LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO*

Equal opportunities and non-discrimination in access to employment

Juan José Sevila Sánchez**

Recibido: 30 de noviembre de 2016
Aprobado: 15 de diciembre de 2016

Para citar este artículo / To cite this article

Sevila, S., Juan, J. (2017) La igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo. Revista Alma Mater, 13(1), pp. 80 - 106.

Resumen

Este artículo de investigación analiza el problema de aquellas decisiones discriminatorias que se generan en el ejercicio del poder empresarial en el momento previo al acceso al empleo. El trabajo analizará la concurrencia de la libertad contractual del empresario con el principio de prohibición de la discriminación en el mercado de trabajo español, así como la incidencia de la normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la legislación española.

Palabras clave

Discriminación; edad; jubilación; sexo; inmigración; derecho al trabajo; acceso al empleo.

Abstract

This research article analyzes the problem of those discriminatory decisions that are generated in the exercise of entrepreneurial power in the moment prior to access to employment. The paper will analyze the concurrence of the contractual freedom of the employer with the principle of prohibition of discrimination in the Spanish labor market, as well as the impact of the European Union regulations and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union in the Spanish legislation.

Key Words

Discrimination; age; retirement; sex; immigration; right to work; access to employment.

1. MARCO GENERAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

La ordenación de las economías modernas se asienta en el trabajo de los ciudadanos, de tal manera que el funcionamiento de una sociedad estará en gran medida subordinado al correcto funcionamiento de su mercado de trabajo. Se puede afirmar que el empleo y la ocupación son factores claves, no sólo para garantizar la igualdad de oportunidades, sino que además constituyen una condición previa e indispensable que hacen posible la participación plena de todos los ciudadanos en la vida económica, cultural y social.

---

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación en la Universidad de Alicante.

** Licenciado en Derecho. Profesor Asociado. Personal laboral docente e Investigador. Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad Derecho Universidad Alicante

El principio de libertad empresa[1], uno de los grandes principios del orden económico del ordenamiento jurídico español, acoge la regla de la libre contratación; es decir, es el empresario quien tiene libertad para encomendar las tareas de la empresa a quien quiera, y el trabajador tiene libertad para ofrecer sus servicios a cualquier empresario (J. A. SAGARDOY BENGOECHEA, 1998).

Con todo, dentro del Derecho del Trabajo, como necesaria proyección del artículo 14 de la Constitución española, interfiere el principio de prohibición de discriminación[2] de tal manera que ante situaciones de desequilibrio en nuestro mercado de trabajo, los poderes públicos[3] se convierten en un elemento esencial para amparar a los sujetos que acuden al mercado de trabajo de los arbitrariedades y abusos de las que puedan ser objeto en éste.

El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos[4], la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales[5]. Mención especial alcanza el Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo cuyo articulado encierra el principio de prohibición de todo tipo de discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación[6].

En el ámbito europeo, el principio de igualdad de trato y la no discriminación se encuentra presente en el Tratado Fundacional de la Unión Europea, de tal manera que la igualdad[7] [8] está concebida como uno de los valores comunes europeos y la lucha contra la discriminación como uno de sus objetivos. Igualmente, en el ámbito de la Unión Europea, existen un cúmulo de decisiones marco y directivas que regulan el principio de igualdad de forma autónoma y general, destacando así la Directiva 2000/43/CE por la que se adoptan determinadas medidas para asegurar la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE por la que se establece un marco general para fomentar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2002/73/CE por la que se regula el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, la Directiva 2006/54/CE por la que se regula la implementación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación, la Decisión marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia y

1 El reconocimiento de la libertad de empresa se encuentra recogido en el artículo 38 Constitución Española.

2 El artículo 14 de la Constitución Española dispone que los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras cuestiones, por razón de sexo, y el artículo 9.2 señala que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3 La Constitución de 1978 atribuye al Estado la competencia para regular "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

4 El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, reconoce que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

5 El artículo. 2. 2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que "los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". En la redacción de este precepto, sin embargo, no se incluye ninguna referencia a la discriminación por razón de edad.

6 El Convenio núm. 111 de la OIT, en su artículo 1, define el término discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de trato en el empleo o la ocupación.

7 Artículo 19 del Tratado Fundacional de la Unión Europea y que se corresponde con el artículo 13 del antiguo Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, introducido en el Tratado de Ámsterdam en el año 2000.

8 Los arts. 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, introducen el principio de transversalidad de las políticas de la Unión, lo que implica el compromiso jurídico-político que el Sistema de los Tratados impone a las instancias políticas de la Unión en defensa de la eficacia del principio de igualdad

por último la Propuesta de Directiva 2008/426/COM por la que se regula la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Resultado de la normativa antes reseñada, el Parlamento Europeo procedió a dictar la Resolución de 11 de enero de 2009 por la que instaba a los Estados miembros a combatir toda forma de discriminación, garantizando la igualdad de oportunidades como un Derecho Fundamental, de tal suerte que califica las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE como "norma mínima".

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la legislación española

El artículo 14 Constitución Española proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", precepto constitucional que por otra parte ha encontrado acomodo en la legislación laboral a través de los artículos 4.2.c)[9], 12.4.d)[10], 15.6, 17[11], 28, 54.2 g) y 68 del Estatuto de los Trabajadores.

De todos modos, si bien el artículo 14 Constitución española[12] expresa de una forma genérica el principio de igualdad y prohibición de discriminación, no obstante es el artículo 94 Constitución española el que hace posible la ratificación por parte de España de aquellos Tratados Internacionales que sirven de criterio interpretativo de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución española[13].

No obstante, a pesar de que el artículo 14 Constitución española emplea de forma conjunta el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, haciendo pensar que ambos derechos son una misma cosa, sin embargo estamos hablando de conceptos jurídicos diferentes, con características propias, que a su vez se complementan pero que se distinguen en aspectos fundamentales, cuestión que no ha sido siempre clara, lo que ha traído grandes confusiones en lo que respecta a las resoluciones judiciales de nuestros tribunales[14].

---

9 Artículo 4.2 c) En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de sexo, estado civil, edad…., origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

10 Artículo 4.2 e) En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al respeto de su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

11 Artículo 17.1 Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas para el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos o sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores dentro de la empresa y lengua dentro del Estado Español

12 Sentencia Tribunal Constitucional numero 214 de 11 de noviembre de 1991 rechazó que, bajo el paraguas de la libertad de expresión (art. 20 CE) o de la Libertad ideológica (art. 16 CE) pudieran cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, ya que atentaría contra el derecho al honor del art. 18.1 CE, de la persona o personas directamente afectadas y de la dignidad humana, bienes constitucionales que han de respetar tanto los ciudadanos como los poderes públicos en virtud del art. 9 y 10 CE, no admitiendo discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias.

13 La sentencia del Juzgado de lo Social de Canarias, de 17 de marzo de 2002, recuerda la primacía de los Tratados Internacionales en virtud del artículo 96 CE, quedando integrados en el ordenamiento jurídico interno y formando parte del sistema de fuentes del derecho español. A su vez, entiende que, en base a la aplicación del principio de jerarquía normativa que la Constitución recoge en su artículo 9.3, por el que las disposiciones de rango superior han de prevalecer sobre las de rango inferior, no deben aplicarse reglamentos o disposiciones contrarias a la Constitución o al principio de jerarquía normativa. La sentencia declara nulo el Reglamento de Competiciones de Balonmano que limita a dos el número de extranjeros no comunitarios que al mismo tiempo se puede alinear en un partido de balonmano, puesto que lo que no está prohibido por ley no puede prohibirse por reglamento.

14 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª Fernanda. Igualdad y Discriminación. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1986, p. 72

El principio de igualdad requiere que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda el uso de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación[15] razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas que no estén basadas en criterios objetivos y razonables[16].

En cambio, a través de la prohibición de discriminación se plasma la expresión más específica del mandato establecido en el art 9.2 Constitución española ya que es por medio de este principio a través del cual se espolea al legislador para que remueva los obstáculos que impidan o dificulten el goce de los derechos de igualdad y libertad de aquellos colectivos en situación de inferioridad ante una determinada situación de discriminación, actuando de esta forma como puente entre la igualdad formal y la igualdad material.

De esta suerte, mientras que el concepto de igualdad de trato tiene una incidencia relativa y se aplica en términos "relacionales" o comparativos, pues toma como referencia lo que sucede en otras situaciones comparables, el concepto de discriminación parece concebirse como una exigencia de carácter absoluto, totalmente refractaria a las diferencias de trato (GARCÍA MURCIA, 2010).

2. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

La complejidad del mercado de trabajo hace insostenible que éste funcione de forma natural, por sus propios mecanismos internos. Sus grandes dimensiones, la existencia de desequilibrios entre la oferta y demanda de trabajo o las posibles consecuencias negativas de su funcionamiento descontrolado explican la necesidad de mecanismos que lo faciliten, dirijan y controlen. Es por ello que los poderes públicos han de implicarse en la articulación del mercado de trabajo, cuando los mecanismos naturales del mercado no sean capaces de asegurar niveles de empleo considerados como apropiados.

De esta suerte, es en el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, donde se acoge los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo, principios que con carácter específico se vuelven a reiterar en el artículo 17 del mismo texto legal.

La importancia del artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 3/2015 radica en su conexión con el artículo 9.2 de la Constitución española, ya que ambos preceptos enarbolan la aspiración del legislador de alcanzar una situación igualdad real y efectiva. Para cumplir con dicha aspiración, el Real Decreto Legislativo 3/2015 autoriza la celebración de las llamadas "acciones positivas" en beneficio de los grupos sociales tradicionalmente discriminados como jóvenes, minusválidos, mujeres o excluidos sociales, y es que una sociedad no es libre si las relaciones para la mayoría de sus miembros se desarrollan presididas por la inseguridad en el empleo lo que conduciría a una involución de la sociedad y a la debilidad para los trabajadores que no podrían negociar en igual con los empresarios las condiciones de trabajo, y es que las medidas de empleo genéricas están abocadas al fracaso si finalmente no se adoptan medidas específicas para aquellos

15 La Sentencia de 29 de abril de 1.999 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que "no toda desigualdad es discriminatoria, sino sólo aquella que carece de justificación objetiva y razonable".

