aínda hoxe seguen a presentarse; xa porque aínda hai moitos temas sobre os cales pesa certa incerteza interpretativa.

2. Acoso sexual a bordo de buque. A STC 250/2007

2.1. Introducción

O acoso sexual¹⁶ é unha violación da integridade humana que ten o efecto de atentar contra a dignidade da persoa e, cando se dá no ámbito do traballo, unha violación do dereito a traballar nun ambiente digno e humano¹⁷, posto que ese comportamento indesexado de carácter sexual é percibido pola vítima como algo que se converte nunha das condicións de traballo ou crea un ámbito de traballo hostil, intimidatorio, degradante, humillante ou ofensivo¹⁸; as vítimas son os traballadores, homes e mulleres, aínda que estatisticamente a maioría dos casos teñen como protagonistas as mulleres¹⁹.

Do anterior derivase a consideración do acoso sexual como unha manifestación contraria ao principio de igualdade de tratamento e non-discriminación por razón de sexo que se produce non só no lugar de traballo, senón tamén no contexto do acceso ao emprego e á formación profesional, durante o emprego e a ocupación²⁰; e neste acoso sexual que percorre todo o panorama laboral –en pequenas, medianas e grandes empresas, en todos os sectores de actividade, nas distintas etapas da vida– revélanse como factores vinculados, entre outros, o estado civil da traballadora e a precariedade

¹⁶ Para unha análise xeral no dereito español, véxase ALTÉS TARREGA, J. A. (2002) *El acoso sexual en el trabajo*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

¹⁷ A Organización Internacional do Traballo (OIT) recoñeceu na súa conferencia de 1985 que o acoso sexual no lugar de traballo é prexudicial para o benestar e a produtividade dos traballadores, así como para as súas perspectivas de emprego e promoción. Véxase OIT (2003) *La hora de la igualdad en el trabajo*. Suíza, OIT.

¹⁸ Por acoso sexual enténdese (art. 7 da LOIEMH) «calquera comportamento, verbal ou físico, de natureza sexual que teña o propósito ou o efecto de atentar contra a dignidade dunha persoa, en particular, cando se crea un ámbito intimidatorio, degradante ou ofensivo». E por acoso por razón de sexo enténdese «calquera comportamento realizado en función do sexo dunha persoa, co propósito ou o efecto de atentar contra a súa dignidade e de crear un ámbito intimidatorio, degradante ou ofensivo».

¹⁹ Diversos estudos europeos revelan que entre o 40% e o 50% das mulleres e o 10% dos homes da UE consideran que foron obxecto de acoso sexual cando menos unha vez na súa vida activa.

²⁰ Sobre a LOIEMH e as orixes da noción de acoso sexual, véxase VICENTE PACHÉS, F. (2007) «Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo» en García Ninet, J. I. (dir.) *Comentarios a la Ley de Igualdad*. Valencia, CISS, 102 e ss.; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. e ROBLES CIFUENTES, H. (2007) *Los aspectos laborales de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Cizur Menor, Aranzadi Editorial, 51 e ss.

laboral²¹. Trátase dunha violación dos dereitos fundamentais dos traballadores e unha forma de violencia de xénero²². Así mesmo, temos que sinalar que un problema tan complexo como este pode ocasionarse nas distintas esferas sociais e nos distintos ámbitos ou sectores²³.

Porén, o acoso sexual presenta peculiaridades engadidas desde o punto de vista xurídico cando os actos que constitúen o citado *fustrigamento* se producen nun centro de traballo móbil como un buque, e iso fundamentalmente por dous motivos. O primeiro sería o relativo á tradicional cuestión do órgano xurisdiccional competente para axuizar un suposto destas características e a determinación da lei aplicable ao suposto, máxime cando –como acontece nestes casos– o lugar de traballo pode atoparse nun espazo que non está sometido á soberanía de ningún estado. O segundo motivo corresponderíase cos problemas que causa que un ámbito de traballo se atope ocupado por diversos empresarios ou, cando menos, por traballadores sometidos a diversos empresarios. Neses supostos, a posición da vítima ante un eventual acoso complica, dado que deberá diversificar a súa resposta desde o punto de vista laboral. Ambas as perspectivas conflúen de xeito habitual no contexto do traballo a bordo de buques, o que xera

²¹ Secretaría Confederal da Muller de CC. OO. (2000) *El acoso sexual en el trabajo en España*. Madrid, CC. OO. As cifras dadas por este informe revelan que un 14,5% dos traballadores viviron algunha situación de acoso ou comportamento indesexado (o 18,3% son mulleres e o 8,8% homes); no entanto, só un 6,6% das mulleres e un 2% dos homes recoñeceron abertamente esta situación. O acoso ambiental afecta un 50,4% das traballadoras.

²² Neste sentido, o acoso sexual é, por riba de todo, unha manifestación das relacións de poder. As mulleres están moito máis expostas a seren vítimas do acoso sexual precisamente por careceren de poder, porque se atopan en posicións máis vulnerables e inseguras na vida social e económica e no mercado de traballo; e tamén, por que non o dicir, son acosadas cando son percibidas como competidoras polo poder. No espazo laboral, o acoso inscríbese nunha trama de relacións onde existe un desequilibrio de poder en que as mulleres están nunha situación de desigualdade e en que o uso do poder non só ten a ver coa posición xerárquica na empresa, senón máis ben co poder de xénero, por iso en numerosos casos existe a dificultade de entendermos un determinado comportamento como acoso cando a persoa acosadora non é unha superior.

²³ A cuestión principal que xorde á hora de delimitarmos os contornos do acoso sexual, isto é, as condutas e os comportamentos que cabe incluírmos baixo esta noción, é que en moitas ocasións non é doado determinarmos cando nos atopamos ante un suposto destas características, xa que as eventuais vítimas de acoso sexual non teñen por que identificar as mesmas condutas como constitutivas do devandito acoso, de modo que mentres que para algunhas persoas algúns comportamentos son cualificados como acoso, para outras non. Véxase DEL REY GUANTER, S. (1993) «Acoso sexual y relación laboral» *Relaciones Laborales* III, 86.

dificultades engadidas ás que xa con carácter xeral orixina calquera suposto de acoso sexual²⁴.

Pois ben, este é precisamente o asunto que entretivo o Tribunal Constitucional na STC 250/2007 e sobre o cal se pronunciou o 17 de decembro de 2007. En efecto,

²⁴ O TC delimitou en distintas sentenzas os elementos que permiten configurar un comportamento como de acoso sexual, distinguindo a conduta libidinosa indesexada, por un lado, e o ambiente laboral humillante, hostil para o traballador, polo outro; así como tamén a necesidade de valorar a gravidade que para a vítima supón a conduta indesexada de orde sexual. Así, estableceu na STC 224/1999 (FX 3.º) que «para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primeiro lugar, unha conduta de tal talante por medio dun comportamento físico ou verbal manifestado, en actos, xestos ou comportamento, que ademais se perciba como indesexado e indesexable pola súa vítima ou destinataria, e que, finalmente, sexa grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravidade que se erixe en elemento importante do concepto. *En efecto, a prohibición do acoso non pretende en absoluto un medio laboral aséptico e totalmente alleo a tal dimensión da persoa, senón exclusivamente eliminar aquelas condutas que xeren, dun punto de vista obxectivo, e non só para a acosada, un ambiente no traballo desaprachable e incómodo. En tal sentido, a práctica xudicial doutros países pon de manifesto que ese carácter hostil non pode depender tan só da sensibilidade da vítima da agresión libidinosa, aínda cando sexa moi de ter en conta, senón que debe ser ponderado obxectivamente, atendendo o conxunto das circunstancias concorrentes en cada caso, como a intensidade da conduta, a súa reiteración, se se produciron contactos corporais humillantes ou só un intento, ou quedou en licenzas ou excesos verbais, e se o comportamento afectou o cumprimento da prestación laboral, sendo por outra parte relevantes os efectos sobre o equilibrio psicolóxico da vítima para determinar se atopou opresivo o ambiente no traballo. Así, fóra de tal concepto quedarían aquelas condutas que sexan froito dunha relación libremente asumida, vale dicir previamente desexadas e, en calquera caso, consentidas ou, cando menos, toleradas*». A letra cursiva é nosa. Para unha análise crítica desta sentenza, véxase LARZABAL SAIZAR, O. (2000) «El acoso sexual en la STC 224/1999» *Revista de Derecho Social* XI, 117-131; tamén LOUSADA AROCHENA, J. F. (2000) «El concepto de acoso sexual laboral según la sentencia del 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional» *Relaciones Laborales* III, 66 e ss.

Así mesmo, o TC reitera o criterio anterior na STC 136/2001 (FX 5.º), no sentido de que «para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primeiro lugar, unha conduta de tal talante por medio dun comportamento físico ou verbal manifestado, en actos, xestos ou palabras, comportamento, que ademais se perciba como indesexado e indesexable pola súa vítima ou destinataria, e que, finalmente, sexa grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravidade que se erixe en elemento importante do concepto». Conclúe o TC dicindo que «en primeiro termo, a obxectividade e a gravidade do comportamento son os presupostos sobre os cales asenta a doutrina constitucional sobre a posible existencia de acoso sexual e, por tanto, os elementos que deben ser valorados á hora de subministrar os elementos iniciais da proba que lle permita ao xuíz presumir a posible existencia dos feitos discutidos». Véxase o comentario a esta sentenza realizado por FERNÁNDEZ MARCOS, L. (2003) «El acoso sexual en el trabajo» en Sala Franco, T. (coord.) *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al profesor doctor Fernando González Suárez*. Madrid, La Ley, 43-58.

Convén citarmos, finalmente, a recente STC 74/2007, de 16 de abril. A recorrente en amparo aducía a vulneración de varios dereitos fundamentais por parte das sentenzas impugnadas nun suposto de acoso moral en que demandara tanto a empresa como o suposto acosador. No caso da sentenza do xulgado do social, reprochábaselle a este absolver a empresa codemandada por non ser coñecedora dos feitos; o que

o asunto de que tivo coñecemento o TC trae causa dun suposto de acoso sexual a bordo de buque en que se debatía o segundo dos problemas apenas enunciados, particularmente no seo de contratacións e subcontratacións. Por este motivo, e a pesar de a análise das cuestións de dereito internacional privado ser enormemente interesante, vou reducir esta intervención á análise do suposto de feito axuizado, así como á descrición do *iter* seguido nas distintas instancias xudiciais até que a traballadora vítima do acoso atopa amparo ante o máis alto tribunal español (TC), no que constitúe arestora o único pronunciamento que destas características cabe atoparmos nos repertorios de xurisprudencia españois e mesmo estranxeiros, polo que non cabe senón subliñarmos a súa relevancia. O anterior non significa que a escaseza de litixios sustentados ante os tribunais implique que se trata dunha realidade illada²⁵.

2.2. Suposto de feito

A demandante foi contratada pola empresa española Consulmar SL (axente de Solent Marine Services Ltd.) para prestar os seus servizos como camareira no buque Ferry Pride of Bilbao, propiedade de P&O European Ferries Ltd., con bandeira das

se lle criticaba ao TSX era absolver o suposto acosador, condenado polo xulgado a indemnizar a solicitante de amparo por danos morais con 25 000 € por non poder ser autor da violación do dereito fundamental alegado (a integridade física e moral *ex art.* 15.1 da CE). O TC repara en que o TSX cualifica a conduta do acosador de «abertamente reprochable» e, non obstante, decide absolvelo «por non poder ser autor da vulneración dun dereito fundamental (á integridade física e moral), que só podería ser vulnerado pola empresa se coñecese os feitos e os tolerase». A STC 74/2007 entende que esta resposta é «manifestamente irrazoable e carente dunha auténtica fundamentación no dereito, polo que declara a vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 da CE).

Lembra, en primeiro lugar, que o dereito á integridade física e moral é un dereito *erga omnes* que pode ser vulnerado, por iso mesmo, tanto polos poderes públicos como polos particulares; en segundo lugar, que os dereitos fundamentais «operan no ámbito das relacións laborais», aínda que resultan «modalizados» polo contrato de traballo; e, finalmente, que non só o empresario, senón tamén outros traballadores da empresa, poden lesionar os dereitos fundamentais dun traballador (cítase, neste sentido, entre outras, a STC 224/1999 sobre acoso sexual). Após lembrar todo o anterior, a STC 74/2007 fai notar que o TSX non apreciou inadecuación de procedemento e nin sequera «incompetencia da xurisdición laboral», por ser o acosador outro traballador da empresa, insistindo en que a competencia da orde social non foi posta «en cuestión»; outorga parcialmente o amparo e retrotrae as actuacións co fin de que o TSX dite nova sentenza en que «non exclúa a existencia de lesión do dereito fundamental dun traballador pola circunstancia de que o autor dos feitos constitutivos desta, con independencia de que sexa ou non o único responsable, sexa, á súa vez, traballador da empresa». Véxase o comentario a esta sentenza realizado por DE COSSÍO RODRÍGUEZ, M. P. (2008) «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2007» *Tribunal Social CCVI*.

²⁵ Sobre distintos supostos de acoso sexual a bordo de buque desde unha perspectiva sociolóxica, véxase BELCHER, P.; SAMPSON, H.; THOMAS, M.; VEIGA, J. e ZHAO, M. (2003) *Women Seafarers. Global Employment Policies and Practices*. Xenebra, International Labour Office, 53-57.

Bahamas²⁶; o Sr. Steve Mason, supervisor da demandante e agora demandado, fora contratado pola compañía Granada Retail Catering Ltd. –empregada, á súa vez, por P&O European Ferries Ltd. para a provisión dos servizos de comida e bebida dentro do buque– para prestar os seus servizos dentro do mesmo buque. A partir do mes de outubro de 1996, a demandante foi obxecto de tocamientos, rozamentos e requirimentos de orde sexual por parte do Sr. Mason, inmediato superior xerárquico. En novembro de 1996, o Sr. Mason chamou a recorrente ao seu cuarto co pretexto de facela progresar laboralmente, e, unha vez dentro deste, requiriuna sexualmente; ante a súa negativa, foi obxecto de tocamientos. A recorrente saíu con gran nerviosismo e chorando do cuarto, momento en que foi vista por un compañeiro de traballo, a quen manifestou que o Sr. Mason a atacara e agredira sexualmente. As devanditas agresións sexuais, así como os requirimentos da mesma índole efectuados polo Sr. Mason, tiveron lugar até o mes de maio de 1997 e eran coñecidas no barco, pois «pola súa obsesión por Itziar, o Sr. Mason non reparaba en manifestalas publicamente».

O día 22 de maio de 1997, por decisión do Sr. Mason, a recorrente foi cambiada de posto de traballo e trasladada á sección de degustación de café. Cando lle preguntou pola razón da mudanza ao Sr. Wayne Mark –superior do demandado–, este contestoulle que para recuperar o seu anterior posto debería pasar pola cama do Sr. Mason. Ese mesmo día a demandante tivo que ser atendida pola oficial médica do buque a consecuencia dun trastorno depresivo ocasionado pola presión a que estaba sometida segundo os feitos expostos, e tivo que desembarcar o 26 de maio de 1997 para se someter a un tratamento de trastornos psicolóxicos no Centro de Saúde Mental de Álava até o 5 de febreiro de 1998.

Após o desembarco da demandante, no barco realizouse unha investigación do acontecido dirixida polo capitán, no curso da cal foron interrogados tanto a doutora que atendera a vítima como o propio demandado e outra serie de compañeiros de traballo da actora. A pesar do anterior, no memorando do capitán non se recollen claramente as manifestacións destes compañeiros da recorrente, pois límitase a sinalar que «ambos a lembraban moi desgustada cara a setembro-outubro do 96 en relación con aquelas historias sobre a atracción afectiva que Steve Mason sentía cara a ela».

O 8 de outubro de 1997, a demandante, tras se reunir sen ningún éxito cun representante da compañía para que mediase e esixise que o demandado non traballase no

²⁶ Quero remarcar o feito de que o buque tivese pavillón das Bahamas, xa que a sentenza do TC sinala que era de bandeira británica, o cal non é senón un erro a teor dos datos fácticos ofrecidos nas instancias inferiores.

barco, presentou unha denuncia dos feitos no Xulgado de Instrución n.º 3 de Vitoria, onde con data de 4 de novembro de 1998 se ditou auto de sobresemento, por entender, sen entrar no fondo do asunto, que a xurisdición española non era competente para coñecer do feito denunciado de acordo co art. 23 da Lei orgánica do Poder Xudicial, ao ser o buque onde se desenvolveran os feitos de bandeira británica (sic); isto a pesar de que a denunciante manifestara que a conduta do denunciado (continua, incesante e progresiva) non só se desenvolvía dentro do buque, mais tamén en terra, cando o barco desembarcaba.

Como consecuencia do acoso sufrido, a recorrente padeceu desde o 26 de maio de 1997 até o 5 de febreiro de 1998 danos psicofísicos consistentes en depresión, angustia, ansiedade, tristura, apatía, insomnio, perda de peso e trastorno da conduta alimentaria. Sufriu unha recaída e viuse obrigada a continuar o tratamento psicofarmacolóxico o 22 de febreiro de 1998; permaneceu en tratamento e sometida a terapia de apoio durante 411 días, até a data da sentenza de primeira instancia. Doutra banda, perdeu a súa retribución mensual de 1432,37 euros desde o 26 de maio de 1997 até o 5 de febreiro de 1998, e sufriu danos morais, menoscabo na súa dignidade, propia estima e consideración polo acoso sexual sufrido e as agresións físicas e verbais do Sr. Mason.

A demandante presentou unha demanda de tutela de dereitos fundamentais que deu lugar aos autos n.º 49-1999 seguidos ante o Xulgado do Social n.º 6 de Bilbao. Este, mediante a Sentenza de 8 de febreiro de 2000, declarou que o acoso sexual de que fora obxecto constituía unha violación do seu dereito á dignidade (art. 10 da CE) e do dereito á igualdade e á non-discriminación por razón de sexo (art. 14 da CE), e condenou solidariamente ao cesamento do comportamento lesivo e ao pagamento dunha indemnización por danos e prexuízos tanto ao acosador como ás empresas codemandadas, que recibían de forma simultánea ou indiferenciada a prestación laboral da actora, xa que non adoptaran as medidas necesarias para evitaren os actos de acoso. Deste modo o Xulgado rexeitou a excepción de falta de lexitimación pasiva aducida polas empresas demandadas, que alegaban que os feitos se realizaran fóra do ámbito laboral de cada unha delas e que descoñecían a existencia do acoso sexual.