16 Sentencia Tribunal Constitucional numero 227/1998, de 16 de diciembre establece que la igualdad jurídica del art. 14 CE vincula al legislador, pero ello no quiere decir que el principio de igualdad implique en todos los casos un tratamiento legal igual. La sentencia establece los criterios que deben cumplirse para que una diferenciación de trato no sea discriminatoria de tal manera que, por un lado, exige la existencia de una justificación objetiva y razonable, y por otro, que tal distinción de trato tenga relación con la finalidad y efectos que se persiguen con la medida adoptada por el legislador. Para el Tribunal, lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable"

colectivos de desempleados con más dificultades de acceso al mercado de trabajo a través del desarrollo de acciones oportunas para evitar la discriminación y alcanzar la igualdad de oportunidades y la integración laboral y en la sociedad de los citados colectivos.

Políticas de integración laboral: los incentivos económicos para el fomento del empleo

La falta de acceso al mercado laboral o el acceso al mismo en condiciones precarias de algunos colectivos, constituye la principal y más inmediata causa de pobreza. Desde siempre han existido colectivos que, por sus especificidades, han tenido mayor dificultad para acceder al mercado de trabajo. Por todo ello, y con la finalidad de asegurar la integración laboral de aquellos colectivos que presentan mayor dificultad de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años, en el ordenamiento interno español opera el articulo 2 d) del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo.

Dentro de la gran variedad de medidas activas de empleo destinadas a incentivar la contratación de estos colectivos, en el ámbito estatal destaca la utilización de la técnica de las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para la inserción en el mercado de trabajo de aquellos colectivos especialmente afectados por el desempleo, y dentro de las deducciones.

La mayor parte de las medidas de incentivación del empleo se contienen en los Programas de Fomento del Empleo, que se suceden generalmente cada año. En dichos programas el legislador introduce una serie de deducciones en las cuotas de cotización a la seguridad social, señalando los colectivos pueden beneficiarse, en qué supuestos y en qué cuantías. Apuntar que, originariamente, los programas de fomento del empleo se han venido integrando en las leyes de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social acompañaban a las correspondientes leyes de presupuestos con la pretensión de que estas medidas entrasen en vigor a principio de cada año. No obstante a partir del año 2005, y al haberse suprimido aquella norma, se incluyen en Ley de Presupuestos Generales del Estado. En principio, será la situación concreta por la que atraviesa el país en cada momento la que determinará el grupo poblacional merecedor de este tipo de deducciones.

Como regla general se bonifica la contratación por tiempo indefinido. No obstante, existen algunas excepciones como es la de los trabajadores minusválidos, las trabajadoras que tengan reconocido por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o los trabajadores pertenecientes a colectivos socialmente excluidos[17] que aún siendo temporales generan derecho a bonificación.

En todo caso, las bonificaciones previstas en el programa general de fomento del empleo no pueden, en ningún caso, superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social que hubiera correspondido ingresar. A este tenor, las bonificaciones previstas en el programa general de fomento del empleo tampoco pueden, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, superar el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica, salvo en el supuesto específico de los trabajadores con discapacidad contratados por los Centros Especiales de Empleo.

Por último, y en relación con el papel de las comunidades Autónomas para incentivar la contratación, es preciso apuntar que las mismas carecen de margen competencial para fijar bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social, en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.17 Constitución española. No obstante, ello no significa que las Comunidades Autónomas estén privadas de la posibilidad de utilizar las técnicas de incentivación del empleo. Muy al contrario, entre las Comunidades Autónomas, a consecuencia del reconocimiento competencial que el articulo 148.1.13 de la Constitución española les otorga en materia de fomento al desarrollo económico, existe una creciente intervención en materia de política de empleo a través del establecimiento de subvenciones a tanto alzado o ayudas económicas directas a la contratación.

17 La situación de exclusión social se acreditará por la pertenencia a alguno de los colectivos a los que se relacionan en el artículo 2 de la Ley 44/2007.

La libre circulación de los trabajadores

En un mundo de producción globalizada, en muchas ocasiones el personal de las compañías mercantiles procede de ambientes heterogéneos, a menudo de diferentes países, que entran en contacto unos con otros, de tal manera que solamente aquellas empresas en las que prevalece una cultura de igualdad de oportunidades al final son las tienen una mayor productividad.

Dada cuenta lo anterior, conviene recordar que el modelo constitucional español se fundamenta en la idea de "mercado único", tanto en el aspecto laboral como en el productivo. Para alcanzar este objetivo, el articulo 2 f) del Texto Refundido de la Ley de Empleo consagra el principio de libre circulación de los trabajadores, tanto en el ámbito estatal como en el europeo, posibilitando que los puestos de trabajo de nueva creación sean ocupados de forma efectiva por quienes se encuentran desempleados[18], de tal manera que una vez conocidas las oportunidades de empleo existentes en el mercado laboral, los demandantes de empleo puedan desplazarse hacia aquellos territorios donde haya ofertas adecuadas, incluso si éstas se encuentran en lugares alejados al de su residencia, contribuyendo a superar los desequilibrios regionales.

A pesar de la territorialización de los servicios públicos de empleo en España, el articulo 6 f) del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, garantiza la coordinación de las políticas de empleo autonómicas y el aseguramiento por el Estado de un mercado de trabajo "único" presidido por el principio de libre circulación "en todo el territorio nacional" y "dentro de la Unión Europea", sin privilegios económicos y sociales por razón de territorio[19] y sin discriminaciones por razón de nacionalidad[20].

La consecuencia de todo ello es la creación de un mercado europeo de empleo en el que la preferencia por el mercado de trabajo nacional se sustituye por la preferencia del trabajador comunitario[21]. Esto supone, el derecho a utilizar los mismos servicios de empleo que los nacionales del Estado miembro de que se trate así como el derecho a acceder a un trabajo por cuenta ajena en cualquier estado miembro de la Unión Europea en igualdad de condiciones con los nacionales de dicho estado y con las mismas prioridades que ellos.

No obstante, existe una diferencia de tratamiento entre nacionales comunitarios y los ciudadanos extracomunitarios a la hora de acceder a un empleo y cuyo origen se localiza en el artículo 13 de la Constitución española[22]. Dicha disposición constitucional entrevé que solamente el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título Primero de la Constitución Española se ejercerán en la medida en que lo determinen los Tratados Internacionales y la normativa interna, salvo aquellos otros derechos que tiene todo ser humano, por el mero hecho de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad, que deben ser protegidos por el Estado sin ninguna discriminación. En consecuencia, el disfrute de derechos y libertades de los extranjeros estará condicionado a lo establecido en los tratados internacionales y a la ley interna española, en este

18 A fin de combatir el rechazo por los demandantes de empleo de una oferta de trabajo, el art. 231.2 del Texto Refundido de la LGSS establece que una colocación será adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kms del lugar de residencia, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, ida y vuelta, supera el 25% de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que le coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20% del salario mensual.

19 Artículos 139.52 y 138.2 Constitución Española,

20 Artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

21 Al amparo del art. 39 y 40 del Tratado Comunidad Europea se han aprobado la siguiente normativa:

- Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.
- Directiva 68/360 del Consejo, de 15 de octubre 1968, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los estados miembros y de sus familias dentro de la comunidad europea.
- Reglamento 1251/70, de 29 de junio de 1970, que establece el derecho de los trabajadores a permanecer en territorio del estado miembro de acogida.

22 De conformidad con la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, de 23 de noviembre de 2000, el derecho al trabajo solo se reconoce, en el texto constitucional, para los españoles y fuera de este supuesto su titularidad y ejercicio queda vinculado a la obligación de proveerse de la autorización de trabajo.

caso a la Ley de Extranjería, por loque los extranjeros extracomunitarios[23] no puedan acceder en condiciones de igualdad al mercado de trabajo con ciudadanos españoles y nacionales comunitarios pues para ello será necesario que estos ciudadanos de terceros países[24] necesiten, una vez evaluada la situación nacional de empleo, autorización para trabajar y permiso de trabajo.

Así pues, y a diferencia de los ciudadanos de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo que quedan equiparados a los nacionales españoles en cuanto a su derecho a acceder en condiciones de igualdad a un empleo, el control de acceso al mercado de trabajo de los trabajadores extracomunitarios se lleva a cabo mediante las autorizaciones de trabajo cuya regularización se caracteriza por establecer una sucesión escalonada de autorizaciones de vigencia limitada que culmina, en su caso, con la obtención del permiso de residencia permanente.

El principio de igualdad de trato se extiende a todas las condiciones de empleo y de trabajo, ya sea remuneración, despido, reinserción profesional o nuevo empleo en caso de desempleo. Es más, de acuerdo con el principio de igualdad de trato, un ciudadano de la Unión Europea tiene la misma prioridad que los trabajadores nacionales para acceder al empleo en cualquier Estado miembro sin que en ningún sean de aplicación disposiciones nacionales que limiten en número o en porcentaje el empleo de extranjeros. Por consiguiente, cuando en un Estado miembro de la Unión Europea la concesión de cualquier tipo de ventajas a empresas esté supeditada al empleo de un porcentaje mínimo de trabajadores nacionales, dicho trabajador nacional de un país de la Unión Europea será considerado como trabajador nacional[25].

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores comportará el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo y la de desplazarse libremente para este fin por todo el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, así como la de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en éste estado un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales y por último la de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en aquel un empleo. Del mismo modo, con acomodo al Derecho comunitario, cualquier estipulación contenida en un convenio colectivo o pacto individual relativa a determinadas condiciones de acceso al empleo será nula de pleno derecho si en ella se establecen o permiten condiciones discriminatorias respecto de los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.

Por lo demás, para el cumplimiento de este objetivo, el Texto Refundido de la Ley de Empleo garantiza la existencia de un sitio común en red telemática[26] que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo.