Sostén o xulgador que os requirimentos, frases e tocamientos tiveron lugar no curso do traballo da actora como camareira nos lugares onde realizaba as súas tarefas, como o bar, ou con ocasión de reunións suxeridas polo Sr. Mason con pretextos laborais. Así mesmo, indica que era coñecida a obsesión sexual deste último a respecto da demandante, ao realizar manifestacións públicas neste sentido. Sinálase tamén que, a pesar diso, as empresas codemandadas non adoptaron as medidas necesarias para

evitaren o acoso, aínda que a obsesión do Sr. Mason e os actos de acoso no barco eran evidentes; e engádesse que tampouco foron suficientes as medidas adoptadas unha vez que a actora denunciou os feitos no barco, xa que se realizou unha investigación incompleta e o capitán do barco elaborou un memorando en que non se recollían con exactitude os feitos nin as manifestacións das persoas que maior relación tiñan coa acosada. É máis, cando unha vez desembarcada a actora intentou a través dunha reunión co seu pai, o Sr. Christopher Davey e o Alcalde de Santurce que as empresas demandadas tomasen medidas no relativo ao Sr. Mason, tampouco se adoptou ningunha. A anterior sentenza foi recorrida en suplicación por todos os demandados, coa excepción feita do Sr. Mason, que non compareceu na instancia a pesar de ser citado en forma legal, e o recurso foi estimado pola Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco (TSXPV) de 18 de setembro de 2001, que revogou a sentenza de instancia, declarou a incompetencia da orde xurisdiccional social para coñecer da reclamación formulada pola demandante fronte ao Sr. Mason e absolveu o resto das empresas codemandadas das pretensións formuladas na súa contra.

Con relación ao demandado Sr. Mason, a Sala nega a competencia da orde xurisdiccional social ao ser distintas as empregadoras da demandante –malia se precisar que o mesmo acontecería se fosen a mesma ou unha unidade empresarial– e non mediar entre eles unha relación laboral derivada de contrato de traballo, senón só a relación funcional consecuencia dos labores desenvolvidos por ambos no restaurante do buque. Canto á acción exercitada pola actora fronte ás empresas codemandadas, a Sala aprecia a competencia da orde xurisdiccional social conforme aos arts. 2.1 e 175 e ss. da Lei de procedemento laboral (LPL), dada a relación de traballo que mediaba entre as partes.

No tocante a estas últimas, a Sala indica que para lles esixir a responsabilidade reclamada pola actora era preciso o seu coñecemento previo da situación que sufría a traballadora; por tanto, considera que non era preciso entrar a analizar a realidade do acoso sexual por parte do Sr. Mason, senón só se as empresas eran coñecedoras da situación vivida entre ambos: mantendo inalterado o relato fáctico, despois de manifestar as súas dúbidas sobre a súa solidez probatoria, afirma que non se daba por probado que a actora denunciase en ningún momento ante o capitán do barco, nin ante ningunha das empresas demandadas, a situación que viña soportando. Neste sentido, sinala que estaba claro que despois do seu requirimento de atención médica o día 22 de maio de 1997 á doutora Foncea (oficial médico do buque) o capitán, o Sr. Ross, comezou unha investigación en cuxo memorando se dicía non encontrar nada substancial en relación co acoso sexual, ao que se engade que non constaba que con anterioridade a esa data a parte empresarial tivese coñecemento da situación denunciada.

Por esta razón, a Sala entende que aínda cando no segundo feito probado se afirmaba que as agresións sexuais e os requirimentos eran coñecidos no barco (dado que o Sr. Mason, na súa obsesión pola recorrente, non reparaba en manifestalas de forma pública), á tal expresión de «coñecemento no barco» non debía dárselle outro alcance fóra de que puidesen telo os compañeiros de traballo dos propios afectados. E, chegados a ese punto, prosegue dicindo que, «se ningunha das empresas que foi condenada pola sentenza de instancia tivo coñecemento, como pronto, até o 22 05 97 da situación creada, ao desembarcar a traballadora o 26 05 97 por prescrición facultativa, resulta imposible que aquelas puidesen adoptar as medidas tendentes a evitala e a que se vulnerasen dereitos fundamentais da demandante durante a súa permanencia no barco en virtude do seu contrato de traballo». Deste modo, a Sala, ao acoller a excepción de incompetencia de xurisdición a respecto da reclamación formulada ao Sr. Mason e considerar que as vulneracións imputadas ás empresas codemandadas non resultaban de recibo polas razóns sinaladas, decide revogar a sentenza de instancia con desestimación íntegra das pretensións contidas na demanda.

Fronte a esa sentenza a recorrente formulou o recurso de casación para a unificación de doutrina n.º 3736-2001, que foi inadmitido a trámite por auto da Sala do Social do Tribunal Supremo de 30 de xaneiro de 2003 por falta de contradición entre a sentenza recorrida e a achegada de contraste (Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 27 de outubro de 2000): aínda que as controversias presentaban evidentes puntos de coincidencia, concorría un elemento diferencial relevante entre ambos os supostos, como era que a conduta constitutiva de acoso proviña no caso da sentenza de contraste dun traballador do propio persoal da empresa a que pertencía a actora, o que non acontecía no caso de autos.

2.3. A STC 250/2007

Despois do infrutuoso recurso de casación por unificación de doutrina, como vimos, o caso fórmulase ante o TC. A grandes trazos, podemos sinalar que o alto tribunal valora a decisión de non entrar ao fondo do caso baixo un canon cualificado, desde o que se reforza o xenérico dereito a acceder a un pronunciamento sobre o fondo (art. 24 da CE) cando o contido material do litixio versa sobre un dereito substantivo amparable. En efecto, o art. 24 da CE, como dereito fundamental, garante a obtención de tutela xudicial efectiva de xuíces e tribunais sen que en ningún caso poida producirse indefensión. Trátase dun dereito de toda a cidadanía que comprende, dunha parte, o dereito ao acceso aos recursos; e, da outra, o dereito a acceder aos órganos xurisdicionais para a defensa dos seus dereitos e intereses.

Este canon reforzado derivase do segundo dos dereitos amparables polo art. 24 da CE, por canto o dereito a acceder aos órganos xurisdicionais e poder alcanzar así unha resposta razoada, motivada e fundada en dereito forma parte do contido esencial do dereito mesmo. Por esta razón, e de acordo coa sentenza do Tribunal Constitucional, estamos ante un caso en que co fundamento da lesión do dereito de tutela xudicial efectiva se pretende a defensa doutros dereitos constitucionalmente recoñecidos e que estarían implicados neste litixio, como son a non-discriminación, a integridade e a intimidade. En consecuencia, e como o TC veu declarando en múltiples ocasións²⁷, o alto tribunal non pode quedar impasible cando se lle presentan estas situacións, polo efecto derivado ou reflexo que sobre a reparación do dereito poden producir as súas decisións²⁸. Deste modo, imponse á Sala a necesidade de entrar ao fondo do caso, tanto en relación co presunto acosador como a propósito das empresas.

2.3.1. O acoso sexual no traballo efectuado por un compañeiro empregado por outra empresa que presta servizos no buque

Un dos principais problemas que presentou este caso veu dado polo feito de o acoso sufrido pola vítima producirse por parte dun traballador que, malia prestar servizos no mesmo centro de traballo –o buque–, non estaba contratado ou ao servizo da mesma empresa, circunstancia esta que conduciu o TSXPV a declarar a incompetencia da

²⁷ SSTC 195/2007, de 11 de setembro; 329/2006, de 20 de novembro, e 256/2006, de 11 de setembro.

²⁸ Doutrina sobre a tutela xudicial efectiva cando está en xogo un dereito fundamental, FX 5.º: «Centrando agora a nosa análise na sentenza ditada pola Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza, a demandante de amparo impútalle a lesión do dereito á tutela xudicial efectiva por declarar a incompetencia de xurisdición da orde social para coñecer da acción dirixida fronte ao traballador que realizou o acoso. Dado que neste caso se impetra o dereito á tutela xudicial efectiva para a defensa de dereitos substantivos fundamentais (a saber, o dereito á non-discriminación por razón de sexo no traballo, e á protección da integridade e intimidade persoais, recoñecidos ambos, respectivamente, nos arts. 14, 15 e 18.1 da CE), o canon de constitucionalidade que debe aplicarse é reforzado (por todas, SSTC 74/2007, de 16 de abril, FX 3.º, e 202/2007, de 24 de setembro, FX 3.º). Certamente o noso axuízamento non se pode limitar a examinar se a aplicación e interpretación das normas de competencia que levou a cabo o órgano xudicial é ou non manifestamente irrazoable e arbitraria, pois, tratándose da protección xurisdicional de dereitos fundamentais, o control do pronunciamento xudicial, que denegou unha resolución sobre o fondo da acción exercitada contra o suxeito activo do acoso sexual, require un maior rigor. Conforme reiteramos en ocasións precedentes, as decisións xudiciais como a que aquí se recorre están especialmente cualificadas en función do dereito material sobre o que recaen, sen que a este tribunal, garante último dos dereitos fundamentais a través do recurso de amparo, poida resultarlle indiferente aquela cualificación cando se impugnan ante el este tipo de resolucións, pois non só se atopa en xogo o dereito á tutela xudicial efectiva, senón que pode producirse un efecto derivado ou reflexo sobre a reparación do dereito fundamental cuxa invocación sustiña a pretensión ante o órgano xudicial (por todas, SSTC 112/2004, de 12 de xullo, FX 4.º; e 196/2005, de 18 de xullo, FX 3.º)».

orde xurisdiccional social para coñecer do preito por considerar que se trataba de condutas á marxe da relación laboral. Neste sentido, serían dúas, por tanto, as cuestións que debemos tratar: dunha banda, se o caso en cuestión era ou non competencia da xurisdicción social, no tocante a que TC repara na relación xerárquica existente entre aquel e a vítima, o que remite o caso ante a xurisdicción social²⁹. Maiores problemas presenta, da outra, a imputación de responsabilidades contra un acosador que sendo compañeiro de traballo mantén relación laboral cunha empresa distinta á da vítima.

Cómpre sinalarmos que, logo da modificación operada pola LOIEMH no Estatuto dos traballadores (ET), a redacción vixente do art. 4.2 deste establece que os traballadores teñen dereito ao «respecto á súa intimidade e á consideración debida á súa dignidade, comprendida a protección fronte ao acoso por razón de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, minusvalía, idade e orientación sexual, e fronte ao acoso sexual e o acoso por razón de sexo»; así mesmo, non podemos esquecer que o empresariado ten –entre outros– un deber de protección dos traballadores fronte ao acoso sexual. Pois ben, desde esta perspectiva, e de acordo coa nosa normativa interna, o empresariado está obrigado a garantir a seguridade e saúde dos seus traballadores tamén fronte aos riscos psicosociais³⁰, polo que en consecuencia deberá reprimir

²⁹ Solución ao caso (no que ten a ver co presunto acosador), FX 6.º: «Aplicando ao caso o canon de control anteriormente exposto, non pode estimarse que a decisión xudicial da Sala resulte razoable, pois supón unha interpretación indebidamente restritiva dos arts. 2 e 181 da LPL, que priva a recorrente da axeitada tutela xurisdiccional dos dereitos fundamentais se estes resultan lesionados no ámbito laboral. Certamente, á vista do relato fáctico, non é razoable desvincular a acción exercitada da orde social sobre a base de que o comportamento acosador do traballador demandado era “unha actuación persoal e allea á relación laboral”. Tal aseveración non atopa sustento no relato fáctico, xa que resultou acreditado que o demandado era supervisor do restaurante do buque en que a recorrente traballaba como camareira e inmediato superior xerárquico seu, e que o acoso sexual, cuxa realidade quedou probada na instancia, se produciu en conexión directa coa relación laboral, ao levarse a cabo, en primeiro lugar, con ocasión da prestación do traballo da actora e do exercicio polo demandado das funcións inherentes ao seu cargo; e, en segundo lugar, no centro de traballo onde un e outro coincidían na realización dos seus respectivos labores. Está acreditado, ademais, que o demandado utilizou a súa superior posición laboral como chantaxe sexual, en tanto condicionou a permanencia da recorrente no seu posto de traballo ou as posibilidades de progreso laboral á aceptación dos seus requirimentos sexuais. En definitiva, non cabe dúbida de que a recorrente formulou unha controversia atribuíble á xurisdicción social e que, ao non o apreciar así, a Sala realizou unha interpretación da orde material de competencias entre as distintas ordes xurisdiccionais que descoñece o dereito da actora ao uso da canle procesual predeterminada pola lei para solicitar a tutela dos dereitos fundamentais que se lle quebrantaran no ámbito da súa relación laboral».

³⁰ Véxase en extenso VALLEJO DACOSTA, R. (2005) *Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi. É opinión compartida pola doutrina a configuración dos riscos psicosociais como risco incluído dentro da obriga de previr e protexer os traballadores e a inserción do acoso laboral (incluído o sexual) dentro destes riscos. Así, VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. (2004) *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*. Barce-

e sancionar –mesmo co despedimento– aqueles subordinados que acosen sexualmente un compañeiro ou unha compañeira da mesma empresa.

Igualmente, a nosa lexislación –tanto o ET como a Lei de prevención de riscos laborais (LPRL)– abordou o problema da protección fronte ao acoso cando as persoas que son protagonistas, acosador e vítima, destas condutas absolutamente rexeitables pertencen a empresas distintas, aínda que comparten o mesmo centro de traballo. En efecto, este problema pode solucionarse a través da aplicación do disposto no art. 42 do ET en relación co art. 54.2.g) do ET. Esta última disposición, relativa ás causas de despedimento disciplinario, establece como causa de despedimento «o acoso sexual ou por razón de sexo ao empresario ou ás persoas que traballan na empresa», o que permite que o poder disciplinario sexa exercido no ámbito estrito da relación xurídico-laboral, mais tamén fóra dela, ao facer referencia ás persoas que traballan na empresa.

En consecuencia, as facultades directivas, malia que circunscritas ao cadro de persoal que depende de cada empresario, non evitan que un traballador dunha empresa que comete acoso sexual a unha traballadora doutra empresa distinta poida ser sancionado polo seu propio empresario, logo de comunicación entre os empresarios implicados para que aquel baixo cuxa dirección se atope prestando servizos o acosador lle imponha a sanción correspondente. No mesmo sentido, isto é, de ampliación do ámbito disciplinario, pronúnciase a Lei 5/2000, sobre infraccións e sancións na orde social, xa que a teor do seu artigo 8.13.º bis o acoso sexual é considerado como unha infracción moi grave «cando se produza dentro do ámbito a que alcanzan as facultades de dirección empresarial, calquera que for o seu suxeito activo».

Á mesma conclusión pode chegarse cando se analiza a LPRL, posto que o art. 48.1 da LOIEMH³¹ en relación co art. 24.3 deste corpo legal, relativo á coordinación de actividades empresariais no marco preventivo, imponlle *á empresa principal* un deber de vixilancia do cumprimento da normativa de prevención de riscos laborais polos contratistas e subcontratistas con que contratasen a realización dunha obra ou un servizo

Iona, Gestión 2000, 140 e ss; NAVARRO NIETO, C. (2005) «Nuevas dimensiones de la prevención y el aseguramiento de riesgos profesionales: enfermedades de trabajo y riesgos emergentes» en Monereo Pérez, J. L.; Molán Nazaret, C. e Moreno Vida, M. N. (dirs.) *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*. Granada, Comares, 92 e 105.

³¹ «As empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten o acoso sexual e o acoso por razón de sexo e arbitrar procedementos específicos para a súa prevención e para dar saída ás denuncias ou reclamacións que poidan formular os que fosen obxecto deste».

correspondente á propia actividade daquela. Xa que logo, como pode doadamente advertirse, é perfectamente factible de acordo coa nosa lexislación interna imporlle sancións ao acosador que preste servizos no centro de traballo da vítima cando ambos pertencen a empresas distintas.

Cuestión distinta, mais de indubidable interese, é tamén determinarmos os problemas procesuais que poden presentarse nun suposto destas características, e máis concretamente a cuestión relativa a se no marco dunha acción de tutela de dereitos fundamentais (arts. 175 e ss. e 181 da LPL) existe ou non un *litisconsorcio pasivo* necesario que obriga a que a persoa demandante, vítima de acoso, deba demandar conxuntamente a empresa ou as empresas que puidesen resultar responsables e a persoa ou as persoas ás cales se imputa a realización directa da conduta constitutiva de acoso³². Esta cuestión orixinou un intenso debate que se saldou coa necesidade de que a vítima dirixa a demanda, alén de contra a empresa ou as empresas concernidas, tamén contra o presunto acosador a partir da STS de 30 de xaneiro de 2008 (RX\2008\2777), que veu sinalar que cómpre a situación de *litisconsorcio pasivo* necesario posto que poden verse afectados os dereitos e intereses do acosador pola resolución xudicial que poña fin ao proceso³³.

2.3.2. O coñecemento por parte das empresas implicadas do acoso sexual e a súa responsabilidade no caso

No tocante á segunda cuestión, que versa sobre o problema de se as empresas concernidas coñecían ou non a conduta de acoso sufrida pola traballadora (a sentenza de duplicación exonéras de responsabilidade precisamente por descoñeceren o que

³² Canto a se é posible demandar o compañeiro de traballo autor de acoso sexual dentro do marco dun proceso de tutela de dereitos fundamentais, a maior parte da doutrina española inclínase favorablemente. Así, *inter alia*, DEL REY GUANTER, S. (1993) «Acoso sexual y relación laboral» *Relaciones Laborales* I, 254; e LOUSADA AROCHENA, J. F. (1996) *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Granada, Comares, 211-212.