---

23 Fundamento Jurídico 5 de la sentencia del Juzgado de lo Social de Extremadura, de 5 de abril de 2001: "el principio de no discriminación basada en la nacionalidad implica que al extranjero, cumplidor de los requisitos exigidos por la legislación nacional para el acceso al trabajo no puede denegársele tal acceso por razón de su nacionalidad. Cuando no existe Tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, el extranjero no puede invocar el derecho a no ser discriminado".

24 En este sentido, los extranjeros extracomunitarios no pueden acceder en condiciones de igualdad con los españoles a nuestro mercado de trabajo, lo que ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en las sentencias núm. 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre o 115/1987, de 7 de julio, entre otras.

25 Artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea "quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión"

26 Orden TRAS/770/2003, de 14 de marzo, cuyo capítulo III regula la "aplicación telemática del Servicio Público de empleo Estatal".

Acceso a la administración pública y conocimiento lingüístico[27]

El derecho de acceso al empleo público se extiende también a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

El Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores regula el acceso al empleo público a los nacionales de terceros estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores en condiciones de igualdad con los españoles, estableciendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de dicho principio, así como la exigencia del conocimiento del castellano como un contenido necesario de las pruebas selectivas.

No obstante, para el acceso a un empleo por parte de ciudadano comunitario, los estados miembros de la Unión Europea pueden exigir un conocimiento aceptable de la lengua nacional[28]. Esto supone que el nivel de conocimientos tiene que estar en proporción con los cometidos del empleo y ser razonablemente necesario para poder desempeñarlos de manera adecuada. Las medidas adoptadas a escala nacional para proteger o fomentar una lengua en un Estado miembro deben ser conformes al Derecho comunitario, pero en ningún caso pueden discriminar a los nacionales de otros Estados miembros, debiendo respetar el principio de igualdad. Tampoco se puede exigir una lengua determinada como lengua materna.

Con todo, uno de los rasgos característicos del Estado español es la existencia de diversas Comunidades Autónomas que cuentan con un idioma propio distinto del castellano. Prueba de ello, son las distintas previsiones recogidas a lo largo de la norma fundamental dirigidas a proteger y promover las distintas lenguas existentes en España, de entre las cuales, destaca sobre todas ellas el articulo 3 (CE), precepto que consagra el denominado principio de cooficialidad lingüística en las Comunidades Autónomas, remitiendo a los diversos Estatutos de Autonomía la concreción del mismo.

Ante semejante escenario, a nadie extrañará que una de las cuestiones más controvertidas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, tenga que ver con la posibilidad de exigir, ya sea como mérito o como requisito, el conocimiento de las distintas lenguas cooficiales del Estado español para acceder a la función pública[29].

La cuestión ha sido contestada por la sentencia del Tribunal Constitucional numero 46/1991 que entendió que la acreditación de conocimientos lingüísticos para acceder a las administraciones públicas donde hay más de una lengua oficial es plenamente constitucional. Las justificaciones de la acreditación lingüística se basan en la obligación de servir al interés público que tiene

27 El art. 56.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que "las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales", plasmándose de esta manera un mandato directo a las Administraciones Públicas, cuyo cumplimiento se materializa a través de los distintos empleados públicos -funcionarios y laborales-, y que tiene su razón de ser en el derecho del ciudadano en su relación con la Administración Pública a ser atendido en la lengua o lenguas oficiales de su territorio

28 Articulo 9 Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores "las convocatorias de procesos selectivos determinarán la forma de acreditar un conocimiento adecuado del castellano, pudiendo exigir la superación de pruebas con tal finalidad, salvo que las pruebas selectivas impliquen por sí mismas la demostración de dicho conocimiento".

29 En el marco de la Unión Europea existe la denominada Carta Europea de las Lenguas Minoritarias o Regionales (aprobada en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992), tiene entre sus cometidos la defensa y protección de todas las lenguas de Europa, habiendo sido ratificada por España el 04/04/2001 (Boletín Oficial del Estado nº 222).

la administración pública, de tal manera que para que la administración pública sea eficaz y eficiente deberá desarrollar su actividad en todas las lenguas de la comunidad autónoma con dos lenguas cooficiales. Por lo tanto, cuando la administración pública seleccione a su personal deberá hacerlo entre las personas más competentes, ya que "siempre es más competente la persona que conoce más de una lengua[30] [31].

A pesar de ello, el propio Tribunal Constitucional matiza la afirmación efectuada en el párrafo anterior basándose en dos elementos. De una parte, en la proporcionalidad de la exigencia; y, de otra, en el tipo de funciones a desempeñar, por lo que sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel de conocimiento, por ejemplo, de gallego o catalán, cuando no exista relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate.

El fenómeno migratorio[32]

La inmigración forma parte de nuestra realidad social y laboral. Uno de los retos a los que va a tener que enfrentarse la sociedad en los próximos años, es la convivencia con personas procedentes de otros países y su incorporación al mercado laboral.

En relación con la reglamentación del fenómeno migratorio en el ámbito internacional hay que destacar la aprobación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Del mismo modo, en el Derecho Comunitario, la Directiva 2000/43/CE, reguladora de la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial étnico, define el principio de igualdad de trato como "la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico". Entretanto, la norma distingue entre discriminación directa, como aquella situación en la que se encuentra una persona que haya sido o pudiera ser tratada en atención a su sexo de manera menos favorable que otra en la misma situación, de discriminación indirecta[33] para aquellos supuestos en los que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a las personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas. Paralelamente, el artículo 4 de la Directiva 2000/43/CE acoge la posibilidad de establecer una diferencia de trato[34] basada en el origen racial o étnico. Para poder aplicar esta medida la Directiva especifica dos prerrequisitos: la existencia de un objetivo legítimo y la proporcionalidad entre el derecho que se quiere proteger y el derecho que se ve limitado.

Con respecto a la discriminación laboral, en el ordenamiento interno español emerge una amplia normativa antidiscriminación, resultando especialmente significativa la previsión del artículo

30 En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17/05/1991 (Sala 3ª) entiende que la cooficialidad lingüística supone, en ciertos casos, la necesidad de que determinados empleados públicos sean bilingües.

31 De la misma forma, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 1989 considera, por ejemplo, que la prueba obligatoria y eliminatoria de una lengua cooficial es un requisito de capacidad y admisible en un supuesto de un cuerpo general.

32 En este sentido, el articulo 2 g) del Texto Refundido de la Ley de Empleo se establece como uno de sus objetivos la coordinación del fenómeno migratorio interno y externo, de acuerdo con lo establecido en los párrafos a) y d) del Texto Refundido de la Ley de Empleo en colaboración con las comunidades autónomas, en el marco de sus respectivas competencias.

33 La figura de la discriminación indirecta es la más difícil de erradicar especialmente en materia de prueba del resultado discriminatorio cuya demostración exige una prueba estadística nada corriente en nuestro sistema jurisdiccional y, además, porque su detección y erradicación requiere de una especial sensibilidad y formación de parte de los órganos competentes en materia de tutela antidiscriminatoria. Para poner de manifiesto las dificultades que conlleva la detección de este tipo de discriminación hay que tener en cuenta que aquí, no se valora el uso como factor diferencial de uno de los prohibidos (porque en apariencia esa utilización no se produce) sino la intensidad del efecto del uso de un factor aparentemente neutro y por tanto legítimo, en la adopción de determinada medida, al aplicarse dicha medida a un colectivo determinado, caracterizado por una situación histórica de discriminación.

34 Según tiene establecida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-, el principio de no discriminación no significa que cualquier distinción de trato en virtud de algunas de las razones enumeradas por el art. 14 suponga una violación de la Carta Europea de Derechos Humanos – CEDH -. El TEDH señala tres criterios que distinguen un trato diferenciado de una discriminación. En primer lugar, justificación objetiva y razonable. En segundo lugar, que la distinción de trato persiga una finalidad legítima. En tercer lugar, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

23.1 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, donde se establece que representará discriminación "todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural". Al mismo tiempo, y al amparo del artículo 71 de la Ley Orgánica 14/2003, se ha creado el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia "con funciones de estudio y análisis, y con capacidad para elevar propuestas de actuación, en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia" y que ha sido creado como instrumento al servicio de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y dependiente de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes.

De esta suerte, el art. 314[35] Código Penal tipifica la discriminación como delito contra los derechos de los trabajadores, tanto en el ámbito público como privado. No obstante, la conducta que castiga este precepto se ocupa únicamente de aquellos casos de discriminación más graves, aquellos supuestos en los que hubiese existido un previo requerimiento o sanción administrativa y que, a pesar de ello, no se haya restablecido la situación, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

Análogamente, el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores estampilla como derecho laboral básico el derecho "a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites marcados por esta ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español".

Los extranjeros y los procesos selectivos en las administraciones públicas[36]

Establece el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público que los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, si bien con carácter previo la norma exige la necesidad de ostentar la nacionalidad española.

No obstante, dicha exigencia queda amortiguada a través del Real Decreto 543/2001 de 18 de mayo reguladora del acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos en la que se contempla la posibilidad que en determinados supuestos los nacionales de terceros estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores puedan acceder al empleo público en igualdad de condiciones que los nacionales españoles. El alcance de dicha disposición[37] reglamentaria quedaría limitada a determinados familiares de ciudadanos españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, como serían; el cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, los descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.

35 Artículo 314

"Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o mínusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los tra-bajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses. " .

36 Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado

37 Las anteriores previsiones también serían de aplicación a todos aquellos ciudadanos incluidos en el ámbito de aplicación de los Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores

En todo caso, el acceso a todos los empleos públicos será en igualdad de condiciones que, con los españoles, salvo en aquellos puestos que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas.

3. LA POLÍTICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL MERCADO DE TRABAJO

Al empresario que va a contratar no le obliga el principio de igualdad en el empleo, pero sí el principio de prohibición de discriminación en el empleo. La autonomía de la voluntad y la libertad de contratar presuponen de por sí una absoluta discrecionalidad del empresario en la elección de los trabajadores que contrata. Únicamente, como límite extraordinario a esa libertad emerge la prohibición de no discriminación, que no quiere suprimir esa libertad de contratar, sino tan sólo un uso ilegítimo de la misma (Botía, 2012).

El reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, ha supuesto un paso decisivo, aunque insuficiente. Situaciones específicas como la discriminación salarial en las mujeres y discapacitados, el mayor desempleo femenino, la todavía reducida presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política y económica o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar revelan cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos, por lo que resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta.

El derecho a la igualdad y la no discriminación en el acceso al empleo

El principio de libertad económica, uno de los grandes principios del orden económico que jurídicamente inspira nuestro ordenamiento jurídico, encuentra reconocimiento en el artículo 38 de la Constitución española cuando integra en el ordenamiento jurídico español la regla de la libre contratación.

Por otra parte, dentro del Derecho del Trabajo, como necesaria irradiación del artículo 14 de la constitución, rige el principio de prohibición de discriminación recogido en los artículos 4.2.c) y 17.1[38] de tal manera que el demandante de empleo, por el hecho de ser un trabajador en potencia, encuentra amparo dentro del ámbito de aplicación de las normas de Derecho del Trabajo, lo que conlleva la obligación de todos los sujetos que se relacionan con los demandantes de empleo a mostrar un trato adecuado y respetuoso en el que esté ausente todo menosprecio o conducta ofensiva, evitando conductas

previas a la contratación que impliquen restricciones sobre el acceso al empleo basadas en el sexo, afiliación sindical, la ideología, la edad o la raza.

Si bien los artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores parecen aludir únicamente al trabajador, no existe ningún impedimento para que dichos mandatos puedan aplicarse a los demandantes de empleo, que aún no siendo técnicamente trabajadores por no ser partes todavía de una relación de trabajo, ya que en realidad lo único que hacen dichos preceptos es refrendar algo de lo que ya son titulares los demandantes de empleo como personas y ciudadanos.

Es justamente en la fase previa a la celebración del contrato de trabajo donde el trabajador es más vulnerable a toda forma de discriminación, desde el chantaje sexual hasta la directa no contratació

38 Art. 4.2 e) "en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho (…) al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad". Art. 17.1 ET. "se entenderán nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas al empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa y lengua dentro del Estado español".

o contratación en peores condiciones. La gran discrecionalidad del empleador en esta fase, tanto para diseñar las características del puesto de trabajo a cubrir, para definir la oferta, para identificar las aptitudes requeridas y para seleccionar entre los candidatos hacen muy difícil que se puedan evitar decisiones empresariales sólo justificadas por motivos discriminatorios.

Por otra parte, frente a la libertad de contratar con quien se quiera y por las razones que se quiera, se alza el principio de prohibición de la discriminación como límite a la libertad empresarial. Es decir, si bien el empresario no está obligado a tratar por igual a todos los contratantes, sin embargo, no sería correcto deducir que puede contratar con quien quiera y establecer los criterios de selección que arbitrariamente determinara. Dicho de otro modo, al empresario que va a contratar no le obliga el principio de igualdad en el empleo pero sí la prohibición de discriminación en el empleo[39]. En definitiva, el empresario podrá utilizar cualesquiera razones para tomar sus decisiones salvo las prohibidas en el art. 17.1 Estatuto de los Trabajadores.

Como excepción a la prohibición de discriminación en el acceso al empleo el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE dispone que no tendrá carácter discriminatorio aquella decisión empresarial que, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

Al mismo tiempo, y en términos probatorios se produce una inversión de la carga de la prueba[40] . Así, frente a la alegación de discriminación, será el empresario quien deba acreditar que no ha utilizado una de las razones vedadas para tomar su decisión o que habiendo utilizado el criterio de sexo, edad, etc., en el caso concreto se encontraba justificado porque la propia "naturaleza de las cosas" así lo exigía o contaba con el respaldo de otra norma constitucional [41]. Por lo tanto, frente a la prohibición de discriminación en el acceso al trabajo no hay más justificación que las exigencias al trabajo a desarrollar. No obstante, ha declarado el Tribunal Constitucional que para se produzca el desplazamiento de la carga de la prueba no basta con que el demandante tache la medida de lesiva, sino que, además, ha de aportar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato [42]. Únicamente cuando tienen lugar estos indicios, la parte demandada asumirá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para considerar que su actuación no ha sido lesiva de los derechos fundamentales del demandante[43] y echar abajo la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios[44] [45] [46].

39 La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/1999, de 22 de marzo establece que las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE constituyen "un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable a la fase de acceso al empleo".

40 Cuando se alegue que una determinada medida, aparentemente inocua desde el punto de vista de los derechos fundamentales, encubre en realidad una actuación lesiva de tales derechos, incumbe al autor de la medida probar que su actuación no es vulneradora del derecho fundamental en cuestión (Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1996, de 23 de julio, 87/1998, de 21 de abril, 29/2000, de 31 de enero, 114/2002, de 20 de mayo, y 98/2003, de 2 de junio, entre otras).

41 La propia jurisprudencia constitucional, iniciada con la Sentencia Tribunal Constitucional 38/1981, ha asentado el principio de que en estos casos el demandante (que se considera discriminado) debe aportar al proceso un mínimo de indicios suficientes o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia. Por lo tanto, al trabajador le basta con alegar la existencia objetiva de un tratamiento desfavorable, debiendo ser el empresario quien deberá alegar y probar, cuando sea necesario para fundar sus afirmaciones, que ha concurrido en el caso alguna circunstancia que justifique la excepción a la paridad de trato incluso en estos supuestos, o bien que no ha existido la diferencia de trato.

42 Sentencias Tribunal Constitucional 136/1996, de 23 de julio, 48/2002, de 25 de junio, y 98/2003, de 2 de junio.

43 Sentencia Tribunal Constitucional 21/1992, de 14 de febrero y 98/2003, de 2 de junio.

44 Sentencia Tribunal Constitucional 74/1998, de 31 de marzo , y 98/2003, de 2 de junio.

45 El artículo 96.1 de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social , hizo extensiva esta regla sobre la carga de la prueba a "aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública".

46 La disposición adicional 5.3 de la Ley Orgánica núm. 3/2007, de 22 de marzo, añadió al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil un nuevo apartado 5, conforme a cuyo primer párrafo "de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

A pesar de que en estos casos aún no ha nacido la relación laboral, el orden jurisdiccional social se han declarado competente, a tenor del art 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, para resolver de todos aquellos aspectos relacionados con aquellas fases preliminares a la celebración del contrato de trabajo[47] [48]. La doctrina del Tribunal Supremo entiende que las diferencias surgidas en las fases preliminares han de ser juzgadas por el mismo orden que conoce del nexo definitivo.

Declarada la existencia de una decisión empresarial discriminatoria, determinante de la no contratación del trabajador, además de la sanción administrativa o penal, procederá la declaración de nulidad de la decisión empresarial discriminatoria y a la indemnización del daño causado, de acuerdo fundamentalmente con las reglas de la responsabilidad precontractual, así como a la reposición del proceso de selección al momento anterior a producirse la discriminación, esto es, declarará el derecho del demandante de empleo a concurrir a la oferta de empleo sin que el empresario pueda tener en cuenta ninguno de los criterios prohibidos por los artículos 14 de la constitución española y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Al hilo de lo expresado en el párrafo anterior, y en el caso de no renovación de los contratos de duración determinada por los motivos discriminatorios, la sentencia impondrá la reposición del trabajador a la situación anterior a la no renovación e implicará la continuidad de la relación laboral[49] [50] [51].

El problema de la intimidad del demandante de empleo durante las entrevistas de trabajo[52]

Sería ridículo pensar que la selección de los candidatos únicamente se realiza evaluando los requerimientos profesionales de los candidatos para poder realizar las tareas propias del trabajo para el que optan, y es que en muchas ocasiones durante los procesos de selección aparecen otros condicionantes para escoger al candidato como la edad, la situación personal, el origen, el estado físico, el estado civil e, incluso, la intención de tener hijos.

La discriminación laboral pasa frecuentemente desapercibida porque no podemos llegar a saber qué criterios utilizan los empresarios para tomar la decisión de quién es contratado, y quién no. La mayoría de discriminaciones a la hora de contratar son por edad avanzada, aspecto del

47 Sentencia del TS (Sala 6ª) de 2 de mayo de 1984 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de marzo de 1984.

48 Sentencia Tribunal Supremo (Sala 6ª) 13 de marzo de 1986 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de enero de 1988

49 La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de marzo de 1996 (AS 478) declara que "la no renovación de un contrato temporal por razón de la situación de embarazo de una mujer (…) determina que esa conducta deba repararse con la calificación de nulidad del despido para que así pueda restituirse plenamente a la trabajadora en su derecho".

50 En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de mayo de 1996 (AS 1650) se resuelve el litigio planteado por un trabajador temporal que considera que la falta de prórroga de su contrato se debe a que denunció a la empresa ante la Inspección de Trabajo por incumplimiento de medidas de seguridad. La sentencia, tras afirmar que la prórroga o no de los contratos temporales es cuestión que compete a la autonomía privada recuerda la doctrina fijada en la sentencia del TC 173/1994 sobre los límites a la libertad empresarial marcados por el art. 14 CE. Quedando probado que el empresario denuncia el contrato por la reclamación del trabajador ante la administración laboral, se aplica la calificación de despido nulo, siguiendo la doctrina constitucional. Sin embargo, los efectos de tal declaración no pueden ir más allá del tiempo máximo legal de duración del contrato: «habrá que matizar la sentencia en el sentido de declarar que los efectos de la nulidad del despido y consiguiente abono de los salarios de tramitación no sobrepasarían» el plazo máximo de duración de la correspondiente modalidad de contratación temporal, sin que se produzca conversión del contrato en indefinido.