³³ Non obstante, humildemente considero que o posicionamento que mantén o TS no que ten a ver con esta cuestión pode ser criticable por varios motivos. En primeiro lugar, porque non existe ningún tipo de vinculación da acción indemnizatoria co outro traballador da mesma empresa a que se imputa a conduta de acoso. Así, a decisión xudicial que resolva esta acción concreta (xa sexa a través do proceso ordinario, de xeito acumulado á extinción causal ou ao proceso de tutela de dereitos fundamentais *ex. art. 80, 50 ou 180 da LPL* respectivamente) élle allea, xa que só van afectar o empresario e o traballador demandante. En segundo lugar, o eventual acosador non é titular da relación xurídica debatida en preito e non é parte, xa que logo, do proceso. E, por último, malia que a sentenza que recaia nun preito destas características puidese ter repercusión sobre ese terceiro, este poderá impugnalos mediante o exercicio das accións xudiciais pertinentes.

estaba a suceder a bordo do buque), o TC impútalle á Sala un erro substancial na conceptualización do suposto de feito. Así, non cabe excluír o coñecemento previo das empresas a respecto do caso cando a traballadora o puxo sobre a mesa do superior xerárquico do presunto acosador e, ao tempo, os incidentes entre o presunto acosador e a vítima eran sabidos no barco, iso debido a que o seu responsable non tiña reparos en recoñecer publicamente a súa obsesión³⁴.

Por outro lado, ao constar como feito probado que as agresións sexuais e os requirimentos «eran coñecidos no barco», non resulta razoable deducir que tal coñecemento se constringiu aos traballadores do buque e non alcanzou ningún responsable empresarial. Certamente, a dedución que realizou a Sala ao respecto, sen argumentación de ningún tipo, non atopa apoio no relato fáctico e resulta ilóxica tendo en conta a duración do acoso sexual, a súa publicidade por parte do autor e as peculiaridades dun centro de traballo en que, como sinala o fiscal, as relacións entre os traballadores e os empregadores son máis intensas, ao compartiren non só as horas de traballo, senón o resto da xornada, dada a coincidencia entre lugar de traballo e de residencia. En definitiva, a apreciación da Sala tamén neste aspecto resultou irrazoable, carente de todo fundamento, e supuxo unha vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva.

2.4. A fin do proceso: a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco de 2008

A consecuencia do pronunciamento efectuado polo TC, que anulou a sentenza de instancia, isto é, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco (TSXPV) de 2001, o tribunal tivo que resolver o caso conforme ás orientacións dadas polo TC,

³⁴ Solución ao caso (no que ten a ver coas empresas), FX 6.º: «Non obstante, os anteriores razoamentos non teñen soporte no *factum* acreditado. En primeiro lugar, a Sala non tomou en consideración que o día en que a traballadora precisou a atención médica a que fai referencia fora pedirlle previamente explicacións ao Sr. Wayne Mark (superior xerárquico do Sr. Mason) sobre os motivos do cambio do seu posto de traballo, ao que aquel lle contestou que, para recuperar o seu anterior posto, «debería pasar pola cama do Sr. Mason». Lonxe, en consecuencia, de mostrar sorpresa ante un feito descoñecido ou ofrecer razóns do cambio de posto de traballo, o superior xerárquico do Sr. Mason non fixo outra cousa que avalar a actuación discriminatoria deste último fronte á recorrente, ao non reaccionar fronte a esta, senón, pola contra, dar por feito que o mantemento do posto de traballo da actora estaba condicionado a acceder aos requirimentos sexuais de que fora obxecto. Tampouco a empresa navieira fixo nada ante a conversa mantida en Santurce entre a recorrente, o seu pai, o alcalde e o Sr. Davey, quen, despos de telefonar á navieira, sinalou que segundo esta «non era posible facer nada». Obsérvase, en definitiva, que nin os superiores xerárquicos do traballador demandado nin a empresa navieira a que se comunicou a situación reaccionaron de ningún modo fronte ao acoso, nin sequera cando, como consta de xeito fidedigno, tiveron coñecemento expreso del».

o que culminou cun pronunciamento do TSXPV no curso do ano 2008 polo cal se responsabilizaba de acoso o Sr. Mason e se lles imputaba responsabilidades ás empresas concernidas, a excepción feita de Consulmar SL, sen que coubese a admisión das alegacións das empresas que, basicamente, se centraron en proclamaren a prescripción da acción por parte da actora.

3. Acceso ao emprego, esforzo físico e discriminación por razón de sexo

Aínda hoxe é relativamente frecuente atoparmos supostos de discriminación por razón de sexo no acceso ao emprego. É o suposto que tivo a ocasión de coñecer a Defensoría para a Igualdade entre Mulleres e Homes (DIMH) do Goberno vasco no asunto Faes Farma SA (expediente D/5/2008)³⁵, aínda que antes de abordarmos o procedemento e a resolución emitida por este órgano cómpre realizarmos algunhas consideracións previas sobre a discriminación por razón de sexo no acceso ao emprego.

Polo que respecta ao acceso ao emprego, non cabe dúbida de que é no momento de incorporación da muller ao posto de traballo idóneo canto á súa formación profesional cando a discriminación por razón de sexo pode facerse claramente patente. Neste sentido, debe afirmarse de xeito tallante que as condutas discriminatorias por razón de sexo están proscribas desde o momento do acceso ao emprego até a finalización da relación de traballo, en suma, ao longo e largo da vida laboral. Así o confirma o Tribunal Constitucional, entre outros, na STC 29/2002, de 11 de febreiro, a argumentar que «non pode manterse que só cando está en curso unha relación laboral poida xerarse unha conduta discriminatoria, senón que a discriminación pode viciar tamén actuacións relativas ao acceso ao emprego ou ao seu mantemento³⁶».

³⁵ Resolución dispoñible en formato electrónico no enderezo web <http://www.emakunde.euskadi.net/u72-10010/es/contenidos/informacion/informes_recomendaciones/es_informes/adjuntos/Resolucion%20D-05-2008%20FAES%20FARMA.pdf>.

³⁶ Tamén se manifesta no mesmo sentido o FX 3.º da STC 173/1994, cando sinala que «polo que atinxe á prohibición de discriminación por razón de sexo, establecemos que tal prohibición constitúe un límite ao exercicio da liberdade empresarial de contratación, tamén aplicable na fase de acceso ao emprego, o que obriga o empregador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para o home e a muller no caso das discriminacións directas, así como a rexeitar aqueles outros criterios que, aínda sendo formalmente neutros, produzan un resultado adverso para os integrantes dun e outro sexo, no suposto das denominadas discriminacións indirectas ou de impacto adverso. Procede, pois, considerar que tal regra procesual, no contexto dunha conduta discriminatoria no acceso ao emprego, está encamiñada dereitamente a facer transparentes, co fin de seren ponderados polo órgano xudicial na súa función tuteladora do dereito fundamental os criterios que para a selección dos traballadores utilizou o empregador (STXCE de 30 de xuño de 1988, asunto Comisión contra a República Francesa), dada a singular dificultade

A prohibición da devandita discriminación ten por obxecto limitar o poder empresarial *ex art. 38 da CE*, de forma que no procedemento de selección dos traballadores para un posto, o principio de non-discriminación por razón de sexo recollido no art. 35 da CE impida o empresario empregar este como criterio determinante na selección, esixir diferentes requisitos segundo o sexo á hora de contratar os traballadores e, en fin, utilizar sistemas de exclusión dun maior número de mulleres (ou de homes) de forma inustificada. Esta prohibición enmárcase dentro dun contexto moi particular, e é que o acceso ao mercado de traballo constitúe o momento máis difícil de control e aplicación da prohibición de discriminación por sexo. No ámbito privado rexe a liberdade de contratación e a decisión de contratar un traballador ou outro é unha decisión empresarial discrecional; aínda que todas as decisións discrecionais, e por tanto tamén a liberdade empresarial de contratación, están limitadas polo respecto dos dereitos fundamentais, a súa efectividade neste terreo é máis difícil.

Como se sinalou, un dos terreos onde se formulan problemas de igualdade para as mulleres no acceso ao traballo atópase na utilización do sexo como criterio de selección de traballadores para determinados empregos. Este aspecto constitúe a dificultade que debeu encarar a Defensoría para a Igualdade de Mulleres e Homes do Goberno vasco no asunto Faes Farma SA, posto que esta empresa fundamentaba a súa decisión de empregar dous varóns nunha área específica –a Área de Produción– no esforzo físico que requirían os postos de traballo que pretendía cubrir. Certamente, a empresa solicita dous homes para ocuparen dous postos determinados, sen permitir que ningunha muller concorra ao proceso de selección, por razóns baseadas exclusivamente no alto risco que comporta a manipulación de determinadas cargas e, en consecuencia, péchalles o paso ás mulleres –isto é, non só limita o seu acceso aos postos mencionados, senón que o prohíbe– fundamentando a súa decisión na menor fortaleza física e maior debilidade da muller en relación ao varón como algo que corresponde á natureza das cousas *per se* e para todo caso.

probatoria que reviste en tales casos a constatación da conduta empresarial discriminatoria, máxime na modalidade cualificada como indirecta ou de resultado adverso. Ora ben, esta esixencia ao empregador de acreditar que os criterios seguidos son alleos a todo móbil de tratamento discriminatorio, por descansar en razóns obxectivas, só é procedente naqueles casos en que a parte demandante achega ao proceso un mínimo de indicios abondos, ou un principio de proba que xere razoablemente unha aparencia ou presunción sobre a realidade da conduta empresarial que se denuncia».

3.1. Suposto de feito

Con data de 25 de xaneiro de 2008 recibe entrada na Defensoría para a Igualdade de Mulleres e Homes un pedimento presentado por unha profesora dun instituto de formación profesional de Bilbao polo cal se lle insta a intervir fronte á empresa Faes Farma SA. A situación estriba en que esta empresa solicitara por teléfono que o instituto lle enviase un rapaz para a subscrición dun contrato de traballo de seis meses de duración. Ante tales circunstancias, o instituto pídelle á empresa que lle envíe o perfil específico do posto de traballo para o cal se solicita un traballador masculino. A empresa denega tal solicitude e reitera o seu pedimento de envío inmediato dun traballador masculino. O instituto, pola súa vez, insiste no envío do perfil en cuestión, por entender que un centro educativo non pode acceder a unha solicitude destas características, xa que podería tratarse dun suposto de discriminación en relación coas alumnas do centro; así mesmo, solicita manter unha entrevista coa persoa responsable da xestión de persoal da empresa Faes Farma SA, quen se nega a ter ningunha reunión, segundo os feitos alegados. Ante as discrepancias xurdidas entre a empresa e o instituto de formación profesional, elévase o ton das conversas, que finalizan sen se chegar ningún a acordo entre as partes implicadas.

No marco das súas atribucións, a Defensoría estimou oportuno actuar con carácter previo ao inicio de calquera procedemento, co obxecto de determinar preliminarmente se concorrían ou non circunstancias abondas que xustificasen un proceso de investigación e, xa que logo, a súa actuación no marco dos procesos de tutela contra comportamentos que puideren constituír discriminación directa ou indirecta por razón de sexo. Daquela, buscouse contrastar o relato fáctico expresado na denuncia co relato dos feitos achegados verbalmente polo director de Recursos Humanos da empresa Faes Farma SA, o que levou a Defensoría a concertar unha cita con aquel que tivo lugar o 18 de febreiro de 2008 nas dependencias da empresa.

Na citada reunión, o director de Recursos Humanos expresou nun primeiro momento a súa sorpresa ante a posición adoptada polo instituto de formación profesional, e iso así por canto sinalou que a empresa contaba cun cadro de persoal maioritariamente integrado por mulleres, en que a súa presenza alcanzaba mesmo os postos de maior responsabilidade. Doutra banda, e xa en relación co caso, admitiu que a solicitude cursada ao instituto non se referira exclusivamente a un único traballador masculino, senón que o pedimento concernía ao envío de dous traballadores varóns para cubrir senllos postos de traballo para realizaren tarefas de esforzo dentro da Área de Produción.

A xustificación para a cobertura dos devanditos postos de traballo mediante traballadores varóns estaba no factor de esforzo que requirían determinadas tarefas na Área de Producción (onde practicamente prestan servizos exclusivamente traballadores masculinos, a diferenza da Área de Acondicionamento, onde traballan mulleres de forma maioritaria), ao ter que se levantar distintas cargas que dificilmente poderían erguer mulleres, non sendo pesos inferiores a 20/22 kg. Con todo, o mesmo director de Recursos Humanos sinalou que moitos dos pesos que debían alzarse eran medidos en toneladas, así como que cada certo tempo (aproximadamente cada 8 horas) era necesario cambiar determinado instrumental que comportaba que cando menos dous homes tivesen que elevar un peso considerable.

Polo anterior, solicitóuselle información sobre o grao de mecanización na Área de Producción da empresa coa finalidade de coñecer se as tarefas de esforzo encomendadas nela eran de tal envergadura e periodicidade que, no seu caso, puidesen xustificar obxectiva e razoablemente a solicitude de traballadores masculinos para cubriren postos de traballo na Área de Producción de xeito que non constituíse, eventualmente, un suposto de discriminación por razón de sexo no acceso ao emprego. Ante a dita interrogante, o director de Recursos Humanos non ofreceu ningún dato exacto de mecanización; no entanto, sinalou que a empresa contaba con mecanización abonda e que, para alén disto, cumpría coa normativa de prevención de riscos laborais.

Xunto ás consideracións anteriores, solicitouse información sobre o convenio colectivo aplicable á empresa, así como sobre se a empresa contaba cun plan de igualdade. Á primeira interrogante, o director de Recursos Humanos respondeu que subscribiran un convenio colectivo no ano 2007, cuxa duración e vixencia se estendía até o 2010; mentres que á segunda contestou que o centro de traballo da empresa radicado en Bilbao non chegaba aos 250 traballadores, polo que non tiña a obriga de subscribir ningún plan de igualdade como prescribe a Lei orgánica 3/2007, para a igualdade efectiva de mulleres e homes.

Asemade, na mesma mañá do 18 de febreiro e sempre no marco das actuacións previas que a Defensoría pode abrir para determinar se inicia un proceso de investigación de oficio, as asesoras xurídicas designadas para tal efecto trasladáronse ao centro de formación profesional implicado coa finalidade de manter unha conversa coa profesora denunciante, a cal reiterou o relato de feitos formulado no escrito inicial presentado ante a Defensoría.

Á vista dos datos obtidos oralmente e sempre co fin de obter a maior cantidade información posible no marco das actuacións previas conducentes, de ser o caso, á apertura dun proceso de investigación, a Defensoría entendeu oportuno solicitar certa documentación e información ao Comité de Empresa de Faes Farma SA, que con suma celeridade foi remitida. Así mesmo, e coa finalidade determinar se o principio de igualdade por razón de sexo resultaba lesionado neste caso, adoptou a decisión de resolver o caso mediante un acordo de iniciación para proceder a practicar as dilixencias de investigación necesarias para o esclarecemento dos feitos. En consecuencia, pedíuselle información aclaratoria á empresa no que tiña a ver co grao de mecanización na Área de Produción e que xustificase de maneira razoada o carácter esencial de esforzo físico esixido para prestar servizos nela, así como os criterios eventualmente establecidos para excluír as mulleres do acceso aos mencionados postos de traballo. De igual forma, demandouse toda a documentación relativa á avaliación de riscos laborais e as medidas de seguridade e saúde na empresa.

Á vista da documentación recibida posteriormente, procédese a resolver o expediente D/5/2008 cunha resolución que pon fin ao procedemento, dá conta do resultado das investigacións efectuadas e propón con carácter eventual as medidas de conciliación que se consideran oportunas coa finalidade de erradicar situacións ou prácticas discriminatorias ou que poidan obstaculizar a igualdade de oportunidades de mulleres e homes.

3.2. Resolución da Defensoría para a Igualdade de Mulleres e Homes do País Vasco

Após o exame da documentación e información solicitadas durante o procedemento a que se fixo referencia, a Defensoría entendeu que a conduta da empresa Faes Farma SA, que impedía que as mulleres participasen no proceso de selección para o acceso a un emprego ou posto nas seccións de Produción Farmacéutica (Sólidos) e Central de Pesadas, constituía un suposto de discriminación directa no acceso ao emprego por razón de sexo. Este extremo sustentouse sobre o relato fáctico dos feitos, ao non se permitir en ningún caso que as mulleres puidesen acceder ao proceso de selección para a cobertura de determinados empregos dentro da empresa, pois, sempre segundo os datos achegados tanto polo Comité de Empresa como polo Comité de Seguridade e Saúde, non había de persoal feminino nas devanditas seccións, xa que «de feito nunca se adscribiu persoal feminino aos devanditos postos»; establecíase, por tanto, unha segregación de postos de traballo por sexos baseada no esforzo físico que require o levantamento de determinadas cargas. A empresa xustificaba o devandito comportamento nos «riscos inherentes de manipulación de cargas».

Sendo esta a conclusión xeral do suposto, debemos non obstante achegarnos á dupla dimensión que deste asunto debía encararse no caso para a súa correcta comprensión, xa que, por un lado, cómpre determinarmos con carácter xeral cando nos atopamos ante un suposto de discriminación por razón de sexo no acceso ao emprego; e, polo outro, se este se xustifica de xeito obxectivo e razoable no factor de esforzo físico a que alude a empresa como elemento determinante xa non só para non se contrataren mulleres, senón mesmo para impedir que estas concorran ao proceso de selección que dá acceso a postos ou empregos nas seccións de Produción Farmacéutica (Sólidos) e Central de Pesadas. E é que debemos analizar se existe algunha xustificación como a establecida no art. 5 da LOIEMH que permitiría establecer que nos atopamos ante un suposto de discriminación que non está vedado pola nosa normativa vixente.

3.2.1. Excepción do principio de non-discriminación no acceso ao emprego: traballos prohibidos ás mulleres ou requisitos profesionais esenciais

A normativa reguladora da igualdade de tratamento entre mulleres e homes no ámbito comunitario (art. 2.6 da Directiva 76/207/CEE³⁷), recollendo a doutrina do Tribunal

³⁷ A primeira disposición do dereito comunitario no que ten a ver cos requisitos profesionais foi a alínea 2 do artigo 2 da Directiva 76/207/CEE, relativa á igualdade de tratamento entre homes e mulleres no acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais e ás condicións de traballo. Este artigo prohibe calquera discriminación, directa ou indirecta, por razón de sexo; ora ben, unha excepción ao principio de igualdade de tratamento é posible cando se dan as condicións da segunda alínea: «Esta directiva non obstará a facultade que teñen os estados membros de excluíren do seu ámbito de aplicación as actividades profesionais e, chegado o caso, as formacións que a elas conduzan, para as cales o sexo constitúe unha condición determinante en razón da súa natureza ou das condicións do seu exercicio». Esta disposición foi emendada pola Directiva 2002/73/CE. Agora, a alínea 6 do artigo 2 da versión consolidada desta directiva sobre a igualdade de tratamento entre homes e mulleres no emprego está redactada como segue: «Os estados membros poderán dispor, polo que respecta ao acceso ao emprego, incluída a formación pertinente, que unha diferenza de tratamento baseada nunha característica relacionada co sexo non constituirá discriminación cando, debido á natureza das actividades profesionais concretas ou ao contexto en que se leven a cabo, a devandita característica constituía un requisito profesional esencial e determinante, sempre e cando o obxectivo sexa lexítimo e o requisito proporcionado».

Tamén a Directiva 2000/43/CE, relativa á igualdade de tratamento das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica, e a Directiva marco 2000/78/CE permiten excepcións no tocante aos requisitos profesionais esenciais. As disposicións relativas a estes requisitos profesionais esenciais están formuladas *grosso modo* do mesmo xeito, mais presentan algunhas diferenzas, en particular as da Directiva marco. A xurisprudencia do tribunal competente na materia de momento só ten por obxecto as excepcións relacionadas co principio de igualdade de tratamento entre homes e mulleres. Ademais, a alínea 2 do artigo 9 da Directiva 76/207/CEE obriga os estados membros a examinarens periodicamente as excepcións relacionadas coas esixencias profesionais co fin de comprobaren, tendo en conta a evolución social, se está xustificada manter estas exclusións; esta cláusula non foi emendada pola Directiva 2002/73/CE e só quedou lixeiramente modificada na Directiva 2006/54 (refundición). Esta directiva, na alínea 3 do artigo 31 establece que os estados membros deberán comunicar cada oito anos o resultado destes exames á Comisión.

de Xustiza das Comunidades Europeas (TXCE), foi incorporada ao dereito español no actual artigo 5 da Lei orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes. Esta disposición establece a posibilidade de opor excepción á aplicación do principio de non-discriminación no acceso ao emprego cando sinala o seguinte: «Non constituirá discriminación no acceso ao emprego, incluída a formación necesaria, unha diferenza de tratamento baseada nunha característica relacionada co sexo cando, debido á natureza das actividades profesionais concretas ou ao contexto en que se leven a cabo, a devandita característica constitúa un requisito profesional esencial e determinante, sempre e cando o obxectivo sexa lexítimo e o requisito proporcionado». Dito doutro modo, a nosa normativa permite que en determinadas circunstancias excepcionais e para determinadas actividades profesionais poidan existir diferenzas de tratamento por razón de sexo, sen que por iso se consideren discriminacións prohibidas.

Pois ben, a previsión contida no art. 5 da LOIEMH trae causa na normativa comunitaria que permitiría excluír o acceso das mulleres a determinadas profesións, de tal maneira que se trata dunha disposición que debe ser obxecto dunha interpretación sumamente restritiva. Por esta razón, cómpre determinarmos que tipo de actividades poden xustificar esta diferenza de tratamento, e se a actividade desempeñada nas seccións de Producción Farmacéutica (Sólidos) e Central de Pesadas está dentro daquelas que, no seu caso, permitirían restrinxir o acceso das mulleres aos devanditos empregos sen por iso –insístese– constituír un comportamento prohibido de acordo co noso ordenamento xurídico.

Para poder internarnos nesta materia faise necesario pórmos de manifesto que, nos pronunciamentos ditados polo TXUE en que se aceptou a devandita excepción³⁸, as actividades obxecto de axuizamento separábanse profundamente da desenvolvida na empresa Faes Farma SA, ao teren todas elas a ver con tarefas vinculadas a postos de vixilancia en prisións (STXCE de 30 de xuño de 1998, asunto Comisión contra

³⁸ En relación con esta cuestión, o TXCE ditou as seguintes sentenzas: Sentenza de 8 novembro de 1983, asunto C-165/82, recompilación 1983, p. 3431 (Comisión/Reino Unido); Sentenza de 21 maio de 1985, asunto C-248/83, recompilación 1985, p. 1459 (Comisión/Alemaña); Sentenza de 15 maio de 1986, asunto C 222/84, recompilación 1986, p. 1682 (Johnston); Sentenza de 30 xuño de 1988, asunto 318/86, recompilación 1988, p. 3559 (Comisión/Francia); Sentenza de 26 outubro de 1999, asunto C-273/97, recompilación 1999, p. 7403 (Sirdar); Sentenza de 11 xaneiro de 2000, asunto C-285/98, recompilación 2000, p. 69 (Kreil) e Sentenza de 11 marzo de 2003, asunto C-186/01, recompilación 2003, p. I-2479 (Dory).

Francia³⁹), determinadas actividades de policía exercidas en situacións de graves disturbios (STXCE de 15 de maio de 1986, asunto Johnston⁴⁰) ou o desenvolvemento do servizo en determinadas unidades de combate especiais (STXCE de 26 de outubro de 1999, asunto Sirdar⁴¹). Pola súa banda, hase de constatar que o TXCE na súa sentenza de 11 de xaneiro de 2000 (asunto Kreil⁴²), relativa a un caso de negación da solicitude de alistamento no exército federal alemán para ocupar un emprego no servizo de mantemento (electromecánica de armas), entendeu que a normativa alemá que prohibe o acceso das mulleres aos postos de traballo que impliquen armas, e que só permite o acceso daquelas ás unidades sanitarias e ás formacións de música militar, contradicía a Directiva por se tratar dunha disposición prohibitiva de carácter xeral e non excepcional⁴³. No mesmo sentido, consideráronse contrarios ao principio de igualdade a

³⁹ Na sentenza do asunto C-318/86 (Comisión/Francia), o Tribunal precisa que a derogación só pode aplicarse a actividades profesionais específicas, así como engade que debe ter certa transparencia que permita un control eficaz pola Comisión e, en principio, debe poder adaptarse á evolución social. O Tribunal estima, por tanto, contraria á Directiva a práctica de atribuír postos nun corpo de funcionarios segundo unha porcentaxe determinada para as mulleres e para os homes.

⁴⁰ No asunto Johnston (C-222/84) o TXCE especifica que unha derogación do dereito individual de igualdade de tratamento debe ser sometida a unha interpretación estrita. Este asunto refírese ao porte de armas de fogo só polos axentes varóns no exercicio das súas funcións policiais en Irlanda do Norte. As policías non eran equipadas con armas de fogo nin recibían ningún adestramento para o seu manexo e, xa que logo, estaban excluídas destas funcións. Considerábase, entre outros motivos, que elas corrían o risco de se converteren con máis frecuencia en branco de atentados, política motivada polas circunstancias particulares de Irlanda do Norte, caracterizadas por graves disturbios internos. O Tribunal admite nestas circunstancias particulares unha excepción ao principio de igualdade de tratamento. Ademais, a sentenza pon de relevo que cómpre examinar cada situación particular e que non se admite ningunha excepción xeral ao principio de igualdade de tratamento; os estados membros teñen a obriga de examinarens periodicamente as exclusións no dereito nacional.

⁴¹ Ao igual que no asunto Johnston (C-222/84), tamén son as circunstancias específicas as que xustifican unha derogación na sentenza Sirdar (C-273/97). O Reino Unido excluíra do ámbito de aplicación da Directiva 76/207/CEE as unidades de combate dos Royal Marines. O Tribunal considera que as condicións específicas de intervención desta unidade xustifica que a súa composición siga a ser de forma exclusiva masculina.

⁴² O Tribunal aplica o mesmo enfoque que na sentenza do caso da Comisión contra Francia na sentenza do asunto Kreil (C-285/98), relativa á exclusión das mulleres da práctica totalidade dos postos de traballo na Bundeswehr da República Federal de Alemaña. Tal excepción non pode xustificarse pola natureza específica dos postos de traballo en cuestión nin polo contexto particular en que se exercen estas actividades. Doutra parte, o Tribunal non acepta unha derogación xeral para as medidas adoptadas por motivos de seguridade pública.

⁴³ Tamén dentro desta tipoloxía de sentenzas pode citarse o asunto Dory (C-186/01) en que se pon en causa o servizo militar obrigatorio para os homes en Alemaña. O Sr. Dory séntese vítima dunha discriminación por razón de sexo, porque durante o servizo militar obrigatorio non ten dereito a exercer unha profesión e porque este servizo atrasa o seu acceso á vida profesional. O Tribunal especifica que as decisións dos estados membros no relativo á organización das súas forzas armadas non quedan excluídas,

xenérica prohibición do traballo das mulleres no interior das minas e o seu traballo en medios hiperbáricos e de mergullo na STXCE de 1 de febreiro de 2005 (asunto Comisión contra Austria).

Polo que respecta a España, o Decreto de 26 de xullo de 1957, sobre traballos prohibidos a mulleres, foi formalmente derogado pola Lei de prevención de riscos laborais, aínda que o TC en sentenzas anteriores a estas datas xa riscara de discriminatorias determinadas prohibicións de acceso ao traballo establecidas para as mulleres. En efecto, o TC outorgou o seu amparo a mulleres que reclamaban fronte a denegacións de acceso a certas profesións por razón do seu sexo. Así, no acceso ás Forzas Armadas (en concreto aos estudos previos de formación profesional na Academia Xeral do Aire, STC 216/1991), e no acceso ao traballo nas minas (STC 229/1992). En relación con sentenzas máis recentes, destaca a do Tribunal Supremo de 8 de febreiro de 2001 (art. 544), que risca de discriminatoria a negativa de admisión na comunidade de pescadores de El Palmar, como requisito previo para traballar, cando as razóns que xustifican a devandita negativa se fundan no sexo.

Polo anterior, cabe concluírmos que, de acordo coa normativa aplicable sobre a materia, a exclusión absoluta no acceso ao emprego das mulleres ás actividades desenvolvidas nas seccións de Producción Farmacéutica (Sólidos) e Central de Pesadas na empresa Faes Farma SA constitúe un comportamento prohibido que vulnera o principio de igualdade e non-discriminación recoñecido no noso dereito ao máis alto rango constitucional (art. 14 da CE), ao non poder incluír a actividade concreta da empresa Faes Farma SA baixo a excepción contida no art. 5 da LOIEMH.

3.2.2. As condicións biolóxicas da muller e o esforzo físico como razóns causantes da discriminación no acceso ao emprego por razón de sexo

Cabe, porén, afondarmos aínda máis nesta materia e internármonos noutra das consideracións anteriormente apuntadas, a de determinar se o esforzo físico requirido pode

no seu conxunto, da aplicación do dereito comunitario; non obstante, diso non se desprende que este dereito regule as decisións de organización militar adoptadas polos estados membros que teñan por obxectivo a defensa do seu territorio ou dos seus intereses esenciais. O dereito comunitario non se aplica á decisión de Alemaña de asegurar a súa defensa mediante un servizo militar obrigatorio. O Tribunal considera que as repercusións desfavorables sobre o acceso ao emprego non poden obrigar o estado membro de que se tratar nin a estender ás mulleres a obriga de prestar o servizo militar e, por tanto, a imporlles as mesmas desvantaxes en materia de acceso ao emprego, nin a suprimir o servizo militar obrigatorio.

proporcionarlle á empresa unha xustificación suficiente (obxectiva e razoable) como para superar o test de igualdade e non-discriminación establecido pola Constitución.

En efecto, cando a empresa Faes Farma SA solicita traballadores varóns exclusivamente para realizaren determinadas tarefas e motiva a exclusión do acceso das mulleres aos postos nas seccións de Producción Farmacéutica (Sólidos) e Central de Pesadas no esforzo físico que é necesario para o levantamento de determinadas cargas, provoca unha feminización e masculinización das tarefas en función –insístese– das condicións físicas da muller, entendidas estas como de maior febleza en todos os supostos en relación cos varóns. Nestas circunstancias, convén lembrarmos (como xa resolveu o TC na Sentenza 229/1992, para un suposto de discriminación no acceso ao emprego das mulleres no interior das minas) que calquera norma, e con maior motivo unha práctica empresarial, que responda a unha finalidade de protección da muller como suxeito fisioloxicamente máis feble, supón referendar ou reforzar unha división sexista dos traballos e funcións mediante a imposición ás mulleres de límites en aparencia vantaxosos, mais que lles supoñen unha traba para o seu acceso ao mercado de traballo.

A empresa defende a súa postura principalmente sobre dous argumentos. Segundo o primeiro, a exclusión do acceso das mulleres á sección de pesadas basearíase na normativa de prevención de riscos laborais. En particular, a empresa desexa referendar o seu comportamento no disposto no RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde relativas á manipulación manual de cargas que entrañe riscos (en particular dorsolumbares) para os traballadores, que desenvolve o disposto na Lei 31/1995, de 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, para que o Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo (INSHT) elabore unha guía técnica sobre a manipulación manual de cargas. De conformidade coa citada guía técnica, as cargas que entrañan un risco intolerable son ben aquelas que pesen máis de 3 kg e se manipulen en condicións ergonómicas desfavorables, ben as de máis de 25 kg, que constitúen un risco en si mesmas aínda que non existan outras condicións ergonómicas desfavorables.

En segundo lugar, a empresa xustifica a súa decisión no disposto no artigo 7 do Convenio n.º 127 da OIT, de 1967, sobre o peso máximo de carga que pode ser transportada por un traballador⁴⁴. Este artigo sinala que «o emprego de mulleres e mozos traballadores no transporte manual de carga que non sexa lixeira **será limitado**» (a letra grosa é

⁴⁴ O citado convenio forma parte das fontes normativas en materia preventiva e é de aplicación en España, xa que o texto internacional foi ratificado polo noso país o 6 de marzo de 1967.

nosa), e na alínea segunda indica que «cando se empregue mulleres e mozos traballadores no transporte manual de carga, o peso máximo desta carga deberá ser considerablemente inferior ao que se admita para traballadores adultos de sexo masculino».

Pois ben, convén realizarmos unha serie de consideracións sobre a normativa salientada e a súa capacidade para sustentar unha prohibición do acceso da muller aos postos de Produción Farmacéutica (Sólidos) e Central de Pesadas. A respecto do disposto no RD 487/1997 e na guía técnica elaborada por recomendación da propia norma, cómpre non esquecermos que de acordo coa normativa relativa á prevención de riscos laborais, modificada mediante a LOIEMH, é necesario que as empresas introduzan unha dimensión de xénero nas políticas empresariais de seguridade e saúde laboral, o que supón que a igualdade é un dos fins principais das políticas de seguridade e saúde laboral, xa que parece evidente que a devandita materia incide de xeito importante non só no benestar no emprego, senón como acaece neste caso, como mecanismo que lles permite ás mulleres accederen a determinados empregos.

Nesta mesma orde de consideracións, é necesario lembrarmos que o artigo 25 da Lei 31/1995, de prevención de riscos laborais, esixe ao empresariado como obriga que estableza unha protección xeral de todos os traballadores e unha protección específica de certos grupos que son máis sensibles ou vulnerables—ou simplemente merecedores— dunha protección especial en razón das súas características persoais, os riscos específicos ou a modalidade de contratación. Esta obriga vai para alén, desde a perspectiva da avaliación de riscos dos postos que puideren ser ocupados por mulleres, da protección da maternidade ou a lactación.

Doutra parte, pode dicirse que o convenio da OIT antes citado é un instrumento normativo que persegue protexer a muller fronte a determinados riscos limitando—que non prohibindo— o acceso a determinados empregos. Ao respecto, debe lembrarse, como xa o fixo a STC 229/1992 ao aplicar a súa doutrina ao caso de autos, que en moitas ocasións esta lexislación orixinariamente protectora responde a prexuízos, opinións preconcebidas, que xogan un papel importante na formación e o mantemento de discriminacións. Téñase en conta, iso si, que o TC na devandita sentenza, acollendo o amparo da actora, enfrontaba unha norma que prohibía o traballo das mulleres no interior das minas, mentres que a normativa da OIT non prohibe, senón que limita, o emprego do colectivo de traballadores sensibles a determinadas cargas. Porén, o comportamento da empresa é o de impedir a concorrencia ao proceso de selección e, xa que logo, o acceso a determinados postos, de tal maneira que *de facto* prohibe o acceso da muller a eses empregos con base no prexuízo da menor fortaleza física en relación ao varón como algo que corresponde á natureza das cousas.

É a partir dese prexuízo desde o que se pode chegar a entender infundadamente que a diferenza física que existe entre os homes e as mulleres é suficiente para xustificar unha prohibición de acceso das mulleres a determinados postos de traballo ou empregos, como acontece na empresa Faes Farma SA. En efecto, aínda que a especial dureza do traballo pode requirir determinadas esixencias de fortaleza e condición física, estas serán que ser esixibles por igual ao home ou á muller, á marxe do sexo, sen que poida ser relevante ao respecto a eventualidade de que un maior número de homes as reúna no caso concreto. Comprobadas estas, non existe ningunha razón (salvo que estea en xogo, o que non ocorre no caso, o embarazo ou a maternidade) que poida xustificar a exclusión absoluta da muller deste tipo de traballo.