51 Denuncia del contrato motivada por las ideas políticas del trabajador. En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de enero de 1996 (AS 15) queda acreditado que un Ayuntamiento no renovó el contrato temporal de uno de sus trabajadores (común, no alto directivo) porque no gozaba de la confianza del Ayuntamiento por cuestiones de carácter político. Declara el Tribunal que «el empresario en el ejercicio del derecho a la dirección y control de la actividad productiva […] está facultado para acordar la prórroga de uno o varios contratos temporales y no de otros, ya que en el ordenamiento laboral no existe precepto alguno que le imponga el deber de otorgar un trato igual a todos sus trabajadores, pero dicha competencia empresarial […] no abarca ni ampara la desigualdad discriminatoria, es decir, la que se funda en factores sin causa objetiva o carentes de racionalidad, cual sucede en el presente caso, al sustentarse el trato desigual del demandante […] en la falta de confianza política que le inspira al titular de la corporación local demandada (expresión de arbitrariedad que genera la discriminación proscrita).

52 La sentencia Tribunal Constitucional número 142/1993 indica que la intimidad supone "la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de estos datos".

candidato y discapacidad. Baste recordar que en nuestros días todavía ser 'mujer en edad fértil' es un condicionante en muchas empresas derivado en la creencia errónea de su menor productividad y mayor absentismo laboral, circunstancia que ha llevado a la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 a emplazar a los estados miembros para la adopción de medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad en las legislaciones nacionales entre las que destacan el permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres.

En este sentido, debemos tener presente que la propia normativa laboral aprecia como una infracción muy grave establecer durante el proceso de selección de condiciones que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo relacionados con el sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado[53].

El principal problema que plantea la defensa del derecho a la intimidad del demandante de empleo es que éste, por su condición de tal, tiene que ofrecer una serie de informaciones sobre sí mismo y sus aspiraciones en el mercado de trabajo para la empresa que le está entrevistando para su futura colocación.

En condiciones normales, la finalidad a la que debe responder la recogida de información durante la entrevista de trabajo es la valoración de la capacidad profesional del candidato. No obstante, el hecho de someter a un candidato a preguntas personales o relacionadas con el ambiente familiar totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios, representa una conducta discriminatoria[54], puesto que el demandante de empleo se ve obligado revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado, constituyendo dichos actos una flagrante vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, el artículo 4 párrafo 2º letra c) del Estatuto de los Trabajadores así como el artículo 22 bis de la Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, al mismo tiempo que son constitutivos de una falta muy grave sancionada por el artículo 16 párrafo 2º del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Con carácter general, existe, para el empleador, una prohibición de indagar durante la entrevista de trabajo y posteriormente incluir y almacenar en ficheros informáticos datos de carácter personal que pongan de manifiesto su ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual del demandante de empleo[55].

De esta forma se introduce un límite a la libertad contractual empresarial en la misma fase de admisión por lo que toda información que obtenga el empresario sobre aspectos personales del demandante de empleo durante una entrevista de trabajo que no tenga relación con el puesto que se pretende cubrir debe interpretarse como una injerencia injustificada en la vida privada o íntima de la persona. En estos supuestos, si el candidato aprecia que las preguntas a las que está siendo sometido vulneran su intimidad o no guardan relación alguna con el puesto, no tiene obligación de contestarlas. No obstante, el candidato tendría abierta la vía legal, mediante la denuncia de estas prácticas, ante la Inspección de Trabajo; pero hay que advertir que demostrar estas prácticas puede resultar complicado, ya que prácticamente la única forma de demostrarlo es mediante la grabación de la entrevista. No obstante, una vez se decide a denunciar, la Inspección de Trabajo debe emitir el acta de infracción y constatar los hechos.

53 Artículo 16 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

54 Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 7 de abril 2014 (recurso número 923/2012)

55 Articulo 16 Constitución Española y Articulo 7.4 Ley Orgánica Protección de Datos.

Las listas negras en el acceso al empleo
Es del todo legítimo que el empresario obtenga del candidato la mayor información posible con la finalidad de evaluar si reúne las aptitudes y la capacidad profesional necesaria para el puesto que quiere que ocupe.

El peligro reside en que en esa búsqueda de datos el empresario puede llegar más lejos de lo necesario y alcanzar aspectos de la vida privada de los solicitantes de empleo irrelevantes o no influyentes para la determinación de su aptitud y capacidad profesional.

Téngase en cuenta que en los últimos años el desarrollo de la informática ha alcanzado a todos los sectores sociales y entre ellos, cómo no, al ámbito laboral, alcanzando unas posibilidades de procesamiento, almacenamiento y transmisión de información que en otros tiempos parecía impensable. Es por ello que el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, mediante la recopilación, almacenamiento y uso de información sobre los trabajadores por medios electrónicos, tales como el correo electrónico o el acceso a Internet, implican en muchas ocasiones el tratamiento de datos personales de los trabajadores a los que se debe aplicar la normativa sobre protección de datos.

El uso de la informática durante la entrevista de trabajo no se caracteriza únicamente por la capacidad de almacenamiento de datos del candidato, sino también en la capacidad de transformación de esas informaciones. De esta forma, se pueden reconstruir las actividades de una persona a partir de registros simples por conexión a otros datos obteniéndose nueva información sobre el candidato.

La utilización de pruebas psicológicas, de test de aptitud o inteligencia en la fase de acceso al empleo en conexión con la nueva tecnología informática facilita la creación de los denominados perfiles sociales, útiles para detectar aquellos comportamientos "anormales" o "desviados" respecto a las normas del sistema[56] por lo que la intimidad del trabajador no sólo corre riesgos frente al empresario que está realizando el proceso de selección sino también ante otros sujetos que intervienen, de una forma más o menos directa, en la fase previa a la constitución de la relación de trabajo y es que a veces el destinatario de la información puede ser difícil de concretar, dada la imposibilidad de determinar "a priori" la empresa a la que se pueden ceder esos datos.

Se puede afirmar sin ningún género de dudas que los demandantes de empleo están inmersos en una situación de mayor indefensión y debilidad y esto hace que estén especialmente expuestos a los riesgos que implica una utilización incontrolada de la informática. Ante la amenaza de los riesgos que las técnicas informáticas implican, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales y el Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, han venido a tutelar una serie de mecanismos cuyo propósito es prevenir las posibles violaciones que del tratamiento de la información pudieran derivarse para la privacidad de los demandantes de empleo.

Una cuestión previa, es qué debe entenderse por lista negra, y ello porque en el derecho interno español no existe un concepto legal al que acudir. A este respecto, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su documento de trabajo sobre las listas negras de 3 de octubre de 2002, ha abordado de forma genérica un posible concepto básico de lista negra

56 PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y AGENTES INTERMEDIARIOS DE COLOCACIÓN: LA TUTELA DE LA LIBERTAD INFORMÁTICA-INTIMIDAD DEL DEMANDANTE DE EMPLEO" Dr. Fernando de Vicente Pachés Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universitat Jaume I de Castellón

configurándolo como "la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación".

Advierte que, dado que cualquier operación o conjunto de operaciones aplicadas a datos personales constituye un tratamiento de datos personales sujeto a la Directiva 95/46 CEE y a las respectivas normativas en materia de protección de datos en cada Estado miembro, para que las listas negras puedan existir legalmente deberán someterse a los principios de legitimación que aparecen en dicha Directiva y respetar los derechos que a los ciudadanos les confiere la misma, salvo que puedan acogerse a alguna de las excepciones previstas en ella.

De esta manera, salvando aquellos supuestos en que las listas negras tienen de alguna manera una base legal, como sucede en el derecho español con los ficheros de solvencia patrimonial y crédito regulados en la propia Ley Orgánica 15/1999 y cuyo fundamento se encuentra en el interés legítimo de preservación y estabilidad del sistema financiero, la inclusión de datos personales en un lista negra requeriría el consentimiento del interesado al formalizar el contrato o durante la relación laboral.

Por otro lado, al tratarse de ficheros de datos personales formados sin el consentimiento de los afectados, la cesión[57] de datos sería ilícita, vulneraría el derecho fundamental a la protección de los datos personales y, si los datos objeto del tratamiento ilícito pudieran dañar el honor o la intimidad de los afectados, la conducta constituiría una vulneración de estos derechos fundamentales de la personalidad.

Antecedentes penales del demandante de empleo

Como regla general tener antecedentes penales no limita o inhabilita para trabajar. Si no fuese así la reinserción social sería imposible, el estigma insuperable y unos datos personales que forman parte de la esfera más limitada de la privacidad del trabajador lícitamente solicitados y manejados por empleador tras empleador.

En España la información relativa a los antecedentes penales[58] es considerada como confidencial y su divulgación pública está prohibida para impedir que se estigmatice a la personas y dificulte su integración social. Solamente, al amparo de una norma legal, una empresa podrá considerarse habilitada para recabar los antecedentes penales de un candidato previamente a la constitución de la relación laboral, de la que constituye un ejemplo la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia donde se concreta que para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, será necesario aportar un certificado acreditativo de no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual o las contrataciones en la Administración Pública en donde la solicitud del documento de antecedentes penales viene amparada en una serie de normas legales como el Estatuto Básico del Empleado Público que exige no "hallarse inhabilitado por resolución judicial" así como también la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público que requiere no tener antecedentes penales para contratar con la Administración.

57 La vulneración de su derecho a la protección de datos de carácter personal otorga al afectado el derecho a la indemnización de los daños que la vulneración le produzca, art. 19.1 y 3 LOPD.

58 El acceso a la información del Registro Central de Penados solamente se permite a determinados organismos estatales, a los jueces y tribunales, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial, y siempre y cuando mediase el pertinente requerimiento y en su caso al particular interesado.

Reconocimientos previos a la contratación

El artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales contempla el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el correlativo deber del empresario de procurarles dicha protección frente a los riesgos laborales. En cumplimiento de este deber, el empresario habrá de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo a desempeñar, adoptando, entre otras muchas medidas, las relativas a la vigilancia de su salud.