Así mesmo, procede sinalarmos que aínda que o contido do disposto no Convenio n.º 127 da OIT obedece a razóns históricas que puideron xustificalo, estas razóns non son xa na actualidade fundamento abondo para sustentaren a prohibición ás mulleres do acceso aos empregos das seccións mencionadas, xa que, insisto, o devandito convenio non prohibe –como si o fai *de facto* a empresa–, senón que limita, o acceso de certos colectivos sensibles (mulleres e xente nova) a empregos que comporten un levantamento de cargas que non sexan lixeiras. A disposición internacional, sempre de acordo co sistema de fontes normativo, debe cribarse co disposto na normativa interna de cada estado parte dun convenio internacional e, neste sentido, a nosa normativa interna de prevención de riscos laborais (art. 25 da LPRL) esixe ao empresariado que garanta de xeito específico a protección dos traballadores especialmente sensibles (non só mulleres, senón tamén mozos ou traballadores temporais) fronte a determinados riscos, sempre de acordo coas esixencias psicofísicas dos respectivos postos de traballo.

Estas esixencias deben ser, insisto, iguais e neutrais para traballadores de ambos os sexos en cumprimento da normativa internacional, comunitaria e nacional en materia de igualdade e non-discriminación por razón de sexo. En consecuencia, a alusión á aplicación do artigo 7 do convenio da OIT mencionado filtrada pola nosa normativa interna conduce a realizar unha axeitada valoración dos postos de traballo baixo o prisma da dimensión de xénero na política da empresa en materia de seguridade e saúde laboral, e establecer uns requisitos por igual para ambos os sexos (sexualmente neutrais) á hora de concorreren ao proceso de selección no acceso ao emprego sen condicionar a exclusión taxativa da muller a eles e prexulgar que toda muller é fisicamente feble apenas pola súa condición de muller.

3.3. Resolución ao caso

No caso que tratamos, a empresa veu prohibir de xeito prexuzoso e taxativamente o acceso das mulleres a determinados postos, de tal maneira que lles vedaba a posibilidade de realizaren determinados traballos na empresa, ao se establecer unha exclusión vinculada directamente ás diferenzas de sexo. Neste sentido, debemos sinalar que non existían razóns concluíntes que permitisen chegar á conclusión de que as condicións especialmente gravosas do traballo nas seccións Farmacéutica (Sólidos) e Central de Pesadas, ou o risco para a saúde ou de accidentes, aumenten en todos os casos pola constitución e as condicións da muller a respecto das do varón. Malia que a especial dureza deste traballo pode requirir determinadas esixencias de fortaleza e condición física, estas haberán de ser esixibles por igual ao home ou á muller, á marxe do sexo, sen que poida ser relevante ao respecto a eventualidade de que un maior número de homes poidan reunir no caso concreto esas esixencias. Revisadas estas esixencias, pode dicirse que o comportamento da empresa ao impedir o acceso das mulleres a determinados empregos non respecta a esixencia constitucional de igualdade de dereitos entre homes e mulleres, e por iso se conclúe a sinalar a incompatibilidade da devandita actitude coa interdición de discriminación por razón de sexo do art. 14 da CE (STC 229/1992)⁴⁵.

⁴⁵ Non quixeramos deixar de mencionar no contexto deste comentario algunha STC máis recente, en que se insiste precisamente nas consideracións apuntadas con anterioridade. Trátase da STC 250/2000, de 30 de outubro de 2000, en que o factor do esforzo físico constituía obxecto de axuízamento. En reiterada xurisprudencia (SSTC 145/1991, de 1 de xuño; 58/1994, de 28 de febreiro; 147/1995, de 6 de outubro, e 198/1996, de 3 de decembro), o TC adoptou como doutrina constante, e á marxe do matiz propio de cada caso, a do carácter sospeitoso do factor do esforzo físico como criterio único de valoración, polo que ten de calidade predominantemente masculina que determina, en principio, que non se trate dun criterio de valoración sexualmente neutral, senón que implica unha vantaxe inxustificada para os varóns; admítese, no entanto, aínda que con carácter restritivo, a súa posible operabilidade, supeditada á dupla condición de que o devandito factor sexa un elemento esencial na tarefa de que se tratar, e de que na valoración desta non se teña en conta o esforzo físico como criterio único de valoración, mais que se combine con outras características máis neutras canto ao impacto en cada un dos sexos. A doutrina xeral así establecida integra unha regra xeral e unha excepción, e tanto a unha como a outra constitúen pautas xurisprudenciais que deben ser consideradas á hora da súa posible aplicación aos complexos casos que se suscitan na realidade. Porén, o certo é que o propio Tribunal Constitucional sinala nesta sentenza que, en calquera caso, existiría discriminación de se pechar o paso da muller á categoría masculinizada, e viceversa, feito que parece concorrer neste caso, ao impedir que as mulleres poidan someterse a un proceso de selección para a cobertura de determinados postos de traballo.

4. A distribución do tempo de traballo e a discriminación por razón de sexo

Parece de todo oportuno, no contexto desta contribución, mencionarmos un grupo de conflitos que se producen con bastante asiduidade e que, malia non seren novos, alcanzan unha nova dimensión derivada das modificacións efectuadas pola Lei 3/2007, para a igualdade efectiva de mulleres e homes⁴⁶; estamos a nos referir a todos os supostos conectados co exercicio dos dereitos de conciliación da vida familiar e laboral, que por razóns obvias se conectan coa igualdade e a non-discriminación por razón de sexo⁴⁷. Poderíamos aludir a un bo número de sentenzas que abordan esta tipoloxía de conflitos⁴⁸ desde distintas perspectivas; non obstante, e dado que o noso obxectivo é máis reducido que o de dar unha visión xeral e omnicompreensiva de todos os supostos que puideren producirse, imos tratar simplemente algúns supostos.

Os dous primeiros circundan a problemática derivada da regulación contida nas als. 5 e 6 do art. 37 do ET, sobre redución da xornada por razóns de garda legal ou coidado

⁴⁶ Sobre todo en relación co art. 34.8 do ET, sumado pola LOIEMH, e que dispón que «o traballador terá dereito a adaptar a duración e distribución da xornada de traballo para facer efectivo o seu dereito á conciliación da vida persoal, familiar e laboral nos termos que establezan a negociación colectiva ou no acordo a que chegue co empresario, respectando, no seu caso, o previsto naquela».

⁴⁷ No mesmo sentido, CABEZA PEREIRO, J. (2007) «Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, del 5 de noviembre» *Revista de Derecho Social* XL, 141-152.

⁴⁸ Como, por exemplo, o suposto enormemente comentado e relativo á coincidencia das vacacións anuais coa baixa por maternidade na STC 324/2006, de 20 de novembro. O suposto de feito é simple: trátase dunha traballadora que finaliza o período de suspensión do contrato por maternidade en xaneiro de 2003 e durante o ano 2002 non gozara de período vacacional, ao se atopar antes da maternidade nunha situación de incapacidade temporal por enfermidade común e coincidir co período vacacional asignado. Solicita un novo período de vacacións anuais. O TC sinala que a prohibición de discriminación por razón de sexo «ten a súa razón de ser na vontade de rematar coa histórica situación de inferioridade, na vida social e xurídica, da muller» e «a conduta discriminatoria cualifícase polo resultado pexorativo para a muller que a sofre, que ve limitados os seus dereitos ou as súas lexítimas expectativas pola concorrencia dun factor cuxa virtualidade xustificativa foi expresamente prohibida pola Constitución, dado o seu carácter atentatorio contra a dignidade do ser humano (art. 10 da CE)».

O TC aplica a interpretación efectuada polo TXUE na sentenza do caso Merino Gómez, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, que determinou que «calquera traballadora debe poder gozar das súas vacacións anuais nun período distinto do do seu permiso de maternidade, e debe ser así mesmo cando ao servirse de tal permiso se supere a data límite para o goce das vacacións». A resultas desta sentenza, o punto seis da disposición adicional décimo primeira da LOIEMH procedeu a modificar o art. 38 do ET, que dispón o seguinte: «Cando o período de vacacións fixado no calendario da empresa a que se refire o parágrafo anterior coincida no tempo cunha incapacidade temporal derivada do embarazo, o parto ou a lactación natural, ou co período de suspensión do contrato de traballo previsto no art. 48.4 desta lei, terase dereito a gozar as vacacións en data distinta á da incapacidade temporal ou á do goce do permiso que por aplicación do devandito precepto correspondese, ao finalizar o período de suspensión, aínda que rematase o ano natural a que correspondan».

directo de familiares, e máis concretamente sobre o problema do alcance do dereito contido naquela disposición. En efecto, como se sabe, a al. 6 do art. 37 establece que a determinación do período de goce destes dereitos corresponde aos traballadores, polo que o problema que vén debuxándose nos tribunais non é outro que o de sinalar se este dereito alude exclusivamente a unha simple concreción horaria no contexto da redución dentro da xornada ordinaria ou se, pola contra, os traballadores teñen dereito a estableceren outra forma de aplicar aquela, isto é, fóra da xornada ordinaria.

Así, imos referirnos en primeiro lugar ao suposto considerado na STC 3/2007, de 15 de febreiro, en que se debatía o dereito dunha traballadora que prestaba servizos en quendas a concretar o horario no marco da redución de xornada por garda legal⁴⁹. En

⁴⁹ Trátase dunha cuestión debatida mesmo con posterioridade á STC que se comenta *supra*. Abonde para estes efectos e a título de exemplo recomendamos a consulta de senllas sentenzas de xulgados do social de Barcelona que nun caso estiman a demanda e no outro –sendo un home o demandante– a denegan. Así, a Sentenza do Xulgado Social de Barcelona n.º 11, de 28 de febreiro de 2008 (recurso 905/2007), dá a razón á traballadora que solicitou un cambio de horario que non se axustaba ás quendas establecidas na empresa para atender os seus fillos. Entende o xuíz que aínda que o art. 37.5 do ET, redactado conforme ao art. 2.2 da Lei 39/1999, de 5 de novembro, de conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras, non concede o dereito a alterar as quendas de traballo establecidas, si sinala o dereito á concreción horaria da redución solicitada na xornada ordinaria establecida. E o artigo 37.6 do ET establece taxativa e literalmente que a concreción, no acervo exclusivo do traballador, deberá realizarse «dentro da xornada ordinaria»; tamén é claro que o encaixe do dereito recoñecido co mandato constitucional do art. 39 da CE de protección á familia e á infancia debe servir de guía teleolóxica e finalista da esexese e aplicación do dereito, para, na análise da concreta circunstancia conxuntural concorrente no ámbito das necesidades do fillo –e, por tanto, do traballador– e das produtivas e organizativas da empresa, concluír, se é posible, por non superar as esixencias da boa fe, atender o pedimento do traballador, tamén na concreción de adscrición a unha quenda especial que cabalga nos rotativos en que se realiza a actividade na Área de Producción.

Así o entendeu a xurisprudencia de casación para a unificación da doutrina na Sentenza da Sala do Social do TS de 20/07/2000, ou a xurisprudencia constitucional na STC de 15/01/2007, que textualmente sinala: «A dimensión constitucional da medida considerada nas als. 5 e 6 do art. 37 da LET e, en xeral, a de todas aquelas medidas tendentes a facilitaren a compatibilidade da vida laboral e familiar dos traballadores, tanto desde a perspectiva do dereito á non-discriminación por razón de sexo (art. 14 da CE) das mulleres traballadoras como desde a do mandato de protección á familia e á infancia (art. 39 da CE), ha de prevalecer e servir de orientación para a solución de calquera dúbida interpretativa. A iso contribúe o propio precepto legal, que non contén ningunha precisión sobre a forma de concreción horaria da redución de xornada, nin establece se na súa determinación deben prevalecer os criterios e as necesidades do traballador ou as esixencias organizativas da empresa, o que posibilita unha ponderación das circunstancias concorrentes dirixida a facer compatibles os diferentes intereses en xogo».

En sentido contrario á anterior pronúnciase a Sentenza do Xulgado Social de Barcelona n.º 17, de 3 de outubro de 2007, AS 2008/358 (non cabe recurso contra ningunha das dúas sentenzas). A solicitude do traballador dunha redución de xornada por ter ao seu coidado directo un menor de seis anos, e fixar o horario alterando o sistema de traballo en quendas á súa escolla, é desestimada ao non ser dentro da súa xornada ordinaria.

segundo lugar, trataremos o suposto de solicitude de cambio de horario sen redución de xornada que aborda a STS de 19 de outubro de 2009 (RCUD 3910/2008) e que reitera a xurisprudencia xa emitida no mesmo sentido en varias sentenzas do mesmo tribunal en xuño do ano 2008. O terceiro caso que seleccionamos para comentar non é outro que o do exercicio do dereito de excedencia por coidado de fillos regulado no art. 46.3 do ET e a igualdade e non-discriminación por razón de sexo, de acordo ao suposto formulado na STC 233/2007, de 5 de novembro.

4.1. A redución de xornada por garda legal e a prestación de servizos a quendas. A STC 3/2007

A STC 3/2007, de 15 de xaneiro, trae causa nun suposto en que unha caixeira dependenta ao servizo da empresa Alcampo que viña prestando servizos en quendas rotativas de mañá e tarde –de luns a sábado, de 10 a 16 horas e de 16 a 22:15 horas– solicita o 26 de febreiro de 2003 a redución da xornada de traballo por garda legal dun fillo menor de seis anos ao abeiro do art. 37.5 do ET. O horario reducido que solicitou foi o de tarde, de 16 a 21:15 horas, de luns a mércores. A empresa comunicoulle á traballadora a súa negativa á redución solicitada mediante carta de 21 de marzo, en que sinalaba que o horario reducido que tiña que aplicarse debía desenvolverse en quendas rotativas de mañá e tarde e de luns a sábado. Tras o preceptivo intento de conciliación, celebrado sen avinza, a traballadora presentou unha demanda baixo a modalidade procesual de concreción horaria da redución de xornada por garda legal (art. 138 bis da LPL), cuxo coñecemento correspondeu ao Xulgado do Social n.º 1 de Madrid, que ditou unha sentenza desestimatoria da pretensión actora o 25 de setembro.

A sentenza, logo de expor os antecedentes do caso e as posicións das partes, lembra a doutrina establecida por outra sentenza anterior do mesmo xulgado ditada o 24 de outubro de 2002 nunha demanda promovida contra a mesma demandada, e ao igual que naquela conclúe que a solicitude de redución de xornada non se atén aos límites imperativamente establecidos no art. 37 do ET. Nunha interpretación lóxica daquel debe entenderse que a xornada reducida solicitada ha de estar comprendida dentro dos límites da xornada ordinaria realizada, mentres que na solicitude presentada son excluídos, dunha parte, varios dos días laborables de traballo (desde o xoves ao sábado); e, da outra, suprímese por completo a quenda de mañá, de maneira que o que se formula non é apenas unha redución da xornada, senón unha modificación desta. Fronte á sentenza, a actora recorre en amparo ante o TC por discriminación

indirecta por razón de sexo⁵⁰ (a maior parte dos traballadores que solicitan a redución de xornada son mulleres), ao aducir a vulneración pola resolución recorrida dos seus dereitos fundamentais á igualdade e non-discriminación por razón de sexo (art. 14 da CE) e á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 da CE).

Nestas circunstancias, o TC vai entrar a valorar a medida considerada nas als. 5 e 6 do art. 37 do ET en relación co art. 14 da CE, após descartar a interpretación da expresión «dentro da súa xornada ordinaria» contida na segunda por ser unha cuestión de legalidade ordinaria. E é que sinala o tribunal que non lle compete «a determinación de qué interpretación teña que dárselle á expresión “dentro da súa xornada ordinaria” utilizada no primeiro parágrafo da al. 6 do art. 37 da LET para definir os límites dentro dos cales debe operar a concreción horaria da redución de xornada que ten que aplicarse, cuestión de legalidade ordinaria que compete exclusivamente aos xuíces e tribunais (art. 117.3 da CE). Por iso mesmo, non nos corresponde sequera determinar se a concreta redución de xornada solicitada pola demandante de amparo se encadra ou non dentro dos devanditos límites e debe entenderse ou non, en consecuencia, amparada polo seu dereito á redución de xornada».

A continuación, o propio tribunal vai aludir á dimensión constitucional das als. 5 e 6 do art. 37 do ET (que é extensible á de todas as medidas tendentes a facilitar a compatibilidade da vida laboral e familiar dos traballadores) tanto desde a perspectiva do dereito á non-discriminación por razón de sexo (art. 14 da CE) das mulleres traballadoras como desde a do mandato de protección á familia e á infancia (art. 39 da CE), que debe prevalecer e servir de orientación para a solución de calquera dúbida interpretativa.

«A iso contribúe o propio precepto legal, que non contén ningunha precisión sobre a forma de concreción horaria da redución de xornada, nin establece se na súa determi-

⁵⁰ Para establecer que o dereito que se di vulnerado non é o dereito á igualdade *in genere*, senón a súa concreción no dereito a non ser discriminado por algúns dos motivos expresamente proscritos no art. 14 da CE, non resulta necesario achegar en todo caso un *tertium comparationis* para xustificar a existencia dun tratamento discriminatorio e prexudicial, máxime naqueles supostos en que o que se denuncia é unha discriminación indirecta. O que se compara non son os individuos, senón grupos sociais de que se ponderan estatisticamente os diversos compoñentes individuais, é dicir, grupos algún dos cales está formado de xeito maioritario por persoas pertencentes a unha das categorías especialmente protexidas polo art. 14 da CE, neste caso as mulleres. Entende acreditado que as mulleres son as que en maior medida solicitan a redución de xornada por garda legal de fillo menor de 6 anos e, en consecuencia, que a interpretación do tribunal que limita a elección de horario ao que a traballadora tiña na súa xornada habitual constitúe unha discriminación indirecta, xa que os órganos xudiciais non poden situarse en exclusiva no ámbito da legalidade, senón que deben ponderar e valorar o dereito fundamental en xogo.

nación deben prevalecer os criterios e as necesidades do traballador ou as esixencias organizativas da empresa, o que posibilita unha ponderación das circunstancias concorrentes dirixida a facer compatibles os diferentes intereses en xogo. Dado que esta valoración das circunstancias concretas non se realizou, debemos concluir que non foi debidamente tutelado polo órgano xudicial o dereito fundamental da traballadora. A negativa do órgano xudicial a lle recoñecer á traballadora a concreta redución de xornada solicitada, sen analizar en que medida esta redución resultaba necesaria para a atención aos fins de relevancia constitucional a que a institución serve nin cales fosen as dificultades organizativas que o seu recoñecemento puidese causarlle á empresa, convértese así nun obstáculo inxustificable para a permanencia no emprego da traballadora e para a compatibilidade da súa vida profesional coa súa vida familiar e, en tal sentido, constitúe unha discriminación indirecta por razón de sexo, de acordo coa nosa doutrina» (FX 6.º).

En consecuencia, o que o TC afirma nesta sentenza é que no caso de autos o discriminatorio non é o feito de lle denegar á traballadora a redución da xornada nos termos solicitados, senón o feito de non ponderar a situación da empregada e a empresa no caso concreto. Isto é, o TC vai sinalar que «os órganos xudiciais non poden ignorar a dimensión constitucional da cuestión ante eles suscitada e limitarse a valorar, para excluíren a violación do art. 14 da CE, se a diferenza de tratamento ten en abstracto unha xustificación obxectiva e razoable, senón que deben efectuar a súa análise atendendo as circunstancias concorrentes e, sobre todo, a transcendencia constitucional deste dereito de acordo cos intereses e valores familiares a que responde». Por todo o anterior, o TC estima que se produciu unha discriminación indirecta⁵¹.

⁵¹ ARPAL ANDREU, J. (2007) «Discriminación por razón del sexo en el trabajo con motivo de embarazo y maternidad: doctrina del Tribunal Constitucional». Disponible no enderezo electrónico <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200704-5869365785523557.html>>. A xurisprudencia do TXCE elaborou o concepto de discriminación indirecta por razón de sexo con ocasión do axuizamento de determinados supostos de traballo a tempo parcial á luz da prohibición de discriminación por razón de sexo do art. 119 do Tratado da Comunidade Económica Europea (actual art. 141 do Tratado da Comunidade Europea) e as directivas comunitarias de desenvolvemento. Pode resumirse nunha fórmula reiterada polo TXCE en múltiples dos seus fallos (entre outras moitas, SSTXCE de 27 de xuño de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febreiro de 1991, asunto Nimz; de 4 de xuño de 1992, asunto Bötzel; ou de 9 de febreiro de 1999, asunto Seymour-Smith e Laura Pérez), a saber, que «é xurisprudencia reiterada do Tribunal de Xustiza que o dereito comunitario se opón á aplicación dunha medida nacional que, mesmo formulada de xeito neutro, prexudique a unha porcentaxe moi superior de mulleres que de homes, agás que a medida controvertida estea xustificada por factores obxectivos alleos a calquera discriminación por razón de sexo».

Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo xa aparecía recollido no art. 2 da Directiva 97/80/CE do Consello, de 15 de decembro de 1997, relativa á carga da proba nos casos de discrimina-

4.2. Existe un dereito para cambiar o horario de traballo sen reducir a xornada por garda legal?

Dentro do contexto do alcance do dereito á redución de xornada por garda legal regulado nas als. 5 e 6 do art. 37 do ET, xurdiron outra serie de litixios vinculados á determinación ou extensión do dereito a modificar o horario de traballo que corresponde aos traballadores que exercitan o dereito regulado na primeira; e é que, como se sabe, a modificación horaria da xornada para adaptala ás necesidades familiares fóra da regulación legal da disposición anotada, isto é, fóra da redución de xornada, segue presentando unha enorme litixiosidade⁵². En efecto, esta problemática veu suscitándose ao abeiro da modificación efectuada no ET pola LOIEMH, que introduciu un novo parágrafo –o oitavo– ao art. 34, de acordo co cal «o traballador terá dereito a adaptar a duración e distribución da xornada de traballo para facer efectivo o dereito á conciliación da vida persoal, familiar e laboral nos termos que se establezan na negociación colectiva ou por acordo co empresario».

Así, non son poucas as sentenzas que abordaron esta materia en que se aprecian conclusións discordantes. En efecto, se nos atemos aos pronunciamentos ditados por

ción por razón de sexo. Defíne a discriminación indirecta nos seguintes termos: «cando unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutro afecte a unha proporción substancialmente maior de membros dun mesmo sexo salvo que a devandita disposición, criterio ou práctica resulten axeitados e necesarios e poidan xustificarse con criterios obxectivos que non estean relacionados co sexo». Así, o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas entendeu que non existía discriminación indirecta por razón de sexo, por estaren xustificadas as diferenzas de tratamento por motivos de política social, en medidas tales como a non-inclusión dos traballadores a tempo parcial nalgún dos réximes da Seguridade Social (STXCE de 14 de decembro de 1995, asunto Megner e Schffel) ou a falta de cobertura de determinadas prestacións de Seguridade Social (STXCE de 14 de decembro de 1995, asunto Nolte).

A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sobre a discriminación indirecta por razón de sexo foi acollida pola doutrina do Tribunal Constitucional. A STC 240/1999, de 20 de decembro, lembra e resume esta doutrina ao sinalar que «este tribunal tivo ocasión de reiterar en varias resolucións que a específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada no art. 14 da CE, que contén un dereito e un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende non só a discriminación directa, é dicir, o tratamento xurídico diferenciado e desfavorable dunha persoa por razón do seu sexo, senón tamén a indirecta, isto é, aquel tratamento formalmente neutro ou non-discriminatorio de que se deriva, polas diversas condicións fácticas que se dan entre traballadores dun e outro sexo, un impacto adverso sobre os membros dun determinado sexo (STC 198/1996, FX 2.º; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 e 147/1995)». Cando se denuncia unha discriminación indirecta, non se esixe achegar como termo de comparación a existencia dun tratamento máis beneficioso atribuído única e exclusivamente aos varóns; abonda, como dixeron tanto o propio TC como o TXCE, que exista, en primeiro lugar, unha norma ou unha interpretación ou aplicación desta que produza efectos desfavorables para un grupo formado de forma maioritaria, aínda que non necesariamente de forma exclusiva, por traballadoras femininas.

diversos xulgados do social ou tribunais superiores de xustiza, atopamos que non son poucos os casos en que estes órganos xurisdicionais admiten a demanda dos traballadores afectados de modo que veñen admitir o dereito a modificar o horario de traballo sen que se solicite a redución de xornada, argumentando o seu parecer na necesidade de a empresa xustificar a súa oposición a tal pedimento en dificultades organizativas⁵³, como sinalara o TC na Sentenza 3/2007. Non obstante, o TS adoptou unha postura contraria a tal apreciación en diversas sentenzas e autos⁵⁴. Desde esta perspectiva, empregaremos para comentar esta cuestión concreta os feitos que deron lugar á STS 3910/2008, de 19 de outubro de 2009, que reitera a doutrina emitida polo mesmo tribunal en senllos pronunciamentos de xuño de 2008.

No caso en cuestión, atopámonos cunha traballadora que viña prestando servizos como auxiliar de tenda nunha pizzería, cunha xornada de 86 horas mensuais, de luns a domingo. En outubro do ano 2007 solicitalle á empresa que lle sexa concedida unha redución de xornada por garda legal do seu fillo, de acordo coa cal pide traballar 20 horas semanais de 12:30 a 16:30 horas, de luns a venres, agás festivos. A devandita solicitude foille denegada pola empresa, xa que consideraba que este horario lle suporía traballar a mesma xornada de 20 horas semanais ou 86 horas mensuais que establece o seu contrato de traballo e, xa que logo, non ía producirse ningunha redución de xornada. Logo do intento de conciliación pertinente –e frustrado– ante a Sección de Mediación, Arbitraje e Conciliación (SMAC), a traballadora presenta unha demanda ante o Xulgado do Social n.º 1 de Ferrol, que dita sentenza favorable a esta. A empresa recorre en suplicación ao TSXG, órgano que desestima o recurso en cuestión e confirma a sentenza recorrida. Finalmente, a empresa recorre ante o TS propondo como sentenza contraditoria a que el mesmo ditou o 18 de xuño de 2008.

En substancia, o TS pronúnciase do mesmo modo en que xa o fixera en senllas sentenzas de xuño de 2008⁵⁵. Así, comeza sinalando que o que a traballadora solicita é unha modificación do seu horario, sen pedir unha redución de xornada, e que de acordo co disposto nas als. 5 e 6 do art. 37 do ET, aínda que é certo que existe o

⁵² En extenso, sobre este problema, véxase MORÓN PRIETO, R. (2009) «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada?» *Revista de Derecho Social* XLV, 169-184.

⁵³ Entre outras, Sentenza do Xulgado do Social de Madrid n.º 15, de 6 de febreiro de 2008 (2008/25071), ou do TSX de Madrid de 6 de maio de 2004.

⁵⁴ É o caso por exemplo do Auto do TS, de 14 de outubro de 2009 (recurso 1275/2009).

⁵⁵ SSTs de 18 de xuño de 2008 (recursos 897/2007 e 1625/07), aínda que cunha diferenza importante, e que nos casos axuizados en xuño de 2008 a LOIEMH non era aplicable por razóns temporais.

dereito á concreción horaria por parte dun traballador, non é menos certo que «non cabe dúbida de que o dereito está concibido canto á súa modalización de xeito favorable ao interese do traballador, por canto é este quen concreta o horario e o período de goce, mais sempre no ámbito da redución de xornada, unha importante alteración que tamén posúe unha contrapartida negativa como é a redución proporcional do salario».

Así mesmo, apunta que a al. 8 do art. 34 do ET, modificado mediante a LOIEMH, que sinala que «o traballador terá dereito a adaptar a duración e distribución da xornada de traballo para facer efectivo o seu dereito á conciliación da vida persoal, familiar e laboral nos termos que se establezan na negociación colectiva ou no acordo a que chegue co empresario, respectando, no seu caso, o previsto naquela», non delega sen límites na persoa beneficiaria da conciliación a configuración do dereito considerado no art. 34 do ET, precepto en que se regula a xornada de traballo. Finalmente, salda a cuestión apuntando que de acordo co conxunto normativo vixente non existe dereito a unha modificación do horario de traballo sen redución de xornada, e que unha interpretación semellante non conculca o deber dos poderes públicos no aseguramento da protección social e xurídica da familia nos termos considerados no art. 39 da CE.

En calquera caso, si que é oportuno mencionarmos que malia ser verdade que este é o criterio xeral da Sala 4.^a do TS, non é menos certo que existen voces diverxentes dentro daquela que veñen avalar o dereito dos traballadores a modificaren o seu horario de traballo sen que paralelamente exista unha solicitude de redución de xornada. Basean a súa postura en que este sería o obxectivo que perseguen as directivas comunitarias sobre igualdade e non-discriminación, ou sobre permiso parenteral, alén de consideraren que é o art. 39 da CE o que debe servirllle de orientación a calquera solución interpretativa do art. 37.5 do ET, así como tamén aludiren á necesidade de ponderar en cada caso as circunstancias concorrentes e o eventual prexuízo que podería ocasionar esta modificación horaria desde o punto de vista da organización da empresa. En consecuencia, trátase dunha materia que, aínda que foi pechada polo TS, non pode descartarse que acabe sendo obxecto de pronunciamento polo TC e que o seu posicionamento sexa o contrario ao do TS. Tempo ao tempo.

4.3. Excedencia por coidado de fillos e discriminación por razón de sexo. A STC 233/2007

Queda nesta orde de consideracións facermos mención a algunha sentenza que tratase o delicado tema da excedencia por coidado de fillos e a discriminación por razón de

sexo⁵⁶. Iremos centrarnos no suposto de feito considerado na STC 233/2007, que se refire ao caso dunha traballadora a que, unha vez finalizada a excedencia por coidado de fillos, lle cambian as tarefas que tiña encomendadas con anterioridade ao goce deste arco temporal⁵⁷ tras a súa reincorporación. O TC desestima o recurso de amparo formulado pola traballadora.

⁵⁶ Son distintos os supostos que podemos atopar nos repertorios xurisprudenciais sobre a excedencia polo coidado de fillos. Neste sentido, a STS de 6 de xuño de 2006. AS 10804/2006. Despedimento. Negativa do empresario a reincorporar a traballadora tras excedencia de 3 anos. STSX de Navarra de 23 febreiro de 2006. AS 2006/988. Excedencia para o coidado dun menor de cinco anos nun suposto de excedencia forzosa de coidado de familiar que por razóns de idade non pode valerse por si mesmo e pode gozarse de forma sucesiva á de coidado de fillos. STSX de Navarra de 4 maio de 2006. O despedimento do traballador no suposto observado na anterior sentenza citada (STSX de Navarra de 23 de febreiro de 2006) e pretendidamente fundado en faltas de asistencia inxustificadas é, por conseguinte, nulo, pois están plenamente xustificadas as ausencias e a conduta de autotutela do traballador como resposta a unha negación arbitraria do dereito e unha dilación no seu exercicio que faría ineficaz a súa tutela xudicial. STSX de Castela-A Mancha de 13 de outubro de 2004. AS 2004/2948. Representante dos traballadores, membro do comité de empresa, en excedencia por coidado de fillos. Conforme á doutrina xudicial das SSTs de 9 de outubro de 1989 e 13 de setembro de 1990, este traballador, malia ter suspendido o seu contrato de traballo, ten dereito a acceder ás instalacións da empresa para os efectos de levar a cabo as funcións propias da súa condición de representante. STSX de Castela-A Mancha de 13 de outubro de 2004. AS 2004/2972. Despedimento improcedente de traballadora en excedencia por coidado de fillos por omisión da obriga de subrogación nun caso de transmisión de empresas. De conformidade co art. 46.1 do Acordo laboral e o art. 46 do ET, a nova empregadora debe subrogarse a respecto da relación laboral coa traballadora, pois o tempo de excedencia debe considerarse como tempo efectivo de traballo no centro de traballo transmitido para os efectos dos catro meses que se esixen de actividade nel co obxecto de que a devandita subrogación teña lugar. O salario para o cálculo da indemnización non é o correspondente á xornada reducida que por acordo coa empresa gozaba, senón o que tería no momento do despedimento, que sería completo ao transcorrer o lapso temporal acordado para a diminución da xornada. STSX de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de maio de 2004. AS 2004/2125. Dereito á prestación de maternidade de traballadora en excedencia por coidado de fillos. Situación asimilada á alta. No mesmo sentido, STS de 15 de decembro de 2003. RX 2004/1971. Traballadora que estando en excedencia por coidado de fillo, ten outro fillo e solicita a prestación por maternidade. STS de 28 de xuño de 2002. RX 2002/9080. Cómputo da antigüidade na excedencia para o coidado de fillos. STSX de Madrid de 10 de xaneiro de 2002. AS 857. É despedimento nulo o realizado polo empresario, alegando ausencias inxustificadas, cando denegara a excedencia para coidado de familiar. STSX de Navarra (Pamplona) de 15 de marzo de 2002. AS 696. Determinación da data inicial de goce de excedencia para coidado de fillos de traballadora con contrato suspendido por incapacidade temporal. STC 203/2000, de 24 de xullo de 2000. Recurso de amparo 2947/97 promovido por D.^a María Pilar Martínez Girado a respecto da sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, que confirmou a negativa do Servizo Andaluz de Saúde a declárala en situación de excedencia voluntaria para o coidado dun fillo. Estimación da demanda de amparo. Vulneración do dereito a non ser discriminada por razón do sexo derivada da denegación do dereito á excedencia para o coidado de fillos a unha funcionaria interina (STC 240/1999).

⁵⁷ Sobre este tipo de supostos, non son poucos os casos en que os tribunais inferiores tamén se pronunciaron. Así, por exemplo, STSX de Madrid de 6 febreiro de 2006. AS 2006/477. Excedencia por coidado de fillos. Non cabe esixir cambio de funcións cando a reincorporación se faga dentro do grupo de clasificación profesional. STSX de Madrid de 19 de outubro de 2004. AS 2004/3391. Transcorrido o primeiro

4.3.1. Suposto de feito

A traballadora veu prestando servizos para unha empresa desde o ano 1998, coa categoría profesional de oficial de segunda administrativa. A mesma empresa subscribiu un contrato de traballo eventual por circunstancias da produción co Sr. Crespo, por aumento de tarefas na área contable. A súa categoría era a de oficial de primeira administrativo e a duración do contrato comprendía desde o 1 de setembro de 2003 ao 29 de febreiro de 2004. A traballadora, pola súa banda, do 1 de xaneiro ao 8 de marzo de 2003 atopouse de baixa por maternidade, e durante o resto de ano estivo en excedencia por maternidade; de igual forma, no ano 2004, desde o 1 de xaneiro ao 8 de marzo, gozou dunha excedencia por maternidade.

Cando a traballadora se reincorpora da súa baixa por maternidade o 8 de marzo do ano 2004, comunicáselle verbalmente por parte da empresa que o seu anterior traballo ía ser ocupado polo Sr. Crespo, mentres que ela ía encargarse do traballo administrativo que xeraba o taller de chapa. A traballadora non aceptou o cambio de traballo e manifestou que de non volver ao seu anterior traballo (que segundo se desprende incluía tamén a área contable) prefería chegar a un acordo para saír da empresa. Declárase tamén probado que o traballo no taller de chapa aumentara no ano 2004, polo que se incrementara o equipo, e que con anterioridade á baixa por maternidade as únicas administrativas da empresa eran a actora e outra traballadora, a cal tamén se encargaba do traballo que xeraba o taller de chapa (feito probado quinto). Polo demais, segundo o ordinal sexto do relato de feitos, o traballo de administración que xeran as seccións de chapa e venda é similar.