Condicionar la contratación a la previa superación de un reconocimiento médico puede resultar abusivo y discriminatorio. En el derecho interno español, la voluntariedad[59] del reconocimiento médico es la regla general. Sin embargo, ello no significa que sea un derecho absoluto, de tal manera que la obligatoriedad de los reconocimientos médicos previos a la contratación laboral estarán justificados si responden al objetivo de evitar incompatibilidades entre estados de salud y funciones o condiciones concretas de trabajo a desarrollar y que pudieran generar un riesgo para el potencial trabajador o para terceros, por lo que el contenido de las revisiones deberá ser proporcional y coherente con esta finalidad (Mazzucconi, 2013).

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social prevé este tipo de revisiones médicas, antes incluso de que exista una relación laboral, para aquellos casos en los que se trate de cubrir un puesto de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales[60]. Si a resultas del reconocimiento queda confirmado que el estado de salud del potencial trabajador es incompatible con los riesgos inherentes al puesto de trabajo, estará justificada su no contratación. Y para reforzar la obligatoriedad de las revisiones médicas, el art. 197 de la citada Ley General de la Seguridad Social señala que las entidades gestoras y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, antes de asumir la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal empleado en industrias con riesgo específico de esta última contingencia, deben conocer el certificado del reconocimiento médico previo, haciendo constar en la documentación correspondiente que tal obligación ha sido cumplida.

Como suplemento a la normativa antes relacionada, el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales estampilla que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, por sus características personales, estado biológico y capacidad física, psíquica y sensorial debidamente reconocida, puedan generar situaciones de peligro para ellos mismos o para terceros. La alusión al término "reconocimiento" de la capacidad del trabajador y a que no serán "empleados" sugiere la autorización positiva del legislador hacia los exámenes médicos previos a la contratación. De lo que se trata es de observar si el estado de salud del potencial trabajador resulta compatible con las funciones que se pretende que desarrolle, como mecanismo para proteger su integridad física y psíquica.

Es más, una parte de la doctrina considera que pese a que el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales nada diga en este sentido, el empresario está obligado a realizar un control médico previo a la contratación, como elemento necesario para proceder a la evaluación inicial de los riesgos según establece el artículo 16 LPRL (TOVAR, 1996), por lo que en principio no existiría inconveniente en extender su práctica para la cobertura de cualquier puesto de trabajo, tal como se hace en muchos convenios colectivos.

Un caso singular de discriminación es la de aquellos supuestos en los que la decisión de no contratación de una candidata durante un proceso de selección tiene lugar inmediatamente después que los servicios médicos de la empresa dictaminasen que la demandante de empleo se encentraba en estado de gestación. En estos casos los tribunales han declarado que para

59 Actualmente el principio de voluntariedad reposa en el art. 14 de la Directiva 89/391/CEE. Con anterioridad a la transposición de la norma comunitaria a nuestro Derecho interno, los reconocimientos eran obligatorios para el trabajador.

60 Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984 establece la obligación de reconocimiento previo en labores con riesgo por amianto.

saber si existe discriminación habrá que estar al hecho de si al tiempo de la contratación la trabajadora estaba o no en condiciones de desempeñar el trabajo, circunstancia que por otra parte sólo se podrá determinar mediante dictamen pericial[61].

El acceso al empleo y la libertad sindical negativa

Por libertad sindical negativa suele entenderse el derecho de todo trabajador a no afilarse a un sindicato, o lo que es lo mismo, la prohibición de obligar a un trabajador a adherirse a un sindicato en contra de su voluntad, siendo nulas aquellas cláusulas de seguridad sindical contenidas en pactos o convenios en virtud de las cuales el empresario se compromete a contratar tan sólo a trabajadores afiliados a uno o algunos sindicatos[62] [63].

Dicha prohibición encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 28.1 de la Constitución Española cuando se dispone que "nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato". En su desarrollo, la Ley Orgánica de Libertad Sindicar en su artículo 2.1.b) establece que la libertad sindical comprende "el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección (…), no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato". En último término el articulo 17 Estatuto de los Trabajadores establece que "serán nulos y sin efectos (…) los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales que contengan discriminaciones desfavorables por (….) adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos".

En el ámbito internacional, la cuestión ha sido resuelta en diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[64] en las que se concluye que la libertad de no afiliarse o de darse de baja de un sindicato es incompatible con la cláusula "closed shop" que impone, por medio de la negociación colectiva, el deber de pertenecer a un determinado sindicato de trabajadores como condición previa a ser contratado, ya que esta práctica vendría a ser constitutiva de una vulneración del artículo 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).

Prohibición de discriminación del demandante de empleo en organizaciones de tendencia

En principio, la celebración de un contrato de trabajo no entraña en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución Española le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones[65] y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones, si bien el ejercicio de este derecho no está exento de límites.

A pesar de ello, y como excepción, el ordenamiento jurídico viene admitiendo ciertas prácticas en las que se tiene en cuenta la ideología o creencias del demandante de empleo a la hora de contratar o no de aquellas empresas u organizaciones caracterizadas por difundir un cierto credo religioso, filosófico, político o sindical[66].

La vinculación ideológica es una peculiaridad presente en ciertas organizaciones, en las que su actividad exterioriza su afinidad a un determinado pensamiento, sistema de valores, creencias e ideas, y una vez adoptada su orientación, exigen habitualmente un acatamiento más o menos rígido de los trabajadores a la organización o empresa y, por tanto, una adecuación

61 Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de diciembre de 1998 (AS 4162)

62 Sentencia Tribunal Constitucional numero 5/81, de 13 de febrero. (FJ 19). El derecho de sindicación comprende "el de fundar y participar en asociaciones, y en su vertiente negativa, el de no asociarse".

63 Sentencia Tribunal Constitucional número 132/89, de 18 de julio, (FJ 6) establece respecto al derecho de libertad sindical que "…su contenido esencial…establecido por el artículo 22.1 CE comprende tanto la libertad de asociarse como la libertad de no asociarse".

64 Asunto Young, James & Webster c. Reino Unido, de 13 de agosto de 1981.

65 Articulo 20.1.a) Constitución española.

66 Así por ejemplo los partidos políticos (Arts. 22 y 6 CE), organizaciones sindicales (Arts. 7 y 28 CE), centros educativos (Art. 27 Ce y art. 73 LO 10/2002, de 23 de siembre) y a los centros de comunicación (Art. 20 CE) que se hayan dotado de una cierta orientación política, religiosa, sindical o filosófica

de sus portavoces a tales dictados tanto en su actividad representativa como en aquellos aspectos desligados en principio de ésta pero que, por su conocimiento o alcance público, pueden provocar que la prestación sea de imposible o ineficaz cumplimento. En esta línea, el artículo 4.2 de la Directiva 2000/78/CE faculta a los Estados mantener "diferencias de trato basadas en la religión o convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o en el contexto en que se desarrollan dicha característica constituya una requisito profesional esencial, legitimo justificado" y es que difícilmente podría transmitirse una serie de conocimientos y vivencias religiosas, por ejemplo, si la persona que debe enseñarlas ha manifestado públicamente su rechazo a las mismas o a una parte esencial de dicho credo, ya que de otro modo la finalidad de la institución se vería traicionada[67].

Por lo demás, no serán licitas aquellas limitaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores cuyas prestaciones no tengan conexión con la ideología del centro o que realicen labores neutras dentro de estas organizaciones de tendencia por lo que solamente la discriminación será admisible cuando resulte necesario para la coherencia del mensaje de la entidad, siendo el ejemplo más claro el de los profesores de religión en centros públicos[68].

No obstante lo anterior, aunque el hecho de contratar con una empresa abiertamente declarada "empresa de tendencia" lleva aparejado un deber de respeto con dicha ideología, ello no quiere decir que, necesariamente el demandante de empleo, deba poseer un convencimiento interno o una auténtica aceptación subjetiva de la ideología empresarial. En caso contrario, no sólo se estaría limitando injustificadamente el derecho al trabajo, sino que además se estaría incurriendo en una causa de discriminación prohibida por la ley con base en el artículo 14 de la Constitución española y el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.

Discriminación y edad[69]

El análisis de la edad como causa de discriminación es un tema complejo puesto que la edad es un elemento en permanente mutación. La edad como motivo discriminatorio prohibido está consagrado como principio general del Derecho de la Unión en el articulo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, constituyendo el parámetro de referencia sobre cuya base deben interpretarse las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

No obstante, esta prohibición de discriminación por razón de edad no es absoluta[70], de tal manera que en el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 contempla la posibilidad de no aplicación el principio de igualdad de trato cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta o al contexto en el que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado[71]. Dichas diferencias de trato podrán incluir, el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo, incluidas las condiciones de despido, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas.

67 MONTOYA MELGAR, A., reconoce que incluso «al margen de las adscripciones ideológicas y de los actos concretos demostrativos de tales adscripciones, el empresario podrá injerirse en la vida extra-laboral del trabajador cuando ésta sea suficientemente susceptible de dañar los intereses de la empresa». Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 332.

68 Disposición Adicional 2º de la LO 10/2002, de 23 de diciembre

69 La Sentencia del TS 21.03.2011 declara nulo el límite de edad establecido en el apartado b) del artículo 7 del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos Selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía que la edad máxima de treinta años para participar por el turno libre en el proceso selectivo convocado para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía

70 La previsión del art. 3. 4 respecto a la posibilidad otorgada a los Estados Miembros para que la Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad.

71 Vid. sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Asunto Feryn, Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de Julio de 2008; o en el Asunto Wolf, STJUE de 12 de Enero de 2010 (asunto C-229/08).

En relación a la normativa interna española, la Constitución Española no hace referencia expresa a la discriminación por edad, si bien podemos considerarla incluida en el artículo 14 Constitución Española cuando refiere con carácter amplio que "no podrá prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". No es el caso del Estatuto de los Trabajadores que sí recoge, en el párrafo primero de su artículo 17 una referencia a la no discriminación en las relaciones laborales por razón de la edad[72].

Por su parte, si echamos una mirada al Real Decreto Legislativo 3/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, de origen más reciente que el Estatuto de los trabajadores, su artículo 35 aborda con especial énfasis la discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo pero sin embargo se abstiene de realizar alusión alguna o proceder con una regulación especial o específica a la discriminación por la edad.