Ao non aceptar o cambio de traballo, a empresa deixou de lle dar ocupación á recorrente, quen pasou a permanecer durante toda a súa xornada laboral sen posto de traballo físico onde se situar, sen mesa, sen cadeira e sen ordenador (feito probado sétimo); por tal motivo, presentou o 26 de maio de 2004 unha denuncia ante a Inspección de Traballo, que redactou unha acta de infracción con data de 3 de agosto de 2004. Doutra banda, os representantes da empresa recoñeceron que o traballo que lle encargaran non era o mesmo que tiña antes da excedencia para o coidado de fillo, xa que esas

ano de excedencia, a reincorporación produciuse nun posto de traballo correspondente á categoría da traballadora mais cunha distribución da xornada diferente. Esta xornada distinta vén imposta polo novo posto de traballo, sen que se lle poida impor á empresa unha organización distinta do tempo de traballo utilizando outros contratos temporais; é á empresa a que corresponde autoorganizarse do modo que crea máis conveniente, e só en caso de se producir unha vacante nun posto de traballo similar ao que desempeñaba con anterioridade á excedencia, co seu horario correspondente, terá dereito a reclamar ese posto.

tarefas estaba a realizalas outro traballador que contrataran durante o período de excedencia da denunciante. A partir de aquí a acta de infracción da Inspección de Traballo conclúe a existencia de infracción das alíneas a) (ocupación efectiva); c) (non discriminación por razón de sexo) e e) (dignidade debida) do artigo 4.2 do Estatuto dos Traballadores. Así mesmo, vai considerar infrinxido o art. 46.4 do ET e cualificar todas as infraccións como moi graves de acordo ao art. 8.12 da Lei sobre infraccións e sancións da orde social (LISOS).

A acta de infracción non é firme, xa que é recorrida pola empresa, que nega o tratamento desfavorable da traballadora ao pór á súa disposición outro posto de traballo efectivo correspondente á súa categoría e formación, e alega que non lle denegara nin a excedencia, nin a reincorporación. Así mesmo, alega que desde a data da reincorporación, a traballadora contou cos mesmos medios que o resto dos seus compañeiros, alén de que percibía salarios por enriba do previsto no convenio colectivo e elixira o seu horario. Ante tales circunstancias, a traballadora interpón demanda por vulneración de dereitos fundamentais no Xulgado do Social de Madrid, que a desestimou na Sentenza de 28 de xaneiro de 2005. A actora recorreu en suplicación ante o TSX de Madrid, que confirmou a resolución de instancia. Finalmente, recorre en amparo ante o TC alegando que se producira discriminación por razón de sexo e, por tanto, vulneración do art. 14 da CE.

4.3.2. Pronunciamento do TC: inexistencia de discriminación por ausencia de prexuízos causados á traballadora

Ante as circunstancias descritas anteriormente, o TC entra a resolver a cuestión analizando en primeiro lugar –e como adoita ser habitual– a súa propia doutrina no que ten a ver coa prohibición de discriminación que consagra o art. 14 da CE. Neste contexto, realiza unha conexión entre o exercicio dos dereitos derivados da conciliación persoal, laboral e familiar (tamén a excedencia por coidado de familiares do art. 46.3 do ET) coa discriminación por razón de sexo, que pola súa parte trata de conectar cos valores e intereses familiares recoñecidos no art. 39 da CE sobre protección da familia⁵⁸.

⁵⁸ E fáino para sinalar que «unha decisión que se adopte descoñecendo a orientación que debeu ter a aplicación da legalidade conforme aos devanditos principios reitores da política social e económica acentuaría a súa falta de xustificación». Unha crítica sobre a integración do art. 39 da CE a través do art. 14 da CE que compartimos pode verse en CABEZA PEREIRO J. (2007) «Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, del 5 de noviembre», *Revista de Derecho Social* XL, 145-146. Este autor sinala textualmente que esta integración «é máis perigosa que unha piraña na bañeira, porque implica que a igualdade da muller pasa

A continuación, o TC realiza unha diferenza no tocante ao exercicio destes dereitos e a vulneración do art. 14 da CE, por canto distingue aqueles supostos en que a empresa lle discute á traballadora o exercicio do dereito doutros en que esta sofre un prexuízo como consecuencia de se acoller ao devandito dereito ou en relación co seu exercicio⁵⁹.

Así, o TC vai realizar unha análise do suposto de feito desde a perspectiva da existencia ou non de discriminación indirecta, no sentido de valorar en primeiro lugar –en relación co primeiro argumento– que a privación de dereitos destas características incide de xeito máis intenso no colectivo das mulleres, un criterio este que de partida abondaría para amparar a traballadora no suposto de feito. Malia ser iso así, con todo, unha vez sentada esta premisa o TC vai xustificar a súa negativa ao amparo no segundo dos argumentos, isto é, se no suposto de feito a traballadora sufriu algún prexuízo a respecto dos seus compañeiros (discriminación directa); de modo que o alto tribunal remata mesturando ambos os dous planos, o prexuízo causado á traballadora e a posible motivación discriminatoria que tivera a empresa⁶⁰.

En efecto, o TC vai acabar argumentando a súa negativa ao amparo no feito de no caso de autos non se probar que a traballadora sufrise ningún prexuízo a respecto dos seus compañeiros, o que en consecuencia acaba diluíndo a noción de discriminación indirecta desde a súa vertente colectiva, isto é, aquela en que xa non se verifica se unha medida da empresa ten un impacto negativo nun colectivo composto –como é o caso– por un número maior de mulleres que de homes. De feito, vai achegarse a unha noción persoal ou máis particular daquela cando o que verifica é a constatación do prexuízo causado sobre a traballadora concreta ao reintegrala a un posto de traballo distinto ao orixinario, á marxe das motivacións da empresa⁶¹. Establecidas así as formulacións, o TC, ao non apreciar que se producise ningún prexuízo de ningún tipo, non vai entrar a valorar se a decisión da empresa é discriminatoria ou non, polo que acaba rexeitando o recurso formulado pola traballadora afectada. Dito doutro modo, o TC, desde esta perspectiva, vai entender que pode existir un incumprimento legal no exercicio dos dereitos de conciliación que, non obstante, non alcance rango constitucional⁶².

necesariamente por incentivar a protección da familia. O cal é sen dúbida certo, salvo que a formulación se desprace para salvar o curtísimo treito que hai até dar por bo que só a muller require protección da familia para traballar en igualdade».

⁵⁹ *Ibidem*, 146.

⁶⁰ *Ibidem*, 147. «É dicir, [mesturando] o plano da discriminación directa e o da discriminación indirecta».

⁶¹ En extenso, *ibidem*, 147 e ss.

⁶² *Ibidem*, 149 e ss. Compartimos a crítica á postura do TC exposta por J. Cabeza Pereiro.

5. Despedimento dunha traballadora embarazada e coñecemento do estado de gravidez polo empresario. A STC 92/2008

O contexto onde con certa asiduidade se producen discriminacións directas por razón de sexo non é outro que o dos supostos vinculados á maternidade⁶³. Particularmente, non son poucos os casos en que aínda hoxe se producen despedimentos de traballadoras embarazadas que, como se sabe, constitúen todos eles supostos de despedimentos nulos por discriminatorios de non se probar a súa procedencia⁶⁴. Xa que logo, e sen ánimo de acometer un estudo pormenorizado de todos os supostos que chegaron a coñecerse sexa polo TC ou polo TXUE, a continuación creo oportuno facer referencia a varios dos últimos supostos que chegaron ao coñecemento dos tribunais antes mencionados e que se centran fundamentalmente no espiñento tema do coñecemento do estado de gravidez por parte do empresariado para poder determinar se nos situamos ante un despedimento nulo por discriminatorio. E iso así, porque unha das cuestións máis debatidas durante longo tempo foi a de determinar como debe interpretarse o art. 55.5 do ET, cando sinala que se considera nulo o despedimento «das traballadoras

⁶³ En xeral, véxase CARDONA RUBERT, M. B. (2002) *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor, Aranzadi Editorial. Máis recentemente, entre outros, NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2007) «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI» *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* LXXIII, 171-204.

⁶⁴ En relación con considerar discriminatorio o despedimento dunha traballadora embarazada, expresouse o TC en diversas ocasións. Así, na STC 136/96 (RTC 1996, 136) sinala que «a discriminación por razón de sexo comprende aqueles tratamentos pexorativos que se fundan non só na pura e simple constatación do sexo da vítima, senón na concorrencia de razóns ou circunstancias que teñan co sexo da persoa unha conexión directa e inequívoca. Tal sucede co embarazo, elemento ou factor diferencial que, por razóns obvias, incide de forma exclusiva sobre as mulleres [STC 173/1994 (RTC 1994, 173)]. Os tratos desfavorables baseados no embarazo, ao afectaren exclusivamente a muller, constitúen, por tanto, unha discriminación por razón de sexo proscriba polo art. 14 da CE. Este tribunal xa tivo ocasión de declaralo mesmo a respecto de decisións empresariais *ad nutum*, como a resolución da relación laboral en período de proba [SSTC 94/1984 (RTC 1984, 94) e 166/1988 (RTC 1988, 166)] ou a falta de renovación dun contrato temporal (STC 173/1994), e sen dúbida a conclusión debe proxectarse a decisións causais, como é o despedimento».

Polo que se refire á STC 173/1994, de 7 de xuño, cómpre sinalarmos que se trata dun suposto en que un contrato temporal non se renova debido ao embarazo dunha traballadora que prestaba servizos no Ministerio de Cultura. Un comentario sobre este pronunciamento pode verse en MONTROYA MELGAR, A. (1994) «Sentencia 173/1994, de 7 de junio. No renovación del contrato por embarazo de la trabajadora» *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* XII, 373 e ss. Sobre a nulidade da decisión empresarial de non renovar un contrato temporal ou de non transformar un contrato temporal nun indefinido, véxase MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R. (2005) «Embarazo y llegada del término final del contrato temporal» *Relaciones Laborales* VII, 65-72; CORDERO SAAVEDRA, L. (2004) «Embarazo de trabajadora y extinción del contrato temporal. A propósito de la doctrina de comunitaria y del Tribunal Constitucional» *Relaciones Laborales* VII, 51-64.

embarazadas, desde a data de inicio do embarazo até a data do comezo do período de suspensión do contrato de traballo por maternidade», agás que se declare a procedencia por causas alleas ao embarazo⁶⁵.

Este precepto estatutario trae causa na reforma operada na nosa lexislación interna a través da transposición da Directiva 92/85/CEE do Consello, de 19 de outubro de 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dese a luz ou estea en período de lactación realizada por mor da Lei 39/1999. Pois ben, desde esta perspectiva o problema que viña ocorrendo non era outro que o de determinar se para poder declarar nulo o despedimento dunha traballadora embarazada cumpría ou non que o empresario tivese coñecemento do seu estado.

Así, no noso país debateuse se a declaración de nulidade contida no dereito interno era un suposto de nulidade obxectiva ou automática ou nulidade causal. Isto é, existía un sector doutrinal e xurisprudencial que se acollía á interpretación literal da norma (nulidade obxectiva ou automática), segundo a cal é irrelevante o móbil do empresario á hora de cualificar como nulo o despedimento no caso de que non puidese acreditar e probar a existencia dunha causa motivadora que permita cualificar como procedente a súa decisión extintiva⁶⁶, de tal maneira que de acordo con esta interpretación non era necesario que a traballadora achegase ningún indicio de discriminación. Pola contra, existían outras opinións que defendían que no caso de o empresario non ter coñecemento real do embarazo da traballadora afectada pola decisión extintiva, daquela o despedimento non podía ser considerado nulo, senón como máximo improcedente⁶⁷.

⁶⁵ Sobre o despedimento nulo en xeral, véxase *inter alia* BADIOLA SÁNCHEZ, A. M. (2003) *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Madrid, Lex Nova; RIERA VAYREDA, C. (1999) *El despido nulo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1992) «Causas de despido nulo» en VV. AA. *Estudios sobre el despido disciplinario*. Madrid, ACARL, 535-572; SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.) (2004) *El despido: aspectos sustantivos y procesuales*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 302-326.

⁶⁶ É a postura defendida, por exemplo, por MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R. (2004) *La protección jurídica de la mujer trabajadora*. Madrid, CES, 291 e ss. Tamén CABEZA PEREIRO, J. (2000) «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» *Documentación Laboral* LXI, 37. É a postura mantida nas SSTSPV de 7 de outubro de 2003 (2003, 270752) ou de Cataluña de 10 de decembro de 2002 (2003, 33583).

⁶⁷ É por exemplo a postura defendida polo TS en dúas sentenzas de 19 de xullo de 2006 (RX 2006, 6653 e RX 2006, 8040) ou tamén das SSTs de 24 de xullo de 2007 (RX 2007, 7382) e de 29 de febreiro de 2008 (RX 2008, 3039), en que vai considerar que constitúe un ingrediente indispensable para cualificar o despedimento como nulo que o empresario tivese coñecemento da xestión da traballadora directa-

A causa do debate viña concernido pola eventual discrepancia existente entre a nosa lexislación interna (art. 55.5 do ET) e o disposto na Directiva 92/85, posto que o artigo 2.a) da devandita directiva dá unha definición de qué ten que considerarse traballadora embarazada; así, establece que «para os efectos desta directiva entenderase por: a) traballadora embarazada: calquera traballadora embarazada **que comunique** o seu estado ao empresario, conforme ás lexislacións e/ou prácticas nacionais» (a letra grosa é nosa). Nestas circunstancias, había quen entendía que para garantir a aplicación da protección de que gozan as traballadoras embarazadas en supostos de despedimento de acordo co disposto no art. 10.1 da mesma –directiva prohibición de despedimento– era necesario que estas comunicasen o seu estado ao empresario ou, cando menos, que a empresa tivese coñecemento de tal circunstancia aínda que non se lle comunicase formalmente⁶⁸. E ao contrario, existía, como se sinalou anteriormente, outro sector doutrinal e xurisprudencial que entendía que o requisito relativo á comunicación a que alude o art. 2.a) da Directiva dependía do disposto na lexislación interna de cada país de acordo co seu parágrafo *in fine*. A esta discusión ou debate puxo fin o Tribunal Constitucional na Sentenza 92/2008, de 21 de xullo dese mesmo ano⁶⁹.

5.1. Suposto de feito

A traballadora, demandante de amparo ante o TC, prestaba servizos como auxiliar administrativa para a Asociación Provincial do Metal (Aspremetal) de Badaxoz desde xuño de 1997. Foi despedida o día 12 de xaneiro de 2004 mediante carta de despedimento en que se facía constar a imposibilidade de manter os seus servizos polo encarceramento da súa nómina e pola innecesariedade do seu posto de traballo; no mesmo

mente ou a través de calquera outro medio. Iso si, en calquera caso, a Sala 4.^a do Tribunal Supremo exime a traballadora da obriga de comunicar o seu estado ao empresario. Tamén foi a postura mantida polos tribunais superiores de xustiza, malia que cómpre sinalarmos que se trata de sentenzas que se resolven con anterioridade á reforma do art. 55 do ET. Así, as sentenzas do TSX de Cataluña de 16 de outubro de 1997 (AS 1997, 3716), do País Vasco de 19 de marzo de 1996 (AS 1996, 478), de Andalucía de 2 de febreiro de 1996 (AS 1996, 287), de Asturias de 4 de decembro de 1998 (AS 1998, 4407) ou de Galicia de 26 de xaneiro de 1999 (AS 1999, 45).

⁶⁸ Entre outros, véxase IGLESIAS CABERO, M. «Garantías de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Una cuestión que sigue suscitando dudas». Disponible en formato electrónico no enderezo web <<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/767/comentario/garantias-de-las-trabajadoras-embarazadas-frente-al-despido-una-cuestion-que-sigue-suscitando-dudas>>.

⁶⁹ RTC 2008, 92. Esta sentenza foi comentada, entre outros, por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (2008) «Garantías frente al despido de una trabajadora embarazada: constitución, juez y legalidad ordinaria» *Revista de Derecho Social* XLIII, 163-170. Tamén, CAVAS MARTÍNEZ, F. (2008) «El Tribunal Constitucional “blinda” el contrato de las trabajadoras embarazadas» *Aranzadi Social* I, 11.

acto do despedimento, a empresa recoñecía a súa improcedencia e ofrecíalle á traballadora a indemnización legal correspondente. No momento do despedimento a traballadora atopábase embarazada e a empresa alegou que a muller non lle comunicara en ningún momento o seu estado á dirección; mentres que a traballadora aduciu que o seu estado puidera ser percibido por todo o persoal nunha comida de Nadal celebrada cando xa estaba de catro meses.

Ante tales circunstancias, a traballadora reclama despedimento nulo por discriminatorio ante o Xulgado do Social n.º 1 de Badaxoz, órgano que rexeita na Sentenza de 24 de marzo de 2004 a cualificación de nulidade ao non considerar probado que a empresa coñecese o estado de embarazo da traballadora e, en calquera caso, non ser este, senón razóns organizativas, o motivo do despedimento. A continuación, a traballadora interpón recurso de suplicación ante o TSX de Extremadura que lle é desestimado o 17 de xaneiro do ano 2005, ao ratificar este tribunal o criterio da resolución de instancia canto á improcedencia e falta de nulidade do despedimento. Finalmente, a demandante interpuxo recurso de casación para a unificación de doutrina ante o Tribunal Supremo, que lle foi igualmente desestimado o 29 de marzo de 2006 por falta de contradición.

5.2. A nulidade do despedimento dunha traballadora embarazada sen causa xustificada

Vendo o *iter* xurisprudencial seguido até a interposición do recurso de amparo, pouco facía prever que o TC daría un xiro á doutrina que viñera defendendo en pronunciamientos anteriores (por exemplo, na STC 41/2002), en que considerara que o coñecemento por parte do empresario do estado da traballadora era un requisito necesario para considerar o despedimento nulo por discriminatorio. En calquera caso, o TC vai amparar a actora que denunciara a vulneración dos arts. 14 e 24 da CE ao entender que o despedimento estivo motivado polo embarazo, xa que aínda que non lle comunicara á empresa a súa condición de muller xestante, o embarazo era perceptible no momento do despedimento.

O TC vai amparar a traballadora na sentenza que sinalamos desde o art. 24 da CE (tutela xudicial efectiva) e non sobre o fundamento do art. 14 da CE. Isto é, para o TC a interpretación feita pola sentenza recorrida desde a perspectiva do principio de igualdade e non-discriminación do art. 14 da CE é correcta e, por tanto, é necesario o coñecemento do embarazo pola empresa para que poida considerarse o despedimento discriminatorio. Porén, non vai chegar á mesma conclusión cando interpreta o art. 24 da CE, xa que vai entender que de acordo co disposto no art. 55.2.b) do ET e o art.

108.2.b) da Lei de procedemento laboral (LPL) non se esixe o coñecemento previo por parte do empresario da situación de embarazo da traballadora para que poida cualificarse como nulo o despedimento dunha traballadora encinta.

Así, sinala que «no Estatuto dos traballadores nada permite apreciar que se estableza como condición para declarar a nulidade dos despedimentos durante un embarazo requisito ningún nin de comunicación previa do embarazo ao empresario, nin de coñecemento previo por parte deste, por calquera outra vía, do feito do embarazo». Sinalará, neste sentido, a sentenza, que «a Lei 39/1999 engadiu ao suposto de nulidade xa considerado no art. 55.5 do ET para o caso de despedimento discriminatorio ou con vulneración de dereitos fundamentais, un novo suposto (...) [«será tamén nulo» di a Lei] do despedimento das traballadoras embarazadas desde a data de inicio do embarazo até a de comezo do período de suspensión, salvo que se declare a procedencia de despedimento por motivos que non estiveren relacionados co embarazo». De igual maneira, vai engadir que o dereito á non-discriminación por razón de sexo se ve indubidablemente reforzado de se eximir «da necesidade de demostrar o coñecemento por un terceiro dun feito que pertence á esfera máis íntima da persoa», cando é lexítimo que a traballadora queira manter este feito «fóra do coñecemento dos demais e, en particular, da empresa, por múltiples razóns, incluída a do desexo de preservar un posto de traballo que pode entender ameazado como consecuencia do embarazo».

Por último declara que «todos os criterios de interpretación» dos preceptos legais [arts. 55.5 b) do ET e 108.2 b) da LPL] «conducen a considerar que (...) a nulidade do despedimento ten un carácter automático, vinculado exclusivamente á acreditación do embarazo da traballadora e a non se considerar o despedimento como procedente por motivos que non están relacionados con este». E, en consecuencia, que «a garantía fronte ao despedimento do dereito á non-discriminación por razón de sexo das traballadoras embarazadas non esixe necesariamente un sistema de tutela obxectiva como o previsto polo lexislador na Lei 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, outros sistemas de protección igualmente respectuosos co art. 14 da CE como, en particular, o que estaba en vigor no momento da reforma legal. Non obstante, unha vez que o lexislador optou por un desenvolvemento concreto do art. 14 da CE, que incrementa as garantías precedentes conectándoas cunha tutela tamén reforzada doutros dereitos e bens constitucionalmente protexidos, non pode o órgano xudicial efectuar unha interpretación restritiva e allea ás regras hermenéuticas en vigor que prive o precepto legal daquelas garantías establecidas polo lexislador e con que a traballadora podía razoablemente entenderse amparada na súa determinación persoal, pois con iso estaría a impedirse a efectividade do dereito fundamental de acordo co seu contido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de decembro, FX 4.º). Tal decisión non

satisfai as esixencias do canon de razoabilidade e motivación reforzadas e de efectividade do dereito fundamental que impón a afectación –particularmente intensa, neste caso– do dereito á non-discriminación por razón de sexo da traballadora e dos restantes dereitos e bens constitucionalmente relevantes implicados».

En consecuencia, o TC vai amparar a traballadora sobre a base do art. 24 da CE en relación co principio de non-discriminación por razón de sexo (art. 14 da CE) e, xa que logo, anular as sentenzas de instancia. Concluirá nesta sentenza que o despedimento dunha traballadora embarazada constitúe unha causa de nulidade conectada co despedimento discriminatorio por razón de sexo, aínda que formalmente é distinta da anterior. E iso sobre a base da interpretación literal, sistemática e teleolóxica do precepto estatutario controvertido (art. 55.5 do ET), xa que se trata dun precepto que vincula o despedimento nulo ao feito do embarazo, alén de querer establecer maiores garantías para as traballadoras embarazadas fronte ás discriminacións deste carácter. Así, o que interesa ao TC á hora de amparar a traballadora neste caso non é o feito de se o empresario coñecía ou non o embarazo daquela, por ser irrelevante, posto que o que a norma protexe non é outra cousa que o embarazo en si e non a discriminación por razón de sexo⁷⁰

⁷⁰ Volve reiterar a mesma doutrina na STC 124/2009, de 18 de maio. Trátase dunha traballadora que é despedida sen que na carta de despedimento se indique causa ou motivo de ningún tipo, malia recoñecer a empresa a súa improcedencia; ora ben, a traballadora estaba embarazada no momento do despedimento, situación que non comunicara ao empresario. O TC ampara a traballadora, facendo unha interpretación moi protectora do contido do art. 55.5.b) do ET, sobre a base dos seguintes argumentos (a letra grosa é nosa):

- a) **No marco do art. 55 do ET non pode cualificarse nunca un despedimento de improcedente.** O despedimento unicamente poderá ser cualificado como procedente (cando se probe a causa disciplinaria invocada na carta de despedimento e que, loxicamente, nada pode ter a ver coa situación de embarazo) ou nulo (cando non se probe a causa alegada).
- b) A acreditación do coñecemento previo do embarazo por parte do empresario non é unha esixencia para declarar nulo o despedimento efectuado durante o período de embarazo. Tampouco a é a notificación previa por parte da traballadora da devandita situación ao empresario. Pola contra, todos os criterios de interpretación gramatical, lóxica e teleolóxica aplicables (art. 3.1 do CC), ademais do criterio último e superior que é o da interpretación de acordo coa CE, conducen a considerar que **a nulidade do despedimento ten no art. 55.5 b) un carácter automático, vinculado exclusivamente á acreditación do embarazo da traballadora e á falta de consideración do despedimento como procedente por motivos sen relación con el.**
- c) A regulación legal da **nulidade do despedimento das traballadoras embarazadas constitúe unha institución directamente vinculada ao dereito á non-discriminación por razón de sexo proclamado no art. 14 da CE**, aínda que tamén poidan atoparse vínculos con outros dereitos e bens constitucionalmente protexidos, como o dereito á seguridade e a saúde das traballadoras embarazadas (art. 40.2 da CE), e a protección da familia e dos fillos (als. 1 e 2 do art. 39 da CE).

6. Fecundación *in vitro* e despedimento de traballadora: o caso Mayr

Non é en absoluto novidoso que o TXUE acometese en máis dunha ocasión a interpretación do dereito comunitario –orixinario e derivado– en supostos de pedimentos prexudiciais formulados por distintos tribunais nacionais para axuizaren a compatibilidade dos dereitos internos con aquel en casos relativos a despedimentos de traballadoras embarazadas. A pesar do anterior, o caso que agora traemos a colación é un deses supostos en que a dificultade do pronunciamento se centra en determinar se para os efectos do dereito comunitario unha traballadora se atopa ou non embarazada cando está a someterse a un tratamento de fecundación artificial. Dito doutro modo, para determinar se as distintas directivas sobre o principio de igualdade de

d) Hai que distinguir o suposto de nulidade en caso de despedimentos discriminatorios ou con vulneración de dereitos fundamentais (art. 55, primeiro parágrafo), do suposto do art. 55.5.b). Este último regula unha nulidade obxectiva, diferente da nulidade por causa de discriminación, e que actúa en calquera situación de embarazo, á marxe de que existan ou non indicios de tratamento discriminatorio ou mesmo de que concorra ou non un móbil de discriminación.

e) **O lexislador nacional optou por ir alén da Directiva comunitaria** e superar os niveis mínimos de protección previstos nesta. Configúrase un mecanismo de garantía reforzada na tutela das traballadoras embarazadas, reforzo que posúe, ademais, unha clara relevancia constitucional. En primeiro lugar, desde a perspectiva prioritaria do dereito á non-discriminación por razón de sexo, que se ve reforzada, á súa vez, ao dispensarse a traballadora dunha proba que ás veces pode ser enormemente complicada e cuxa esixencia limitaría a eficacia do dereito fundamental. Con iso exímese da necesidade de demostrar o coñecemento por parte dun terceiro dun feito que pertence á esfera máis íntima da persoa e que a traballadora pode desexar manter, lexitimamente, fóra do coñecemento dos outros e, en particular, da empresa, por múltiples razóns (mesmo polo desexo de preservar o posto de traballo que pode verse ameazado como consecuencia do embarazo).

f) **Exonerar da proba do coñecemento do embarazo** e, con ela, de toda obriga de declaración previa, substituíndoa pola proba, en caso de despedimento, dun feito obxectivo como o é o embarazo en si mesmo, **constitúe sen lugar a dúbidas unha medida de reforzo das garantías ante un despedimento da traballadora embarazada**, á vez que é plenamente coherente co recoñecemento do seu dereito á intimidade persoal e familiar (art. 18.1 da CE).

g) Cómpre lembrar que esta garantía reforzada alcanza, segundo o art. 55.5 b), o tempo transcorrido entre a data de inicio do embarazo e a data do período de suspensión por maternidade. En definitiva, tal e como xa se afirmou na STC 92/2008, **o despedimento dunha traballadora que se produce entre a data de inicio do embarazo –mesmo cando ela non teña constancia– e a data da suspensión por maternidade, será nulo cando non se probe a súa procedencia por razóns alleas ao embarazo, e a única proba que deberá achegar a traballadora referirse exclusivamente á súa situación física de embarazo no momento do despedimento**, co que se produce, en consecuencia, unha inversión da carga da proba.

Pode consultarse ao respecto o texto e resumo realizado por GALA DURÁN, C. (2010) «¿Es necesario comunicar la situación de embarazo al empresario para que se pueda declarar la nulidad de un despido?» *Boletín Cemical* XXVII. Dispoñible no enderezo electrónico <http://www.diba.es/cemical/es/boletin/ficheros/Boletin_27/num27_marzo2010.pdf>.

tratamento e non-discriminación, e particularmente a Directiva do ano 1992 relativa á protección das mulleres embarazadas, poden xogar no suposto de feito concreto, o Tribunal de Luxemburgo debe establecer con carácter prioritario se unha traballadora nas circunstancias aludidas se atopa ou non en estado no momento de ser despedida.

6.1. Suposto de feito

A STXCE de 26 de febreiro de 2008 trae causa nunha solicitude de decisión prejudicial que ten por obxecto a interpretación do art. 2.a) da Directiva 92/85/CEE do Consello, de 19 de outubro de 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e a saúde no traballo da traballadora embarazada que dese a luz ou en período de lactación, así como da Directiva 76/207/CEE relativa á igualdade de tratamento entre traballadores e traballadoras, nun suposto en que a traballadora estaba a someterse a un proceso de fecundación *in vitro*. Para poder analizar correctamente o axuizamento realizado polo tribunal comunitario debemos, sequera de xeito mínimo, expor os feitos que deron lugar ao litixio.

A Sra. Mayr traballaba como camareira para a Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner en Salzburgo desde o 3 de xaneiro de 2005. Como parte dunha tentativa de fecundación *in vitro*, e despois dun tratamento hormonal de aproximadamente un mes e medio de duración, practicóuselle unha punción folicular o 8 de marzo de 2005, a causa da cal estivo de baixa entre o 8 e o 13 de marzo de 2005 por prescrición do seu médico de cabeceira. O 10 de marzo de 2005, nunha conversa telefónica, Flöckner comunicoulle á Sra. Mayr que quedaba despedida con efectos do 26 de marzo de 2005. Mediante escrito do mesmo día, a Sra. Mayr informou a Flöckner de que, no marco dun tratamento de fecundación artificial, a transferencia dos óvulos fecundados ao seu útero estaba programada para o 13 de marzo de 2005. Na data de comunicación do despedimento da Sra. Mayr, os óvulos extraídos desta xa foran fecundados polos espermatozoides da súa parella e, xa que logo, xa existían óvulos fecundados *in vitro*. O 13 de marzo de 2003, é dicir, tres días despois de que se informase a Sra. Mayr do seu despedimento, transferíronse ao útero desta dous óvulos fecundados. A Sra. Mayr reclamou entón a Flöckner o pagamento do seu salario e da parte proporcional da súa retribución anual, alegando que, desde a fecundación *in vitro* dos seus óvulos, estaba amparada pola protección contra o despedimento prevista pola lexislación austríaca.

Dado que o litixio se refire á cuestión de se a Sra. Mayr, na data do seu despedimento, estaba amparada pola protección contra o despedimento concedida ás traballadoras embarazadas de acordo coa lexislación austríaca, o tribunal austríaco competente para

o coñecemento do litixio decidiu suspender o procedemento e formularlle ao TXUE a seguinte cuestión prexudicial: unha traballadora que se somete a unha operación de fertilización *in vitro* é unha «traballadora embarazada» para os efectos do artigo 2, letra a), primeira metade de frase, da Directiva 92/85/CEE se no momento en que se lle notifica o despedimento os seus óvulos xa foran fecundados cos espermatozoides da súa parella, de maneira que xa existían embrións *in vitro*, mais aínda non foran transferidos ao seu corpo?

6.2. Interpretación do TXUE no caso Mayr

Con carácter xeral, o problema que entretén o Tribunal de Luxemburgo neste asunto é determinar, en primeiro lugar, se a traballadora despedida está ou non embarazada de acordo ao disposto no art. 2.a) da Directiva 92/85/CEE⁷¹; xa que se a resposta é afirmativa, en segundo lugar, desencadearíase a protección contida no art. 10.1⁷² do citado instrumento comunitario, que ditamina a prohibición de despedimento dunha traballadora embarazada so pena de nulidade da decisión extintiva de acordo co noso dereito. Pois ben, o tribunal *a quo* solicitalle ao tribunal comunitario que determine se no suposto de autos a traballadora se atopaba ou non embarazada para os efectos da Directiva 92/85/CEE, tendo en conta que no momento en que se lle notifica o despedimento a fecundación *in vitro* xa tivera lugar, mais aínda non se producira a transferencia dos óvulos fecundados *in vitro* ao útero da muller.

O TXUE vai sinalar que nestas circunstancias a traballadora non está embarazada no sentido do disposto no art. 2.a) da Directiva e que, por tanto, tampouco se atoparía amparada pola prohibición de despedimento das traballadoras embarazadas regulado no art. 10.1 do mesmo texto⁷³. E é que sinala o tribunal que «antes de seren [os óvulos

⁷¹ Artigo 2. «Para os efectos desta directiva entenderase por: a) traballadora embarazada: calquera traballadora embarazada que comunique o seu estado ao empresario, conforme ás lexislacións e/ou prácticas nacionais».

⁷² Artigo 10. Prohibición de despedimento: «Como garantía para as traballadoras, a que se refire o artigo 2, do exercicio dos dereitos de protección da súa seguridade e saúde recoñecidos neste artigo, establécese o seguinte: 1) Os estados membros tomarán as medidas necesarias para prohibiren o despedimento das traballadoras a que se refire o artigo 2 durante o período comprendido entre o comezo do seu embarazo e o final do permiso de maternidade a que se refire a alínea 1 do artigo 8, salvo nos casos excepcionais non-inherentes ao seu estado admitidos polas lexislacións e/ou prácticas nacionais e, no seu caso, sempre que a autoridade competente dese o seu acordo».

⁷³ A Directiva 92/85/CEE do Consello, de 19 de outubro de 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e a saúde no traballo da traballadora embarazada, que dese a luz ou en período de lactancia (décima directiva específica de acordo coa al. 1 do art. 16 da Directiva 89/391/

fecundados] transferidos ao útero da muller, os ditos óvulos –en determinados estados membros– poden conservarse durante un prazo máis ou menos longo e, no caso da normativa nacional considerada no asunto principal [austríaca], a posibilidade de conservar os óvulos fecundados esténdese até un período máximo de dez anos. Por conseguinte, a aplicación da protección contra o despedimento establecida polo art. 10 da Directiva 92/85 a unha traballadora antes da transferencia dos óvulos fecundados podería ter o efecto de conceder o beneficio desta protección aínda cando esta transferencia se atrasase por calquera razón varios anos ou mesmo se renunciase definitivamente a ela, ao efectuarse a fecundación *in vitro* como simple medida de precaución».

Así, o que o TXUE vai concluír non é outra cousa que a imposibilidade de estender a protección da Directiva 92/85 á Sra. Mayr no caso formulado, dada a necesidade de observar o principio de seguridade xurídica, que non podería garantirse de se entender que unha traballadora pode gozar da blindaxe que brinda o art. 10.1 desta directiva nos inicios dun tratamento de fecundación *in vitro*. A pesar do anterior, o Tribunal vai ir máis alá, posto que tamén vai interpretar a eventual aplicabilidade do disposto nos arts 2.1 e 5.1 da Directiva 76/207/CEE do Consello, relativa á aplicación do principio de igualdade de tratamento entre homes e mulleres, no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo, ao caso de autos. Dito doutro modo, o TXUE vai sinalar que, malia ser verdade que a traballadora non pode verse amparada pola directiva específica sobre protección en casos de embarazo e lactación, iso non vai impedir, con todo, que aplique a súa doutrina sobre discriminación directa por razón de sexo. En consecuencia, vai considerar que en tanto a punición folicular e en xeral o sometemento a un proceso de fecundación *in vitro* só afecta as mulleres, haberá que considerar se a decisión extintiva se basea no feito de que a interesada se someteu a tal tratamento, en cuxo caso, o despedimento constituiría un suposto de discriminación directa por razón de sexo de acordo á Directiva do ano 1976⁷⁴.

CEE), e, en particular, a prohibición de despedimento das traballadoras embarazadas establecida na al. 1 do art. 10 desta directiva, deben interpretarse no sentido de que non se aplican a unha traballadora sometida a unha fecundación *in vitro* cando no momento en que se lle notifica o despedimento xa tivo lugar a fecundación dos óvulos cos espermatozoides da súa parella, mais estes non foron aínda transferidos ao seu útero.

⁷⁴ A al. 1 dos arts. 2 e 5 da Directiva 76/207/CEE do Consello, de 9 de febreiro de 1976, relativa á aplicación do principio de igualdade de tratamento entre homes e mulleres oponse, no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo, ao despedimento dunha traballadora que estea nunha fase avanzada dun tratamento de fecundación *in vitro*, é dicir, entre a punción folicular e a transferencia inmediata dos óvulos fecundados ao útero, na medida en que se demostre que este despedimento se basea esencialmente no feito de a interesada se someter a tal tratamento.