A mayor abundamiento, y en relación con el límite máximo de edad para acceder a un determinado puesto de trabajo en la administración pública, la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1982, de 3 de agosto, recogida a su vez en la posterior sentencia 37/2004, de 11 de marzo ha venido a establecer que será legítimo una decisión legislativa que a la edad y a las características del puesto de que se trate "fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos" como pudiesen ser aquellos puestos de trabajo relacionados con el orden público como por ejemplo policía o bombero.

Por lo demás, existen diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[73] que en principio podrían justificar un trato diferencial peyorativo como medida de fomento del empleo temporal por razón de edad de determinados colectivos de trabajadores. De esta suerte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que podría estar justificada por razones de política de empleo la admisión de la temporalidad en la contratación de aquellos demandantes de empleo próximos a la edad de jubilación, siempre y cuando dicha media se considere adecuada, razonable y proporcionada, y al mismo tiempo justificada. No obstante, agrega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que circunscribir la temporalidad en la contratación atendiendo únicamente el elemento de la edad, sería discriminatorio.

Política de igualdad entre hombres y mujeres: marco jurídico

La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se está convirtiendo en factor decisivo del éxito empresarial en el actual entorno de competencia globalizado. Una economía que no aprovecha bien sus recursos no es eficiente. La incorporación de la mujer al mercado de trabajo constituye un factor determinante de los cambios sociales más recientes, resultando necesario configurar un sistema que contemple las relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

Sin embargo, a pesar del pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La discriminación salarial, la alta tasa de desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal,

72 "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o la situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español."

73 Las SSTJCE de 22 de noviembre de 2005 (Asunto Mangold), de 18 de junio de 2009 (Asunto Hutter), y 19 de enero de 2010 (Asunto Kucukdeveci).

laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

Garantizar la igualdad de acceso al empleo y a la formación profesional capacitadora para el trabajo es fundamental para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, por lo que toda excepción a este principio debe circunscribirse únicamente a todas aquellas las actividades profesionales que requieran el empleo de una persona de un sexo determinado por su naturaleza o el contexto en que se realicen, siempre que el objetivo buscado sea legítimo y se respete el principio de proporcionalidad.

En el ámbito jurídico, la igualdad entre mujeres y hombres es un principio[74] jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995. Por su parte la Organización Internacional del Trabajo en el artículo 2 del Convenio núm. 100 ha venido a encomendar a los Estados la tarea de "promover y garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por trabajo de igual valor".

En el ámbito de la Unión Europea, en el año 1957, por razones puramente económicas y no sociales, el Tratado de Roma en su artículo 119 consagró la aplicación en cada Estado miembro del principio de igualdad de retribución[75] entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

En el derecho derivado, la Directiva 75/117 de 10 de febrero de 1975 va más allá y desarrolla el principio de igualdad de retribución, conforme el cual para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación en el conjunto de los elementos de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. Inversamente, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976[76], relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo[77] faculta a los Estados miembros a que excluyan de su ámbito de aplicación aquellas actividades profesionales para cuyo ejercicio sea determinante ser hombre o mujer[78]. Es más, la referida Directiva[79] faculta a los estados miembros a que establezcan una

74 El marco normativo sobre la prohibición de la discriminación, con carácter general, tiene su origen en textos internacionales entre los que destacan la Declaración de Derechos Humanos (1948) o el Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos (1966).

75 El art. 28 del ET establece que "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla".

76 El art. 3 de la Directiva 76/207/CEE establece que "la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o rama de la actividad y a todos los niveles de jerarquía profesional".

77 Así por ejemplo la jurisprudencia comunitaria considera como profesionales reservadas a un solo sexo por ejemplo la de matrona, toda vez que se ha considerado admisible su reserva a un solo sexo por tratarse de una actividad respecto de la cual "la susceptibilidad personal puede tener mucho peso en la relación entre la persona que la ejerce y el paciente –Sentencia TJCE de 8 de noviembre 1983. Asunto 165/82)

78 El Tribunal de Justicia ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona.

79 La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio refunde la regulación anterior sobre esta materia.

clasificación de las profesiones, catalogándolas de exclusivamente masculinas o femeninas cuando el sexo sea condición determinante de su ejercicio o se requiera una cualificación profesional específica[80] [81].

En el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades "para todos", con el propósito de sensibilizar a la opinión pública sobre las ventajas de una sociedad justa y cohesionada basada en el derecho que tienen todas las personas al mismo trato sin distinción de sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad ni orientación sexual1, se aprobó en España Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Se trata de una ley transversal que modifica a lo largo de su articulado un cúmulo de normativa y cuyo objeto es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, apartando de dicho texto legal el resto de causas de discriminación enumeradas en el artículo 14 de la Constitución española y que, al igual que el sexo o el género con las mujeres, también han situado a otros sectores de la población en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Carta Magna.

Como cláusula genérica de salvaguarda, el Estatuto de los Trabajadores efectúa un reconocimiento amplio al principio de prohibición de discriminación por razón de sexo al declarar la nulidad de cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio colectivo, pacto individual o decisión unilateral impuesta a criterio del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo.

Discriminación directa e indirecta por razón de sexo

El ordenamiento jurídico interno español, a través de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo y en los artículos 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, se reconoce el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente[82] para el empleo por distintos motivos, entre ellos el sexo.

A diferencia de la noción de discriminación directa, la discriminación indirecta por razón de sexo, por su trato equitativo, plantea muchos problemas prácticos derivados de la dificultad existente a la hora de identificarlo. Para determinar si existe discriminación indirecta por razón

80 Así por ejemplo la jurisprudencia comunitaria considera como profesionales reservadas a un solo sexo por ejemplo la de matrona, toda vez que se ha considerado admisible su reserva a un solo sexo por tratarse de una actividad respecto de la cual "la susceptibilidad personal puede tener mucho peso en la relación entre la persona que la ejerce y el paciente –STJCE de 8 de noviembre 1983. Asunto 165/82 -.

81 En el mismo sentido, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo establece que no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

82 El artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 y el artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 distingue entre discriminación directa e indirecta. Se considera "discriminación directa por razón de sexo" la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Se considera "discriminación indirecta por razón de sexo" la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

de sexo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[83] [84] ha establecido que primero será necesario estudiar si las medidas, que en sí misma no resulten discriminatorias, afecten a un mayor número de mujeres que de hombres o viceversa y en segundo lugar, una vez establecida la estadística de a que género afecta, habrá que examinar si el trato desigual está justificado. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional números 17/2000 y 175/2005 advierten que para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida. Si concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Sentencias como las dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Jenkins (96/80), Danfoss (109/88) establecen que son contrarias al Derecho comunitario las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras, que perjudican desproporcionadamente a los miembros de un grupo a causa de su pertenencia al mismo y que no se justifican objetivamente o por una razón o condición necesaria relacionada con la persona en cuestión y el puesto a cubrir.

Intervención de los poderes públicos para favorecer la igualdad de sexo

El proceso hacia la consecución de la igualdad de sexo ha sido lento y con frecuencia se ha revelado como insuficiente, lo que ha determinado la combinación de políticas de igualdad con acciones positivas, dirigidas a luchar contra las discriminaciones.

Se ha hablado, así, de discriminación inversa o discriminación positiva, como una postura tendente a favorecer a un colectivo que se encuentra infrarrepresentado en una esfera concreta o que presenta especiales dificultades para acceder a determinados bienes. De este modo, lo que en apariencia sería una conducta antidiscriminatoria, recibe otra valoración completamente diferente, otorgando un trato de favor a quienes padezcan esa postergación. En todo caso, estas medidas de carácter positivo deben considerarse una excepción al principio de igualdad de trato, por cuanto dichas medidas tienen como finalidad autorizar actuaciones que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social de las mujeres.

Como ejemplo de lo expresado en el párrafo anterior, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre 1997 (Asunto 409/95), al analizar la excepción del apartado cuarto del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, dictaminó que una ley nacional de un estado miembro que da prioridad a las mujeres frente a hombres igualmente cualificados no está en conflicto con la legislación comunitaria, siempre que las mujeres estén infrarepresentadas en el

83 Sentencia TJCE de 7 de febrero de 1991, Asunto 184/89 donde se consideró discriminatoria una cláusula de un convenio colectivo que negaba la posibilidad de promoción automática por antigüedad a un nivel salarial superior a los trabajadores a tiempo parcial, de los que más del 90% eran mujeres. Otras sentencias; TJCE de 10 de febrero de 2000, Asunto 50/96 o la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1986 donde se calificaba de trato discriminatorio la indemnización de los trabajadores a tiempo completo en el momento de su jubilación, no reconociéndose a los trabajadores a tiempo parcial cuando estos puestos estaban ocupados prácticamente en su totalidad por mujeres.

84 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Pleno, Sentencia de 9 de Febrero de 1999. Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del art. 119 del Tratado, el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida. Si concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo

sector laboral de que se trate y no se excluya desde el principio el principio al competidor varón. A sensu contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[85] ha declarado que la normativa nacional que garantiza a las mujeres una prioridad absoluta e incondicional sobrepasa los límites de la excepción relativa a la acción positiva[86].

En este contexto, dentro del ordenamiento jurídico interno español, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha previsto en su artículo 50 la creación de un distintivo empresarial[87] en materia de igualdad, para aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización y en otros ámbitos, como los servicios, productos y publicidad de la empresa. Entre los aspectos más relevantes a tener en cuenta para la concesión del distintivo empresarial en material de igualdad se encuentran la participación equilibrada entre mujeres y hombres en los ámbitos de toma de decisión, y el acceso a los puestos de mayor responsabilidad, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los grupos y categorías profesionales, la adopción de planes de igualdad[88] u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.

Al mismo tiempo, en el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres obligan a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad[89] que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral. En cuanto al contenido de los planes de igualdad, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres no deja totalmente a la libre voluntad de las partes negociadoras el contenido de los mismos, sino que en los artículos 46.1 2º párrafo y 46.2 de esta ley se recoge un esquema de mínimos respecto a la forma de elaborar los planes de igualdad y la lista de materias que pueden ser objeto de inclusión, entre los que se citan como materias susceptibles de inclusión todas aquellas relativas al "acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo".

El principio de igualdad de trato durante el embarazo y la maternidad

El embarazo no es un factor que pueda ser tomado en cuenta a la hora de contratar a una mujer y, es más, ni la trabajadora está obligada a comunicar su estado, ni el empleador está legitimado para preguntara la trabajadora si está en cinta. Lo contrario, además de representar una intrusión en el derecho a la intimidad de la trabajadora, equivaldría a obstaculizar seriamente el acceso al mercado laboral de la mujer encinta.

85 En el caso Marshall (C 409/95) el TJUE entiende que una ley nacional, que concede prioridad a la mujer respecto a los ascensos en el sector público, ante la igual capacidad para el puesto de candidatos de otro sexo, no contradice el Derecho comunitario, siempre que se cumplan determinadas condiciones y no se excluya ab initio al candidato varón. Concluye que una normativa nacional que contiene una cláusula de apertura en favor de la mujer no excede los límites comunitarios si, en cada caso individual, garantiza que las candidaturas de los aspirantes masculinos con calificaciones iguales a las de las aspirantes serán objeto de una valoración objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona del candidato y no de prioridad a las mujeres cuando alguno o varios de dichos criterios inclinen la balanza a favor de aquellos.

86 PEREZ DEL RIO, T: "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario". Técnos Madrid, 2.000, Pág. 103.

87 Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo Igualdad en la Empresa.

88 Artículo 46.1 LO 3/2007 define a los planes de igualdad como "un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo", siendo obligatorio que se negocien y que, en su caso, se acuerden, con los representantes de los trabajadores (artículo 45.1) con lo cual queda patente que el acuerdo no es necesario a la hora de aprobar el mismo.

89 Decreto 133/2007, de 27 de julio, del Consell, sobre condiciones y requisitos para el visado de los Planes de Igualdad de las Empresas de la Comunidad Valenciana.

La conducta discriminatoria se cualifica por el resultado despreciativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por el artículo 10 de la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano. Indicar que este tipo de discriminación alcanza aquellos tratamientos peyorativos que se fundamentan no sólo en la pura y simple constatación del sexo del demandante de empleo, sino en la concurrencia de razones o circunstancias relacionadas de forma directa e inequívoca con el sexo de la persona, como sucede con el embarazo, factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres[90].

La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de los derechos profesionales, de suerte que el perjuicio causado por la situación de embarazo configuran un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

Como punto de partida, en el ordenamiento jurídico español llama la atención la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en cuyo artículo 3 asienta que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, supone la ausencia de de toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad[91] [92] [93] [94] y la asunción de las obligaciones familiares.

De la misma manera, en el ámbito del Derecho comunitario, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 por la que se adoptan determinadas medidas para la protección del derecho al trabajo de las mujeres en permiso de maternidad, recogen el derecho a reincorporarse al mismo puesto o a un puesto equivalente, y a que sus condiciones laborales no se deterioren como resultado de dicho permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

En aplicación de la anterior normativa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[95] ha considerado que "el embarazo no es un factor que pueda ser tomado en cuenta a la hora de contratar a una mujer y, es más, ni la trabajadora está obligada a comunicar su estado, ni el empleador está legitimado para preguntara la trabajadora si está en cinta. Lo contrario, además de representar una intrusión en el derecho a la intimidad de la trabajadora, equivaldría a obstaculizar seriamente el acceso al mercado laboral de la mujer encinta" de manera que el empresario no podrá, por tanto, alegar esa omisión de información para justificar el posterior despido de la trabajadora".

---

90 STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3

91 S. TSJ. Andalucía/Sevilla 10-7-2001 (1476/2002): Ni del Estatuto de los Trabajadores ni, en general, de las restantes normas internas ni internacionales sobre protección de la maternidad, concebidas con espíritu tuitivo puede deducirse un límite para la contratación de la mujer en paro que haya dado a luz en el período de descanso obligatorio. Es a la mujer a quien corresponde tomar la decisión que estime más conveniente. La negativa a contratar a la mujer por tales consideraciones, vulnerando su derecho de contratación preferente, constituye una discriminación por razón de sexo, y tales circunstancias, igualmente, un indicio innegable de discriminación

92 S. TSJ. Málaga/Andalucía 19-4-2002 (2426): trabajadora que figura en la Bolsa de Trabajo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía. Reclamada durante su período de descanso obligatorio por maternidad, la trabajadora rechaza la contratación por tal motivo, sin verse afectado su lugar en la bolsa de trabajo, siendo llamada con posterioridad y rechazado nuevamente por motivos de salud no relacionados con el embarazo. Reclamado ante la jurisdicción que se le tenga por trabajado a efectos de bolsa tal período de maternidad desde el primer requerimiento y la posibilidad de incorporarse a partir del momento en que cese dicho estado, con efectos económicos desde este último momento, la sentencia no aprecia indicios de discriminación, puesto que la razón de su no contratación está en el rechazo de la misma y por razones no relacionadas con su condición de mujer.

93 S. TSJ. Extremadura (sala contencioso-administrativa) 25-2-2003 (RJCA 2003/454): Examen de promoción interna. El Tribunal de Oposición incurrió en discriminación por razón de sexo cuando denegó la solicitud de examen en fecha distinta a la prevista con carácter general por aspirante ingresada en Hospital en dicha fecha, por complicaciones del parto.

94 S. TSJ. Madrid 23-4-2002 (2169): constituye discriminación por razón de maternidad la no conversión del contrato temporal en indefinido una vez que todos los trabajadores temporales contratados en 1997 en la misma situación que la actora vieron convertidos en indefinidos sus contratos en diciembre de 1999, estando la trabajadora disfrutando de excedencia por maternidad. Procede en tal caso la indemnización por daños morales

95 STJCE de 3 de febrero 2000, Asunto 207/98 y STJCE de 10 de mayo de 2001, Asunto 109/00.

Igualmente, debemos destacar la Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de mayo de 2001 (Asunto 109/00) en donde se afirma que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo y que es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad.

3.2.7.4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS EN MATERIA DE EMPLEO.

La detección de una conducta infractora y la imposición de la correspondiente sanción resultan compatibles con la declaración de nulidad de la decisión empresarial discriminatoria y la posibilidad de fijar una indemnización al demandante de empleo que hubiese sufrido discriminación, de conformidad con el artículo 181 de la Ley Procedimiento Laboral.

De entrada, cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad previsto en los artículos 96 y 177 a 184 de la ley de la jurisdicción social y, en su caso, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y ello incluso tras la finalización de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

Por su parte, y con vistas a hacer efectivas, mediante la correspondiente amenaza punitiva, las nuevas obligaciones en materia de igualdad, el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto[96] dedica el capítulo II a las infracciones laborales. En concreto, es en la sección primera de este capítulo, relativa a las infracciones en materia de relaciones laborales, donde se encuentran tipificadas la mayoría de las infracciones en materia de igualdad. Estas infracciones se han visto ampliadas en los últimos años por las distintas leyes que se han ido promulgando y en la que han incluido nuevas medidas dirigidas a reforzar la aplicación del principio de igualdad de trato.

Negociación colectiva y prohibición de discriminación por razón de sexo

A raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, el Estatuto de los Trabajadores se ha visto enriquecido con la adición del artículo 17.4, al posibilitar en la negociación colectiva el establecimiento de medidas de acción positiva mediante el establecimiento de reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate.

Por todo ello, con el propósito de hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres, el artículo 90. 6 del Estatuto de los Trabajadores dispone que la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos evitando la inclusión de cláusulas discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo y a tal efecto la norma autoriza a la autoridad laboral a recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial.

Al mismo tiempo, cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial.

96 El apartado 12 del art. 8 la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) califica como infracciones muy graves «las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones (…) favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español.

CONCLUSIONES

Aunque disponemos de abundante normativa, la realidad estadística muestra que la efectividad de los instrumentos jurídicos adoptados hasta el momento para hacer realidad la prohibición de discriminación en el acceso al mercado de trabajo sigue siendo insuficiente, sobre todo, por las dificultades de probar la discriminación encubierta, y de invocar este derecho. Escenario al que por otra parte debemos añadir las situaciones de explotación de los colectivos con mayores dificultades de acceso al mercado a pesar de que existen órganos administrativos y judiciales donde pueden dirigirse para tramitar denuncias.

No obstante, y tras el estudio de la normativa sobre la discriminación me atrevería a manifestar que a pesar de que hemos progresado notablemente como sociedad, aún no hemos llegado a una igualdad efectiva y que todavía nos queda un tramo del camino por recorrer.

BIBLIOGRAFÍA

Revista Jurídica de Derechos Sociales Volumen 6. Número 1/6. Enero – junio 2016. JURISPRUDENCIA SOCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. M. MACARENAMARTÍNEZ MIRANDA.

Informe 0201/2010. Gabinete Jurídico Agencia Española Protección de Datos.

Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción Vol. 3, No 6, 2012, pp. 137-163

LA TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA «VINCULACIÓN IDEOLÓGICA» EN LAS EMPRESAS DE TENDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO. páginas 299-332. Anales de Derecho, nº 26, 2008.

CEPC. Boletín de Documentación Nº 34. Legislación sobre Igualdad de trato y no Discriminación. Edita: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 73. páginas 171 a 203

La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos. CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 53. Págs. 181 a 203.

La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 78. páginas 247 a 311.

Infracciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Mª ANTONIA CASTRO ARGÜELLES y IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 78. Págs. 255 a 294.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez. ISSN: 2174-0828. Numero 45-2017. paginas/ 112-117

Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea.

CARMEN ORTÍZ LALLANA. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 47. páginas 99-109

Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo. ALBERTO CÁMARA BOTÍA. REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 33. páginas 75-98